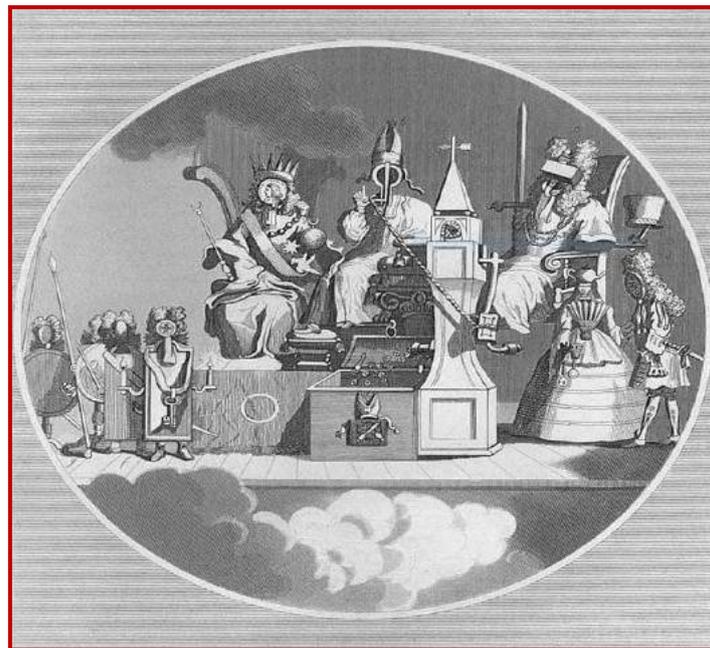


Nomos

Le attualità nel diritto



2016

Direzione della Rivista

Comitato scientifico nazionale

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

Comitato scientifico internazionale

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

Direttore responsabile

Fulco Lanchester

Comitato di Direzione

Paola Bilancia, Marco Benvenuti, Roberto Borrello, Fernanda Bruno, Giulia Caravale, Paolo Carnevale, Stefano Ceccanti, Anna Chimenti, Fabio Giglioni, Vincenzo Lippolis, Michela Manetti, Roberto Miccù, Paola Piciacchia, Paolo Ridola, Massimo Siclari, Teresa Serra, Pietro Selicato, Alessandro Torre, Astrid Zei, Antonio G. Zorzi Giustiniani

Comitato di Redazione

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

Segreteria di Redazione

Mario Altomare, Enrico Campelli, Michele Crisafi, Marco Mandato, Giuliaserena Stegher

Responsabili di sezione

Saggi: Direzione

Note e interventi: Astrid Zei

Cronache dall'estero: Giulia Caravale

Recensioni: Laura Frosina

Documentazione normativa: Claudia Di Andrea (Camere); Paolo Mezzanotte (Corte costituzionale)

Sito web www.nomos-leattualitaneldiritto.it



“NOMOS. LE ATTUALITÀ NEL DIRITTO” n. 1 del 2016

SOMMARIO

“POTERE COSTITUENTE E LIMITI ALLA REVISIONE COSTITUZIONALE”	3
	3
Paolo Grossi, Introduzione ai lavori	
Fulco Lanchester, Mortati e la “Legislatura costituente”	5
Giuliano Amato, L’elasticità delle costituzioni rigide	15
Alessandro Pace, I limiti alla revisione costituzionale nell’ordinamento italiano ed europeo	21
Gaetano Azzariti, Revisione costituzionale e rapporto tra prima e seconda parte della costituzione	27
Olivier Beaud, Le cas français: l’obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle	36
Roberto Nania, Principi supremi e revisione costituzionale (annotazioni sulla progressione di una controversia scientifica)	63
Luca Borsi, Il potere costituente nel periodo statutario	70
Roberto Borrello, Sistemi elettorali e revisione costituzionale	73
Teresa Serra, Il ‘diritto’ di resistenza in Costantino Mortati	83
Roberto D’Orazio, L’Archivio Mortati: prime considerazioni	92
“RIFORMA COSTITUZIONALE: REFERENDUM PER PARTI SEPARATE O REFERENDUM PARZIALE?”	
Fulco Lanchester, Introduzione	122
Paolo Carnevale, La parte per il tutto: il referendum costituzionale non ammette la sineddoche	124
Massimo Siclari, È possibile richiedere un referendum costituzionale parziale?	136
“LA COOPERAZIONE INTERPARLAMENTARE NELLA GOVERNANCE EUROPEA MULTILIVELLO”	
Giuliano Amato, Augusto Barbera, Nicola Lupo, Unione europea e cooperazione parlamentare: un dibattito	140

Giulia Caravale, Il rafforzamento della cooperazione interparlamentare nelle proposte di alcuni parlamenti nazionali	164
Corrado Caruso, Prassi e funzioni del sistema di early warning	177
Andrea Frosini, Il coordinamento tra Parlamenti nazionali e Autorità indipendenti: il caso delle Autorità garanti per la protezione dei dati personali	184
Paola Piciacchia, Un fenomeno in crescente espansione: il dialogo politico dei parlamenti nazionali nell'UE	191

SAGGI

- [Sergio Lariccia, Un passo indietro sul fronte dei diritti di libertà e di eguaglianza in materia religiosa \[?\]](#) 204
- [Maria Rosaria Donnarumma, L'échec d'une démocratie: la déchéance de nationalité](#) 230
- [Mario Gorlani, La "tardiva" attuazione legislativa dell'art. 49 Cost. nell'eclissi della funzione di rappresentanza dei partiti politici](#) 244
- [Gabriele Maestri, Senza Rosa e senza Pugno? Considerazioni giuridico-simboliche sulla presenza elettorale dei Radicali in Italia](#) 253
- [Nausica Palazzo, Giudizio di uguaglianza davanti al suffragio e discrezionalità legislativa: riflessioni a partire dalla sentenza del Conseil sulla loi NOTRe](#) 292
- [Jan Sawicki, Prove tecniche di dissoluzione della democrazia liberale: Polonia 2016](#) 304

Ritratti di costituzionalisti contemporanei

- [Fulco Lanchester, La genealogia costituzionalistica di Antonio Zorzi Giustiniani](#) 326

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL'ESTERO

Cronache costituzionali gennaio-aprile 2016

- [FRANCIA, Paola Piciacchia, Costituzionalizzazione dello stato di urgenza e decadenza della nazionalità: due nodi irrisolti tra tensioni della politica e riforma del lavoro](#) 331
- [GERMANIA, Astrid Zei, Il tribunale costituzionale federale si pronuncia sulla legittimazione dell'opposizione parlamentare nei conflitti fra poteri dello Stato](#) 351
- [POLONIA, Jan Sawicki, Gli interrogativi circa la degenerazione in una 'democrazia illiberale' \(\[1\]\)](#) 365
- [REGNO UNITO, Giulia Caravale, Lo Scotland Act 2016 e la permanenza delle istituzioni scozzesi](#) 375
- [SPAGNA, Laura Frosina, La mancata formazione del Governo in Spagna e le vie inesplorate dell'articolo 99 della Costituzione](#) 388
- [STATI UNITI, Giulia Aravantinou Leonidi, Le primarie presidenziali e la democrazia americana. In the search for a good candidate](#) 402

[1] POLONIA – Cronache costituzionali da settembre 2015 ad aprile 2016

NOTE E COMMENTI

- [Marco Cacciatore, Elezioni gemelle in Iran: "Onda Verde" dei riformisti](#) 416
- [Carlo Chimenti, Voto segreto e voto palese](#) 426
- [Gavina Lavagna, In Irlanda si vota, ma si governa?](#) 431

RASSEGNE CRITICHE, RECENSIONI E SCHEDE

Rassegne critiche

- [Luca Borsi, Rassegna critica: A proposito del volume di Luigi Compagna, Italia 1915. In guerra contro Giolitti, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2015, pp. 192](#) 438

Recensioni

- [Paolo Bonini, A proposito del volume di S. Ceccanti, La transizione è \(quasi\) finita. Come risolvere nel 2016 i problema aperti 70 anni prima. Verso il referendum costituzionale, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 95](#) 442
- [Luca Bartolucci, Recensione a P. Faraguna, Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale, Milano, FrancoAngeli, 2015, pp. 210](#) 450
- [Elisabetta Benedetti, Recensione a G. Razzano, Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 309](#) 455
- [Simone Ferraro, Recensione a R. Scarciglia, F. Alacevich, F. Guida, \(a cura di\), Le Facoltà di Scienze politiche in Italia, Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 213](#) 461
- [Matteo Pati, Recensione a S. Traversa, Studi sul Parlamento \(1990-2015\), Napoli, Jovene, 2015, pp. 366](#) 467
- [Giuliaserena Stegher, Recensione a E. Rossi, Una Costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale, Pisa, University press, 2016, pp. 288](#) 476



“NOMOS. LE ATTUALITÀ NEL DIRITTO” n. 2 del 2016

SOMMARIO

SAGGI

- [Dieter Grimm, Constituent Power and Limits of Constitutional Amendments in German Perspective](#) 483
- [Francisco Balaguer Callejón, Poder constituyente y límites a la revisión constitucional vistos desde la España](#) 491
- [Giulia Caravale, La “faglia” della Brexit](#) 513
- [Massimo Siclari, Appunti sulla giustiziabilità dei diritti politici](#) 535
- [César Landa, Contrôle de constitutionnalité de la réforme constitutionnelle dans la Région Andine](#) 544
- [Rino Casella, L’irrisolta questione della riforma del Senato in Canada: dall’“impossibile” revisione costituzionale al Trudeau plan](#) 564
- [Ylenia Maria Citino, Considerazioni sull’indirizzo politico in occasione della ripubblicazione del saggio di Vezio Crisafulli](#) 599
- [Adele De Angelis, Quale “status” per le Università non statali? Una lettura alla luce della recente giurisprudenza amministrativa](#) 618
- [Maria Rita Magnotta, La linea sottile tra efficacia ed effettività. Riflessioni a margine dell’ordinanza di rimessione del Tribunale di Messina del 16 febbraio 2016](#) 633
- [Giacomo Mannocci, Gli istituti di democrazia partecipativa in Estremo Oriente: profili comparativi](#) 644
- [Luigi Testa, Prime note sul Budget Process dell’era Obama: un regular disorder «ultima spiaggia» dello scontro politico](#) 671
- [Lorenzo Spadacini, l’Italicum di fronte al comma 4 dell’art. 56 Cost. tra radicamento territoriale della rappresentanza e principio di uguaglianza](#) 698

Democrazia a sorte: quali scenari possibili? [*]

- [Gianluca Vacca, Democrazia a sorte: quali scenari possibili?](#) 733
- [Yves Sintomer, Sorteggio e democrazia deliberativa. Una proposta per rinnovare la politica del XXI secolo](#) 737
- [Fulco Lanchester, Il sorteggio in campo politico come strumento integrativo dell'attività delle Assemblee parlamentari](#) 748
- [Gino Scaccia, Democrazia a sorte: problemi e opportunità](#) 756

INEDITI

- [Piero Alberto Capotosti, La giustizia costituzionale e il suo insegnamento](#) 762

INTERVISTE

- [Dalla Staatsrechtslehre alla società aperta del diritto costituzionale comparato ed europeo. Peter Häberle in un'intervista di Robert Christian van Ooyen](#) 768

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL'ESTERO

Cronache costituzionali maggio-agosto 2016

- [FRANCIA, Paola Piciacchia, La V Repubblica a meno di un anno dalle elezioni presidenziali: sullo sfondo dei drammi del terrorismo, l'evoluzione di una forma di governo \(forse\) in cerca di se stessa](#) 786
- [GERMANIA, Astrid Zei, Presupposti e limiti di un ricorso individuale avverso atti ultravires dell'Unione Europea: profili processuali del "diritto alla democrazia" nella recente giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco](#) 803
- [POLONIA, Jan Sawicki, La cronicizzazione dello scontro sullo Stato di diritto costituzionale](#) 815
- [REGNO UNITO, Giulia Caravale, Verso un'evoluzione del modello Westminster?](#) 823
- [SPAGNA, Laura Frosina, Nuovo governo o terze elezioni? Le difficoltà legate al superamento dell'impasse politico-istituzionale](#) 839
- [STATI UNITI, Giulia Aravantinou Leonidi, Quale presidential transition e quale impatto costituzionale? Prime riflessioni sulle prossime elezioni presidenziali negli Stati Uniti](#) 857

[*] Relazioni presentate al Convegno "Democrazia a sorte: quali scenari possibili?" del 21 luglio 2016, svoltosi in Roma presso la Sala della Regina della Camera dei Deputati

NOTE E COMMENTI

- [Pietro Giuseppe Grasso, Danilo Castellano, Considerazioni brevi sulla riforma della Costituzione promossa dal Governo](#) 880
- [Maria Rosaria Donnarumma, Le " Brexit " : la fin de l'Union européenne ou l'occasion d'un sursaut ?](#) 888
- [Giulia Aravantinou Leonidi, Riscrivere le regole del gioco necessità o opportunismo? La nuova legge elettorale greca e il dibattito sulla revisione costituzionale](#) 894

RASSEGNE CRITICHE, RECENSIONI E SCHEDE

Recensioni

- [Luca Bartolucci, Recensione a A. Buratti, La frontiera americana. Una interpretazione costituzionale, Verona, Ombre Corte Edizioni, 2016, pp. 151](#) 907
- [Simone Ferraro, Recensione a P. Pombeni, La questione costituzionale in Italia, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 376](#) 913
- [Amaury Silveira Martins, Recensione a A. Saddy, Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas, 1ª ed., Rio de Janeiro, Editore Lumen Juris, 2015, pp. 225](#) 919
- [Giuliaserena Stegher, Recensione a E. Bindi- M. Perini, Il Capo dello Stato: notaio o sovrano?, Torino, G. Giappichelli, 2016, pp. 187](#) 923

Schede

- [Giuseppe Storsillo, Scheda del volume di N. Lupo- G. Piccirilli \(a cura di\), Legge elettorale e riforma costituzionale: procedure parlamentari "sotto stress", Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 350](#) 929
- [Valentina Tonti, Scheda del volume di G. Guzzetta, Italia, si cambia. Identikit della riforma costituzionale, Rubettino, 2016, pp. 201](#) 934

DOCUMENTAZIONE (a cura di S. Ferraro)

- [DOSSIER: La Corte Costituzionale ed i ricorsi anti-Italicum](#) 936



“NOMOS. LE ATTUALITÀ NEL DIRITTO” n. 3 del 2016

SOMMARIO

SAGGI

- [Roberto Miccù, Francesco Palazzotto, Smoke on the Water o della ripubblicizzazione dell'acqua. Lo statuto giuridico della risorsa idrica tra beni demaniali, beni comuni e doveri di tutela dell'amministrazione](#) 1093
- [Francesca Rosignoli, Waste Legislation in Germany and Italy. Two different pathways](#) 1115
- [Andrea Longo, Contra factum non valet argumentum: riflessi sostanziali e procedurali dell'argomento pragmatico nella sentenza n. 200 del 2016 della Corte costituzionale](#) 1132
- [Marcello di Francesco Torregrossa, Il valore ambientale nel bilanciamento costituzionale e gli interessi sensibili nella nuova Conferenza di servizi](#) 1146
- [Fabio Elefante, La responsabilità civile dei magistrati: recenti novità](#) 1160
- [Matteo Frau, L'attualità del parlamentarismo razionalizzato](#) 1195
- [Maria Rosaria Donnarumma, Le statut juridictionnel du chef de l'état et sa destitution](#) 1227
- [Mario Altomare, Gli hung parliaments nell'esperienza del Regno Unito e in alcuni ordinamenti del Commonwealth](#) 1243
- [Alessandra di Martino, Il federalismo tedesco e Georg Waitz](#) 1267
- [Andrea de Petris, Come conciliare rappresentanza politica e territoriale nel nuovo Senato delle Autonomie? Riflessioni critiche ispirate dall'esame del modello Bundesrat](#) 1302
- [Laura Frosina, Il contributo dei Parlamenti nazionali al buon funzionamento dell'Unione Europea. A proposito di Conferenze interparlamentari ed early warning system](#) 1333
- [Jan Sawicki, Debito pubblico e costituzione americana: una prospettiva storica](#) 1364
- [Gianluigi Fioriglio, Contro la post-verità: il pluralismo assiologico quale limite del potere e garanzia della giustizia nello stato costituzionale](#) 1395
- [Gianluigi Fioriglio, Contro la post-verità: il pluralismo assiologico quale limite del potere e garanzia della giustizia nello stato costituzionale](#) 1414

Ritratti di costituzionalisti contemporanei

- [Giuliano Amato, Ricordando Antonio Zorzi Giustiniani](#) 1416

Alla vigilia della sentenza sull'Italicum

- [Roberto Borrello, Le aporie costituzionali e quelle pratiche di un meccanismo elettorale](#) 1447
- [Giampiero Buonomo, L'Italicum e la Corte: tavola sinottica delle doglianze](#)
- [Alessandro Gigliotti, Simone Ferraro, Dibattito sulla modifica dell'Italicum alla vigilia del referendum costituzionale](#)

NOTE E COMMENTI

- [Simona Colarizi, Il primato della politica nell'Italia del novecento](#) 1450
- [Alessio Vaccari, Brevi note in tema di autodichia delle Camere](#) 1457

CRONACHE COSTITUZIONALI DALL'ESTERO

Cronache costituzionali settembre-dicembre 2016

- [FRANCIA, Paola Piciacchia, Le elezioni primarie e gli scenari aperti della corsa all'Eliseo](#) 1477
- [GERMANIA, Astrid Zei, Si può richiudere il vaso di Pandora? Il Tribunale costituzionale federale respinge la richiesta di misure cautelari in vista della votazione del Consiglio dei Ministri dell'UE sull'accordo CETA](#) 1489
- [REGNO UNITO, Giulia Caravale, Sovranità parlamentare vs Sovranità popolare: nel Regno Unito si discute "the constitutional case of the country"](#) 1505
- [SPAGNA, Laura Frosina, Il II governo "minoritario" di Mariano Rajoy e le complesse sfide della XII legislatura](#) 1520
- [STATI UNITI, Giulia Aravantinou Leonidi, Se il Presidente legittimamente eletto è un "Wrong Winner". Brevi considerazioni sulle elezioni presidenziali negli Stati Uniti e il futuro della democrazia americana](#) 1537
- [POLONIA, Jan Sawicki, La conquista della Corte Costituzionale ad opera della maggioranza che non si riconosce nella Costituzione](#) 1546
- [RUSSIA, Ilmira Galimova, Dalle elezioni della nuova Duma al messaggio annuale del Presidente: una Nazione unita?](#) 1564
- [ISRAELE, Enrico Campelli, Un nuovo equilibrio tra i poteri? Effetto Trump e legislazione controversa](#) 1574

RASSEGNE CRITICHE, RECENSIONI E SCHEDE

Rassegne critiche

- [Marco Mandato, La riforma che verrà. Conseguenze, criticità e auspici all'indomani del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016. Brevi considerazioni a partire da alcuni Volumi riguardanti il d.d.l. di revisione costituzionale Renzi-Boschi](#) 1588

Recensioni

- [Mario Altomare, Recensione a G. Baldini \(a cura di\), La Gran Bretagna dopo la Brexit, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 302](#) 1592
- [Luca Bartolucci, Recensione a A. Guazzarotti, Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato, Milano, Franco Angeli, 2016, pp. 151](#) 1598
- [Simone Barbareschi, Recensione a L. Ferrajoli, La democrazia costituzionale, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 106](#) 1607
- [Enrico Campelli, Recensione a S. Navot, The Constitution of Israel. A contextual analysis, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 286](#) 1612
- [Ilmira Galimova, Recensione a P. Norris, A. Abel Van Es \(a cura di\), Checkbook Elections? Political Finance in Comparative Perspective, New York, Oxford University Press, 2016, pp. 352](#) 1617
- [Whyllton Ngouedi, Recensione a S. Mouton, Le régime représentatif à l'épreuve de la Justice Constitutionnelle, Parigi, LGDJ, 2016, PP. 324](#) 1624
- [Laura Pelucchini, Recensione a S. Cassese, Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati? Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 130](#) 1629
- [Alessandra Quadrini, Recensione a M. Volpi \(a cura di\), Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio, Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 176](#) 1635
- [Giuliaserena Stegher, Recensione a M. Rubechi, Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive, Torino, G. Giappichelli editore, 2016, pp. 209](#) 1643
- [Giuseppe Storsillo, Recensione a G. Crainz - C. Fusaro, Aggiornare la Costituzione. Storia e ragioni di una riforma](#) 1649



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

2016

INDICE PER AUTORI

ARTICOLI

- MARIO ALTOMARE**, [*Gli hung parlaments nell'esperienza del Regno Unito e in alcuni ordinamenti del Commonwealth*](#), in *Nomos* 3/2016, Saggi..... 819
- [*Recensione a G. Baldini \(a cura di\), La Gran Bretagna dopo la Brexit, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 302*](#), in *Nomos* 3/2016, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede..... 61
- GIULIANO AMATO**, [*L'elasticità delle costituzioni rigide*](#), in *Nomos* 1/2016, Saggi..... 749
- [*Unione europea e cooperazione parlamentare: un dibattito*](#), in *Nomos* 1/2016, Saggi..... 321
- [*Ritratti di costituzionalisti contemporanei. Ricordando Antonio Zorzi Giustiniani*](#), in *Nomos* 3/2016, Saggi..... 693
- GIULIA ARAVANTINO LEONIDI**, [*Le primarie presidenziali e la democrazia americana. In the search for a good candidate. Stati Uniti - Cronache costituzionali gennaio-aprile 2016*](#), in *Nomos* 1/2016, Saggi..... 993
- [*Quale presidential transition e quale impatto costituzionale? Prime riflessioni sulle prossime elezioni presidenziali negli Stati Uniti. Stati Uniti - Cronache costituzionali maggio-agosto 2016*](#), in *Nomos* 2/2016, Saggi..... 55
- [*Riscrivere le regole del gioco necessità o opportunismo? La nuova legge elettorale greca e il dibattito sulla revisione costituzionale*](#), in *Nomos* 2/2016, Note e Commenti..... 333
- [*Se il Presidente legittimamente eletto è un "Wrong Winner". Brevi considerazioni sulle elezioni presidenziali negli Stati Uniti e il futuro della democrazia americana. Stati Uniti - Cronache costituzionali settembre-dicembre 2016*](#), in *Nomos* 3/2016, Saggi..... 753
- GAETANO AZZARITI**, [*Revisione costituzionale e rapporto tra prima e seconda parte della costituzione*](#), in *Nomos* 1/2016, Saggi..... 253
- [*Revisione costituzionale e rapporto tra prima e seconda parte della costituzione*](#), in *Nomos* 1/2016, Saggi..... 473

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, <u>Poder constituyente y límites a la revisión constitucional vistos desde la España</u> , in <i>Nomos</i> 2/2016, Saggi.....	773
SIMONE BARBARESCHI, <u>Recensione a L. Ferrajoli, La democrazia costituzionale, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 106</u> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....	783
AUGUSTO BARBERA, <u>Unione europea e cooperazione parlamentare: un dibattito</u> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Saggi.....	787
LUCA BARTOLUCCI, <u>Recensione a P. Faraguna, Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale, Milano, FrancoAngeli, 2015, pp. 210</u> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....	769
<u>Recensione a A. Buratti, La frontiera americana. Una interpretazione costituzionale, Verona, Ombre Corte Edizioni, 2016, pp. 151</u> , in <i>Nomos</i> 2/2016, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....	263
<u>Recensione a A. Guazzarotti, Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato, Milano, Franco Angeli, 2016, pp. 151</u> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....	295
OLIVIER BEAUD, <u>Le cas français: l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser tout idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle</u> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Saggi.....	671
ELISABETTA BENEDETTI, <u>Recensione a G. Razzano, Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 309</u> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....	969
PAOLO BONINI, <u>Recensione. A proposito del volume di S. Ceccanti, La transizione è (quasi) finita. Come risolvere nel 2016 i problema aperti 70 anni prima. Verso il referendum costituzionale, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 95</u> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....	791
ROBERTO BORRELLO, <u>Sistemi elettorali e revisione costituzionale</u> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Saggi.....	251
<u>Le aporie costituzionali e quelle pratiche di un meccanismo elettorale</u> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Saggi.....	49
LUCA BORSI, <u>Il potere costituente nel periodo statutario</u> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Saggi.....	449
<u>Rassegna critica: A proposito del volume di Luigi Compagna, Italia 1915. In guerra contro Giolitti, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2015, pp. 192</u> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....	65
	457
	761
	271
	461

GIAMPIERO BUONOMO, <u>L'Italicum e la Corte: tavola sinottica delle doglianze</u> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Saggi.....	207
MARCO CACCIATORE, <u>Elezioni gemelle in Iran: "Onda Verde" dei riformisti</u> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Note e Commenti.....	561
ENRICO CAMPELLI, <u>Un nuovo equilibrio tra i poteri? Effetto Trump e legislazione controversa. Israele - Cronache costituzionali settembre-dicembre 2016</u> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Saggi.....	905
<u>Recensione a S. Navot, The Constitution of Israel. A contextual analysis, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 286</u> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....	203
PIERO ALBERTO CAPOTOSTI, <u>La giustizia costituzionale e il suo insegnamento</u> , in <i>Nomos</i> 2/2016, Inediti.....	337
GIULIA CARVALE, <u>Il rafforzamento della cooperazione interparlamentare nelle proposte di alcuni parlamenti nazionali</u> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Saggi.....	703
<u>Lo Scotland Act 2016 e la permanenza delle istituzioni scozzesi. Regno Unito – Cronache costituzionali gennaio-aprile 2016</u> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Saggi.....	1003
<u>La "faglia" della Brexit</u> , in <i>Nomos</i> 2/2016, Saggi.....	41
<u>Verso un'evoluzione del modello Westminster? Regno Unito - Cronache costituzionali maggio-agosto 2016</u> , in <i>Nomos</i> 2/2016, Saggi.....	259
<u>Sovranità parlamentare vs Sovranità popolare: nel Regno Unito si discute "the constitutional case of the country": Regno Unito - Cronache costituzionali settembre-dicembre 2016</u> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Saggi.....	841
PAOLO CARNEVALE, <u>La parte per il tutto: il referendum costituzionale non ammette la sineddoche</u> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Saggi.....	575
CORRADO CARUSO, <u>Prassi e funzioni del sistema di early warning</u> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Saggi.....	933
RINO CASELLA, <u>L'irrisolta questione della riforma del Senato in Canada: dall'"impossibile" revisione costituzionale al Trudeau plan</u> , in <i>Nomos</i> 2/2016, Saggi.....	305
DANILO CASTELLANO, <u>Considerazioni brevi sulla riforma della Costituzione promossa dal Governo</u> , in <i>Nomos</i> 2/2016, Note e Commenti.....	
CARLO CHIMENTI, <u>Voto segreto e voto palese</u> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Note e Commenti.....	681

YLENIA MARIA CITINO, <i>Considerazioni sull'indirizzo politico in occasione della ripubblicazione del saggio di Vezio Crisafulli</i> , in <i>Nomos</i> 2/2016, Saggi.....	545
SIMONA COLARIZI, <i>Il primato della politica nell'Italia del novecento</i> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Note e Commenti.....	981
ROBERTO D'ORAZIO, <i>L'Archivio Mortati: prime considerazioni</i> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Saggi.....	795
ADELE DE ANGELIS, <i>Quale "status" per le Università non statali? Una lettura alla luce della recente giurisprudenza amministrativa</i> , in <i>Nomos</i> 2/2016, Saggi.....	465
ANDREA DE PETRIS, <i>Come conciliare rappresentanza politica e territoriale nel nuovo Senato delle Autonomie? Riflessioni critiche ispirate dall'esame del modello Bundesrat</i> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Saggi.....	595
MARCELLO DI FRANCESCO TORREGROSSA, <i>Il valore ambientale nel bilanciamento costituzionale e gli interessi sensibili nella nuova Conferenza di servizi</i> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Saggi.....	863
ALESSANDRA DI MARTINO, <i>Il federalismo tedesco e Georg Waitz</i> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Saggi.....	393
MARIA ROSARIA DONNARUMMA, <i>L'échec d'une démocratie: la déchéance de nationalité</i> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Saggi.....	3
	765
<i>Le « Brexit » : la fin de l'Union européenne ou l'occasion d'un sursaut ?</i> , in <i>Nomos</i> 2/2016, Note e Commenti.....	403
<i>Le statut juridictionnel du chef de l'état et sa destitution</i> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Saggi.....	417
FABIO ELEFANTE, <i>La responsabilità civile dei magistrati: recenti novità</i> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Saggi.....	5
SIMONE FERRARO, <i>Recensione a R. Scarciglia, F. Alacerich, F. Guida, (a cura di), Le Facoltà di Scienze politiche in Italia, Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 213</i> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede	75
	525
<i>Recensione a P. Pombeni, La questione costituzionale in Italia, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 376</i> , in <i>Nomos</i> , 2/2016, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....	747
<i>Dibattito sulla modifica dell'Italicum alla vigilia del referendum costituzionale</i> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Saggi.....	831
GIANLUIGI FIORIGLIO, <i>Contro la post-verità: il pluralismo assiologico quale limite del potere e garanzia della giustizia nello stato costituzionale</i> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Saggi.....	847
	223

	607
MATTEO FRAU, <u>L'attualità del parlamentarismo razionalizzato</u> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Saggi.....	
LAURA FROSINA, <u>La mancata formazione del Governo in Spagna e le vie inesplorate dell'articolo 99 della Costituzione. Spagna - Cronache costituzionali gennaio-aprile 2016</u> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Saggi.....	853
	471
<u>Nuovo governo o terze elezioni? Le difficoltà legate al superamento dell'impasse politico-istituzionale. Spagna - ronache costituzionali maggio-agosto 2016</u> , in <i>Nomos</i> 2/2016, Saggi.....	539
<u>Il contributo dei Parlamenti nazionali al buon funzionamento dell'Unione Europea. A proposito di Conferenze interparlamentari ed early warning system</u> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Saggi.....	481
	867
<u>Il governo "minoritario" di Mariano Rajoy e le complesse sfide della XII legislatura. Spagna - Cronache costituzionali settembre-dicembre 2016</u> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Saggi.....	
ANDREA FROSINI, <u>Il coordinamento tra Parlamenti nazionali e Autorità indipendenti: il caso delle Autorità garanti per la protezione dei dati personali</u> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Saggi.....	343
ILMIRA GALIMOVA, <u>Dalle elezioni della nuova Duma al messaggio annuale del Presidente: una Nazione unita? Russia - Cronache costituzionali settembre-dicembre 2016</u> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Saggi.....	501
<u>Recensione a P. Norris, A. Abel Van Es (a cura di), Checkbook Elections? Political Finance in Comparative Perspective, New York, Oxford University Press, 2016, pp. 352</u> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....	873
ALESSANDRO GIGLIOTTI, <u>Dibattito sulla modifica dell'Italicum alla vigilia del referendum costituzionale</u> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Saggi.....	511
MARIO GORLANI, <u>La "tardiva" attuazione legislativa dell'art. 49 Cost. nell'eclissi della funzione di rappresentanza dei partiti politici</u> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Saggi.....	275
PIETRO GIUSEPPE GRASSO, <u>Considerazioni brevi sulla riforma della Costituzione promossa dal Governo</u> , in <i>Nomos</i> 2/2016, Note e Commenti.....	639
DIETER GRIMM, <u>Constituent Power and Limits of Constitutional Amendments in German Perspective</u> , in <i>Nomos</i> 2/2016, Saggi.....	
PAOLO GROSSI, <u>Introduzione ai lavori Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale</u> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Saggi.....	947
FULCO LANCHESTER, <u>Mortati e la "Legislatura costituente"</u> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Saggi.....	801

Introduzione: <u>Riforma costituzionale: referendum per parti separate o referendum parziale?</u> , in <i>Nomos 1/2016</i> , Saggi.....	23
<u>Ritratti di costituzionalisti contemporanei - La genealogia costituzionalistica di Antonio Zorzi Giustiniani</u> , in <i>Nomos 1/2016</i> , Saggi.....	347
<u>Il sorteggio in campo politico come strumento integrativo dell'attività delle Assemblee parlamentari</u> , in <i>Nomos 2/2016</i> , Saggi.....	859
CÉSAR LANDA, <u>Contrôle de constitutionnalité de la réforme constitutionnelle dans la Région Andine</u> , in <i>Nomos 2/2016</i> , Saggi.....	811
SERGIO LARICCIA, <u>Un passo indietro sul fronte dei diritti di libertà e di eguaglianza in materia religiosa [?]</u> , in <i>Nomos 1/2016</i> , Saggi.....	357
GAVINA LAVAGNA, <u>In Irlanda si vota, ma si governa?</u> , in <i>Nomos 1/2016</i> , Note e Commenti.....	517
ANDREA LONGO, <u>Contra factum non valet argumentum: riflessi sostanziali e procedurali dell'argomento pragmatico nella sentenza n. 200 del 2016 della Corte costituzionale</u> , in <i>Nomos 3/2016</i> , Saggi.....	289
NICOLA LUPO, <u>Unione europea e cooperazione parlamentare: un dibattito</u> , in <i>Nomos 1/2016</i> , Saggi.....	1007
GABRIELE MAESTRI, <u>Senza Rosa e senza Pugno? Considerazioni giuridico-simboliche sulla presenza elettorale dei Radicali in Italia</u> , in <i>Nomos 1/2016</i> , Saggi.....	1015
MARIA RITA MAGNOTTA, <u>La linea sottile tra efficacia ed effettività. Riflessioni a margine dell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Messina del 16 febbraio 2016</u> , in <i>Nomos 2/2016</i> , Saggi.....	361
MARCO MANDATO, <u>La riforma che verrà. Conseguenze, criticità e auspici all'indomani del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016. Brevi considerazioni a partire da alcuni Volumi riguardanti il d.d.l. di revisione costituzionale Renzi-Boschi</u> , in <i>Nomos 3/2016</i> , Rassegne critiche, Recensioni e Schede.....	709
GIACOMO MANNOCCI, <u>Gli istituti di democrazia partecipativa in Estremo Oriente: profili comparativi</u> , in <i>Nomos 2/2016</i> , Saggi.....	1019
ROBERTO MICCÙ, <u>Smoke on the Water o della ripubblicizzazione dell'acqua. Lo statuto giuridico della risorsa idrica tra beni demaniali, beni comuni e doveri di tutela dell'amministrazione</u> , in <i>Nomos 3/2016</i> , Saggi.....	651
ROBERTO NANIA, <u>Principi supremi e revisione costituzionale (annotazioni sulla progressione di una controversia scientifica)</u> , in <i>Nomos 1/2016</i> , Saggi.....	959
	815

WHYLTON NGOUEDI, <i>Recensione a S. Mouton, Le régime représentatif à l'épreuve de la Justice Constitutionnelle, Parigi, LGDJ, 2016, pp. 324</i> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....	1021
ALESSANDRO PACE, <i>I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano ed europeo</i> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Saggi.....	363
NAUSICA PALAZZO, <i>Giudizio di uguaglianza davanti al suffragio e discrezionalità legislativa: riflessioni a partire dalla sentenza del Conseil sulla loi NOTRe</i> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Saggi.....	711
FRANCESCO PALAZZOTTO, <i>Smoke on the Water o della ripubblicizzazione dell'acqua. Lo statuto giuridico della risorsa idrica tra beni demaniali, beni comuni e doveri di tutela dell'amministrazione</i> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Saggi.....	
MATTEO PATI, <i>Recensione a S. Traversa, Studi sul Parlamento (1990-2015), Napoli, Jovene, 2015, pp. 366</i> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....	
LAURA PELUCCHINI, <i>Recensione a S. Cassese, Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati? Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 130</i> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....	
PAOLA PICIACCHIA, <i>Un fenomeno in crescente espansione: il dialogo politico dei parlamenti nazionali nell'UE</i> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Saggi.....	
<i>Costituzionalizzazione dello stato di urgenza e decadenza della nazionalità: due nodi irrisolti tra tensioni della politica e riforma del lavoro. Francia - Cronache costituzionali gennaio-aprile 2016</i> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Saggi.....	
<i>La V Repubblica a meno di un anno dalle elezioni presidenziali: sullo sfondo dei drammi del terrorismo, l'evoluzione di una forma di governo (forse) in cerca di se stessa. Francia - Cronache costituzionali maggio-agosto 2016</i> , in <i>Nomos</i> 2/2016, Saggi.....	
<i>Le elezioni primarie e gli scenari aperti della corsa all'Eliseo. Francia - Cronache costituzionali settembre-dicembre 2016</i> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Saggi.....	
ALESSANDRA QUADRINI, <i>Recensione a M. Volpi (a cura di), Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio, Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 176</i> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....	
FRANCESCA ROSIGNOLI, <i>Waste Legislation in Germany and Italy. Two different pathways</i> , in <i>Nomos</i> 3/2016, Saggi.....	
JAN SAWICKI, <i>Prove tecniche di dissoluzione della democrazia liberale: Polonia 2016</i> , in <i>Nomos</i> 1/2016, Saggi.....	

- Gli interrogativi circa la degenerazione in una 'democrazia illiberale'. Polonia - Cronache costituzionali settembre-aprile 2016*, in *Nomos* 1/2016, Saggi.....
- La cronicizzazione dello scontro sullo Stato di diritto costituzionale. Polonia - Cronache costituzionali maggio-agosto 2016*, in *Nomos* 2/2016, Saggi.....
- Debito pubblico e costituzione americana: una prospettiva storica*, in *Nomos* 3/2016, Saggi.....
- La conquista della Corte Costituzionale ad opera della maggioranza che non si riconosce nella Costituzione. Polonia - Cronache costituzionali settembre-dicembre 2016*, in *Nomos* 3/2016, Saggi.....
- GINO SCACCIA**, *Democrazia a sorte: problemi e opportunità*, in *Nomos* 2/2016, Saggi.....
- TERESA SERRA**, *Il 'diritto' di resistenza in Costantino Mortati*, in *Nomos* 1/2016, Saggi.....
- MASSIMO SICLARI**, *È possibile richiedere un referendum costituzionale parziale?*, in *Nomos* 1/2016, Saggi.....
- Appunti sulla giustiziabilità dei diritti politici*, in *Nomos* 2/2016, Saggi.....
- AMAURY SILVEIRA MARTINS**, *Recensione a A. Saddy, Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas, Rio de Janeiro, Editore Lumen Juris, 2015, pp. 225*, in *Nomos* 2/2016, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- YVES SINTOMER**, *Sorteggio e democrazia deliberativa. Una proposta per rinnovare la politica del XXI secolo*, in *Nomos* 2/2016, Saggi.....
- LORENZO SPADACINI**, *L'Italicum di fronte al comma 4 dell'art. 56 Cost. tra radicamento territoriale della rappresentanza e principio di uguaglianza*, in *Nomos* 2/2016, Saggi.....
- GIULIASERENA STEGHER**, *Recensione a E. Rossi, Una Costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale, Pisa, University press, 2016, pp. 288*, in *Nomos* 1/2016, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- Recensione a E. Bindi- M. Perini, Il Capo dello Stato: notaio o sovrano?, Torino, G. Giappichelli, 2016, pp. 187*, in *Nomos* 2/2016, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- Recensione a M. Rubechi, Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive, Torino, G. Giappichelli editore, 2016, pp. 209*, in *Nomos* 3/2016, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....

- GIUSEPPE STORSILLO**, [Recensione. A proposito del volume di S. Ceccanti, *La transizione è \(quasi\) finita. Come risolvere nel 2016 i problema aperti 70 anni prima. Verso il referendum costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 95](#), in *Nomos 1/2016*, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- [Scheda del volume di N. Lupo- G. Piccirilli \(a cura di\), *Legge elettorale e riforma costituzionale: procedure parlamentari «sotto stress»*, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 350](#), in *Nomos 2/2016*, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- [Recensione a G. Crainz– C. Fusaro, *Aggiornare la Costituzione. Storia e ragioni di una riforma*, in *Nomos 3/2016*](#), Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- LUIGI TESTA**, [Prime note sul Budget Process dell'era Obama: un regular disorder «ultima spiaggia» dello scontro politico](#), in *Nomos 2/2016*, Saggi.....
- VALENTINA TONTI**, [Scheda del volume di G. Guzzetta, *Italia, si cambia. Identikit della riforma costituzionale*, Rubettino, 2016, pp. 201](#), in *Nomos 2/2016*, Rassegne Critiche, Recensioni e Schede.....
- GIANLUCA VACCA**, [Democrazia a sorte: quali scenari possibili?](#), in *Nomos 2/2016*, Saggi.....
- ALESSIO VACCARI**, [Brevi note in tema di autodichia delle Camere](#), in *Nomos 3/2016*, Note e Commenti.....
- ROBERT CHRISTIAN VAN OOYEN**, [Intervista a Peter Häberle. Dalla Staatsrechtslehre alla società aperta del diritto costituzionale comparato ed europeo](#), in *Nomos 2/2016*, Interviste.....
- ASTRID ZEI**, [Il tribunale costituzionale federale si pronuncia sulla legittimazione dell'opposizione parlamentare nei conflitti fra poteri dello Stato. Germania - Cronache costituzionali gennaio-aprile 2016](#), in *Nomos 1/2016*, Saggi.....
- [Presupposti e limiti di un ricorso individuale avverso atti ultravires dell'Unione Europea: profili processuali del “diritto alla democrazia” nella recente giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco. Germania - Cronache costituzionali maggio-agosto 2016](#), in *Nomos 2/2016*, Saggi.....
- [Si può richiudere il vaso di Pandora? Il Tribunale costituzionale federale respinge la richiesta di misure cautelari in vista della votazione del Consiglio dei Ministri dell'UE sull'accordo CETA. Germania - Cronache costituzionali settembre-dicembre 2016](#), in *Nomos 3/2016*, Saggi.....

DOCUMENTAZIONE

SIMONE FERRARO, [DOSSIER: La Corte Costituzionale ed i ricorsi anti-Italicum](#), in *Nomos* 2/2016,
Documentazione.....

“POTERE COSTITUENTE E LIMITI ALLA REVISIONE COSTITUZIONALE ”

- Paolo Grossi, Introduzione ai lavori
- Fulco Lanchester, Mortati e la “Legislatura costituente”
- Giuliano Amato, L’elasticità delle costituzioni rigide
- Alessandro Pace, I limiti alla revisione costituzionale nell’ordinamento italiano ed europeo
- Gaetano Azzariti, Revisione costituzionale e rapporto tra prima e seconda parte della costituzione
- Olivier Beaud, Le cas français: l’obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser tout idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle
- Roberto Nania, Principi supremi e revisione costituzionale (annotazioni sulla progressione di una controversia scientifica)
- Luca Borsi, Il potere costituente nel periodo statutario
- Roberto Borrello, Sistemi elettorali e revisione costituzionale
- Teresa Serra, Il ‘diritto’ di resistenza in Costantino Mortati
- Roberto D’Orazio, L’Archivio Mortati: prime considerazioni

Introduzione ai lavori*

di Paolo Grossi**

Penso che il Rettore, angustiato da rilevanti impegni, dovrà subito lasciarci. Comunque, Gli siamo grati per la sua presenza e per quanto ha saputo dirci.

Abbiamo una tabella di marcia piuttosto densa, fatta di parecchie tappe; e dobbiamo terminare alle ore una, al massimo alle una e un quarto per consentire una breve pausa e, immediatamente dopo, la ripresa dei lavori sotto la presidenza di Enzo Cheli. Chi ora presiede ha, quindi il dovere di disciplinare l'incontro astenendosi dall'interloquire con osservazioni personali. Non posso, però, dare l'avvio al nostro itinerario se non dopo avere elevato un ricordo riverente verso Costantino Mortati.

Anche se il Rettore ha già espresso parole opportunissime per identificare la cifra intellettuale di questo grande personaggio, poiché ci sono parecchi giovani qui presenti, vorrei ripetere loro che, con Mortati, siamo di fronte ad uno dei più acuti pensatori del Novecento giuridico. Sì, pensatore, perché ha profondamente riflettuto; ha, infatti, vissuto grossi tormenti culturali, che lo hanno obbligato a riflessioni profonde e profondamente innovative. In tal modo egli ha provocato, stimolato, vivificato la scienza giuspubblicistica italiana. Ebbene, oggi, a distanza di trenta anni dalla sua morte, quel messaggio si rivela ancora fertilissimo. Ed io non posso che invitare i nostri giovani a leggere o a rileggere Mortati. Ne vale la pena.

Perdonate se mi prendo la libertà di elevare un ricordo affettuoso anche a Mario Galizia, che di Mortati fu allievo spirituale e, per tanti versi, suo prosecutore nella ricerca scientifica e nella didattica in seno alla Facoltà romana di Scienze Politiche. A Mario io fui legato da sentimenti di affettuosa amicizia ed ho verso di lui un debito enorme: nelle lunghe, interminabili passeggiate dei nostri dopo/cena durante il suo insegnamento fiorentino, io ho avuto da lui trasmessa parte di quel cospicuo patrimonio culturale accumulato da Mario in tanti anni di appassionate ricerche. Dirò di più: ne sono stato notevolmente arricchito.

Due sole parole a mo' d'inizio.

* Introduzione al Convegno "Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale", Roma 14 dicembre 2015. Gli Atti completi contenenti tutti gli interventi presentati al Convegno saranno pubblicati all'interno della Collana "Quaderni di Nomos" per i tipi della casa editrice Giuffrè.

** Emerito di Storia del diritto – Università di Firenze. Presidente della Corte costituzionale.

L'odierna riunione può essere ritenuta oggi addirittura necessaria, considerati il suo oggetto tematico e tutti i grossi problemi che lo stesso comporta. Perché oggi? Per due elementari motivi: perché oggi c'è in Italia un processo di revisione costituzionale della seconda parte della nostra Carta; perché oggi ci troviamo dinnanzi a un insieme di delicate questioni da risolvere circa il rapporto tra norme (e decisioni) europee e l'assetto di quei principi supremi che sono il fondamento del nostro ordine costituzionale. L'oggi è, dunque, un momento in cui una riflessione corale può essere addirittura necessaria.

Termino con un grazie schiettissimo a Fulco Lanchester, che ha individuato la tematica e ci ha raccolto intorno a lui. Ascoltiamo con attenzione la sua introduzione.

Introduzione generale al convegno: mortati e la “legislatura costituente” *

di Fulco Lanchester **

SOMMARIO: 1. L'occasione del Convegno. — 2. Mortati e il potere costituente. — 3. Il periodo costituzionale transitorio - provvisorio. — 4. Mortati e i limiti della revisione costituzionale. — 5. La riemersione del potere costituente. — 6. Conclusioni.

1. L'occasione del Convegno

L'occasione di questo Convegno è descritta in maniera sintetica nel *dépliant* di invito distribuito. Siamo a trenta anni dalla scomparsa di Costantino Mortati (1985), il maggior rappresentante dell'indirizzo realistico nel diritto costituzionale italiano, e a settanta dalla pubblicazione della sua prima monografia del secondo dopoguerra¹. Entrambi gli anniversari sollecitano da un lato a ripensare alla vicenda mortatiana nell'ambito della storia della Costituzione repubblicana e del costituzionalismo italiano, dall'altro ad approfondire - proprio nel momento in cui si parla di legislatura costituente - il tema relativo alla revisione costituzionale e dei limiti posti alla stessa.

L'articolazione del Convegno si sofferma su temi teorici e pragmatici relativi all'argomento principale del potere costituente e dei limiti alla revisione costituzionale, e, anche attraverso l'approfondimento di aspetti particolari della vicenda intellettuale di Mortati, cerca di chiarirlo alla luce dell'attuale situazione “storico-spirituale”.

A questo fine ricordo che presso la Fondazione Galizia si sta catalogando l'Archivio Mortati, lasciato in legato - come la biblioteca - a Mario Galizia e a Vittoriana Carusi, che desidero ringraziare in questa sede in modo affettuoso, e il dottor Roberto D'Orazio della Camera dei deputati fornirà indicazioni preziose sulla consistenza e l'articolazione del materiale in esso contenuto. I documenti, che sono in via di riordino, offrono, assieme alla biblioteca e agli estratti a lui inviati dalla dottrina italiana nel corso di circa mezzo secolo (donati dal 1987 al Dipartimento di Teoria dello Stato della Facoltà di Scienze politiche e poi catalogati nel 1994/95) un panorama importante per comprendere meglio evoluzione e rapporti nel mondo costituzionalistico italiano del periodo 1930-1970 ed una ulteriore chiave di lettura per la storia costituzionale italiana e per la storia della Costituzione repubblicana nella sua prima fase.

In questa introduzione ai lavori chiarirò in modo sintetico entrambe le dorsali del Convegno, lasciando aperte le conclusioni.

Cercherò di evidenziare:

* Relazione tenuta nell'ambito del Convegno “Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale”, Roma 14 dicembre 2015.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato, Dipartimento di Scienze politiche – Università di Roma “La Sapienza”.

¹ *La Costituente*, Roma, Darsena, 1945.

- in primo luogo come per Mortati, figlio dello Stato accentrato ottocentesco e nello stesso tempo aperto alle trasformazioni incrementali che questo subisce con l'ingresso delle masse, il potere costituente sia praticamente limitato dalle condizioni reali di contesto interno ed internazionale;
- in secondo luogo come, dal punto di vista normativo, per Mortati esistano precisi elementi di limite implicito ed esplicito alla revisione costituzionale derivanti dai principi e dai valori costituzionali, che si connettono con il regime istituito dalla forza o dalle forze che si pongono alla base dell'ordinamento;
- in terza istanza che, nel secondo dopoguerra, la prospettiva mortatiana, nata all'interno di un ordinamento statutale in cui il ruolo attivo veniva esercitato dai poteri Legislativo ed Esecutivo, si apre progressivamente all'intervento incisivo degli organi di controllo e di stimolo rappresentati dall'opinione pubblica e dalla giurisdizione.

Da un'analisi prospettica di storia costituzionale e di storia della Costituzione repubblicana il suo contributo non può essere ipostatizzato, ma deve essere analizzato in maniera dinamica sulla base delle trasformazioni intense degli ordinamenti contemporanei, che investono sia lo Stato sociale che la stessa democrazia rappresentativa. L'implicita elasticità delle costituzioni rigide, nel caso italiano implementata dall'interpretazione giurisprudenziale dell'art.11 della Costituzione e dalla trasformazione intensa dei soggetti politicamente rilevanti, rischia tuttavia di giungere a punti di snervamento e di rottura, di cui gli attori e gli interpreti devono essere consapevoli.

2. Mortati e il potere costituente

Non è la prima volta che la dottrina costituzionalistica si trova a dibattere i temi del potere costituente e della revisione costituzionale, ma oggi il momento è singolarmente rilevante per l'argomento ed è opportuno seguirlo, anche sulla base della traccia segnata da Mortati.

In Italia il potere costituente nel periodo liberale oligarchico era sempre stato considerato con estremo sospetto come elemento palesemente sovversivo e destabilizzante (Prestandrea, 1881; Arangio-Ruiz, 1887; Scopelliti, 1901). La crisi di partecipazione derivante dall'allargamento del suffragio (1912) e dalla modifica del sistema di trasformazione dei voti in seggi (1919) lo aveva portato in modo implicito all'attenzione più generale (Ruffini; Tittoni, 1919), mentre il compromesso monarco-fascista post - 1922 apparentemente lo aveva ibernato con un falso ritorno allo Statuto (Lanchester). Già negli anni Venti il dibattito sulle riforme incrementali del regime aveva però evidenziato la realtà di un ordinamento che stava smontando l'impalcatura flessibile dello Statuto (Atti Commissioni Soloni, 1930; Ercole, 1936; Volpe, 2015) addivenendo ai limiti della elasticità dello stesso e ponendo in maniera concreta il tema del potere costituente con la discussione del compromesso precedentemente citato (Rossi, 1940; Mortati, 1940; su cui Lanchester, 2011).

Nel volume del 1945 Mortati affronta l'argomento nella versione democratica rappresentata dalla convocazione della Assemblea costituente, nella esplicita consapevolezza che il potere costituente, quel terribile strumento di ristrutturazione straordinaria degli assetti di potere e di

diritto, potesse essere esercitato anche da soggetti che prospettano differenti valori e principi nell'ambito di un auspicato "compromesso efficiente" (su cui si v. rel. Mortati nel corso della Commissione Forti). In quel periodo Egli seguì in modo attento e da protagonista lo svolgersi di quello che Vincenzo Gueli chiamerà il *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio* (Roma, Foro italiano, 1950), in un volume cui cooperò come giovane assistente anche Leopoldo Elia.

Come è noto, Mortati aveva iniziato la sua produzione scientifica nel 1931, pubblicando la tesi discussa con Rossi e Panunzio nel 1929; aveva proseguito nel 1936 con il volume su *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, per poi produrre *La costituzione in senso materiale* nel 1940.

Queste tre opere evidenziano il modo originale in cui Mortati riesce a sintetizzare gli elementi caratterizzanti la scuola giuspubblicistica italiana. Si badi bene, non ho detto "scuola giuspubblicistica nazionale" ma "italiana", ricomprendendo in essa sia la corrente giuspositivistica che quella storico - politica. In Mortati e nella giovane dottrina costituzionalistica degli anni Trenta si possono, infatti, trovare da un lato gli elementi fondamentali del giuspositivismo orlandiano fino ad arrivare all'istituzionalismo romaniano, dall'altro la consapevolezza della natura specifica del diritto costituzionale, condizionato dalla politica.

Non soltanto Mortati è consapevole della esistenza della cosiddetta "zona grigia" del diritto costituzionale in cui il politico ed il giuridico si condizionano, ma considera fondamentale tenere in debito conto la condizione dello Stato di massa (mi riferisco all'opera Giacomo Perticone, su cui oggi le osservazioni di L. Elia e di F. Lanchester²). Si tratta di una percezione consapevole del salto di qualità che l'ingresso delle masse nelle istituzioni statuali certifica e che viene espresso nel tempo. Giuseppe Capograssi lo aveva enunciato all'interno de' *La nuova democrazia diretta* (1922, in *Opere*, 1° vol., che non ebbe alcun successo nell'ambito della dottrina giuspubblicistica dei primi anni Venti), Mortati lo mostrò ancor prima in uno *straordinario* documento (uso il commento di Giuliano Amato quando ne è venuto a conoscenza) della sua gioventù, recuperato da Perri qualche tempo fa. Nel suo primo scritto su "*La giovine Calabria*" (1910) Mortati, appena diciannovenne, evidenziò infatti già alcuni elementi invariati della sua posizione scientifica successiva: il ruolo delle masse, della loro indispensabile coscienza e dell'organizzazione politica e sindacale sotto l'ombrello del diritto di associazione.

Una costante di Mortati nel tempo è, infatti, l'interesse per il diritto di associazione ed in particolare per il partito politico. Da questo documento, pubblicato sul periodico del liceo di San Demetrio Corone, vocato sin dal '700 alla emancipazione della minoranza italo-albanese e dove Mortati si era rifugiato dopo il terremoto di Messina, è possibile incominciare ad illuminare aspetti della sua formazione che sono ancora poco conosciuti. Laureato in giurisprudenza (1914) e in filosofia (1917), dopo il servizio militare nel primo conflitto mondiale, Mortati divenne funzionario della Corte dei conti e poi, iscrittosi nel 1927 alla Facoltà di Scienze politiche ed al Pnf affrontò nel corso del suo lavoro di tesi il problema del Governo alle spalle della *legislatura costituente* 1924 - 1929, in cui il fascismo era divenuto regime

² in *Stato, società e storia in Giacomo Perticone*, a cura di C. Palumbo, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 11 ss.

dopo l'assassinio Matteotti con il discorso del 3 gennaio 1925³. In quel periodo si erano succedute le due Commissioni dei Soloni presiedute da Gentile (prima quella dei 15, istituita dal Pnf, poi quella dei 18 istituita dal Governo) con la produzione di innovazioni istituzionali incisive: dalla legge sul Primo ministro (1925) a quella sulla decretazione d'urgenza (1926), dalla Carta del lavoro (1926) alla legge sul Gran consiglio del fascismo (1928). Si trattava di un'epoca di grandi innovazioni nell'ambito del regime nato dal "colpo di Stato" del 3 gennaio 1925 (come riconosciuto dall'art. 3 del DLLgt.159 del 27 luglio 1944), a cui corrispondevano grandi decisioni personali di Mortati, connesse con l'iscrizione già ricordate al Pnf e alla neonata Facoltà di Scienze politiche, dove - per poco tempo insegnerà Bernardino Varisco (suo relatore di tesi a Lettere e filosofia) e dove incontrerà sia Rossi che Pannunzio.

Il volume sull'ordinamento del Governo evidenziò indubbiamente l'importanza dell'Esecutivo per quanto riguardava quello che in seguito verrà chiamato *l'indirizzo politico*, ma lo stesso risulta ancora inserito nell'ambito di una costruzione concettuale che risentiva del diritto costituzionale dell'immediato dopoguerra. Esso precede l'elaborazione concettuale forte che, attraverso *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge caratterizzata* (1936) porta a *La costituzione in senso materiale* (1940). Nell'esaminare il tema della costituzione in senso sostanziale Mortati non si sofferma solo sull'importanza della riflessione schmittiana, ma la integra con l'istituzionalismo romaniano e con la persistente attenzione implicita alla proposta moschiana.

3. Il periodo costituzionale transitorio-provisorio

Il problema storico relativo al pensiero di Costantino Mortati è verificare quale rapporto vi sia tra l'opera del 1940 a quella del 1945, ovvero all'ampia ed approfondita disamina sul tema del potere costituente. La questione non è certo quella degli accostamenti che l'epoca della *epurazione* produsse (su cui v. il doc. di Scelba contenuto nell'Archivio Mortati), ma quella relativa alla coerenza concettuale della sua opera.

In primo luogo si può dire che il tema fosse già presente nella ampia riflessione del 1940, perché il momento istitutivo di un ordinamento è costitutivo del regime dello stesso e ne identifica i parametri fondamentali che si trasfondono eventualmente nella costituzione formale e cui deve rapportarsi l'interpretazione reale dei soggetti politicamente attivi. La costituzione in senso materiale rispondeva infatti allo stesso interrogativo concettuale che si era posto Luigi Rossi con il saggio sull'elasticità dello Statuto⁴ e si muoveva nell'ambito dell'ulteriore fase delle riforme incrementali del regime. La legge sul maresciallato dell'Impero e quella sulla Camera dei fasci e delle corporazioni (senza parlare delle leggi razziali) ponevano il problema del rapporto - al di là della flessibilità dello Statuto - tra elasticità dello stesso e distorsioni plastiche, snervatura e rottura del materiale della costituzione formale.

³ v. F. Ercole, *La rivoluzione fascista*, Palermo, Ciuni, 1936, pp. 383 e 389, che fa riferimento al discorso di Mussolini dell'8 dicembre 1928.

⁴ *La "elasticità" dello statuto italiano* in *Studi in onore di S. Romano*, Padova, Cedam, 1940, estr. 1939.

Nel volume del 1945 c'è però qualcosa di più. Letto in stretta correlazione con la riflessione sull'esperienza di Weimar ⁵, la monografia evidenzia una consapevolezza del nuovo e dei condizionamenti di contesto che accompagnano i fenomeni di instaurazione di nuovi ordinamenti costituzionali. Chi legga oggi il Mortati del 1945, nota come la sua opera non sfiguri in alcun modo anche di fronte alla produzione più recente sui fenomeni di democratizzazione post-1989 e possieda contenuti molto più ampi ed articolati della coeva produzione di Emilio Crosa, Paolo Biscaretti di Ruffia, Antonio Amorth. In essa, oltre al piano teorico profondo, esiste - infatti - una intensa sensibilità realistica che connette il mondo dei principi e dei valori alla concretezza dei rapporti di forza.

Il momento costituente costituisce un tempo di rottura che, nell'ambito democratico, corrisponde ad una profonda modificazione della classe dirigente (in particolare del ceto politico) e del rapporto con le masse (v. l'Introduzione a *La Costituente*). La *coscienza costituente del popolo* ovvero quel *sovraeccitamento della vitalità popolare* costituisce, per Mortati, un sentimento indispensabile per la *buona riuscita dell'opera dello Stato intrapresa, in mancanza del quale non può supplire neppure la più scaltrita capacità tecnica dei compilatori del testo costituzionale, poiché una costituzione costituisce una totalità di vita associata, un organismo vivente* ⁶. Al di là di questi accenni che evidenziano le radici schmittiane della sua impostazione, Mortati sa però che alla base dei processi di instaurazione di nuovi ordinamenti ed in particolare di quelli democratici deve esservi una forza o un gruppo di forze trainanti che non soltanto operi la decisione fondamentale nel momento della rottura, ma che la implementi nella fase di redazione del testo costituzionale e che la sostenga nel tempo per la sua tendenziale applicazione. Ma si rende anche conto che il potere costituente è frutto di spinte endogene ed esogene che lo condizionano ed evidenzia come nel caso italiano siano le condizioni esogene che hanno imposto la democratizzazione dell'ordinamento, mentre gli accordi endogeni hanno certificato sia la tregua istituzionale sia il percorso del cambiamento. Mortati non ritiene, dunque, che il potere costituente sia senza limiti e ritiene che ancor più il potere di revisione sia condizionato dall'ordinamento che lo ha generato.

Sul primo tema Mortati si era soffermato nel cap. IV de *La Costituente* ⁷, in cui aveva evidenziato come l'Assemblea costituente, astrattamente libera, fosse vincolata sia da ragioni di ordine internazionale che di ordine interno (p. 317). In questa prospettiva i vincoli di ordine internazionale erano le clausole di armistizio richiedenti un governo popolare (e qui discute sulle conseguenze interne dell'eventuale difformità). I vincoli interni non sono solo di ordine giuridico, evidenziando - quindi - una ricostruzione condizionata dalla situazione di politica internazionale ⁸. Mortati indica però come il costituente possieda "un ampio margine di libero apprezzamento nella scelta dei particolari congegni organizzativi del nuovo Stato" (p. 318).

L'osservazione mette in evidenza come la tesi della scomparsa del potere costituente ⁹ possa essere articolata *nella scomparsa del potere costituente principale, ma nella persistenza di quello secondario*. E, tuttavia, anche il principale appare interpretabile.

⁵ v. *l'Introduzione alla Costituzione di Weimar*, Firenze, Sansoni, 1946.

⁶ *La Costituente*, in *Scritti*, I, pp. 4-5.

⁷ v. par. 4: *i limiti sostanziali dell'attività costituente*, pp. 316 ss.

⁸ v. F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, Giuffrè, 2006.

⁹ M. Dogliani, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, n. 1, pp. 7-32.

Ma nel marzo 1946 Mortati parla anche dei limiti all'attività Costituente (ora in *Scritti*, I, pp. 387 ss.) sgombrando le argomentazioni esilaranti che avrebbero portato la Costituente a dipendere - sulla base del DLLgt 151/1944 - da organi del passato regime. I limiti logici e politici della rottura lo fanno, dunque, esprimere dunque in maniera caustica ai tentativi di condizionamento luogotenenziale da parte dei continuisti.

Il momento centrale della concezione della costituzione in senso materiale (che esclude le interpretazioni negative e polemiche dei suoi avversari) sta dunque nel connettere il mondo dell'essere a quello del dover essere, cercando di giuridicizzare il politico e rifiutando, quindi, la concezione esistenziale dello stesso.

Una simile impostazione che funzionalizza l'azione delle autorità politiche e dell'intero ordinamento ai valori ed ai principi della Costituzione originaria e che ne misura lo scostamento, le deformazioni plastiche, le eventuali snervature, fino a dichiarare il raggiungimento del punto di rottura del materiale costituzionale costituisce il grande contributo fornito da Mortati e dal dibattito della giovane dottrina costituzionalistica italiana degli anni Trenta, sulla base della citata sintesi metodologica tra gli indirizzi formalistico e realistico espressi all'interno della scuola giuspubblicistica. Si tratta di una riflessione che nasce nell'ambito del regime autoritario, ma che lo traguarda sulla base dei differenti principi e valori di base, fino a divenire uno schema generale di interpretazione recuperabile negli anni Sessanta nelle voci sulla Costituzione ¹⁰.

4. I limiti della revisione costituzionale

Ma c'è anche qualcosa di più che rende la riflessione di Mortati del 1945/46 (e include ovviamente anche il lavoro dello stesso nella Commissione Forti ed in altre Commissioni di questo periodo) di estremo interesse. Una simile elaborazione si connette in maniera dinamica, da un lato, con le considerazioni del 1950/1 sui limiti della revisione costituzionale, dall'altro con quelle sui pericoli dell'instabilità.

In primo luogo nel saggio introduttivo alla *Costituzione di Weimar* Mortati effettuò in modo esplicito un vero e proprio psicodramma della classe dirigente italiana, spiegando le ragioni profonde del cedimento al fascismo sulla base del desiderio di ordine nei confronti del caos.

Nel 1951 Mortati evidenziò, invece, i pericoli dell'involuzione costituzionale e nello stesso tempo la normatività della decisione di regime presa alle origini del testo costituzionale. Già quattro anni dopo la promulgazione del testo costituzionale, in occasione della pubblicazione degli *Studi in memoria di Luigi Rossi*, il tema dei limiti impliciti ed espliciti alla revisione costituzionale vennero, infatti, scavati nel clima di quello che Massimo S. Giannini chiamò la Costituzione *fluida* ¹¹. Il mancato scatto della legge elettorale con premio di maggioranza nel 1953 riportò i soggetti politicamente rilevanti a considerare l'attuazione del testo costituzionale come la bussola fondamentale per l'integrazione di tutte le forze presenti nel sistema.

¹⁰ in *Enciclopedia del diritto*, ora in *Scritti*, II, pp. 79 ss..

¹¹ in *Società*, a. 1951, n. 3.

Mortati molto si spese nel quarto di secolo successivo per l'applicazione del testo costituzionale nella consapevolezza della situazione peculiare dell'ordinamento italiano, caratterizzato da opposizioni bilaterali antisistema. Una simile consapevolezza può essere, ad esempio, individuata nella dinamica della posizione mortatiana in tema di regolazione del partito politico, che dalle spinte organiciste e strutturanti del periodo costituente fino ad arrivare alla conferenza per i giovani FUCI del 1949¹² arriva alla abiura del 1958, in cui qualsiasi regolazione viene considerata pericolosa (v. Convegno UGCI, 1958).

La posizione mortatiana durante gli anni Sessanta, ed in particolare nel secondo lustro di quel decennio, divenne sempre più critica nei confronti dei soggetti politicamente rilevanti dell'epoca e sempre più vocata a suscitare l'azione dal basso del *popolo*. Il suo coinvolgimento dal 1965 nel Movimento di opinione pubblica (MOUP), di cui parlerà il Presidente Riccardo Chiappa anche in correlazione con l'altro movimento di Alleanza costituzionale animata da Giuseppe Maranini, evidenzia l'insoddisfazione di Mortati per la dinamica di un sistema politico - costituzionale che iniziava ad avvitarci su sé stesso. Di questo sentimento è certificazione il biglietto inviato a Vincenzo Atripaldi del maggio 1969 (v. Archivio Mortati), con un giudizio più che drastico sui partiti e il funzionamento del sistema parlamentare.

Negli anni Settanta Mortati si esprimerà in favore di un rafforzamento delle capacità di governo (*Gli Stati*, 1973), ma anche - nell'art.1 del Commentario Branca (1975) - per l'eventuale introduzione di sistemi elettorali più selettivi all'interno dell'ordinamento. La conversione maggioritaria di Mortati¹³ partiva però dal presupposto che l'ordinamento si fosse omogeneizzato (siamo alla fine del 1974) e che potesse sopportare strumenti di rappresentanza più selettivi. Ciò nel 1974 - dopo il risultato del referendum sul divorzio - sembrava essere ipotizzabile, mentre lo stesso maggior partito di opposizione incominciava faticosamente a discutere il dogma del principio maggioritario-minoritario.

Si stava aprendo una stagione di dibattiti sulla innovazione costituzionale, di cui Mortati poté seguire da protagonista solo il primo periodo, ma che risultò incapace di introdurre risultati, mentre alcuni evocavano - ma lo avevano già fatto negli anni Sessanta - la possibilità di uno *sbrego* (Miglio).

5. La riemersione del potere costituente

Dopo il 1989 gli avvenimenti che portarono alla crisi di regime del 1993/94 favorirono la discussione sul tema del potere costituente. Nel 1992 non uscì solo il cosmogonico volume di Antonio Negri¹⁴, ma anche quello curato da Paolo Pombeni¹⁵.

Nel primo, Negri, dopo un'analisi lucida ma liminare della posizione della dottrina giuspubblicistica sul tema, preconizzava nel mondo post-1989 il ruolo di quello che poi chiamerà la moltitudine, ovvero il nuovo soggetto extrastatuale derivante dal rifiuto di Hobbes

¹² v. *Nomos*, 2015, n. 2.

¹³ Così è stata definita da Barbera - Ceccanti, in *Quaderni costituzionali*, 1995, n. 1.

¹⁴ *Il potere costituente: saggio sulle alternative del moderno*, Milano, Sugarco, 1992.

¹⁵ su *Potere costituente e riforme costituzionali*, Bologna, Il Mulino, 1992.

e dall'adesione a Spinoza. In questa specifica dimensione, la moltitudine, risulta composta "da un complesso di singolarità", ovvero di "differenze che restano differenti", cosicché "(l)e singolarità plurali della moltitudine si contrappongono punto per punto all'unità indifferenziata del popolo". Ma la prospettiva di Negri (poi con Hart) non supera l'obiezione che la moltitudine è un ectoplasma incontrollabile rappresentato, nell'ambito di un ordinamento costituito, dal cosiddetto popolaccio e, quindi, non è popolo, l'unico da cui in regime democratico cui può provenire una decisione o un impulso espressione della sua sovranità.

Nel volume di Pombeni veniva, invece, ripercorsa soprattutto la vicenda italiana, in una previsione del crollo in cui sarebbero scomparsi tutti i soggetti politicamente rilevanti che avevano contribuito a redigere e a sostenere il testo costituzionale. La crisi sistemica durava da tempo e - come si è detto - lo stesso Mortati l'aveva individuata nel 1969, inducendolo a prospettare nell'ambito dei principi e dei valori costituzionali anche correzioni istituzionali necessarie.

Ma la conseguenza del crollo, certificato da Amato nel suo discorso alla Camera dei deputati dell'aprile 1993, provocò una singolare reazione per il prodotto più noto di Mortati: la costituzione in senso materiale. Dopo la morte di Mortati nel 1985, la dottrina e la storiografia avevano riflettuto in modo collettivo sul suo contributo tra il 1988¹⁶ e il 1990¹⁷, ma - nel corso del Convegno annuale dell'AIC tenuto a Genova il 9/10 dicembre 1994 - Livio Paladin credette di esorcizzare le difficoltà sistemiche, che porteranno alla crisi del primo Governo Berlusconi proprio alla metà di quel mese, scomunicando la teoria della costituzione in senso materiale. Si trattava però di una reazione che deformava la teoria mortatiana paventando le pressioni per una destrutturazione complessiva, che lo stesso Paladin aveva iniziato ad analizzare nella prospettiva storico-costituzionale, su basi metodologiche però molto specifiche¹⁸.

Sempre a Genova, a chi evocava il potere costituente derivante dalla cesura di continuità, Mario Dogliani rispondeva negando che questo potesse essere attivato per la scomparsa dello stesso (in una singolare continuità con proposizioni di un altro costituzionalista torinese: Emilio Crosa¹⁹), mentre a Monteveglio (settembre 1994) uno dei Padri costituenti, Giuseppe Dossetti, aveva teorizzato, alla presenza di Leopoldo Elia e Valerio Onida, la necessità di una esternalizzazione del sostegno ai valori costituzionali vista la scomparsa dei soggetti originari che li avevano fino ad allora articolati.

La seconda fase della storia della Costituzione repubblicana individuava, dunque, la consapevolezza di una oramai *pericolosa* snervatura del materiale costituzionale con l'ingresso nella fase del "bipolarismo imperfetto", caratterizzato da coalizioni centrifughe di soggetti non completamente legittimati, ma sempre più personalizzati ed oligarchici.

¹⁶ F. Lanchester, a cura, *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, Napoli, Esi, 1988.

¹⁷ *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia - P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1990.

¹⁸ *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004; per la impostazione sostanzialmente formalistica della storia costituzionale come storia dei supremi organi costituzionali, v. dello stesso Paladin, *La questione del metodo nella storia costituzionale*, in *Quaderni fiorentini*, 1997, pp. 246 ss.

¹⁹ v. Id., *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, cit., pp. 7 ss.

La vicenda successiva vide il tentativo di utilizzare lo strumento della *rottura* del procedimento di revisione costituzionale attraverso la Commissione bicamerale D'Alema, il cui fine era la riforma delle istituzioni ma anche la rilegittimazione del patto costituzionale (v. L. cost. n. 1/1997). Il dibattito si riaccese, dopo il fallimento del tentativo D'Alema e la riforma difensiva del 2001, nella legislatura 2001-2006 attraverso la doppia strategia della revisione della seconda parte della costituzione e del sistema elettorale. Quest'ultimo aveva finalità essenzialmente difensive, in presenza del bicameralismo perfetto, mentre la revisione costituzionale venne bocciata dal referendum confermativo del 2006.

Oggi è, dunque, la quarta volta che il tema riappare, a seguito della soluzione di continuità del 2011 in cui il circuito partitico - parlamentare è risultato totalmente ingolfato e ha dovuto essere supplito dagli organi di controllo interno (Capo dello Stato) ed esterno (Corte costituzionale, altri organi giurisdizionali, Banca d'Italia, livello europeo). La sentenza n. 1 del 2014 con cui la Corte costituzionale, che ha dichiarato illegittima la parte del sistema elettorale per l'elezione delle due Camere, ci ha fatto penetrare nella terza fase della storia della Costituzione repubblicana, caratterizzata dal cosiddetto *bipersonalismo imperfetto*. In questa situazione eccezionale le Camere hanno proceduto - come qualcuno ha sostenuto (ad es. il Presidente del Consiglio attualmente in carica) - a svolgere *una legislatura costituente*, modificando sia il sistema elettorale in senso stretto, sia l'organizzazione della seconda parte della Costituzione. L'argomento, che diverrà tema di acceso dibattito l'anno prossimo in occasione del referendum confermativo, è forse troppo occultato ed è per questo che viene posto oggi all'attenzione dei costituzionalisti, in una prospettiva che non è soltanto nazionale, ma coinvolge le esperienze di altri paesi dell'Unione europea (in particolare Francia, Germania e Spagna), nell'ambito di quella complessa ma anche pericolosa costruzione che caratterizza il costituzionalismo europeo contemporaneo.

Al di là di ogni considerazione sull'emergenza di contesto su cui non è opportuno soffermarsi in questa sede, è però necessario ribadire che la doppia riforma, in presenza di una liquefazione delle afferenze partitiche, rischia di cercare la stabilizzazione sistemica attraverso ausili tecnici, che in altra sede ho paragonato ad una dose di "Viagra rinforzato", con pericoli di ischemia istituzionale e di priapismo politico. Essi confermano, tuttavia, come la dinamica italiana di questi ultimi venticinque anni sia più comparabile con la dinamica degli ordinamenti dell'Europa centro-orientale che a quelli dei sistemi democratici stabili ²⁰.

6. Conclusioni

Le ragioni del Convegno odierno traggono - dunque - lo spunto dai ricordati anniversari, ma trovano acuta rispondenza nella situazione concreta italiana ed europea. I fenomeni di internazionalizzazione e di globalizzazione con l'indebolimento degli Stati nazionali nell'ambito di un processo di integrazione problematico a livello continentale pongono sotto tensione i paradigmi del costituzionalismo novecentesco basato sullo Stato sociale e la

²⁰ F. Lanchester, *L'Italicum e gli incroci pericolosi*, in *Rassegna Parlamentare*, 2015, fasc. 2, pp. 551-564.

democrazia rappresentativa e soprattutto gli assetti costituzionali degli ordinamenti della seconda ondata di democratizzazione. Tra questi ultimi, in particolare l'ordinamento costituzionale italiano è stato soggetto a due crisi forti, che hanno caratterizzato fasi differenti della storia della Costituzione repubblicana nella continuità con la dinamica più profonda della storia costituzionale del Paese.

Il contributo di Costantino Mortati si è confermato prezioso per connettere, forma e realtà costituzionale ed è risultato aperto a recepire e comprendere i cambiamenti intervenuti. Nel tempo la sua concezione della costituzione ha compreso l'importanza che negli ordinamenti contemporanei devono avere le giurisdizioni e le strutture tecniche per mantenere ferma la rotta verso l'inveramento dei valori e dei principi posti alla base del sistema. La sua concezione di una democrazia strutturata potrebbe apparire antiquata nell'epoca della società liquida, ma è anche vero che negli ordinamenti di massa (e quelli contemporanei mantengono questa peculiarità anche nell'epoca della rete informatica) o vi è opportuna strutturazione o esiste la pericolosa alternativa tra populismo e plebiscito. Solo rivalutando il circuito democratico sarà possibile rendere possibile una efficiente capacità di risposta delle *élites* rappresentative, evitando il ritorno agli incubi degli anni Venti – Trenta, che in questi giorni anche Cassese ha implicitamente evocato, per considerarli inattuali, sul *Corriere della Sera* (9 dicembre 2015). Era questo un indirizzo su cui Mortati molto ha investito sin dal suo primo scritto che ho citato in precedenza, sia nel periodo Costituente, sia negli anni Cinquanta e Sessanta, spendendosi sul lato della partecipazione referendaria, nei partiti, nell'opinione pubblica.

Concludo, facendo riferimento alla recentissima relazione del Presidente della Corte costituzionale Criscuolo in occasione dell'attribuzione del premio Chiarelli ²¹. In essa non soltanto viene fatto ampio e significativo riferimento all'opera di Mortati, ma si evidenzia, tra l'altro: che nel corso di circa un settantennio vi sono stati profondi cambiamenti nei principi e nei valori; che esiste una minore omogeneità valoriale rispetto al passato; che la Costituzione “possiede in sé gli strumenti per far fronte alle sopravvenienze storiche sia agendo sull'elasticità del testo, sia mediante l'intervento di una legge di revisione costituzionale”, i cui limiti sarebbero rilevabili solo nell' art. 139, punto di incontro dei principi fondamentali.

In questa prospettiva, che apparentemente pone la questione dell'opportuno bilanciamento degli stessi principi supremi di cui alla giurisprudenza della Corte costituzionale (mi riferisco alle sent. nn. 18 del 1982 e 1146 del 1988), si giocherà il futuro della nostra democrazia costituzionale ed è bene che - nel corso di questa che alcuni chiamano *legislatura costituente* - ciascuno di noi ne sia consapevole.

²¹ 3 dicembre 2015: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/lectio_criscuolo.pdf.

L'elasticità delle costituzioni rigide *

di Giuliano Amato **

SOMMARIO: 1. Un ossimoro apparente. — 2. Le ragioni interne dell'elasticità. — 3. I limiti esterni all'elasticità.

1. Un ossimoro apparente

Parlare della “elasticità delle costituzioni rigide” significa cimentarsi con quello che all'apparenza è un ossimoro. Eppure, è proprio su di esso che si misurano i temi prioritari di questo stesso incontro di studio, dalla messa a fuoco dei principi supremi al rapporto sempre rinnovantesi fra legislatori ed organi di giurisdizione costituzionale nell'interpretazione della Costituzione.

Di elasticità – e con significati in parte diversi da quello su cui porrò io l'accento in questa sede – si parlava ovviamente di più a proposito dello Statuto albertino. È celebre lo scritto di Luigi Rossi sulla elasticità delle norme statutarie ²². Ma quando Augusto Barbera nel suo ultimo lavoro per l'Enciclopedia del Diritto sulla Costituzione italiana parla di un testo con “virtualità multiple” ²³, e quando un altro “giovane” costituzionalista come Cesare Pinelli parla di Diritto costituzionale come “diritto per principi” ²⁴, in realtà aprono esattamente al mio tema.

Un tema che – considerato “in campo lungo” – porta a constatare che una medesima costituzione è interpretata oggi in modo da far risultare “legittimo” ciò che in precedenza era stato ritenuto “illegittimo”, ovvero, all'opposto, in modo da far risultare “illegittimo” oggi ciò che era stato ritenuto “legittimo” prima.

Come è possibile che questo accada in assenza di revisione ²⁵ ? Gli esempi, per quanto riguarda la nostra Costituzione, li troviamo sia sul fronte delle libertà e dei diritti e doveri dei cittadini, sia su quello dell'organizzazione costituzionale.

L'esempio più noto di legittimo che diventa illegittimo nella nostra storia costituzionale è quello del reato di adulterio (soltanto) femminile. Quando se ne era occupata nel 1961, la Corte

* Relazione tenuta nell'ambito del Convegno “Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale”, Roma 14 dicembre 2015.

** Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato – Università di Roma “La Sapienza”. Giudice della Corte Costituzionale.

²² V. L. Rossi, *La “elasticità” dello Statuto italiano*, in *Studi in onore di Santi Romano*, 1, Padova, Cedam, 1940, pp. 70 ss.

²³ V. A. Barbera, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 263-358, spec. p. 264 e pp. 354 ss.

²⁴ Ex multis: C. Pinelli, *Variazioni su stabilità e mutamento nel Diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014; Id., *La Costituzione di Santi Romano e i primi Maestri dell'Età Repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012; Id., *Diritto e Storia costituzionale*, in *Giornale di Storia costituzionale*, n. 1/2001, pp. 17-19.

²⁵ Ex multis: F. Modugno, *Revisione costituzionale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, S. Cassese (a cura di), V, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 5184 ss.; Id., *Qualche interrogativo sulla revisione costituzionale e i suoi possibili limiti*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 615-629; A. Zei, *Riscrivere la Costituzione: riflessioni sui limiti alla revisione costituzionale in Austria in margine al mandato assegnato alla Convenzione costituzionale*, in “Nomos”, n. 2/2003, pp. 129-168.

Costituzionale aveva ritenuto legittima la disparità di trattamento fra i coniugi (il marito era punito solo per concubinato con pubblico scandalo), in quanto l'adulterio pur occasionale della moglie feriva l'unità familiare e la stessa famiglia più di quanto non facesse quello del marito (Sent. n. 64 del 23-28 novembre 1961). Sette anni dopo, preso anche atto – così essa scrisse – dei mutamenti intervenuti nel contesto storico-sociale italiano, la Corte ritenne che era proprio la discriminazione a ferire l'unità familiare e dichiarò illegittima la punizione dell'adulterio femminile, di cui ai commi primo e secondo dell'art. 559 del codice penale (Sent. n. 126 del 16-19 dicembre 1968).

Uscendo momentaneamente dal nostro orizzonte interno, merita ricordare a questo punto il caso forse più clamoroso di *revirement* giurisprudenziale in una chiave simile, che è quello della Corte Suprema statunitense in tema di matrimonio omosessuale, intervenuto il 26 giugno 2015 (Sentenza Obergefell v. Hodges). In tale occasione la Corte ha dichiarato illegittime le leggi dei singoli Stati membri che non riconoscevano tale matrimonio, ritenendole contrarie al principio di eguaglianza federale. Per la prima volta, perciò, il diritto di sposarsi diventava diritto federale ed era, per Costituzione, eguale per tutti.

Ritorno al nostro ordinamento e ricordo una decisione della nostra Corte – stesa dall'allora giudice Enzo Cheli, relatore in questo nostro incontro – in materia organizzativa. È la sentenza che dichiarò illegittima la reiterazione dei decreti-legge, corrispondente ad una prassi costituzionale in precedenza pacifica ed ora ritenuta contraria all'art. 77 della Costituzione²⁶. Più di recente la Corte ha anche ricavato da tale articolo che nel convertire un decreto legge il Parlamento esercita un potere legislativo a contenuti limitati, diverso da quello più ampio di cui dispone quando discute e delibera disegni di legge²⁷.

2. Le ragioni interne dell'elasticità

Come spieghiamo una così vistosa elasticità delle disposizioni costituzionali? La spiegazione “principe” è quella della “zona grigia” ricordata da Fulco Lanchester, e cioè del Diritto Costituzionale come una zona di confine fra diritto e politica²⁸. Che tale sia il Diritto Costituzionale lo pensava ancora negli anni '70 uno dei nostri maestri più insigni, Massimo Severo Giannini, che ne scriveva come di una disciplina di “incerta” definizione²⁹.

Non so se l'essere sul confine fra diritto e politica renda davvero incerta la definizione della nostra disciplina. Certo si è che essa ha a che fare con il potere politico e non c'è dubbio che neppure la rigidità della Costituzione può evitare che il potere stesso sia una sorta di anguilla, che si muove nella vasca disegnata dalle disposizioni costituzionali. Che di questo si tratti l'ha

²⁶ V. Sent. n. 360 del 17-24 ottobre 1996, argomento esposto ai punti IV e V delle considerazioni in diritto. A riguardo si v. inoltre la Sent. n. 29 del 12-27 gennaio 1995.

²⁷ V. Sent. n. 22 del 16-22 febbraio 2012

²⁸ V. F. Lanchester, *Pensare lo Stato. I giuristi nello Stato unitario*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p.152.

²⁹ Così nel suo “*Diritto pubblico dell'Economia*”, pubblicato nel 1977 da Il Mulino, dove riprendeva una sua vecchia tesi: “*Senonché non sempre per un ramo del diritto è sorta e può sorgere un'apposita disciplina, una 'scienza del diritto'. Talvolta ciò avviene per ragioni d'imperfezione dottrinale, o in quanto l'elaborazione scientifica non riesce a porre in luce i profili giuridici di istituti della vita associata, com'è il caso del diritto costituzionale*» M. S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, XVIII (1940), ora in *Quad. fior.*, 2, 1973, p. 182; si v. inoltre Id., *Postilla 73*, ivi, p. 273.

spiegato proprio Dieter Grimm in una sua voce sul rapporto tra Politica e Diritto che scrisse anni fa per l'Enciclopedia delle Scienze sociali della Treccani³⁰. In essa racconta tutta la vicenda storica del rapporto tra politica e diritto e qui la sintetizzo:

a) prima, quando l'affrancamento dello Stato dalla legittimazione superiore non si era ancora compiuto, la politica asseriva d'essere subordinata al diritto, e il diritto – scrive Grimm – «non era oggetto di decisione, ma di conoscenza»³¹. Non essendo perciò il Diritto una produzione degli organi politici – i quali avevano il compito di tutelarlo, non di crearlo – ogni “riforma” rappresentava in realtà l'accertamento del diritto “come era”, e risaliva perciò ad una normativa pre-esistente;

b) dopo, con l'auto-legittimazione dello Stato e la scoperta della sovranità – il “superiorem non recognoscens” che si manifesta non soltanto nei rapporti esterni, ma anche nella produzione normativa – il potere politico è svincolato e viene a porsi al di sopra del diritto. Perché ne è la fonte originaria;

c) saranno le rivoluzioni di fine Settecento a trasformarlo in anguilla. Esse lo vogliono vincolare, non vogliono più che “quod principi placuit” abbia vigore di legge. Ma quando del potere si saranno impadroniti i promotori e i figli delle rivoluzioni, vorranno anche mantenergli una sua sfera di libertà.

Questo “dilemma” diventa la Costituzione; è la Costituzione che stabilisce i vincoli, ma la Costituzione non può fare a meno di prendere atto - e lo scrivemmo tutti nei nostri libri - che il potere politico anche con la Costituzione rigida è libero nel fine. Che è l'anguilla che conserva le sue caratteristiche originarie.

Questo genera tutta una vicenda che noi cerchiamo di confinare nello spazio dell'organizzazione costituzionale e in particolare nella sfera di insindacabile autonomia degli organi costituzionali e dei loro *interna corporis*. Ma dove quella sfera arrivi è sempre più un problema; come problema è la libertà dei fini che il legislatore può perseguire e i vincoli che sugli stessi fini e sui modi incontra nella Costituzione.

Il che ci porta sull'altro versante, quello delle libertà, dei diritti, delle garanzie costituzionali per i cittadini, dove è frequente il ricorso della Costituzione ai concetti indeterminati; e dove c'è qualcosa che io ho imparato da un grande economista, Ronald Coase (1910-2013 – autore che i giuristi dell'“anti-trust” hanno modo di frequentare più di altri – il quale nel suo celebre scritto del 1960 sul problema dei costi sociali delle transazioni³² sottolinea la naturale incompletezza dei diritti, così come risultano definiti dalle leggi e ancor più dalle Costituzioni; con la conseguenza che è solo nella concretezza del loro confronto con diritti e interessi contrapposti che si definisce il loro stesso confine. Se così non fosse, sarebbero impensabili gli “usi rivali” e confliggenti dei medesimi diritti; perché – come nell'esempio descritto da

³⁰ D. Grimm, voce *Diritto e politica*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, Treccani, 1993, pp. 113-119.

³¹ *Idem*, p. 113.

³² V. R. H. Coase, *The Problem of Social Cost*, in *J. Law & Econ.*, 3, 1960, pp. 1-44.

Coase del “farmer” e del “cattle-raiser” [Ibidem, pp. 2 ss.] — ciascuno potrebbe arrivare al suo “confine” senza toccare l’altro; ma invece non è così.

Ed ecco allora il problema: il rapporto tra elasticità, rigidità, confini dell’interpretazione e spazio della revisione, è un rapporto che si gioca su questi terreni; ed è un rapporto in cui si trovano gli uni davanti agli altri i Parlamenti e gli organi di giurisdizione costituzionale, che affrontano, ciascuno a suo modo, le stesse domande.

C’è un istituto che — per la verità — in altri paesi ha cessato di esistere, ma che in Italia ancora c’è: l’autodichia. È legittimo che ci sia l’autodichia? E ammesso che essa sia legittima, fino a qual punto può arrivare? Fino a quale punto la Costituzione la consente e da qual punto in là la considera indebitamente limitativa dei diritti dei singoli e dello spazio non eludibile della funzione giudiziaria?

Problema quasi identico è quello dell’immunità parlamentare. Fin dove arriva nel coprire le opinioni e i voti espressi da un parlamentare? Da qual punto in là rimette, se non i voti, almeno le opinioni al sindacato giudiziario?

E spostandoci al terreno del processo politico legislativo, sul quale già è diventata illegittima la reiterazione dei decreti-legge, è prevedibile che lo stesso problema sia posto per i maxi-emendamenti senza e, ancor più, con fiducia? Con quali possibili esiti e su quali binari rintracciati nella Costituzione e ritenuti non valicabili neppure dall’anguilla?

3. I limiti esterni all’elasticità

L’elasticità negli esempi sin qui fatti è quella delle pareti che proteggono l’autonomia interna del potere politico. Diversamente si pone il problema quando in gioco ci sono le libertà e i diritti del cittadino e l’elasticità della Costituzione (misurata dalla Corte Costituzionale) viene messa alla prova dai bilanciamenti operati dal legislatore. Può il legislatore vietare il matrimonio omosessuale? Può punire il solo adulterio femminile? Può preservare i diritti della madre anonima sino al punto di ignorare totalmente i diritti all’identità e alla salute di suo figlio? (Paolo Grossi ha scritto la più recente sentenza della nostra Corte sul tema: Sent. n. 278 del 22-27 settembre 2013).

Sono queste le domande che più mi sento dentro da quando sono alla Corte, perché io alla Corte sono arrivato venendo proprio dalla politica. E sono tutte domande che conducono alla ricerca dei criteri che si debbono usare per misurare l’elasticità della Costituzione, rispettando da un lato la sua rigidità, dall’altro quella che viene definita la discrezionalità del legislatore (cioè dell’anguilla).

Il primo strumento di cui disponiamo ce lo insegnò Vezio Crisafulli quando divenne giudice costituzionale: le “rime obbligate” riguardo alle decisioni della Corte adottate con sentenze cosiddette manipolative³³. Data una questione risolta nel modo “B” dal legislatore, emerge nitidamente che la Costituzione offre un modo — e un modo solo — di risolverla, che è il

³³ Si v. L. Elia, *La giustizia costituzionale nel 1983. Conferenza stampa del 26 gennaio 1984 del Presidente Leopoldo Elia*, pubblicazione disponibile on-line su: http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_499.do.

modo “A”. Ecco le rime obbligate e qui, senza tema di errori o di invasioni di campo, possiamo dire al potere politico: hai sbagliato!

Il caso classico — da tutti conosciuto — è quello del vecchio codice di procedura penale, secondo il quale il giudice istruttore poteva compiere atti istruttori senza la presenza del difensore [ex-art. 299 del cd. “Codice Rocco”, novellato dal Codice procedura penale approvato con D.P.R. n. 447 del 22 settembre 1988, e successive modifiche]. Di fronte c’era l’articolo 24 della Costituzione che “a rime obbligate” imponeva invece la presenza del difensore in ogni stadio e grado del procedimento e comportava perciò la obbligatoria integrazione con tale presenza di ogni disposizione ordinaria che consentisse atti istruttori senza prevederla.

Ulteriore strumento è la “manifesta irragionevolezza” della soluzione legislativa, che, in quanto tale, la rende semplicemente sbagliata e la sottrae alla altrimenti possibile adozione via revisione costituzionale (una via d’uscita — lo ricordo tra parentesi — sempre implicata dalle decisioni del Consiglio costituzionale francese, nell’esercizio del suo controllo preventivo sulle leggi).

Il “vero” problema sorge quando la decisione della Corte scaturisce da un bilanciamento diverso da quello insito nella legge impugnata, senza che vi siano rime obbligate e senza che il bilanciamento parlamentare sia imputabile di manifesta irragionevolezza. Ed è il caso forse più frequente.

Fino a qual punto si può arrivare nell’ammettere legislativamente la fecondazione eterologa? E fino a qual punto può arrivare la Corte nell’ammetterla, ove l’abbia vietata il legislatore? Recentemente è questo ciò che ha fatto la Corte, decidendo che la coppia infertile o sterile, per la quale il legislatore ha previsto la fecondazione omologa, non può essere privata della possibilità di avvalersi dell’eterologa, se questa è l’unico modo di realizzare la propria genitorialità [Sent. n. 164 del 10-18 giugno 2014]. Secondo la Corte, dunque, il bilanciamento realizzato dal legislatore, sfavorevole ad aprire quello che può diventare un vero mercato e per questa ragione totalmente contrario alla fecondazione eterologa, è troppo restrittivo e sacrifica il diritto alla genitorialità delle stesse coppie coperte dalle letture più prudenti e conservatrici dell’art. 29 della Costituzione. Dalla stessa Costituzione la Corte ritiene dunque di trarre un bilanciamento diverso.

Di sicuro un bilanciamento diverso da quello già adottato dal legislatore ha una forza particolarmente robusta, quando la Corte lo fa derivare da un “principio supremo” della Costituzione. Il che è accaduto in modo indiscusso con riferimento al principio di laicità dello Stato (Sent. 11-12 dicembre 1989, n. 203) o al diritto di difesa in giudizio (Sent. 22 ottobre 2014 n. 238). Ed indiscussa è anche l’affermazione della Corte secondo cui ai principi supremi sono subordinate le stesse leggi di revisione (Sent. 15-29 dicembre 1988, n. 1146). Ma quali, fra i tanti principi rintracciabili nella Costituzione, possano essere affiancati ai pochi sicuramente supremi è una domanda che non ha una risposta univoca. In Germania dottrina e giurisprudenza hanno dato fondamento a una gerarchizzazione di principi e valori costituzionali, che da noi non è invece intervenuta. È anche questa perciò materia di interpretazione, un’interpretazione soggetta al cambiamento dei tempi, alle mutevoli questioni poste dalla casistica, alle interazioni fra la nostra giurisprudenza e quella delle Corti

sovranazionali, dalla quale siamo in vario modo vincolati. È appena il caso di ricordare che gli stessi contro-limiti li identifichiamo in principi che non possono non essere, proprio in quanto contro-limiti, supremi.

Insomma, il confine fra sindacato di costituzionalità e discrezionalità legislativa, nonché quello fra innovazioni consentite dall'elasticità della Costituzione e innovazioni realizzabili soltanto con leggi di revisione sono senz'ombra di dubbio una implicazione certa ed essenziale della rigidità. La loro messa a fuoco, però, ha molto spesso una problematicità che mette in gioco la professionalità, la responsabilità, il senso della misura di chi, in primis, ha il compito di provvedervi, vale a dire gli organi di giurisdizione costituzionale.

Conforta, nell'affrontare un compito tanto impegnativo, la serena fermezza con la quale ne scriveva proprio Mortati, affermando esplicitamente che la funzione della Corte non può incontrare ostacoli nel grado di innovazione introdotto dalla sua decisione, quando questa riposa su una accertata violazione della Costituzione. Con una limpidezza che ricorda quella del Chief Justice John Marshall in *Marbury v. Madison* (5 US 131, 1803), così concludeva il suo saggio “*Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*”³⁴: “Il potere giurisdizionale non sconfinava dalla competenza sua propria, né si sostituisce al legislatore se fa applicazione del diritto vigente ai casi concreti secondo l'ordine gerarchico delle fonti, dando quindi preferenza alla Costituzione rispetto alla legge, tutte le volte che la prima, interpretata in armonia con l'intero sistema normativo, appare idonea ad orientare la decisione. E questa non assume carattere politico più di quello inerente ad ogni specie di attuazione del diritto”.

È ciò che dovremmo riuscire a fare, essendo sempre certi di non sconfinare.

³⁴ V. C. Mortati, “*Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*”, in *Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè 1972, vol. III, p. 923 e ss.

I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano ed europeo *

di Alessandro Pace **

SOMMARIO: 1. Costituzione e procedimento di revisione. — 2. Testualità delle modifiche costituzionali. — 3. La competenza esclusiva della Costituzione a prescrivere le regole della revisione costituzionale. — 4. L'inderogabilità delle norme sulla revisione costituzionale. — 5. Omogeneità e disomogeneità del contenuto delle leggi di revisione costituzionale.

1. Costituzione e procedimento di revisione

Se si parte dalla tesi secondo la quale la presenza di un procedimento di revisione costituzionale costituisce la *conferma* (J. Bryce) e non il *fondamento* (A. V. Dicey) della “rigidità” delle costituzioni documentali ⁽³⁵⁾ - rigidità che pertanto consegue dalla superiorità della costituzione su tutti gli atti che compongono l'ordinamento e non dalla specialità del procedimento di revisione -, ne segue che la disciplina del procedimento di revisione costituzionale non può che essere prevista dalla costituzione stessa, esplicitando, tale procedimento, la funzione di garantirne la rigidità (A. Posada, C. Mortati).

Il che, a mio parere avviene sotto un triplice aspetto.

In primo luogo, la previsione di un procedimento speciale di revisione costituzionale, formalmente diverso dal procedimento legislativo ordinario, evita, da un lato, i cambiamenti costituzionali troppo frequenti e, dall'altro, le modifiche imposte con la violenza qualora la costituzione non prevedesse la possibilità di modifiche ⁽³⁶⁾.

* Relazione tenuta nell'ambito del Convegno “Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale”, Roma 14 dicembre 2015.

** Professore emerito di Diritto Costituzionale – Università di Roma “La Sapienza”.

³⁵ Generalmente, dagli studiosi sia italiani che stranieri, si afferma che le costituzioni rigide sarebbero le costituzioni documentali modificabili solo a seguito di una speciale procedura di revisione, mentre le costituzioni flessibili sarebbero quelle modificabili dallo stesso legislatore ordinario.

Questa è l'interpretazione erronea che A. V. Dicey dette del pensiero di J. Bryce, secondo il quale mentre le costituzioni rigide sarebbero le costituzioni precettive derivanti da un'autorità superiore o speciale, come tali in linea di principio immodificabili a meno che non sia previsto un procedimento speciale di revisione, le costituzioni flessibili sarebbero quelle “storiche” (come la costituzione dell'antica Roma, quella inglese e quella ungherese vigenti alla fine del secolo XIX), come tali costituite da un coacervo di leggi, decisioni giudiziarie, consuetudini e prassi. Pertanto mentre per Bryce, la modifica di una costituzione rigida mediante un procedimento speciale è eventuale, per Dicey è invece essenziale. Di qui il rilievo del testo, che la presenza di un procedimento di revisione costituzionale mentre per Bryce costituiva la *conferma* della rigidità costituzionale (altrimenti affermatasi nella prassi), per Dicey ne costituiva il *fondamento* della rigidità

Costituzioni rigide (non modificabili) sarebbero per Bryce i *Fundamental Orders of Connecticut* (1638), l'*Instrument of Government* (1653), la Cost. Virginia (1776), la Cost. Fr. anno VIII (1799), l'Atto addizionale dell'Impero francese (1815), le Carte cost. francesi del 1814 e 1830, lo Statuto del Regno d'Italia del 1848, la Cost. francese del Principe-Presidente (1852), le Cost. spagnole del 1834, 1837, 1845 e 1876. Alle quali si può aggiungere la Cost. iraniana (khomeinista) del 1979.

Questo interessantissimo problema è stato da me diffusamente trattato nei vari saggi che compongono il volume *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Padova, Cedam, 2002, spec. pp. 2 ss., pp. 265 ss.

³⁶ Così, icasticamente, la Cost. Polonia del 3 maggio 1791, art. VI: «Volendo, da un lato, prevenire i cambiamenti sia violenti sia troppo frequenti alla nostra Costituzione nazionale; considerando d'altro lato, la necessità di perfezionarla dopo aver sperimentato gli effetti di essa sulla pubblica prosperità, noi disponiamo che al fine di rivedere e modificare la detta Costituzione, sia tenuto ogni venticinque anni una Dieta Costituzionale Straordinaria, secondo le modalità che saranno prescritte separatamente da un legge» (e cioè la successiva legge del 13 maggio 1791).

In secondo luogo, limitandoci alle revisioni effettuate “in via legislativa” - secondo la saggia proposta di A. Barnave (1791) tesa ad evitare l'emersione, ad ogni piè sospinto, del potere costituente - deve essere sottolineato che la previsione, a tal fine, di un procedimento legislativo, solitamente aggravato con riferimento al *quorum* deliberativo e/o alla eventuale reiterazione della delibera, garantisce la relativa stabilità delle preesistenti regole scritte della costituzione: procedimento, che se da un lato non deve obliterare il principio democratico, esplicitamente recepito dall'art. 28 Cost. fr. 1793 ⁽³⁷⁾ (J. J. Rousseau, T. Paine), dall'altro non deve però essere assolutizzato, poiché in tal caso finirebbe per contraddire la stessa rigidità della Costituzione.

In terzo luogo, la previsione di un procedimento speciale, a partire dal secondo dopoguerra, incontra limiti materiali “assoluti” in nome di valori che si assumono “eterni” ovvero di principi giuridici espressamente indicati nelle stesse Costituzioni, (Cost. it., art. 139; GG, art. 79 comma 3; Cost. fr., art. 89, comma 5). Pur muovendosi in questa linea la Corte costituzionale italiana ha inoltre desunto, di volta in volta, dalla Costituzione, taluni “principi costituzionali supremi” (sentenze nn. 30 del 1971, 12 del 1972, 175 del 1973, 1 del 1977, 18 del 1972), dei quali, successivamente, la stessa Corte (con le sentenze nn. 1146 del 1988, 366 del 1991, 1 del 2014) ne ha espressamente affermato la immutabilità.

Da queste tre premesse discendono almeno quattro rilievi.

2. Testualità delle modifiche costituzionali

Primo rilievo. Le modifiche costituzionali, per essere tali, devono essere non solo “esplicite”, ma essere “inserite” nel testo costituzionale, come appunto dispone l'art. 79 GG e come è possibile argomentare dal vocabolo “revisione” *ex* art. 138 Cost. it. (C. Esposito, F. Modugno). Altrimenti si incorrerebbe negli equivoci derivanti da formule come quelle dell'art. 76 della Cost. di Weimar, il quale, limitandosi a prescrivere che le modificazioni di quella Costituzione dovessero avvenire “in via legislativa” (sia pure con uno speciale *quorum*), consentiva implicitamente la modifica, la deroga, la rottura ecc. della Costituzione sol che fosse stato raggiunto il *quorum* previsto.

L'accenno, nell'art. 138 Cost. it., alle “altre leggi costituzionali” accanto alle “leggi di revisione costituzionale” impone di chiarirne la differenza concettuale. La tesi più condivisibile è che le “altre leggi costituzionali” hanno la funzione di *sviluppare e articolare* le generali previsioni della Costituzione con riferimento a questioni specifiche (ad es. gli Statuti delle Regioni speciali) che non è necessario trattare nel testo della Costituzione, anche per non appesantirlo (A. Cerri, G. U. Rescigno).

³⁷ Art. 28 Cost. fr. 1793: «Un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e cambiare la sua Costituzione. Una generazione non può assoggettare alla sue leggi le generazioni future».

Le “leggi costituzionali” di cui all’art. 138 Cost. non sono in grado di operare come le “leggi in rottura” dell’epoca weimariana. La complessa procedura prevista dall’art. 138 (doppia deliberazione a distanza di almeno tre mesi, maggioranza qualificata nella seconda deliberazione, differenza formale delle leggi costituzionali rispetto alle leggi ordinarie) è infatti inutilizzabile per effettuare “rotture” *uno actu* della costituzione. Le quali, in tanto erano possibili secondo la Costituzione di Weimar (C. Schmitt), in quanto l’art. 76 di quella Costituzione non prevedeva una differenza formale delle leggi costituzionali rispetto alle leggi ordinarie (G. Anschütz), limitandosi essa a richiedere, per la sua modifica, un’unica deliberazione con i due terzi di maggioranza sia come *quorum* costitutivo che come *quorum* deliberativo.

3. La competenza esclusiva della Costituzione a prescrivere le regole della revisione costituzionale

Secondo rilievo. Le Costituzioni che esplicitamente o implicitamente non prevedono possibilità di modifiche devono ritenersi rigide (J. Bryce), anzi “pietificate” (J. M. Sempere). Ciò significa che se, da un lato, esse sono giuridicamente immutabili, dall’altro lato sono politicamente fragili essendo esposte sia a disapplicazioni sia a mutamenti violenti, come prefigurato dal citato art. VI, Cost. Polonia 1791. Significativa, in tal senso, è la vicenda storico-politica dello Statuto albertino (1848), che nei primi decenni fu ritenuto immutabile (J. Bryce, L. Casanova, *contra*, sin da principio, C. Benso conte di Cavour), ma che, dopo il 1870 fu generalmente ritenuto modificabile da parte del legislatore ordinario (R. Bonghi, G. Saredo).

La previsione di un procedimento speciale di revisione che consenta il pacifico ma meditato adeguamento alle mutate esigenze politiche e sociali garantisce quindi la “sopravvivenza” della Costituzione.

L’individuazione del punto di equilibrio tra quanto, delle norme costituzionali originarie, debba comunque essere conservato (le norme assolutamente irriducibili) e quanto possa essere invece modificato per far fronte ai mutamenti politici e sociali, compete, in esclusiva, al potere costituente. Pur con qualche forzatura, si è perciò giustamente sottolineato che la procedura di revisione costituzionale costituisce «la parte più importante di una Costituzione» (J. W. Burgess).

Sostenere il contrario - e cioè che la scelta tra le infinite variabili di tempo, di contenuto e di procedimento spetti ad un’autorità non prevista in Costituzione o ad una “fonte” che pretendesse di derogare al procedimento previsto in Costituzione - significherebbe, in definitiva, che “suprema” è tanto l’autorità che si è arrogato tale potere quanto la fonte (legge costituzionale od altro) illegittimamente derogatoria.

4. L'inderogabilità delle norme sulla revisione costituzionale

Il terzo rilievo che consegue da quanto sottolineato nel paragrafo iniziale è che le norme sulla revisione - pur essendo modificabili (senza però contraddire la natura rigida della stessa costituzione) - sono inderogabili.

Ciò consegue dal fatto che la normativa sul procedimento di revisione costituzionale rientra, in sede di filosofia del diritto, tra le «regole costitutive». Le quali «creano o definiscono una forma di comportamento che non esiste di per se stesso al di fuori della regola» (N. Bobbio). Il gioco politico democratico, non diversamente dal gioco degli scacchi - richiamato in proposito dagli studiosi citati da M. Manetti - dipende infatti esclusivamente dal rispetto delle regole di “esistenza” (e quindi dalle regole di “riconoscibilità”) del gioco.

In questo senso, il divieto di derogare, anche *una tantum*, alle regole sulla revisione costituzionale è immanente alle regole del gioco, la cui natura è squisitamente procedurale. In quanto procedurale, l'art. 138 è una “regola” e non un principio. Pertanto non può essere applicato in modo parziale o graduale, né può essere bilanciato con altri asseriti valori, quali, ad esempio, la «rapidità della decisione» o la sufficienza della garanzia delle minoranze e del voto popolare, come erroneamente si sostenne nel corso della discussione del d.d.l. cost. Sen. n. 813, XVI leg., 2013 (poi lasciato decadere), col quale l'allora governo Letta pretendeva di derogare *una tantum* (ma con effetti permanenti!) all'art. 138 Cost.

5. Omogeneità e disomogeneità del contenuto delle leggi di revisione costituzionale

Con riferimento al contenuto della legge di revisione ci si è chiesti, con riferimento all'art. 138 Cost., se il contenuto possa essere disomogeneo, come è avvenuto nel 1993, nel 1997, nel 2005 e nel d.d.l. cost. Renzi-Boschi, Sen. n. 1429-B, XVII leg., attualmente in discussione.

La maggioranza dei costituzionalisti si è espressa nel senso contrario. Si è infatti rilevato che le leggi costituzionali aventi un contenuto *omnibus* violerebbero sia il principio democratico (art. 1 Cost.) sia la libertà di voto (art. 48 Cost.) dei partecipanti all'eventuale referendum confermativo, in quanto essi sarebbero obbligati ad esprimere un solo voto sull'intero testo ancorché le modifiche da approvare, o respingere, siano più d'una.

Ciò nondimeno sembra però potersi sostenere che al divieto di revisioni disomogenee si sottragga la modifica della forma di governo. La quale, per necessità logica, non può non coinvolgere contestualmente almeno più di un titolo della Parte seconda della Costituzione (Parlamento, Presidente della Repubblica, Governo). In altre parole il rispetto del limite di

omogeneità si identifica, in tale ipotesi, nella doverosa intrinseca coerenza e compiutezza del disegno riformatore (A. Pace).

La disomogeneità, e quindi il contenuto *omnibus*, è inoltre logicamente ammissibile qualora la Costituzione preveda la possibilità di riforme “totali” (art. 168 comma 1 Cost. Sp.; artt. 192 e 193 Cost. Svizzera), in forza delle quali, *a fortiori*, potrebbe essere cambiato, se non tutto, quasi tutto (v. però *infra*). Ovviamente, la previsione della possibilità di riforme “totali”, per ritenersi consentita, deve essere esplicita. Una revisione “totale” che non fosse esplicitamente prevista si risolverebbe infatti nell’esercizio di potere costituente.

Qualora la revisione “totale” sia giuridicamente prevista (come appunto nei citati artt. 168 comma 1 Cost. Sp. e 192 e 193 Cost. Svizzera), essa viene, per così dire, “istituzionalizzata”, e quindi non può vantare quel fondamento puramente “fattuale” tipico del potere costituente (G. Jellinek, C. Schmitt, H. Kelsen), essenzialmente antitetico a limitazioni giuridiche. Esattamente, ed autorevolmente, si è infatti sottolineato che «nel quadro di una disciplina legislativa costituzionale non possono esserci poteri illimitati ed ogni competenza è delimitata» (C. Schmitt).

E dunque la revisione “totale”, se prevista in Costituzione, costituisce sempre esercizio di potere “costituito” (S. Muñoz Machado), con la conseguenza che dovrà giocoforza rispettare «i principi essenziali del tipo di Stato quale risulta dall’ordinamento in atto» (C. Mortati). Parlare al riguardo di potere costituente-costituito (J. L. Requejo Pagés) è un ossimoro nel quale uno dei due aggettivi è di troppo.

Opere citate nel testo: G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, IV ed., Berlin, 1933; A. Barnave, *Discourse sur le pouvoir constituant, les Conventions nationales et le pouvoir de révision*, in Id., *Potere di revisione e revisione costituzionale*, a cura di R. Martucci, Manduria, 1996; N. Bobbio, voce *Norma*, nell'*Enciclopedia Einaudi*, vol. IX, Torino, 1990; Id., *Il futuro della democrazia* (1984), Torino, 1995; J. Bryce, *Costituzioni flessibili e rigide (Flexible and Rigid Constitutions)*, 1901), a cura di A. Pace, Milano, 1988; Id., *La Repubblica americana (The American Commonwealth)*, 1888), vol. I, trad. it. A. Brunialti, Torino, 1913; J. W. Burgess, *Political Science and Comparative Constitutional Law*, New York, 1981; L. Casanova, *Del diritto costituzionale*, vol. I, Genova, 1859; A. Cerri, voce *Revisione costituzionale*, in *Enc. giur.*, vol. XXXI, Roma, 1991; A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1908), X ed. curata da E. C. S. Wade, London, 1962; C. Esposito, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e "altre" leggi costituzionali*, in *Raccolta di studi in onore di A. C. Jemolo*, vol. III, Milano, 1962; G. Jellinek, *La dottrina generale dello Stato (Allgemeine Staatslehre)*, libri I e II, 1914), trad. it. M. Petrozziello, Milano, 1921; H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato (General Theory of Law and State)*, 1945), trad. it. S. Cotta e G. Treves, Milano, 1959; F. Modugno, voce *Revisione costituzionale*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006; M. Manetti, *La deroga all'art. 138 Cost. e la mossa del cavallo*, in *Rass. parl.*, 2013; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, Padova, 1976; S. Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, vol. I, Madrid, 2006; T. Paine, *I diritti dell'uomo (Rights of Man, 1791-1792)*, trad. it. M. Astrologo, Roma, 1978; A. Posada, *Tratado de Derecho Constitucional*, vol. II, Madrid, 1929; G. Saredo, *Trattato delle leggi*, Firenze, 1886; J. M. Sempere, *La reforma constitucional*, in *Rev. general de legislación y jurisprudencia*, 1907, tomo III; G. U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, XIII ed., Bologna, 2010; J. L. Requejo Pagés, *Apuntes sobre la reforma constitucional en España*, in *Scritti in onore di A. Pace*, vol. I, Napoli, 2012; C. Schmitt, *Dottrina della costituzione (Verfassungslehre)*, 1928), trad. it. A. Caracciolo, Milano, 1984.

Revisione costituzionale e rapporto tra prima e seconda parte della costituzione *

di Gaetano Azzariti **

1.

“Una costituzione non consiste in una serie di articoli più o meno ben allineati, e neppure in un complesso di uffici e di istituti giuridici, ma è invece una totalità di vita associata, un organismo vivente”. Così scriveva Costantino Mortati ne “La costituente” del 1945 ³⁸.

In tal modo rifletteva – con un di più di organicismo che lo caratterizzava (“vita associata”, “un organismo vivente”) - un principio di unitarietà delle costituzioni che era un prodotto ormai certo e indiscusso del costituzionalismo moderno. Senza dover risalire ad Aristotele (la *politeia* era considerata come un ordine complessivo della *polis*), Cicerone (con la sua *constitutio populi*) o ai monarcomachi francesi (con la fondazione della *lex fundamentalis*), basta prendere in considerazione l’atto costitutivo il costituzionalismo moderno, che pone il legame tra le parti specifiche del testo costituzionale come la condizione di esistenza della stessa costituzione. È l’articolo 16 della Dichiarazione del 1789 ad affermare che non vi è costituzione se non sono presenti almeno due elementi tra loro interrelati: assicurare i diritti e garantire la divisione dei poteri. La salvaguardia dei primi dipendendo dall’organizzazione dei secondi, e viceversa.

2.

Questa certezza nei tempi più recenti, nel nostro paese, sembra essere stata rimossa, rivendicandosi, all’opposto, una netta separazione tra parti del testo. Sostenendosi, in particolare, che solo la costituzione dei diritti sarebbe intangibile e depositaria della vera essenza della costituzione vigente, mentre la costituzione dei poteri avrebbe un valore meramente organizzatorio, sostanzialmente nella disponibilità del revisore. La ragione di questa eclissi della ragione costituzionale, a mio parere, è essenzialmente legata a esigenze politiche ed ha natura strumentale, collegata alla particolare involuzione del nostro sistema politico, alla sua infinita transizione.

* Relazione tenuta nell’ambito del Convegno “Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale”, Roma 14 dicembre 2015.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale, Dipartimento di Scienze giuridiche – Università di Roma “La Sapienza”.

³⁸ C. Mortati, *La Costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Roma, Darsena, 1945, p. VI, (ripeteva il medesimo concetto alle pp. 198 e 202). Il testo è stato poi riedito in C. Mortati, *Raccolta di scritti* (vol. I: *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 3 ss.). Citeremo dalla edizione originaria.

Era il 1993, *annus horribilis* per il costituzionalismo, con l'affermarsi di una approssimata e distorta logica maggioritaria che tutto ha inteso sacrificare all'efficacia, alla governabilità, al conseguimento del risultato e che è solo riuscita ad inanellare un fallimento dopo l'altro, rendendo il sistema politico meno efficiente, più ingovernabile, senza riuscire a conseguire risultati apprezzabili.

Era il 1993, dicevo, quando venne approvata la prima improvvida legge costituzionale che non solo definì un procedimento degoratorio di revisione costituzionale istituendo la prima delle due sfortunate commissioni bicamerali, ma affermò altresì il principio di una netta distinzione tra prima e seconda parte della costituzione, ritenendo la costituzione dei poteri riformabile senza limiti, quella dei diritti intangibile e senza macchia. L'idea che si potesse cambiare l'intera seconda parte della costituzione lasciando indenne la prima e tutti i principi fondamentali espressi dal testo costituzionale, da allora, non ha più abbandonato la politica dominante e il sentire comune, né è stata sufficientemente contestata da una cultura costituzionale sempre più divisa ed eccessivamente distratta, nonostante le smentite di fatto: basta pensare all'influenza sull'effettiva garanzia dei diritti e sulla concezione stessa della costituzione, che ha provocato l'introduzione del principio di sussidiarietà, ovvero, più di recente, dell'equilibrio di bilancio.

Così, ancora oggi, abbandonata la stagione delle riforme in deroga, le revisioni progettate, discusse e a volte approvate dal parlamento ai sensi dell'articolo 138 – da quella del 2005, poi naufragata con il referendum dell'anno successivo, a quella del 2016 – riguardano gran parte della Parte II, mentre lasciano formalmente inalterata la Parte I. Solo per ciò esse vengono presentate come semplici adeguamenti del testo alle trasformazioni imposte dalla politica e dai tempi. Revisioni al testo della costituzione vigente volte a garantire la maggiore efficienza, la governabilità e il conseguimento dei risultati. Le tre ossessioni della democrazia maggioritaria dell'ultimo ventennio. Altrove ho cercato di chiarire l'infondatezza e astoricità di quest'idea di fondo, tanto sul piano dogmatico, quanto su quello più strettamente normativo ³⁹; in quest'occasione vorrei invece – seguendo la lezione di Mortati – interrogarmi sulle conseguenze che derivano dal principio di unitarietà delle costituzioni, e sui problemi che esso pone nel momento della revisione “solo” di alcune sue parti.

3.

La prima e più rilevante questione è quella dei *limiti alla revisione*. Non più protetti dalla comoda, ma falsa distinzione tra prima e seconda parte, ci si deve interrogare infatti su come evitare il rischio di trasformare la funzione di revisione – espressione di un potere costituito – in un'attività costituente.

³⁹ Vedi, se vuoi, il mio *Considerazioni inattuali sui modi e sui limiti della riforma costituzionale*, in *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 171 ss.

Il problema si pone poiché – rileva Mortati - in una serie di casi l'attività di revisione (ma, simmetricamente, anche quella costituente) rivestono caratteri ibridi, “che fanno dubitare dell'appartenenza delle medesime all'una o all'altra categoria”⁴⁰.

Quali allora i criteri per distinguere la legittima attività di revisione prevista nel nostro ordinamento costituzionale all'articolo 138 da un'attività di revisione che oltrepassi i limiti del potere di revisione stessa e sfoci nell'attivazione di un terribile e incontrollabile *pouvoir constituant* (secondo la nota indicazione di Carl Schmitt⁴¹)?

Avverte Mortati che non può essere adottato alcun rigido punto di vista formalistico, poiché altrimenti “ogni modificazione dell'ordinamento giuridico, anche la più radicale, appar[irebbe] compatibile con il mantenimento del tipo di Stato, quando essa si svolga per opera degli organi e con le forme predisposte per le modificazioni stesse, nel qual caso non vi sarebbe mai luogo ad esercizio di attività costituente, bensì solo quella di revisione”⁴². Questo punto di vista – specifica Mortati – non può essere accolto poiché condurrebbe al risultato di “svuotare la costituzione della sua funzione specifica, che è di garantire il mantenimento del nucleo fondamentale di caratteri, i quali valgono a contrassegnare una particolare forma storica di Stato”⁴³.

Ed è proprio nell'immodificabilità della particolare forma di Stato che deve rinvenirsi il limite sostanziale (“assoluto”, specificherebbe Mortati⁴⁴) alla revisione; ed è nel disegno unitario della forma di Stato che si rinviene il carattere indiviso della costituzione, ciò che lega l'intera costituzione intesa come unità, nelle sue diverse parti (principi e diritti fondamentali, divisione e organizzazione dei poteri).

Nella voce *Costituzione* nel 1962 specificherà che “il problema dei limiti sia sostanzialmente connesso all'altro della continuità dell'ordinamento” dovendosi “contenere il mutamento della costituzione entro certi argini (...) sottra[endo] ad esso quelle sue parti considerate essenziali a contrassegnare l'ordinamento”⁴⁵. È quel che Mortati chiama la “medesimezza” della fonte suprema, che vale ad attestare la sua permanenza nel tempo.

Individuato così il nucleo duro - indivisibile e irriducibile - della costituzione si tratta ora di chiarire cosa s'intende per forma di Stato come principio organizzativo specifico, composto dai caratteri fondamentali che contrassegnano la funzione specifica della costituzione.

⁴⁰ C. Mortati, *La Costituente*, cit., p. 11.

⁴¹ C. Schmitt, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria* (1964), tr. it. Roma-Bari. Laterza, 1975, pp. 150 ss.

⁴² C. Mortati, *La Costituente*, cit., p. 13.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ “Limiti (...) assoluti, detti anche essenziali perché riguardano parti costitutive dell'essenza della costituzione, e come tali del tutto sottratti ad ogni specie di mutamento” (così C. Mortati, voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, ora in “*Una e indivisibile*”, Milano, Giuffrè, 2007, p. 216).

⁴⁵ C. Mortati, *Costituzione (dottrine generali)*, cit., pp. 210-211.

4.

In via di prima approssimazione possiamo dire che essa coincide con i principi coessenziali di un ordinamento positivo che la costituzione consacra e garantisce, ovvero i valori fondamentali che assicurano la permanenza della “struttura sociale” su cui poggia la costituzione e attorno a cui quest’ultima si ordina ⁴⁶.

Potremmo ripetere le diverse parole, ma che esprimono il medesimo intento, della più nota tra le sentenze della Corte costituzionale sui limiti alla revisione: “La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana” ⁴⁷.

Questi principi e valori sono intangibili ovunque essi abbiano trovato collocazione, fossero anche nelle disposizioni transitorie ⁴⁸.

È importante anche rilevare che – secondo Mortati – questi principi non sono dati uno volta per tutti, né sono astrattamente individuabili. Non è il “diritto naturale” che può essere il riferimento. La ricerca delle basi dell’ordinamento deve essere condotta “in sede storica” – è il risultato dell’esperienza – e si collega al grado di sviluppo della coscienza sociale ⁴⁹.

Ancor più chiaramente scriverà nel 1962 che la valutazione sulla revisione e la conservazione o meno del sistema costituzionale esistente deve effettuarsi “volta per volta”, con riferimento ai valori di fondo ai quali la costituzione è collegata ⁵⁰.

Non in astratto, dunque, ma è nel nostro ordinamento costituzionale positivo che vanno ricercati i limiti alla revisione e gli elementi (principi e valori) che danno fondamento alla costituzione e che se modificati andrebbero a conformare non più un atto di revisione, bensì un fatto costitutivo, matrice di un nuovo sistema costituzionale, di una “nuova” costituzione.

Così, non è escluso che mutazioni della forma di governo ovvero quelle collegate ai diritti fondamentali siano inammissibili. “Occorre accertare, nei singoli casi, se e fino a che punto la forma di governo abbia funzione meramente strumentale rispetto ai fini coessenziali ad un

⁴⁶ Cfr. C. Mortati, *Costituzione (dottrine generali)*, cit., pp. 218-219.

⁴⁷ Così la ben nota sentenza n. 1146 del 1988.

⁴⁸ Sul punto rinvio al mio *Considerazioni inattuali sui modi e sui limiti della riforma costituzionale*, cit., pp. 177 s., ove si indicano principi fondamentali contenuti nella seconda parte della costituzione (garanzie costituzionali, indipendenza della magistratura), ma anche rinvenibili nelle disposizioni transitorie e finali (la pregiudiziale antiautoritaria e il fondamento democratico della Repubblica individuabile nella XII disposizione).

⁴⁹ Cfr. C. Mortati, *La Costituente*, cit., p. 34.

⁵⁰ Cfr. C. Mortati, *Costituzione (dottrine generali)*, cit., p. 221.

ordinamento o appaia invece parte integrante della forma di Stato, e, correlativamente, quale posizione rivesta nella totalità del sistema dei diritti, così come risulta dalle norme costituzionali”⁵¹.

5.

Mortati, dunque, non dà nessun peso alla distinzione tra parte dedicata ai diritti fondamentali e parte dedicata all’organizzazione. Anzi è nell’intreccio tra questi due aspetti che egli rinviene l’essenza della costituzione. In particolare, da un lato, dall’affermazione del principio della sovranità popolare e, conseguentemente, dal concetto di popolo che da esso si ricava storicamente (estendendo potremmo farvi risalire i diritti che la sovranità popolare assicura), dall’altro, dalle forme e dai procedimenti organizzativi necessari perché sia consentito al popolo la manifestazione di una volontà politica⁵².

I due aspetti sono tra loro strettamente collegati. Infatti, per quanto riguarda la determinazione del concetto di popolo Mortati rileva che non importa la sua identità soggettiva, non potendosi affermare la continuità di un ordinamento che crea un autonomo e nuovo principio di aggregazione solo perché è composto dalle stesse persone fisiche dell’ordinamento precedente. Ciò che invece bisogna considerare è “il popolo nella struttura politica che assume per realizzare i fini propri di un dato momento storico”⁵³. Ciò mette in evidenza un dato di assoluto rilievo – tanto più oggi – in assoluta controtendenza rispetto alla discussione su prima e seconda parte della costituzione, e la vulgata secondo la quale sono i diritti (e solo essi) a determinare i principi supremi ed immodificabili della costituzione, mentre la parte organizzativa potrebbe essere revisionata *ad libitum* senza perciò incrinare il fondamento di valore del nostro ordinamento costituzionale, senza, dunque che l’attività di revisione si traduca in un illecito esercizio costituente. Seguendo Mortati appare l’inverso, quasi una superiorità della parte organizzativa su quella dei diritti, o – per meglio dire - un loro inestricabile intreccio. Così, scrive il costituzionalista calabrese, “l’esercizio di un diritto presuppone un’organizzazione del modo di manifestazione della volontà del suo titolare”⁵⁴.

Immediatamente dopo passa a esaminare i principi dell’organizzazione necessari perché sia consentito al popolo la manifestazione di una volontà politica. Ed anche in questo caso, non si può che rimaner colpiti dalla inattualità delle considerazioni svolte. Una inattualità che ci dovrebbe seriamente far riflettere e – io credo – porci qualche problema rispetto alla disinvoltura con la quale trattiamo le questioni di fondo del sistema costituzionale.

6.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Cfr. C. Mortati, *La Costituente*, cit., p. 40.

⁵³ C. Mortati, *La Costituente*, cit., p. 43 e nota 1.

⁵⁴ C. Mortati, *La Costituente*, cit., p. 44.

Al centro della sua riflessione sono le modalità di formazione della volontà popolare. Certo l'istanza democratica esigerebbe il consenso di tutti i cittadini, ma – riprendendo l'impostazione kelseniana sulla democrazia⁵⁵ – non potendosi realisticamente aspirare ad utilizzare il principio dell'unanimità, diventa necessario ricercare un criterio destinato a determinare quale delle volontà singole espresse si debbono considerare preminenti. Ed escluso l'antico principio che distingueva la *pars sanior* attribuendole la preminenza, nei nostri ordinamenti non rimane che applicare l'altro criterio quello della *pars maior*: il principio maggioritario. Epperò – e qui il discorso si rende interessante – questo principio “non può essere accettato in modo puro e semplice”, vi sono quattro condizioni che è necessario far valere, ponendosi a fondamento di un ordinamento costituzionale. E che pertanto – aggiungo – qualora dovessero non essere più rinvenibili segnerebbero il passaggio ad un ordinamento costituzionale diverso, segnalerebbero una rottura di continuità costituzionale.

Sono proprio le condizioni necessarie alla retta formazione della volontà popolare in un ordinamento costituzionale democratico individuate da Mortati che fanno emergere in tutta la loro drammaticità la crisi in cui oggi versiamo. Basta richiamarle in rapida successione.

Per giustificare il principio maggioritario, scrive Mortati⁵⁶, è necessario:

a) che la maggioranza sia organizzata in modo da esprimere una concezione di vita associata quanto più possibile unitaria e armonica. Per realizzare la quale è necessario promuovere la formazione di raggruppamenti organizzati in modo da mantenere il massimo di aderenza con i movimenti dello spirito pubblico e il massimo di influenza su di essi per ordinarli e convogliarli verso indirizzi politici ben determinati. Dunque, un ruolo essenziale deve essere esercitato da partiti politici e da formazioni sociali vitali e legittimate dal consenso popolare. Una condizione difficilmente rinvenibile in tempi di frantumazione di ogni corpo intermedio.

b) che la maggioranza abilitata a prendere le decisioni rifletta, quanto più possibile la maggioranza dei titolari del diritto di voto. Specificandosi che è da evitare che la volontà governante rifletta le opinioni solo di una minoranza dei cittadini. Esigenza che rende possibile prevedere l'obbligatorietà del voto, la richiesta di maggioranze qualificate, la limitazione del numero dei raggruppamenti politici per evitare un'eccessiva frammentazione che possono dar luogo al fenomeno delle maggioranze relative. Dunque una richiesta di partecipazione effettiva e generalizzata alle determinazioni delle politiche nazionali, non potendosi accettare un astensionismo maggioritario. Quell'astensionismo che oggi invece domina incontrastato la scena e che induce a tenere ben distinte le maggioranze politiche (create artificialmente) da quelle dei titolari del diritto di voto.

c) che l'azione della maggioranza incontri freni e contrappesi che le impediscano di divenire tirannica. Ma quel che rileva è la specificazione. Mortati non pensa tanto a contrappesi istituzionali, bensì propriamente elettorali. Per evitare il rischio della tirannia della maggioranza giova introdurre sistemi di rappresentanza proporzionale. In questo caso, la distanza non potrebbe essere più profonda rispetto alle dinamiche politiche che si sono venute ad imporre

⁵⁵ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), ora in Id., *La democrazia*, Bologna, il Mulino, 1981⁴, pp. 39 ss.

⁵⁶ Cfr. C. Mortati, *La Costituente*, cit., pp. 45 ss.

dagli anni '90 e che hanno teorizzato un'altra forma di democrazia, quella maggioritaria. Rinunciando alla rappresentanza proporzionale come garanzia e fondamento di riequilibrio del principio maggioritario.

d) che l'azione della maggioranza si svolga nel rispetto delle condizioni atte a garantire alla minoranza la possibilità di diventare in ogni momento maggioranza. A tal fine è necessario postulare una serie di principi organizzativi atti ad assicurare il più ampio dibattito, la maggiore libertà di propaganda delle idee a tutte le correnti politiche, a garantire l'eguaglianza di *chance*. Dunque, partecipazione, eguaglianza e apertura alle minoranze, a fronte dell'attuale forte insofferenza per il diverso e continua delegittimazione degli avversari politici, configurati come ostacoli alla realizzazione di programmi di maggioranza.

Significativo appare anche il commento finale, a queste condizioni – ma solo a queste condizioni - il principio maggioritario non ripugna alla ragione “perché non favorisce nessuno, mettendo tutti sullo stesso piano”. Un abisso separa questo modello di *democrazia retta dal principio maggioritario* dal modello di “democrazia maggioritaria” escludente e autoreferenziale che si è imposto in Italia a partire dagli anni Novanta.

7.

Quando infine affronta direttamente la questione dei limiti sostanziali all'attività costituente si ripropone l'intreccio tra diritti e organizzazione. In particolare, da un lato, pone la questione del rispetto del valore intangibile della persona umana, che rimarrebbe sterile “se non fossero poste delle sanzioni atte ad assicurarne l'intangibilità”⁵⁷; dall'altro riflette sull'organizzazione costituzionale legando l'indicazione dei particolari limiti alle esigenze nascenti dalla trasformazione dello Stato. Egli rileva che la scelta di alcune strutture organizzative si impongono al costituente, “direttive necessarie, se pure generalissime, trascurando le quali si rischia di dar luogo a forme solo apparentemente democratiche, ma oligarchiche nella realtà”⁵⁸. Tali limiti alla attività costituente, a maggior ragione devono riguardare quella costituita.

Quando passa a specificare in concreto quali sono queste direttive “necessarie”, egli ribadisce che “si tratta in sostanza di creare le condizioni idonee a rendere la partecipazione delle masse alla cosa pubblica effettiva e consapevole” (...) “che si rendano quanto più possibile efficienti le organizzazioni necessarie per consentire loro di formare e di esprimere una volontà politica”, (...) “che si ordinino le istituzioni in modo da rendere l'intervento delle masse stesse nella loro gestione quanto più possibile educativo e tale da far emergere dalle medesime le élites dirigenti”⁵⁹. Un'organizzazione costituzionale aperta alla partecipazione consapevole dei consociati, insomma.

Anche in questo caso il confronto con la realtà costituzionale odierna segnala uno scarto. Possiamo affermare che oggi nel nostro ordinamento costituzionale siano presenti le

⁵⁷ C. Mortati, *La Costituente*, cit., pp. 212-213.

⁵⁸ Cfr. C. Mortati, *La Costituente*, cit., p. 214.

⁵⁹ C. Mortati, *La Costituente*, cit., p. 215.

condizioni per rendere effettiva (“efficiente” secondo un’espressione di Mortati) la partecipazione popolare? Di più, possiamo ritenere che chi governa persegue tale scopo? O non è piuttosto vero che l’ordinamento si va conformando scontando l’assenza della partecipazione popolare e chi governa non si preoccupa affatto di creare le condizioni affinché tale partecipazione sia effettiva, semmai cerca strade per non essere intralciato dalla partecipazione popolare vista come ostacolo alla definizione di politiche pubbliche autonome dalle dinamiche sociali (in caso determinate da esigenze economiche o da vincoli sovranazionali). Possiamo dire che le attuali proposte di riforma del sistema costituzionale, della parte seconda, quella relativa all’organizzazione costituzionale del sistema politico (bicameralismo e non solo) vadano nel verso dell’apertura alla partecipazione? Viene il sospetto che il senso della mutazione costituzionale sia inverso. Una chiusura organizzativa “oligarchica nella realtà”.

8.

Vi è un’ultima, decisiva, questione da indagare. Alla luce delle considerazioni sin qui svolte e in base all’analisi mortatiana, c’è da chiedersi se con le più recenti modifiche del testo costituzionale si siano o meno superati i limiti sostanziali all’attività di revisione costituzionale. Potremmo scoprire, guardando oltre la forma della revisione (al di là della procedura definita dall’articolo 138 del nostro testo costituzionale), che in realtà ci si trovi dinnanzi ad un’attività che opera oltre il limite della revisione che rischia di modificare il tipo di Stato, incidendo sulla funzione specifica della costituzione, il suo nucleo e i caratteri fondamentali, conformandosi dunque come un’attività ibrida di natura costituente.

D’altronde, ci insegna Mortati, anche se limitata alla parte organizzativa, una trasformazione dell’assetto costituzionale che dovesse modificare la possibilità di far valere effettivamente i diritti potrebbe finire per incidere in profondità sul sistema unitario della costituzione, sino a travolgerne il senso e i caratteri.

Ma vi è di più. Persino una decisione costituente, scrive ad un certo punto Mortati ⁶⁰, deve essere “espressione di un procedimento *democratico*”, intendendo con ciò sostenere che esso “non può trovare le condizioni propizie al suo svolgimento se non in quanto nella collettività che deve portarlo ad esecuzione non si opponga un’antitesi radicale di concezioni”. Pertanto, non è data attività di mutamento costituzionale – neppure nella forma più radicale e senza limiti che si esprime come attività costituente – se essa non è sostenuta da un’ampia, tendenzialmente unanime, condivisione sociale.

Mortati sembra dunque escludere la possibilità di costituzioni di maggioranza ovvero – per richiamare il più rude lessico schmittiano – intese come decisioni unilaterali ⁶¹. Le revisioni democratiche – così come le costituzioni *tout court* – sono solo quelle di compromesso, che coinvolgono l’intera comunità e non solo la parte maggioritaria; tantomeno, può aggiungersi,

⁶⁰ Cfr. C. Mortati, *La Costituente*, cit., p. 80.

⁶¹ Cfr. C. Schmitt, *Dottrina della costituzione* (1928), tr. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1984, p. 69.

se la maggioranza è solo quella parlamentare, artificialmente definita in base a sistemi elettorali disproportionali, nonché indeboliti da un ampio astensionismo, qual è nelle condizioni attuali.

Nel caso in cui non si rinvergono le condizioni di consenso indicate le decisioni assunte non saranno d'ordine "costituente", potrà trattarsi bensì di dittatura o di terrore, scriverà senza mezzi termini Costantino Mortati ⁶². Ciò è data dal fatto che la costituzione "presuppone l'esistenza di una omogeneità sociale, cioè di una convergenza sostanziale degli interessi fondamentali della classe politica" ⁶³.

9.

La lettura di queste pagine rendono assai più chiara la crisi in cui si avvolge la nostra costituzione e i limiti strutturali, politici e culturali dei più recenti tentativi di revisione profonda – fors'anche di tenore costituente - intrapresi senza un omogeneo consenso, anzi in presenza di antitesi radicali di concezioni, condotti da una classe politica in cui manca una convergenza sostanziale degli interessi fondamentali.

Se si pensa all'avvilente dibattito cui s'è assistito in parlamento, tra aventini annunciati dalle divise opposizioni, forzature regolamentari e richiami alla disciplina entro una maggioranza rissosa e variabile, al tatticismo – se non proprio opportunismo – che in alcuni passaggi ha permesso di conseguire con il minimo di voti necessari per ottenere estemporanee maggioranze numeriche, prive di qualsiasi omogeneità politica, si può misurare tutta la distanza con l'essenza del procedimento costituente in senso democratico indicato da Mortati fondato sul "metodo della discussione e degli accordi nel seno di assemblee popolari, [che] appare possibile precisamente in quanto le forze che vi devono contribuire non siano divise da concezioni ed interessi così radicalmente in contrasto da apparire insuscettibili di venire conciliate per mezzo della persuasione e del libero dibattito d'idee" ⁶⁴.

Non so se possa consolare ovvero maggiormente inquietare la previsione di Mortati, secondo il quale l'assenza di quest'accordo – che è oggi palesemente assente - rende "effimera" l'intera costituzione ⁶⁵.

⁶² Cfr. C. Mortati, *La Costituente*, cit., p. 80.

⁶³ C. Mortati, *La Costituente*, cit., p. 198.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Cfr. C. Mortati, *La Costituente*, cit., p. 199. Mortati indica l'accordo come condizione per rendere "non effimera" una costituzione.

[Le cas français: l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle](#)

par Olivier Beaud*

SOMMAIRE: I – Le droit positif : le refus d'admettre l'existence de limites matérielles juridiques au pouvoir de révision constitutionnelle. — A/ Quand le Conseil constitutionnel « se fait timide » et refuse tout contrôle des lois constitutionnelles. — 2/ Les deux autres composantes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. — b/ Le Conseil constitutionnel moins timoré quand il s'agit de la procédure. — 2/ Le Conseil d'Etat plus audacieux qu'il ne prétend. —
 II – Le positivisme sceptique de la majorité de la doctrine française ou le refus de l'idée d'une limitation matérielle du pouvoir de révision. — A/ L'hégémonie des « légistes » ou le triomphe de « la doctrine du scepticisme constitutionnel ». — 1/ Un détour biographique : Georges Vedel « pape » de la doctrine publiciste française. — 2/ Le fond de l'affaire : Vedel en juriste sceptique et rétif à la théorie constitutionnelle. — 2/ La condensation des thèses de Vedel sous la V^{ème} République. — B/ Les implications de la position « sceptique » ou du « positivisme tranquille » de la doctrine majoritaire.

Le cas français offre un cas assez étonnant au regard notamment du cas italien. En effet, d'un côté, l'article 89 de la Constitution de la V^{ème} République, qui porte sur la révision, prévoit explicitement deux types de limites à une telle révision. D'abord, une limite d'ordre temporel est contenue dans l'alinéa 4 selon lequel « aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire ». Ensuite une limite d'ordre substantiel ou matériel figure à l'alinéa 5 aux termes duquel « la forme républicaine du gouvernement ne peut être abrogée » qui est un héritage lointain de la III^{ème} République (révision de 1884). Il y a donc une forte analogie avec l'article 139 de la Constitution italienne de 1946 qui dispose « La forme républicaine ne peut faire l'objet d'une révision constitutionnelle. » Les deux constitutions française et italienne, comportent donc la même « clause d'éternité » pour reprendre une formule ciselée par la doctrine allemande (*Everigkeitklausel*) pour décrire l'article 79 de la Loi fondamentale.

* Professeur à l'Université de Panthéon - Assas, IUF; Directeur de l'Institut Michel Villey

D'un autre côté, malgré la lettre de la Constitution qui semble autoriser des limites matérielles à la révision, ni le Conseil constitutionnel, ni le Conseil d'Etat n'ont souhaité s'engager dans l'idée d'un contrôle matériel des lois de révision constitutionnelle. La différence est cette fois frappante avec la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne qui a, elle, accepté, au moins une fois, de s'engager dans un tel contrôle ⁽⁶⁶⁾.

Le présent article visera à décrire cet état du droit positif en France et aussi à s'interroger sur les raisons de la réticence des juristes français à admettre de telles limitations matérielles. Selon nous, c'est l'adhésion d'une grande partie de la doctrine et des juges à une sorte de positivisme « tranquille » qui les conduit à rejeter une telle hypothèse. Le rôle d'un « légiste » comme le doyen Vedel sera mis en avant afin d'illustrer cette position de la doctrine française qui repose, - comme on l'expliquera — sur une conception formelle de l'idée de Constitution. Il y a là une homologie frappante entre la manière de penser des hautes juridictions et celle de la grande majorité de la doctrine publiciste. Une telle manière de penser révèle un fort scepticisme à l'égard des réflexions de théorie constitutionnelle chez les juristes français qui aiment à se présenter et à se représenter comme des « experts » ou des « praticiens », ne se laissant pas impressionner par des arguments dits « théoriques ».

I – Le droit positif : le refus d'admettre l'existence de limites matérielles juridiques au pouvoir de révision constitutionnelle

Il faut commencer par rappeler que l'article 89 alinéa 5 de l'actuelle Constitution (cité plus haut), a une longue histoire. C'est en effet sous la III^{ème} République qu'est apparue lors de la révision de 1884 – consacrant la victoire politique des républicains sur les monarchistes – la disposition constitutionnelle selon laquelle « *la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision* ». Elle modifiait l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, afin d'empêcher un retour légal à la monarchie que le maréchal de Mac-Mahon s'était longtemps évertué à provoquer. Une telle prohibition revient à à interdire la modification de la forme du gouvernement.

La doctrine constitutionnelle française a, le plus souvent, adopté une position sceptique à l'égard d'une telle disposition. De ce point de vue, le grand traité de la seconde partie de la III^{ème} République, celui de Joseph Barthélémy et de Paul Duez, résume une position jugée réaliste : la

⁶⁶⁾ Arrêt n° 2 de 2004, cité par Massimo Luciani, - « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Italie », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 27 janvier 2010 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-27/le-controle-de-constitutionnalite-des-lois-constitutionnelles-en-italie.51428.html>].

limitation introduite en 1884 n'est pour eux qu'une « barrière de papier »⁽⁶⁷⁾ dans la mesure où un telle interdiction peut être aisément contournée par une « révision de la révision », en déconstitutionnalisant cet article, puis en proposant une révision totale. Mais, si Duguit avait déjà objecté cette thèse de la « double révision », Barthélémy et Duez vont un cran plus loin dans le scepticisme en déniaient toute valeur juridique à la limitation introduite en 1884. Selon eux, du strict point de vue juridique, ce procédé consistant à déclarer intangible un régime une forme de gouvernement « est manifestement sans valeur puisqu'il consacre en somme, l'intangibilité absolue d'une partie de la constitution »⁽⁶⁸⁾. Ils considèrent donc que de telles dispositions sont de « simples *vœux* sans force juridique obligatoire pour les successeurs des constituants »⁽⁶⁹⁾. A l'intangibilité proclamée, la doctrine française, par la voix autorisée de Joseph Barthélémy, oppose la mutabilité du droit constitutionnel, exprimée par la révision de la Constitution. Il n'est guère surprenant que, par une sorte de force d'inertie, une telle thèse continuera à prévaloir sous la V^{ème} République. Mais cette fois, cette opinion s'exprime dans le droit positif, tel qu'il résulte de la jurisprudence constitutionnelle et administrative. Il conviendra pourtant d'apporter quelques nuances (B) à la thèse de l'inexistence de limites matérielles au pouvoir de révision (A)

A/ Quand le Conseil constitutionnel « se fait timide » et refuse tout contrôle des lois constitutionnelles

En 2013, le Conseil constitutionnel fut saisi par des sénateurs socialistes qui contestaient la constitutionnalité de la loi constitutionnelle portant « organisation décentralisée de la République » et adoptée le 17 mars 2003 par le Parlement réuni en Congrès. Ils estimaient notamment que la nouvelle formulation de l'article 72 de la Constitution selon laquelle « son organisation est décentralisée » serait contraire au principe d'indivisibilité de la République. Il y aurait donc une contradiction interne entre le principe unitaire de l'Etat fixé à l'article 1 et le principe de la décentralisation de l'Etat reconnu à cet article 72 par la nouvelle révision de la Constitution. Plutôt que de se prononcer sur le fond, le Conseil constitutionnel rejeta la saisine en se prononçant exclusivement sur la forme.

La réponse du Conseil, dans sa décision du 26 mars 2003 (2003-469 DC) est donnée sous la forme d'un considérant de principe : « *le Conseil constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89 de la Constitution, ni d'aucune autre disposition, le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle* ». De façon alors très logique, il en tire la conclusion qu'il ne peut contrôler la révision sur la décentralisation qui résulte de la loi constitutionnelle qui lui est déférée. Une telle décision évacue

⁶⁷⁾ Barthélémy (J.), Duez (P.), *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd. Paris Sirey, 1933, p. 101.

⁶⁸⁾ *Ibid*, p. 231.

⁶⁹⁾ *Ibid*.

la question de fond au nom d'un raisonnement tiré de la nature de la compétence du Conseil qui est une compétence d'attribution.

Le commentaire autorisé de cette décision observe que « le Conseil constitutionnel lève les ambiguïtés nées de la décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 *Maastricht II* »⁽⁷⁰⁾. Il faut donc évoquer cette dernière décision qui avait laissé ouverte la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles. Une telle décision a pour origine directe la première décision sur le traité de Maastricht (dite *Maastricht I*) du 9 avril 1992 dans laquelle certaines dispositions du Traité sur l'union européenne avaient été déclarées contraires à la Constitution de 1958 et notamment à son article 3 sur la souveraineté nationale. Pour surmonter cette impossibilité, le pouvoir recourut à ce qu'on a appelé en France « la révision-adjonction » qui consiste à ajouter un article à la Constitution pour permettre la ratification d'un traité dont certaines clauses sont déclarées, antérieurement, contraires à la Constitution. Dans le cas du traité de Maastricht, la révision de juin 1992 a autorisé les transferts de droit régaliens impliqués par un tel traité. Ainsi naquirent les articles 88-1 à 88-3 de la Constitution issus de la loi constitutionnelle de révision du 25 juin 1992. Dans un tel cas, le Conseil constitutionnel acquiert, indirectement mais nécessairement, une sorte de pouvoir d'initiative en matière de révision

Cette modification ne réussit pas à convaincre les opposants à l'Union européenne – « les « souverainistes » comme on les nomme en France – qui considéraient dans leur saisine que, « en dépit de l'adjonction de l'article 88-3 à la Constitution – autorisant le droit de vote aux élections municipales pour les ressortissants européens — , le traité sur l'Union européenne demeure contraire à celle-ci, faute pour le pouvoir constituant d'avoir modifié les articles 3 de la Constitution et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui affirment le principe de la souveraineté nationale ainsi que l'exercice exclusif par les nationaux français du droit de vote et d'éligibilité à une élection exprimant la souveraineté nationale ». Mais le Conseil constitutionnel n'a pas admis un tel raisonnement et a considéré que la révision-adjonction avait « levé » l'inconstitutionnalité déclarée en avril 1992. Il a adopté un raisonnement très classique sur la faculté du pouvoir de révision de modifier discrétionnairement les normes de la Constitution :

« Considérant que sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel et, d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision », le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle

⁷⁰⁾ Favoreu (L.), Philip (L.), et alii, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 16^{ème} éd., 2011 p. 311.

ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite. » (CC Maasstricht II, §19).

Cette position de principe énoncée à propos du droit de vote est réaffirmée de la façon plus synthétique dans un passage ultérieur de la décision qui concernait l'article 88-2 de la Constitution « autorisant » le transfert de droits régaliens, et en particulier le droit de battre monnaie, objet essentiel de la création d'une nouvelle Union monétaire au sein de l'Union européenne ⁽⁷¹⁾. Dans la mesure où une telle décision soulignait, d'ailleurs de façon contradictoire avec la prémisse de la souveraineté du pouvoir constituant ⁽⁷²⁾, l'existence de limites au pouvoir de révision, certains juristes pensaient qu'un contrôle de la révision était pensable. C'est pourquoi la décision de 2003 fut interprétée par les commentateurs « autorisés » comme une position de « repli » ⁽⁷³⁾ dans la mesure où elle interdit toute possibilité d'un contrôle *juridictionnel* de constitutionnalité des lois constitutionnelles de révision – dans le cadre toutefois d'une révision adoptée par le Parlement réuni en Congrès et non pas approuvée par un référendum populaire (v. infra, B).

Une telle timidité du Conseil constitutionnel a pu être critiquée, mais elle a été justifiée par le secrétaire général du Conseil qui donne l'interprétation officielle de la position de ce dernier. Elle s'expliquerait par une sorte de *self-restraint* du juge ; en effet, « se reconnaître compétent, sans habilitation explicite du constituant, pour contrôler une révision constitutionnelle adoptée par le Congrès pourrait être interprétée comme un véritable coup d'Etat du juge constitutionnel ; (..) n'est-ce pas pour le Conseil s'exposer à juste titre, à l'accusation de "gouvernement des juges" » ? ⁽⁷⁴⁾. Une telle opinion revient à déplacer l'argumentation sur un autre plan qui est celui de la légitimité du Conseil constitutionnel. Ainsi, c'est pour protéger la fonction du juge qui n'est pas considéré comme suffisamment légitime pour censurer une disposition issue d'une loi constitutionnelle de révision, que la juridiction s'abstient de contrôler une telle loi de révision constitutionnelle.

Ce faisant, ni le Conseil constitutionnel, ni son secrétaire général ne répondent véritablement à l'argumentation des auteurs de la saisine qui avaient incité le Conseil à faire preuve d'audace en lui demandant de se déclarer compétent. Ils savaient bien, certes, que le texte de la Constitution ne donnait pas expressément compétence au Conseil constitutionnel pour contrôler une loi de révision. Mais un tel silence de la Constitution n'a pas interdit le même Conseil de se déclarer

⁷¹⁾ « Considérant que, dans les limites précédemment indiquées, le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée.

⁷²⁾ C'est ce qu'on a essayé de montrer dans notre ouvrage *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994.

⁷³⁾ Favoreu (L.), Philip (L.), et alii, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 16^{ème} éd., 2011 p. 311.

⁷⁴⁾ J.-Eric Schchoettl, « Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler les lois constitutionnelles ? *Les Petites Affiches*, du 8 avril 2003.

compétent sur les saisines présentées par le président de l'Assemblée nationale concernant le règlement du Congrès ⁽⁷⁵⁾, de même qu'il s'était déclaré compétent, sans habilitation de la Constitution pour contrôler les décrets convoquant des élections législatives (11 juin 1981, *Delmas*) ou organisant un référendum (24 mars 2005, *Hauchemaille, Meyet*).

Pourtant, dans leur saisine, les requérants avançaient quelques solides arguments. Ils se fondaient sur la lettre de la Constitution, art. 89 al 5, et sur la décision *Maastricht II* reconnaissant l'existence de limites au pouvoir de révision, pour estimer que le Conseil constitutionnel devait exercer un tel contrôle. Ils ajoutaient même :

« Ce contrôle ne peut donc en aucune façon être regardé comme une soumission du pouvoir constituant dérivé à une quelconque "supra-constitutionnalité". Or, dans l'hypothèse où le Conseil Constitutionnel se refuserait à examiner si les règles posées par l'article 89 de la Constitution ont bien été respectées, alors, et malgré les précautions prises par le Général de Gaulle en 1958 pour tirer, à travers la nouvelle Constitution, les leçons du passé, nul ne saurait s'opposer à une révision supprimant purement et simplement la République, même de fait et sans le dire expressément comme l'histoire nous l'a appris.

Car dans ce cas, la réserve prévue, *expressis verbis*, par l'article 89 alinéa 5 de la Constitution et l'appréciation portée en 1992 par le Conseil Constitutionnel seraient lettres mortes et n'auraient aucune portée. Une telle lecture paraît peu conforme à la volonté du pouvoir constituant originaire dont on doit considérer qu'il demeure distinct du pouvoir constituant dérivé. » ⁽⁷⁶⁾.

Cette argumentation des « saisissants » reposait sur l'idée d'une hiérarchie possible entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé, c'est-à-dire entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir de révision. Elle mettait donc en avant la thèse principale des auteurs qui, comme Carl Schmitt ou Costantino Mortati ⁽⁷⁷⁾, ont défendu la thèse de la limitation des lois constitutionnelles à la Constitution, une constitution au sens matériel du terme. On verra pourquoi plus une telle thèse n'avait aucune chance d'être reçue par le Conseil constitutionnel qui qualifie le pouvoir de révision de pouvoir constituant dérivé (v. *infra*, II).

⁷⁵⁾ Décisions 99-415 DC du 28 juin 1999 et 2009-583 DC du 22 juin 2009.

⁷⁶⁾ Saisine des 61 sénateurs socialistes, qu'on peut lire sur le site du CC : « [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2003/2003-469-dc/saisine-par-60-senateurs.101124.html>].

⁷⁷⁾ La doctrine de Mortati a été analysée en français par Franck Laffaille, « La notion de constitution au sens matériel chez Costantino Mortati », *Jus politicum*, n°7 [<http://juspolicum.com/La-notion-de-constitution-au-sens.html>].

On observera cependant que le Conseil constitutionnel aurait très bien pu admettre sa compétence tout en rejetant assez facilement, au fond, la requête. En effet, la saisine ne contenait aucun élément probant d'inconstitutionnalité de la révision. La révision de 2003 n'avait fait que constitutionnaliser le principe de la décentralisation qui avait été concrétisé par les lois de décentralisation de 1982 et de 1984, et qui, en outre, était implicitement présent dans l'ancien article 72 de la Constitution qui reconnaissait « la libre administration des collectivités locales ». Du point de vue juridique, le principe de l'Etat unitaire (principe d'indivisibilité de la souveraineté) est compatible avec la décentralisation. Il ne serait pas compatible avec du fédéralisme, mais la révision de 2003 n'allait pas du tout aussi loin. Si cette décision de 2003 a pu être qualifiée de « judicieusement fondée » par certains commentateurs ⁽⁷⁸⁾, elle a été vertement critiquée par Guy Carcassonne qui la caractérisait comme fondée sur une « motivation sommaire et controuvée » ⁽⁷⁹⁾.

2/ Les deux autres composantes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel

a/ Ce tableau de la jurisprudence du Conseil constitutionnel serait incomplet si l'on ne mentionnait pas la seconde dimension de la révision constitutionnelle en France. On sait en effet que, depuis le fameux « précédent » de 1962, le président de la République s'est arrogé le droit de provoquer une révision en utilisant la procédure prévue par l'article 11 qui autorise un recours au *référendum*, sans approbation des Chambres. C'est par cette procédure que le mode d'élection du président de la République a été modifié pour permettre son élection au suffrage universel direct (alors que selon l'article 6 originel, ce mode était seulement indirect). Saisi par le président du Sénat, qui était le plus farouche adversaire de cette réforme, le Conseil constitutionnel a refusé de se prononcer sur la question de la constitutionnalité de la procédure. Il a interprété de manière restrictive sa compétence en déclarant que l'article 61 de la Constitution ne l'autorisait pas à contrôler les lois votées par le peuple à la suite d'un référendum. Il souligne, dans sa décision, que le texte de la Constitution (art 61) est muet relativement à cette question de l'origine des lois. Il faut donc interpréter ce silence et il le fait en se fondant sur l'esprit de la Constitution :

« il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale » ⁽⁸⁰⁾.

⁷⁸⁾ A. Vidal-Naquet, in Verpeaux (M.) et alii, *Droit constitutionnel, Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, 2011, p. 19.

⁷⁹⁾ « Le contrôle des lois constitutionnelles. Un plaidoyer résolu en faveur d'un tel contrôle sagement circonscrit » *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27.

⁸⁰⁾ Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, §3.

Pour justifier davantage sa conclusion, il s'appuie aussi – sans guère convaincre – sur le texte de l'article 60, relatif qui ne prévoit pas la compétence du Conseil constitutionnel à propos du référendum et sur une disposition de la loi organique. En réalité, cette décision enseigne que l'absence de contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois référendaires vaut aussi bien pour les lois *ordinaires* que pour les lois *constitutionnelles*. D'une certaine manière, le Conseil constitutionnel a confirmé sa position en septembre 1992 après que le peuple français eut été appelé à approuver par référendum, non pas directement la révision de la constitution (déjà faite en juin 1992), mais le projet de loi ordinaire visant à ratifier le traité de Maastricht. La procédure était toujours celle de l'article 11 de la Constitution, mais le projet de loi était de nature non pas constitutionnelle, mais législative — il consistait à autoriser la ratification d'un traité international. Quoi qu'il en soit, pour écarter sa compétence, le Conseil constitutionnel a admis que « au regard de l'équilibre des pouvoirs établis par la Constitution, les lois que celle-ci a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le peuple français à la suite d'un référendum constituent l'expression directe de la souveraineté nationale »⁽⁸¹⁾.

L'essentiel dans ces deux décisions est l'affirmation centrale selon laquelle la voix du peuple est souveraine, et quand le peuple a parlé, le juge doit se taire ! . Autrement dit, d'une telle jurisprudence, il faut déduire qu'il conviendrait d'opérer une distinction entre les révisions constitutionnelles opérées par la voie du Congrès et celles issues d'un référendum. En effet, on voit mal au nom de quel principe supérieur de légitimité on pourrait empêcher un peuple souverain de modifier sa constitution. Si le peuple erre, et se laisse subjugué par un tyran, et décide librement et volontairement d'adopter une modification liberticide de la constitution, nul ne peut s'opposer à ce processus d'asservissement volontaire. On a pu, non sans raison, estimer que l'idée même d'un tel contrôle du juge sur le peuple souverain serait « sacrilège »⁸². De ce point de vue, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est difficilement contestable, du moins si l'on admet que le principe démocratique est le principe de légitimité de toute forme moderne de gouvernement.

b/ Le Conseil constitutionnel moins timoré quand il s'agit de la procédure

Cet exposé du droit positif serait incomplet si l'on ne mentionnait pas le fait que le Conseil constitutionnel a étendu le cas des impossibilités de révision au cas particulier de l'application de

⁸¹) Décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, §2.

⁸²) Claude Klein, « Introduction à une problématique moderne » Le contrôle des lois constitutionnelles, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-27/le-controle-des-lois-constitutionnelles-introduction-a-une-problematique-moderne.51382.html>].

l'article 16 (circonstances exceptionnelles). En effet, l'article 89 de la constitution doit être complété par la lecture de l'article 7 de la Constitution qui comprend une série de dispositions sur la vacance de la présidence. Or, au sein de celles-ci figure la prohibition de la révision pendant le temps de la vacance ou pendant le temps de la déclaration de l'empêchement du chef de l'Etat et l'élection de son successeur (art 7 dernier alinéa). Il n'y a rien de tel dans les dispositions de l'article 16 ⁽⁸³⁾. Ce silence n'a pourtant pas empêché le Conseil constitutionnel d'ajouter, de sa propre autorité, un autre cas de prohibition en mentionnant l'article 16 dans sa décision 92-321 DC du 2 septembre 1992. Alors que, dans son alinéa 5, l'article 89 ne renvoie pas à cet article 16, le Conseil constitutionnel a donc *implicitement* considéré que la Constitution ne pouvait être révisée pendant cette période où le président de la République concentre tous les pouvoirs. C'est la preuve donc que le juge constitutionnel peut faire preuve d'audace et admettre des limites tacites au pouvoir de révision.

Toutefois de telles audaces sont cantonnées au seul niveau de la procédure et ne s'étendent pas au niveau du fond. Il nous semble que, récemment, le Conseil d'Etat, qui siège à côté, au Palais Royal, a été un tantinet plus audacieux que son homologue du Palais Montpensier.

2/ *Le Conseil d'Etat plus audacieux qu'il ne prétend*

A première vue, la position du Conseil d'Etat, telle qu'elle s'est exprimée dans un *Avis* du 31 juillet 2015, publié ⁽⁸⁴⁾, rejoint celle du Conseil constitutionnel. Cet Avis concerne la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, adoptée à Strasbourg le 5 novembre 1992 et signée par la France le 7 mai 1999. La raison de cet avis tient à une ancienne décision du Conseil constitutionnel qui, dans sa décision 15 juin 1999, avait estimé que cette Charte, rapprochée de son préambule, « conférait » des droits spécifiques à des « groupes » de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de "territoires" dans lesquels ces langues sont pratiquées ». Par voie de conséquence, une telle Charte « porte atteinte aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français. » ⁽⁸⁵⁾.

⁸³⁾ La seule disposition expresse est l'alinéa selon lequel « L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels ».

⁸⁴⁾ On le trouve intégralement sur le site du Conseil d'Etat, avec la mention suivante : « Le Gouvernement a décidé de rendre public l'avis rendu par le Conseil d'Etat sur le projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. Retrouvez ci-dessous l'analyse juridique que le Conseil d'Etat a faite du projet qui lui était soumis. » [<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Avis/Selection-des-avis-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/Ratification-de-la-Charte-europeenne-des-langues-regionales-ou-minoritaires>].

⁸⁵⁾ Décision n° 99-412 DC (§10).

Dans un premier avis du 7 mars 2013, le Conseil d'Etat exprimait ses plus vives réserves à l'égard d'un tel projet, considérant que « loin de déroger ponctuellement, comme le constituant l'a fait dans le passé, à telle règle ou tel principe faisant obstacle à l'application d'un engagement de la France, la faculté donnée par la Constitution de ratifier la Charte et, en particulier, sa partie II entrerait en contradiction directe avec [les principes d'égalité, d'unité du peuple français, d'usage officiel de la langue française et d'absence de sectionnement de la souveraineté nationale]. Serait ainsi introduite une incohérence profonde dans la Constitution. »⁽⁸⁶⁾. Dans son nouvel avis du 30 juillet 2015, le Conseil d'Etat répond de nouveau au gouvernement qui souhaitait savoir s'il pouvait lever cet obstacle d'inconstitutionnalité en modifiant la Constitution et en ajoutant un article 55-3 autorisant une telle ratification. Il ne modifie pas sa position sur le fond, mais remplace le mot d'incohérence, par l'idée d'une contradiction interne à l'action gouvernementale :

« Tout en rappelant qu'il n'existe pas de principes de niveau supra-constitutionnel au regard desquels pourrait être appréciée une révision de la Constitution, le Conseil d'Etat ne peut que constater que le projet qui lui est soumis, ne permet pas d'atteindre l'objectif que le Gouvernement s'est fixé. » (§7).

Ainsi, le Conseil d'Etat réitère la position du Conseil constitutionnel, en refusant un contrôle des lois de révision, en se fondant sur le rejet de « principes supra-constitutionnels ». Mais surtout, il introduit un autre contrôle des lois de révision qui est un contrôle que l'on pourrait appeler « d'ordre logique ». Il observe, en effet, que le Gouvernement s'est gravement contredit en signant cette Charte, et en l'accompagnant, en même temps, d'une Déclaration rejetant des droits collectifs, pouvant être interprétée comme étant une réserve à ce traité, alors que ladite Charte interdisait l'existence de réserves. Il ne faut pas introduire une telle autorisation dans la Constitution – recommande le Conseil d'Etat - car cela reviendrait à introduire une double contradiction, l'une « interne à l'ordre juridique » et l'autre « entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international (§6). C'est au nom de la « sécurité juridique » que le Conseil d'Etat donne un avis négatif à ce projet d'autorisation constitutionnelle de la ratification de la Charte européenne des langues régionales. Toutefois, on observera, avec une pointe de malice, que si le Conseil d'Etat refuse des principes dits « supra-constitutionnels », il en « fabrique » bien un en faisant du principe de sécurité juridique l'obstacle qui s'oppose à la révision-adjonction envisagée

⁸⁶⁾ Selon une citation du député Urvoas. L'avis est secret. Dans son avis du septembre 2015, le Conseil d'Etat résume ainsi son avis de 2013 : « le CE s'est fondé dans son avis du 7 mars 2013 sur le fait que , loin de déroger ponctuellement, comme le constituant l'a fait dans le passé, à telle règle ou tel principe faisant obstacle à l'application d'un engagement de la France, la faculté de ratifier la Charte donnée par la nouvelle disposition constitutionnelle aurait introduit dans la Constitution une incohérence profonde dans la Constitution entre d'une part les articles 1é, 2 et 3 qui affirment les principes constitutionnels mentionnés dans la décisions du Conseil constitutionnel du 15 juin 1999 et sont un fondement du pacte social dans notre pays et la disposition nouvelle qui aurait permis la ratification de la Charte » (§4 de l'avis du 30 juillet 2015).

par le Gouvernement. N'est-ce pas le signe que l'idée d'une limitation du pouvoir de révision n'est pas aussi absurde que cela ?

II – Le positivisme sceptique de la majorité de la doctrine française ou le refus de l'idée d'une limitation matérielle du pouvoir de révision

A propos du thème du présent colloque – pouvoir constituant et limitation à la révision de la Constitution — la jurisprudence et la doctrine françaises se font écho de manière étonnante, comme si elles parlaient d'une seule et même voix. Cette osmose a des raisons propres à la structuration du « champ » juridique français pour reprendre la métaphore du sociologue Pierre Bourdieu.

Quoi qu'il en soit, il est manifeste pour l'observateur extérieur que la tendance lourde de la doctrine publiciste française est de limiter le contrôle des lois de révision aux seules questions de la *forme* (compétence, procédure) et de ne pas s'aventurer dans un contrôle du fond du droit. Cette idée se trouve parfaitement exprimée par Guy Carcassonne qui reproche au Conseil constitutionnel de ne pas avoir, dans sa décision de 2003, formulé sa solution de la manière suivante : « l'exercice du pouvoir de réviser la Constitution n'est limité que par les conditions de temps, de forme, de procédure que celle-ci énonce et par le dernier alinéa de l'article 89. Point ici de supra-constitutionnalité, mais point non plus de blanc-seing donné par avance à n'importe quelle révision votée n'importe comment, par n'importe qui, dans n'importe quelles circonstances. »⁽⁸⁷⁾. Ce contrôle des lois constitutionnelles « en la forme » trouve un autre avocat zélé en la personne du Conseiller d'Etat Genevois, ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel. Dans un important article, il défend l'idée qu'un tel contrôle peut avoir lieu à chaque étape de la procédure de révision par le Congrès : l'avis du Conseil d'Etat sur le projet de loi constitutionnelle, l'exception d'irrecevabilité que tout parlementaire peut soulever à l'encontre d'un projet qui violerait la procédure fixée par la Constitution, le droit qu'aurait le chef de l'Etat de bloquer la procédure en refusant de soumettre le projet adopté par les deux Chambres soit au référendum, soit au Congrès, en vertu de son devoir fixé par l'article 5 de « veiller au respect de la Constitution »⁽⁸⁸⁾. L'originalité de cette position consiste à lier l'idée d'un contrôle purement formel de la constitutionnalité des lois de révision à un contrôle exercé non par un juge, le Conseil constitutionnel, mais par les acteurs politique, soit les parlementaires, soit le chef de l'Etat. C'est une version française du « gardien de la Constitution » qui ne doit pas être un gardien juridictionnel en raison de sa faible légitimité institutionnelle. Les juristes de doctrine se comportent comme des légistes qui trouvent les solutions pratiques exigées par la situation (A),

⁸⁷⁾ Ibid.

⁸⁸⁾ « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, 1998, n° 5, p. 929.

mais ils le font en écartant, trop vite, les arguments que l'on peut tirer de la théorie de la Constitution (B).

A/ L'hégémonie des « légistes » ou le triomphe de « la doctrine du scepticisme constitutionnel »⁽⁸⁹⁾

En réalité, la doctrine constitutionnelle française sous la V^{ème} république fut un temps largement dominée par la figure de Georges Vedel (1910- 2002). C'est sous son influence déterminante que la doctrine majoritaire, se ralliant à son chef de file, à refuser l'idée même d'un contrôle matériel des lois de révision constitutionnelle. On effectuera cette démonstration en s'arrêtant donc sur le rôle particulier joué par Georges Vedel.

1/ Un détour biographique : Georges Vedel « pape » de la doctrine publiciste française

Plus connu sous le nom de « Doyen Vedel » car il fut le charismatique Doyen de la faculté de droit de Paris de 1962 à 1969 – ce grand juriste universitaire était à l'origine plutôt spécialisé en droit administratif (en dépit de son manuel de droit constitutionnel publié en 1949). Dans les années 1960-1970, il était certes considéré en France comme l'un des meilleurs publicistes français, mais à égalité avec d'autres éminents collègues comme ses aînés (Charles Eisenmann, Marcel Prélot ou René Capitant, ou encore Georges Burdeau), ou ceux de sa génération (Maurice Duverger, Jean Rivéro — son grand ami— et André de Laubadère). Mais il a acquis, sur le tard, presque un statut d'*icône* de la doctrine publiciste française, notamment en raison de son étonnante longévité (il meurt à 92 ans et fut actif jusqu'en 2001). Ce qui a fait basculer son statut en le faisant devenir la « *star* » du droit public français, c'est incontestablement son mandat de neuf ans au Conseil constitutionnel où il a exercé son grand talent de 1980 à 1989, à l'époque de la grande alternance politique entre la droite et la gauche. On lui doit, semble-t-il, l'essentiel des grandes décisions de cette époque et notamment les décisions relatives aux lois concernant les nationalisations (1982 et 1986) et une autre décision, moins connue, mais essentielle, sur la séparation des juridictions administratives et judiciaires. Nimbé du prestige d'ancien membre du Conseil constitutionnel, il devint le Sage parmi les Sages et fut désigné par le Président de la République pour présider le *Comité consultatif pour la révision de la Constitution* qui aboutit à la révision constitutionnelle de 1993. Il finit sa carrière auréolé de tous les lauriers: grand commandeur de la Légion d'honneur, membre de l'Académie française où il est élu en 1998. Lorsqu'il meurt en février 2002, les éloges se multiplient dans la presse : *Le Monde* apprend à ses lecteurs que le Président de la République (M. Chirac) et le Premier ministre (M. Jospin) « réagissent à la mort

⁸⁹⁾ Cette formule est empruntée à Denis Baranger, « The Language of Eternity. Judicial Review of the Amending Power in France (or the Absence thereof) », *Israel Law Review*, 2011, n°3, Vol. 44, p. 398.

du doyen Vedel »⁽⁹⁰⁾ et lui consacre une page entière, avec une très belle nécrologie rédigée par Guy Carcassonne et Olivier Duhamel qui revendiquent leur filiation intellectuelle envers le maître disparu⁽⁹¹⁾. Quant à la *Revue française de droit constitutionnel*, elle lui rendit un vibrant hommage en consacrant un numéro spécial – un « hors-série » qui commence par un éditorial signé par Didier Maus – membre du Conseil d'Etat, mais surtout président de l'Association française de droit constitutionnel — dont le titre résume tout : « *Georges Vedel, notre maître à tous* »⁽⁹²⁾. Comme tout hommage, il y a inévitablement une part d'emphase dans les propos ici tenus, mais à lire tous ces témoignages, on a l'impression que doctrine publiciste française avait fait du doyen Vedel son Guide. Evidemment, la réalité est un peu différente car aucune doctrine juridique n'est unanime. Il est bien connu que, de son vivant, quelques juristes critiquèrent les positions de Vedel – les plus connus d'entre eux furent Charles Eisenmann qui croisa souvent le fer avec son collègue parisien – ou encore Michel Troper.

Si l'on a cru nécessaire de passer par ce détour biographique, c'est seulement pour expliquer la position hégémonique tenue par le doyen Vedel au cours des années 1990-2000, années pendant lesquelles justement, à cause du traité de Maastricht, la question de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle devint une affaire importante, une matière à controverse doctrinale. De controverse, il n'y en eut guère d'ailleurs, justement en raison de cette position hégémonique qui fit de la parole « vedélienne » une parole d'évangile. Il est frappant de ce point de vue de comparer ce qu'écrit la doctrine française avec les textes publiés par un auteur important sur la question, Claude Klein, qui issu des facultés de droit française (études et thèse de droit public à Strasbourg), mais étant devenu professeur à Jérusalem, a en partie rompu avec cette tradition française du positivisme tranquille, en publiant des études pionnières sur le pouvoir constituant, dans lesquelles il conteste avec rigueur les thèses de la doxa vedélienne⁽⁹³⁾.

2/ Le fond de l'affaire : Vedel en juriste sceptique et rétif à la théorie constitutionnelle

La doctrine de Georges Vedel associe avec la plus grande clarté — c'est son intérêt d'ailleurs — les deux thèses corrélatives suivantes : d'une part, la conception formelle de la Constitution et, d'autre part, l'absence de limitation du pouvoir de révision. Il le fait dans son article, « Schengen et Maastricht » qui date de 1992 et qui devint l'article de référence dans la doctrine française, malgré selon nous des faiblesses certaines dans l'argumentation.

⁹⁰⁾ *Le Monde* 26 fév. 2002.

⁹¹⁾ « Georges Vedel : le Doyen » *Le Monde* 26 fév. 2002.

⁹²⁾ RFDC, 2004, numéro hors série, p. 13.

⁹³⁾ Il suffit de renvoyer à son livre, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, (notamment sa critique de la démarche de Vedel, pp.168-169) et plus récemment à son article « Le pouvoir constituant » in D. Chagnollaud, M. Troper (dir), *Traité international de droit constitutionnel*, tome 2, Dalloz, 2012, pp 6-29.

Il s'agira pour nous de démontrer ici, fût-ce brièvement, que les idées du doyen Vedel viennent de loin et que, comme on l'a écrit dans la *Puissance de l'Etat*, « son opinion frappe par sa remarquable continuité ». Dès son *Manuel de droit constitutionnel* de 1949, l'éminent juriste avoue sa préférence envers la conception formelle de la Constitution par rapport à la conception matérielle. Selon la première, en effet, « la Constitution est l'acte qui ne peut être fait ou modifié que selon certaines procédures ayant une valeur supérieure aux autres procédures d'établissement des règles de droit »⁽⁹⁴⁾. La définition est assez surprenante si l'on y réfléchit bien car elle revient à hiérarchiser non les normes issues de la procédure, mais les procédures elles-mêmes. Pourquoi la définition formelle serait-elle supérieure à la définition matérielle ? Ici, laissons la parole à Georges Vedel qui affirme la chose suivante : « ce qui est essentiel du point de vue de la technique juridique dans la théorie générale de la Constitution, c'est le point de vue formel. Ceci est assez difficile à expliquer de façon abstraite. On peut pourtant l'éclairer par l'idée suivante : le point de vue matériel concerne le contenu de la constitution, le système politique auquel elle fait appel. Les problèmes essentiels que ce point de vue pose sont donc des problèmes *politiques*. Au contraire le point de vue formel pose surtout des problèmes *juridiques* : qu'est-ce qui distingue la constitution des lois ordinaires quelle sanction donner à la violation de la Constitution par une loi ordinaire etc. ? »⁽⁹⁵⁾ Ainsi, l'éminent juriste mobilise une ressource classique, dans la doctrine positiviste, qui consiste à mettre à son profit la distinction entre le juridique et le politique. Et, comme par hasard, « le juridique » tombe toujours du bon côté et le « politique » du côté de ses adversaires doctrinaux.

La conséquence est évidente pour ce qui concerne la révision de la Constitution dont le sort épouse la définition de Constitution car elle est définie par Vedel comme « la modification d'une Constitution, c'est-à-dire l'abrogation de certaines de ses règles (ou de leur ensemble) et leur remplacement par d'autres règles »⁽⁹⁶⁾. Par là même, il assimile implicitement l'acte de révision à l'acte constituant, l'acte du pouvoir constituant. Dès lors, si les règles de forme caractéristiques des constitutions rigides sont respectées⁽⁹⁷⁾, le législateur constitutionnel (pouvoir de révision) peut régulièrement abroger la constitution. Bref, l'acte de révision, vaut juridiquement comme acte constituant. Il n'est donc point besoin de se soucier du fond du droit, de la modification du contenu de la constitution car celle-ci est juridiquement indifférente. Autrement dit, la limitation formelle du pouvoir de révision relèverait du « juridique » et la limitation matérielle du pouvoir de révision, du « politique » tout simplement (et ne serait donc pas du tout juridique).

Enfin, une telle construction doctrinale repose sur un présupposé qui n'est pas explicité et qui est masqué par le vocabulaire. En effet, le pouvoir constituant est qualifié de pouvoir constituant *originnaire* et le pouvoir de révision est désigné comme un pouvoir constituant *dérivé* ou *institué*. Par

⁹⁴⁾ *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 112.

⁹⁵⁾ *Ibid.* p. 113.

⁹⁶⁾ *Ibid.*, p.115.

⁹⁷⁾ *Ibid.* p.116.

ce tour de passe-passe, on impute au pouvoir de révision les qualités du pouvoir constituant : originaire et inconditionné, bref souverain. Comme on a vigoureusement critiqué cette fausse assimilation entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision dans notre ouvrage sur l'Etat et la souveraineté ⁽⁹⁸⁾, on n'y revient pas ici, mais c'est bien elle qui structure le raisonnement de l'éminent professeur parisien, et cela dès 1949. Par la suite, il ne remettra jamais en cause ce présupposé qui, évidemment, surdétermine ses raisonnements sur la question épineuse de la limitation du pouvoir de révision.

Sous la IV^{ème} République l'épisode de la Communauté européenne de défense (C.E.D.) a joué le rôle majeur joué dans la maturation de la pensée de Vedel. Lorsque le projet d'une armée européenne de défense est connu en 1954, un groupe de professeurs de droit public, tous aussi réputés les uns que les autres, écrit un article dans le journal *Le Monde* du 2 juin 1954 pour contester juridiquement la procédure utilisée qui sera la procédure classique de la loi parlementaire de ratification dudit traité. Cette sorte de consultation juridique publique énonce deux thèses intimement liées. D'une part ; écrivent ses auteurs, « l'adoption du traité instituant la Communauté européenne de défense transformerait profondément la Constitution de la France ; elle en infirmerait et modifierait des éléments et des dispositions essentiels ». D'autre part, malgré le silence de la Constitution de la IV^{ème} République, à ce propos, si les dispositions d'un traité doivent modifier des dispositions constitutionnelles, la Constitution elle-même, alors, l'autorisation de le ratifier doit alors être « donnée par une loi constitutionnelle ». Cet argument est complété par un argument *a contrario* : si l'on admettait qu'une simple loi ordinaire pouvait ratifier un traité qui modifierait la Constitution, cela signifierait que le « législateur ordinaire » pourrait « disposer de la Constitution en accord avec un ou plusieurs États étrangers » et s'ériger en « législateur constituant » ⁽⁹⁹⁾. L'argument central des professeurs de droit public est en réalité le « respect de la souveraineté nationale » : pour admettre une telle modification de la Constitution, résultant de la mise en commun de l'armée entre les Six Etats, il faudrait faire appel au peuple afin de se conformer à la « démocratie directe constituante » ⁽¹⁰⁰⁾ qui a été établie lors de la procédure d'élaboration de la Constitution de 1946.

On notera en passant que, en 1958, lors de l'élaboration de la Constitution de la V^{ème} République, les gaullistes n'ont oublié ni cet épisode de la CED – avorté par le rejet du Parlement français — ni celui de traité de Rome entré en vigueur sans contrôle de constitutionnalité. C'est pourquoi ils introduisent l'article 54 de la Constitution selon lequel « si le Conseil constitutionnel (..) a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de la ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution ». Or, une telle

⁹⁸⁾ *La puissance de l'Etat*, pp. 314 et suiv.

⁹⁹⁾ « Une consultation de six professeurs de droit public sur le CED », *Le Monde* du 2 juin 1954 reproduit dans « La querelle constitutionnelle sur la Communauté européenne de Défense », *Droits* ; n° 16, (1992), pp. 108-109.

¹⁰⁰⁾ *Ibid.* p. 109.

disposition correspond intégralement au raisonnement des juristes ayant écrit la consultation de 1954.

Toutefois, ceux-ci voient vivement leur thèse vigoureusement contester par Georges Vedel. Avec deux juristes, eux aussi fervents européens, Paul Reuter et Charles Rousseau, il conteste dans une première lettre au même journal, *Le Monde*, la thèse de leurs collègues parisiens. Puis, dans une seconde lettre, — écrite seule cette fois —, il entend démontrer un à un les arguments de la précédente consultation pour défendre l'idée qu'une simple loi ordinaire de ratification peut ratifier le traité de la C.E.D. Il applique à la notion de traité la même acception formelle que pour la Constitution et s'oppose donc à la conception matérielle des traités qui aboutit à distinguer les traités selon leur contenu :

« En réalité, sous peine de nier la possibilité à tout État de participer à la vie internationale autrement que par une cascade de révisions constitutionnelles, il faut admettre que le gouvernement et le législateur ont la possibilité de passer des traités même si ceux-ci restreignent la compétence des organes de l'État telle qu'elle est définie par la Constitution.

Que l'on nous cite d'ailleurs un seul traité qui ne restreigne, ne supprime ou ne transfère une compétence étatique. Le plus anodin des traités (fût-ce une convention postale) limite les pouvoirs du gouvernement ou du législateur; à un domaine que la Constitution ouvrait librement aux organes internationaux il substitue un domaine interdit ou amputé. Et c'est normal : toute convention internationale atteignant l'État dans l'exercice d'une compétence atteint la compétence constitutionnelle reconnue aux organes de l'État.

À quoi l'on répondra sans doute qu'il faut distinguer entre la renonciation à une compétence et son transfert à un organe supranational. Mas le transfert est-il plus grave que la renonciation ? On dira aussi que les amputations peuvent être plus ou moins étendues et affecter substantiellement ou non la souveraineté Mais voudra-t-on nous donner une définition précise des attributs essentiels de la souveraineté et, pour en revenir à ce que l'on disait plus haut, expliquer pourquoi le transfert de compétence opéré par une clause de juridiction obligatoire est plus admissible sans révision de la Constitution que tout autre transfert de compétence ?

Que l'on nous entende bien. Il faut redire que, sur le terrain *politique*, c'est évidemment une autre affaire de ratifier la CED que tel traité fiscal. Mais c'est sur le terrain *juridique* que nous nous plaçons. Et ce qu'il faut éviter, c'est précisément de transmuter un problème politique en problème juridique, ce qui est confondre les genres et déplacer les responsabilités. » ⁽¹⁰¹⁾.

¹⁰¹⁾ « Une lettre de M. Georges Vedel, professeur à la faculté de droit de Paris », le Monde du 15 juin 1952, repris *Droits* ; n° 16, 1992, pp. 115-116.

On retrouve cet argument « massue » de la distinction entre le politique et le juridique pour discréditer les thèses de ses adversaires. Il est assez simple : tout ce qui est dérangeant dans l'opinion des adversaires est disqualifié en argument « politique » tandis que Georges Vedel auto-qualifie ses définitions comme étant, elles, purement « juridiques ». Il n'est pas étonnant que, sous la V^{ème} République, l'éminent Doyen reprenne la même ligne argumentative.

2/ La condensation des thèses de Vedel sous la V^{ème} République

Aux débuts de la V^{ème} République, la question de la limitation du pouvoir constituant n'intéresse guère les juristes. La discussion intense qui a entouré la révision de 1962 relative à l'élection du président de la République au suffrage universel (v. supra I, B) a davantage porté sur la question de la procédure – recours à l'article 11 et évitement de l'article 89 – que sur la question des limites à la révision constitutionnelle. Pourtant en 1969, lorsque réapparaît à propos de la nouvelle utilisation de la procédure référendaire pour modifier la Constitution, Georges Vedel est incidemment appelé à se prononcer sur la question du pouvoir constituant et de la révision. Il le fait clairement en faveur de la théorie de « *l'illimitation matérielle* » que tout son système de pensée implique. Alors que le Premier Ministre de l'époque (Georges Pompidou) avait laissé suggérer la possibilité d'une limitation de la révision, Georges Vedel explique aux lecteurs du *Monde* que le pouvoir de révision est sans limites matérielles, écrivant avec force : « une révision constitutionnelle pourrait, demain, sans irrégularité juridique, pourvu qu'une procédure appropriée soit suivie, nous doter d'un système américain, soviétique ou yougoslave »⁽¹⁰²⁾. Cette formule fait curieusement écho à l'opinion des juristes positivistes allemands sous Weimar — ici résumée de manière polémique par leur adversaire Carl Schmitt : « on doit donner équitablement, à tous les partis, la même chance d'obtenir les majorités qui sont nécessaires afin d'atteindre, à l'aide de la procédure de révision constitutionnelle en vigueur, leurs buts visés- République soviétique, Empire national-socialiste, Etat démocratique-syndical, Etat corporatif, Monarchie ancien style, Aristocratie de n'importe quelle type »⁽¹⁰³⁾.

C'est seulement lorsque surgit la question de la ratification du traité sur l'Union économique et monétaire, traité dit de Maastricht, que le Doyen Vedel récapitula sa pensée. Il le fait dans un article intitulé « *Schengen et Maastricht* »¹⁰⁴ qui est antérieur aux décisions du Conseil constitutionnel relatives au traité de Maastricht car c'est un commentaire inspiré de la décision du même Conseil relativement aux accords de Schengen. Il plaide en faveur de l'idée selon laquelle le président de la République pourrait déposer un projet de révision constitutionnelle tendant à habilitier le législateur à donner son autorisation à ratifier le traité de Maastricht. Il suffirait, écrit-il, d'ajouter un 93^{ème} article à la Constitution de 1958 pour opérer la ratification, « sans recours préalable au

¹⁰²⁾ *Le Monde*, 26-27 juillet 1968.

¹⁰³⁾ *Théorie de la Constitution*, trad. fr, Paris, PUF 1993, p. 51.

¹⁰⁴⁾ « Schengen et Maastricht ». *RFDA*, 1992, p. 179.

Conseil constitutionnel ». Il conclut son propos par cette formule, typique de son raisonnement : « Sur le terrain juridique, (...) il n'est pas interdit de penser que, contrairement à un premier réflexe de rejet, la procédure ainsi imaginée, pour être insolite, n'en serait pas moins juridiquement valable ». Nous avons, pour notre part, interprété cette « astuce » comme étant la réédition sous une forme différente de la formule classique de la « révision de la révision »⁽¹⁰⁵⁾. Cependant, nous voudrions ici, pour des raisons didactiques, faire ressortir les deux arguments principaux qui soutiennent sa démonstration qui est, en réalité, aimantée par un but pratique : inventer une procédure qui permette d'échapper au contrôle du juge constitutionnel.

Le premier n'est pas original pour nous désormais car on l'a examiné à propos de la décision *Maastricht I* du Conseil constitutionnel : c'est la souveraineté du pouvoir constituant. Il n'est pas étonnant de constater que Vedel invoque la souveraineté du pouvoir de révision pour justifier la constitutionnalité de transferts de souveraineté décidés constitutionnellement et non législativement : « il faut bien que, au-delà de ce réseau de compétences distribuées, il existe un lieu juridique où la souveraineté démocratique s'exerce sans partage. Ce lieu est celui du pouvoir constituant. Le pouvoir constituant dérivé n'est pas un pouvoir d'une autre nature que le pouvoir constituant initial : la Constitution lui donne sa procédure (qui, d'ailleurs, peut faire l'objet d'une révision comme le prouve la loi constitutionnelle du 3 juin 1958), elle ne borne point son étendue (car même la prohibition concernant la forme républicaine du gouvernement portée à l'article 89, dernier alinéa, serait tenue en échec par une révision du même dernier alinéa) »⁽¹⁰⁶⁾. Cette illimitation matérielle du pouvoir de révision découlerait ainsi de l'idée de souveraineté : « *le pouvoir constituant étant le pouvoir suprême de l'Etat ne peut être lié, même par lui-même* »⁽¹⁰⁷⁾. En fait, la souveraineté du pouvoir de révision est justifiée autant par la logique juridique de l'abrogation que par l'impératif démocratique. Il n'est guère besoin de s'arrêter sur le fait qu'une telle souveraineté (de révision) est une pseudo-souveraineté dans la mesure où, comme le reconnaît lui-même Vedel, l'autorité de révision est toujours constitutionnellement limitée, c'est-à-dire à la fois hétérolimitée et non souveraine.

Comme les autres tenants de la validité juridique de la *révision-adjonction*, Vedel se fonde sur la libre faculté de dérogation du législateur constitutionnel. Ce dernier, à la différence de l'autorité administrative, ne serait pas tenu par la maxime "*Tu patere legem quam (ipse) fecisti?*"⁽¹⁰⁸⁾. Dès lors que « un texte constitutionnel spécial peut déroger à un texte constitutionnel général »⁽¹⁰⁹⁾, la loi constitutionnelle de révision envisagée pourrait très bien déroger à l'article 54 de la Constitution. Toute loi constitutionnelle de révision sera considérée comme "constitutionnelle" dès lors qu'elle

¹⁰⁵⁾ *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF 1994, p. 471.

¹⁰⁶⁾ « Schengen et Maastricht », p. 179.

¹⁰⁷⁾ *Ibid.*

¹⁰⁸⁾ Règle qui interdit à une autorité administrative de prendre des décisions individuelles dérogeant à un règlement de même niveau.

¹⁰⁹⁾ G. Vedel, « Schengen et Maastricht » p. 178.

peut déroger à la procédure normale. Ici, l'article 54 prohibe les traités (non ratifiés) contraires à la constitution. Eh bien ! Il suffit pour le contourner d'édicter une loi constitutionnelle de révision spéciale qui y déroge et qui autorise ce qui était auparavant interdit pour le cas très particulier et spécifique de l'Union européenne car le but est « d'isoler en quelque sorte le problème spécifique de la construction européenne de toute autre entreprise de révision constitutionnelle » ⁽¹¹⁰⁾.

Le second argument, largement apodictique, est déduit de la nature de la Constitution. Georges Vedel écrit en effet : « (...) en droit, il n'existe pas de définition matérielle de la Constitution. *Est constitutionnelle, quel qu'en soit l'objet, toute disposition émanant du pouvoir constituant.* » ⁽¹¹¹⁾. Il cite les deux cas les plus emblématiques de la conception formelle de la Constitution : l'inscription dans la Constitution suisse de l'interdiction de l'abattage rituel et, dans la constitution française de 1875, la disposition relative à l'autonomie de la caisse de gestion des bons de la défense nationale. Pour justifier une telle position, Vedel recourt à la théorie du pouvoir constituant qui interdit, selon lui, l'idée même de fixer des limites à toute révision de la Constitution : « (...) L'idée simple et seule vraie (à moins qu'on ne recoure au droit naturel) est que, sauf les prohibitions rappelées plus haut, le pouvoir constituant dérivé est l'expression de la souveraineté dans toute sa plénitude sous la seule réserve qu'il s'exerce selon la procédure qui l'identifie » ⁽¹¹²⁾. Toutefois, malgré la certitude avec laquelle s'exprime le doyen Vedel, sa thèse est fragile et il se contredit, tout autant que le Conseil constitutionnel, lorsqu'il énonce, d'une part, que le pouvoir de révision est souverain, tout en admettant, d'autre part, qu'il doit respecter certaines prohibitions fixées par l'article 89 de la Constitution.

Enfin, le troisième et dernier argument fait référence à l'impératif démocratique combiné avec la conception néo-kelsénienne du contrôle de constitutionnalité. En effet, pour s'opposer à toute idée de limiter la révision d'une Constitution, le doyen Vedel avance l'argument démocratique. Contre la rigidité de la Constitution, la révision signifie sa possible flexibilité. Or, une constitution a besoin d'être souvent modifiée, et on ne peut pas interdire un peuple de changer de constitution. Par voie de conséquent, l'intangibilité d'une forme de gouvernement serait une idée anti-démocratique. Dans cette veine doctrinale qui consiste à voir dans les clause d'éternité ou des clauses d'intangibilité des vaines tentatives de bloquer les évolutions souhaitables, activées par la révision, le recours à la théorie démocratique est une ressource précieuse.

Toutefois, c'est moins ce versant là classique depuis Jefferson et Sieyès, que le versant kelsénien de l'affaire que Vedel met en avant. Contre l'intangibilité de la Constitution, il invoque aussi et surtout une certaine interprétation de la théorie normativiste, d'origine kelsénienne, qui aurait démontré l'inconsistance logique d'une norme de ce type. En effet, dans la préface qu'il écrit pour

¹¹⁰⁾ *Ibid.* p. 178.

¹¹¹⁾ *Ibid.* p. 178

¹¹²⁾ *Ibid.* p. 179.

la la réédition de la thèse de Charles Eisenmann sur la Cour d'Autriche, il observe à propos de la Constitution : « Mais, en tant que modifiable, elle ne peut être dotée d'un geôlier qui défendrait son intangibilité. En quelques pages irréfutables, l'auteur [Eisenmann] montre que l'immutabilité juridique est une impossibilité, puisque la règle qui proclamerait cette immutabilité devrait être elle-même rendue intangible par une autre règle immuable qui à son tour peut être modifiée. L'autolimitation juridique est un néant logique. »¹¹³. A cet argument logique — de logique des normes — Vedel va ajouter un argument de son propre cru qui aura un grand succès dans la doctrine française, sa théorie du « *lit de justice* » qu'il a sortie de sa manche à la fin de son article « Schengen et Maastricht ». Le lit de justice était cette technique, typique de l'Ancien Régime absolutiste permettant au Roi de mettre fin à une résistance des Parlements de justice en lui donnant le pouvoir du dernier mot pour imposer une loi faisant l'objet d'une contestation judiciaire (bel exemple de concentration des pouvoirs). Vedel transpose cette technique au cas présent en tentant de concilier la souveraineté et la légitimité du juge constitutionnel. En effet, écrit-il,

« C'est cette plénitude du pouvoir de révision constitutionnelle, écrit-il, qui légitime le contrôle de la constitutionnalité des lois. À celui qui se plaint que la loi votée par les représentants de la Nation ne soit pas souveraine comme la Nation elle-même, on répond que "la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution". Cette formule justifie le contrôle de constitutionnalité, mais elle n'a cette vertu que parce qu'elle sous-entend que l'obstacle que la loi rencontre dans la Constitution peut être levée par le peuple souverain ou ses représentants s'ils recourent au mode d'expression suprême : la révision constitutionnelle. Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts »⁽¹¹⁴⁾.

Une telle thèse revient à prolonger la thèse kelsénienne selon laquelle une juridiction constitutionnelle déclarant une loi inconstitutionnelle, ne se prononcerait pas sur le fond, mais seulement sur la procédure. Autrement dit, si la mesure en question ne peut être adoptée en forme législative, elle pourrait l'être seulement en forme constitutionnelle. Une telle technique a été popularisée en France par la « théorie de l'aiguilleur » (selon une formule de Louis Favoreu). Il s'agit d'ailleurs plutôt que de théorie de simple technique, et même de technique ferroviaire. Quoi qu'il en soit, on a pu relever que cette métaphore du lit de justice n'a qu'une « valeur rhétorique »⁽¹¹⁵⁾. En réalité, la doctrine « vedélienne » repose sur un argument de bon sens qu'on retrouve bien exprimé sous la plume de Bruno Genevois : un nombre trop élevé de limitations matérielles à la révision la Constitution pourrait paralyser la modification de la Constitution. Ce dernier se réfère notamment à la Constitution portugaise de 1976 (modifiée en 1982) qui contient

¹¹³) Préface.

¹¹⁴) « Schengen et Maastricht » p. 173.

¹¹⁵) V. ici Michel Troper, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle » *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 28 (juillet 2010).

quatorze principes que toute loi constitutionnelle est censée respecter. Il approuve alors la jurisprudence du Conseil constitutionnel dont le sens profond — on parle ici des décisions Maastricht de 1992 – serait d’être inspiré par « le souci (..) de ne pas contrecarrer l’intervention du pouvoir constituant, dont il a tenu à affirmer la souveraineté » ⁽¹¹⁶⁾.

Ainsi, le doyen Vedel utilisera son immense talent de juriste et de légiste pour discréditer toute idée d’une limitation matérielle de la Constitution. Son opinion convaincra la grande majorité de la doctrine française, même si des voix dissidentes ou différentes se sont parfois fait entendre ⁽¹¹⁷⁾.

B/ Les implications de la position « sceptique » ou du « positivisme tranquille » de la doctrine majoritaire

Pourtant, même les légistes favorables à ce contrôle des lois de révision limité uniquement à la forme se trouvent confrontés à une véritable difficulté car la Constitution française de la Vème république a bien prévu une limitation expresse de fond: « la forme républicaine de gouvernement ne peut être abolie ». C’est une norme « ennuyeuse » pour la doctrine dominante car elle existe.... Certes, c’est une norme « vague ». Il lui suffirait de dire que c’est une déclaration de principe qui n’a pas de valeur normative. Mais une telle opinion serait en même temps gênante car si de Gaulle a supprimé, sans le dire, la IV^{ème} république avec sa nouvelle Constitution de 1958, il a tenu à garder la République comme forme de gouvernement en lui accolant le nouveau chiffre de V^{ème} République. Donc, l’exigence d’une forme républicaine de gouvernement n’est pas un pur slogan.

Qu’à cela ne tienne, les « légistes », héritiers du doyen Vedel, ne sont jamais en manque d’idées. Ils ont donc entrepris de limiter la portée de l’article 89 al.5. Telle fut l’entreprise menée par Guy Carcassonne lorsqu’il propose une acception restrictive de cette disposition dans son précieux commentaire de la Constitution : « Une définition restrictive, signifiant seulement l’interdiction de toute forme héréditaire de dévolution d’une fonction politique, suffirait à écarter les griefs plus fumeux et à dissiper le spectre d’aventures interprétatives. » ⁽¹¹⁸⁾ C’est ce que fait aussi Bruno Genevois qui veut raisonner en « droit strict » ⁽¹¹⁹⁾ et qui refuse de conférer à la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen une valeur supérieure aux autres lois

¹¹⁶⁾ « Les limites d’ordre juridique à l’intervention du pouvoir constituant » RFDA, p. 00.

¹¹⁷⁾ Dans la doctrine récente, on se doit ici de mentionner le bel article de Arnaud Le Pillouer, sur « Le pouvoir de révision », in D. Chagnollaud, M. Troper (dir), *Traité international de droit constitutionnel*, tome 2, Dalloz, 2012, pp 6-29. Chap. 2, notamment pp. 53- 65 qui entend rendre compte scientifiquement – avec distance – de cette controverse à laquelle en bon kelsénien, il ne veut pas prendre parti.

¹¹⁸⁾ G. Carcassonne, « Un plaidoyer résolu en faveur d’un tel contrôle sagement circonscrit » *Cahiers du CC*, n° 27 (2010) – [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-27/un-plaidoyer-resolu-en-faveur-d-un-tel-controle-sagement-circonscrit.51432.html>].

¹¹⁹⁾ « Les limites d’ordre juridique à l’intervention du pouvoir constituant » 1998, n° 5, p. 929.

constitutionnelles et qui veut se cantonner à une « interprétation littérale de l'article 89 » ⁽¹²⁰⁾. Mais que veut dire ici « littérale » ? L'expression « forme républicaine de gouvernement » est ambiguë car elle peut signifier différentes choses. Il est difficile d'en déduire une « norme » claire et univoque. En outre, et surtout, elle dérouté les partisans du positivisme tranquille qui raisonnent toujours en termes de normes (ou de règles) et qui sont mal à l'aise face à un concept aussi « institutionnel » que la « forme de gouvernement ».

On s'aperçoit alors que cette controverse permet de faire ressortir les représentations conceptuelles de la Constitution et de comprendre pour quelles raisons, l'idée même d'une limitation à la révision constitutionnelle apparaît littéralement comme une hérésie ou comme un non-sens absolu aux yeux de la plupart des juristes français.

La première raison nous semble résider dans la prégnance du dogme de la hiérarchie des normes qui semble être devenu aujourd'hui l'*alpha* et l'*omega* de tout constitutionnaliste français. Une citation parmi d'autres peut servir d'illustration à notre propos : il s'agit d'une remarque faite par un membre de la doctrine commentant la décision du Conseil de 2003 et relative plus précisément à la saisine du Conseil constitutionnel pour lui demander de vérifier la constitutionnalité de la loi constitutionnelle affirmant le principe de la décentralisation. Cette remarque est la suivante : « *L'incongruité d'une telle démarche est d'ailleurs immédiatement perceptible : comment le Conseil constitutionnel pourrait-il confronter à certaines dispositions constitutionnelles un texte dont l'objet est précisément de modifier ces dispositions* » ? ⁽¹²¹⁾ L'absurdité consisterait à déclarer inconstitutionnelles des normes elles-mêmes constitutionnelles car le principe de la hiérarchie des normes enseigne la dissymétrie existant entre les normes à contrôler et les normes de référence : seule une norme inférieure à une norme supérieure peut être contrôlée par rapport à celle-ci et donc seule une norme à valeur législative peut être déclarée contraire à une norme constitutionnelle. Autrement dit, une norme juridique de même valeur qu'une autre norme ne subit pas de contrôle par rapport à celle-ci car dans ce cas vaut l'adage du conflit de lois temporel : *lex posterior derogat priori*.

Il est donc clair que la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle par la Constitution, œuvre du pouvoir constituant originaire, bat en brèche ce dogme de la hiérarchie des normes dans la mesure où elle suppose que, au sein de la Constitution, il y a des dispositions de contenu et de portée différents. Rappelons que c'est en effet la leçon majeure contenue dans la différence proposée par Carl Schmitt entre la Constitution et les lois constitutionnelles qui vise à ruiner la conception faisant de la Constitution uniquement une « collection particulière de lois constitutionnelles, » ⁽¹²²⁾.

La Constitution est une totalité qui est le résultat exprime une série de décisions qui configurent

¹²⁰⁾ *Ibid.*

¹²¹⁾ A. Vidal-Naquet in *Droit constitutionnel, Les grandes décisions de sa jurisprudence*, p. 17.

¹²²⁾ *Théorie de la Constitution* (chap. 2) trad fr, Paris, PUF 1993 p. 145.

l'unité politique en un certain sens : telle forme de gouvernement, et pas telle autre, telle forme d'Etat et pas tel autre (par exemple : une démocratie fédérale). Il en résulte que le pouvoir de révision devient limité. « Un pouvoir de réviser la constitution attribué par une normation des lois constitutionnelles signifie qu'une ou plusieurs dispositions légiconstitutionnelles peuvent être remplacés par d'autres, mais *seulement à la condition que l'identité et la continuité de la constitution dans son ensemble soit préservée*. Le pouvoir de révision constitutionnelle ne contient donc le pouvoir d'apporter à des dispositions légiconstitutionnelles des modifications additions compléments, suppressions, etc., et pas davantage le pouvoir de modifier le fondement de sa propre compétence de révision constitutionnelle, de l'élargir ou de le remplacer par un autre » (123).

La seconde raison de l'incompréhension de la doctrine majoritaire provient, selon nous, du fait que la question de la limitation matérielle de la révision de la Constitution a été en quelque sorte « polluée » par sa traduction en termes de « *supra-constitutionnalité* ». Claude Klein a déjà traité de cette question (124), montrant bien que l'ancien débat doctrinal sur la « supra-constitutionnalité » qui opposait, sous la II^{ème} République ceux qui voulaient inclure la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans la Constitution et ceux qui s'y refusaient, est devenu dépassé en raison de la « pratique » c'est-à-dire de la jurisprudence (cf notamment la décision *Maastricht II*). Ils suffira donc pour nous d'indiquer le fait que les « légistes » ont invoqué cette idée de « supra-constitutionnalité » uniquement à titre de repoussoir en l'associant à l'idée qu'elle témoignerait d'une sorte de retour du droit naturel. Autrement dit, ils ont repoussé l'hypothèse d'une limitation matérielle de la révision de la Constitution au motif qu'elle suppose d'admettre l'hypothèse du droit naturel. C'est ce point de vue que défend à sa manière, Guy Carcassonne dans son commentaire de l'article 89 de la Constitution de 1958 (125).

Pourtant, à l'encontre de cette argumentation, il suffit de relever que le contrôle des lois constitutionnelles par rapport à la Constitution reste *à l'intérieur du cadre constitutionnel*, du cadre de la Constitution prise dans son ensemble et dans sa globalité. Le problème tient à ce les tenants de la controverse sur la limitation de la révision ne sont pas d'accord sur le sens du mot de la Constitution. Pour les tenants de la limitation matérielle, la Constitution n'est pas seulement l'ensemble des dispositions contenues dans la version consolidée du texte de la Constitution de 1958. Elle est précisément davantage que cela car elle se compose non seulement de la

123) *Théorie de la Constitution* ; p. 149.

124) Dans son chapitre intitulé « Les principes supraconstitutionnels, : d'une théorie sans pratique à une nouvelle pratique », in *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, chap IX, pp. 159 et suiv.

125) « Est-ce à dire que rien ne peut entraver la volonté du pouvoir constituant, aucun principe supérieur à la constitution elle-même, aucun droit de l'homme, aucune liberté, dans le respect vaudrait en tout état de cause, aucune convention internationale qu'il sera impossible de dénoncer et jusqu'à la souveraineté même de la nation qu'une révision pourrait anéantir ? Dans l'hypothèse, absurde, ou le pouvoir constituant voudrait tout autre chose que ce que la République et la démocratie commandent, que ce à quoi le peuple adhère ou ce à quoi il consent, bref si le pouvoir constituant saisie de folie niait l'Etat de droit ou la souveraineté de la Nation, le remède à ses aberrations ne pourrait plus relever du droit positif . » G. Carcassonne, *La Constitution*, Paris, Seuil, coll. Points, 11^{ème} édition, 2013, p. 393, n° 525.

Constitution écrite, mais aussi de l'interprétation qu'on a donnée de cette Constitution. La Constitution est « multi-dimensionnelle » ⁽¹²⁶⁾ comme l'a écrit Denis Baranger. Elle est tissée de plusieurs fils qui sont précisément ignorés par la doctrine dominante : le vocabulaire, les modèles institutionnels, et des objets non normatifs. Bref, la doctrine sceptique n'a pas encore pris conscience que la Constitution déborde le texte constitutionnel : c'est ce que révèle à sa manière le refus de prendre en considération la question de la limitation matérielle de la révision.

**

En guise de conclusion, on ne peut s'empêcher de signaler l'actualité de la question. Au moment où nous mettons la dernière main à cette conférence, on apprenait que le projet de loi constitutionnelle « de protection de la Nation », résultat direct des horribles attentats du vendredi 13 novembre 2015, était discuté devant le Conseil d'Etat. Ce projet de loi contient deux articles : le premier vise à introduire un nouvel article dans la Constitution — article 36-1 — relatif à l'état d'urgence qui vient compléter l'état de siège (Art 36) tandis que le second revient à constitutionnaliser la déchéance de la nationalité pour les Français binationaux qui auraient été condamnés définitivement par la justice pour « un acte qualifié de crime constituant une atteinte au fonctionnement de la vie de la Nation ». Une double question se pose alors : d'une part : peut-on, au cours de l'état d'urgence - déclaré le 13 octobre prorogé le 20 novembre 2015 pour trois mois — entamer une révision de la Constitution ? D'autre part, peut-on inscrire dans une Constitution une disposition qui viole manifestement le principe d'égalité entre tous les Français (article 1 de la Constitution) au seul motif que l'on ne peut inscrire une telle disposition dans la loi car elle serait immanquablement censurée par le Conseil constitutionnel ? Il est à prévoir que ces questions ne seront pas soulevées par la doctrine dominante, mais il n'empêche pas qu'elles se posent. Pour notre part, nous avons parlé en 1993 d'un « malaise dans la Constitution » ⁽¹²⁷⁾ pour décrire ce phénomène de régularisation d'une inconstitutionnalité par son inscription dans la Constitution révisée pour la circonstance.

¹²⁶⁾ « The Language of Eternity », précité, p. 419.

¹²⁷⁾ *Libération* 2 déc. 1993. Cet épisode est rappelé par Claude Klein dans son livre, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, p. 169.

Principi supremi e revisione costituzionale (annotazioni sulla progressione di una controversia scientifica) *

di Roberto Nania **

SOMMARIO: 1. Potere di revisione costituzionale, limiti testuali, e l'ipotesi della forza ostativa dell' «altra» costituzione. — 2. Il potere di revisione tra potere costituente e potere costituito: qualità e quantità della linea distintiva. — 3. L'intangibilità dei principi/valori supremi come punto di equilibrio legale tra perennità e innovazione nell'esperienza costituzionale.

1. Potere di revisione costituzionale, limiti testuali, e l'ipotesi della forza ostativa dell' «altra» costituzione.

Sarebbe impossibile oggi sottoscrivere la polemica nei confronti della teorica sia tedesca che italiana impegnata a sostenere la limitazione sostanziale, logica o tacita che sia, del potere di revisione costituzionale ¹²⁸. Per quanto gli elementi di ordine positivo attorno ai quali ruotava quella disputa, con specifico riferimento alla nostra Costituzione, siano rimasti apparentemente invariati: a cominciare dalla esplicita sottrazione alla revisione esclusivamente della forma repubblicana dello Stato per di più avvalorata dalla riluttanza manifestatasi in sede costituente rispetto all'ipotesi di codificazione di ulteriori clausole di eternità, per arrivare alla labilità degli indici limitativi che di volta in volta si è pensato di aver reperito nel testo costituzionale, per finire con l'opinabilità anche dei limiti logici che sarebbero connaturati alla revisione costituzionale qualora si veda, fermandosi all'esteriorità, nella sua regolamentazione da parte dell'art. 138 Cost. prevalentemente, se non esclusivamente, una garanzia di ispessimento procedurale.

Un insieme di dati convergenti che, volendo insistere nel suffragare la teorica dei limiti sostanziali ancorché non codificati, avrebbero costretto se mai a fare appello ad un' «altra» costituzione, ossia alla costituzione materialmente intesa e come tale presente ed operante sotto qualunque regime costituzionale, vale a dire indipendentemente dalla stessa alternativa rigidità/flessibilità ¹²⁹. Quell'altra costituzione che vorrebbe alludere alla capacità interdittiva espressa dall'effettivo assetto politico sociale, la quale, per quanto fondata possa essere, dovrebbe restare ininfluenza ai fini della declinazione giuridica della questione in esame, non

* Relazione tenuta nell'ambito del Convegno “Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale”, Roma 14 dicembre 2015.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento di Scienze politiche – Università di Roma “La Sapienza”.

¹²⁸ Cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, CEDAM, 1970, pp. 100-110, dove è forte il dissenso dalla impostazione della questione dei limiti alla revisione in termini “generalisti” (ossia deducendo il carattere “logico” dei limiti), tuttavia senza escludere del tutto la possibile sussistenza di limiti “taciti”, ma “che sono pur sempre positivamente prescritti anche se in forma implicita (e perciò potrebbero anche non esserci)”. Si veda anche la riflessione dell'illustre autore sulle posizioni di Schmitt e Mortati, con l'adesione alla tesi secondo la quale “il potere costituente (in sé inesauribile) si continua e permane, in costanza di ordinamento, come potere «costituito» (sia questo il potere legislativo ordinario, come negli ordinamenti a costituzione flessibile, sia l'apposito potere di revisione, come in quelli a costituzione rigida)” (p. 105).

¹²⁹ Cfr. V. Crisafulli, *op. loc. ult. cit.*

fosse altro che in ragione della difficoltà di elevare alla dimensione precettiva un fattore di tipo sociologico necessariamente sottoposto alla condizione della convalida a posteriori.

In definitiva, muovendo da presupposti il più rigorosamente testualistici, il tema della revisione costituzionale non avrebbe potuto che ricadere nel campo dogmatico dell'abrogazione con i suoi consueti corollari; un campo dove alla forza abrogativa e modificativa della fonte costituzionale non sarebbe stato opponibile alcun ostacolo che non fosse avvalorato dall'obiettività letterale, neppure quello rappresentato dal procedimento aggravato così come disciplinato ai fini del suo legittimo esercizio: basti rammentare l'emergere, in qualche versione troppo consequenziale, persino della tesi della superabilità, sempre partendo dalla neutralità dell'attitudine abrogativa riconosciuta alla legge di grado costituzionale, dello stesso imperativo di immodificabilità derivante dalla lettura congiunta e convergente dell'art. 1 e dell'art. 139 della Costituzione ¹³⁰.

2. Il potere di revisione tra potere costituente e potere costituito: qualità e quantità della linea distintiva

È largamente noto che l'approdo all'idea del potere di revisione come potere intrinsecamente circoscritto ha fatto inizialmente leva anche nella dottrina italiana sulla opposizione concettuale tra potere costituente e poteri costituiti ¹³¹, alla cui stregua dovevano restare immuni dall'incidenza del potere di revisione, ferme restando le opportunità di aggiornamento della costituzione preventivate dall'art. 138 Cost. allo scopo di scongiurare un eccesso di cristallizzazione della rigidità costituzionale nonostante la sua naturale storicizzazione, le opzioni fondative democraticamente espresse dalla volontà politica popolare.

Per sottrarre la questione all'arco applicativo dei canoni della gerarchia formale delle fonti, si tornava appunto ad attingere al primato sostanziale del potere costituente e con esso alla intuizione schmittiana in ordine alla distinzione tra costituzione e legge costituzionale, e conseguentemente alla disomogeneità qualitativa (ossia rispetto alla disponibilità delle

¹³⁰ Sul punto, cfr. S. Cicconetti, *La revisione della Costituzione*, Padova, CEDAM, 1972, per la tesi della relatività degli stessi limiti espressi alla stregua del "doppio grado di revisione" (p. 257), dove si parla anche dell'art. 139 quale "semplice meccanismo ritardatore" (p. 279).

¹³¹ Cfr. C. Mortati, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, Giuffrè Editore, 1962, spec. pp. 207 ss., anche per la critica alla tesi del superamento dell'assolutezza dei limiti per mezzo del "parallelismo delle forme" e per la considerazione che "l'esigenza del limite assoluto verrebbe ad essere compromessa se questo non rivestisse un'indole tale da imporsi allo stesso organo costituente"; sul punto, A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, auto vincoli legislativi*, Padova, CEDAM, 1997, spec. pp. 124-125, ed ivi la "riaffermazione della tesi secondo la quale i limiti, sia sostanziali che procedurali, alla revisione costituzionale sono esclusivamente individuabili nella costituzione scritta". Sull'antitesi di cui nel testo, M. Dogliani, *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la Costituzione*, in *Il futuro della Costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, pp. 253 ss.; P. G. Grasso, *Potere costituente*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè Editore, 1985. Sulla inevitabile "dinamica" costituzionale cui si alluderà nel testo, M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013; per alcune osservazioni al riguardo cfr. anche il mio *Su alcune questioni di metodo nell'insegnamento del diritto pubblico*, in *Nomos*, n. 2 del 2014, p. 6.

decisioni capitali) e quantitativa (ossia rispetto al disegno compiutamente totale della volontà costituente) gravante sul potere di revisione.

Vero è che le scelte costituenti del secondo dopoguerra apparivano ben più articolate rispetto alla tendenziale univocità della visione poc'anzi evocata, e soprattutto ispirate ad una logica compositiva assai distante dall'esito necessariamente antitetico, quale che sia il più corretto significato che se ne debba dare, cui doveva mettere capo l'attuazione del "concetto del politico" che nella creazione costituzionale avrebbe trovato la sua prima e più intensa realizzazione. È ancora vero che il rifiuto di attestare in sede costituzionale l'assioma della permanenza del potere costituente in capo al popolo poteva rendere alquanto rarefatto il richiamo ad un antagonista del potere di revisione che compare fugacemente sulla scena della storia e che in quel passaggio avrebbe integralmente consumato il suo protagonismo per non mettere in pericolo, neppure sul piano della mera potenzialità, l'obiettivo di stabilizzazione e di perennità perseguito dalla rigidità costituzionale.

Scontate tali ipotesi, l'utilizzo della opposizione in questione poteva finalmente mettere in sicurezza la forma dello Stato, identificando nell'art. 139 Cost. l'esito irrevocabile della diretta azione costituente del popolo, ma poteva altresì argomentare sulla impossibilità per il potere di revisione, che volesse mantenersi nel quadro della sua legalizzazione e delle finalità che ne giustificano l'esistenza, non solo di aspirare al cambiamento totale della costituzione ma, anche nel caso di rispetto del criterio della parzialità della modifica, di investire i postulati nei quali risulterebbe condensata l'autentica volontà costituente.

Resta da dire che sul piano delle garanzie del mantenimento di questa linea divisoria il ruolo principale a tal fine veniva assegnato, in coerenza con la prospettiva sostanzialistica, alle forze in campo interessate alla preservazione dell'ordinamento costituzionale: ed in definitiva soltanto a seguito di tale attivazione, magari sotto la specie del diritto di resistenza laddove se ne fosse presentata la necessità, sarebbe stato possibile accertare in qualche modo il perimetro della intangibilità costituzionale, riconducendo così il potere di revisione al rispetto della *ratio* della sua funzione. Si ripresenta pertanto quella consapevolezza realistica che, nonostante ogni tentativo di estrometterla dal campo del giuridicamente pensabile, aveva spesso costeggiato l'elaborazione dottrinale in materia; con la differenza che in questo caso essa non si traduce in un'abdicazione relativistica, ma al contrario viene chiamata a fronteggiare l'eventualità di un potere di revisione che pretenda di svincolarsi dai condizionamenti derivanti dalla sua posizione di subordinazione, imprimendo ad essi una più plausibile attitudine dissuasiva ¹³².

3. L'intangibilità dei principi/valori supremi come punto di equilibrio legale tra perennità e innovazione nell'esperienza costituzionale

Nelle progressioni ravvicinate è andata maturando la prospettiva che assegna piuttosto all'adeguato avanzamento delle tecniche di lettura della costituzione il compito di segnare i

¹³² C. Mortati, *op. ult. cit., passim*.

confini insuperabili della revisione. Ci si riferisce ovviamente alla teorica che postula la sussistenza di principi “supremi” che valgono a imprimere alla costituzione la sua specifica ed inalterabile individualità: teorica che elaborata inizialmente dalla giurisprudenza costituzionale in vista della loro salvaguardia rispetto alla potenzialità derogatoria dei riconoscimenti di sovranità esterne o di competenze sovranazionali (ancorché questa “cedevolezza” risulti voluta dalla stessa costituzione), ha messo successivamente capo alla configurazione dell’analogo schema limitativo a carico del potere di revisione.

È subito da precisare che non siamo in presenza di una semplice riformulazione, soltanto declinata mediante una semantica più aggiornata, dell’eventualità dei limiti taciti o impliciti che trapelava, per quanto freddamente, anche nell’approccio orientato alla fedeltà testualista. Difatti, a fronte di principi supremi nei quali dovrebbe rispecchiarsi l’essenza stessa della costituzione, non si tratta più di aggirarsi tra le pieghe di singole disposizioni costituzionali alla ricerca di segni letterali atti a comprovare l’intendimento costituente di sottrarle al potere di revisione, peraltro sempre contrastabile dall’obiezione sui motivi che gli avrebbero impedito di rivelarsi in appositi e puntuali divieti invece di accettare la debolezza dell’inespresso. Adesso il potere di revisione non si confronta appunto con episodici ed eterogenei frammenti testuali, ma con le grandi concezioni che sorreggono la totalità della disciplina costituzionale e che imprimendo una “valenza superiore” ai principi in cui si sono cristallizzate li sottraggono alla potenzialità abrogativa del potere di revisione.

Per converso, vi è ancora da osservare che nemmeno potrebbe argomentarsi che in ogni caso la supremazia dei principi sottratti in via assoluta alla revisione costituzionale, una volta che si sia abdicato all’ausilio positivisticò degli indici testuali, non potrebbe che appoggiarsi inevitabilmente al postulato della prevalenza del potere costituente rispetto al potere di revisione. Ed invero in questa prospettiva il particolare *status* acquisito dai principi supremi non viene motivato tanto dalla incorporazione in essi di decisioni o intenzionalità politiche originarie, quanto da una forza legale propria che, muovendo dalle ragioni sostanziali che la producono, li abilita comunque a prevalere sulla legge costituzionale, dando luogo ad un’ulteriore articolazione dei rapporti gradualistici tra le fonti normative che assume rilievo almeno ai fini della misurazione della capacità abrogativa delle leggi di cui all’art. 138 Cost.

Si può discutere se questa istanza di indipendenza precettiva della costituzione (o, come è invalso dire, della “supercostituzione”) alla scopo di rafforzarne la tendenza alla perennità e di immunizzarla da qualunque insidia quale che ne possa essere la provenienza, sia così pressante da doversi rinunciare alla produttività ricostruttiva dell’idea di potere costituente, se del caso surrogandola con il generico e meno impegnativo requisito del consenso. Merita però di essere evidenziato che a seguito del definitivo trasferimento dei principi in una dimensione squisitamente legale, la competenza alla revisione non è chiamata a misurarsi con un potere instaurativo così preponderante e più legittimato rispetto a qualunque successiva maggioranza parlamentare per quanto rafforzata essa sia, e suscettibile in ragione di ciò di scoraggiare ogni possibilità di innovazione, col rischio di rendere inattivo lo stesso meccanismo prefigurato dalla Costituzione in vista del suo eventuale aggiornamento.

Nella prospettiva attuale, si potrebbe dunque ipotizzare alla stregua di quanto svolto, che nella teorica dei principi supremi dovrebbe realizzarsi, sul presupposto del carattere non

controverso dei valori cruciali e del loro radicamento nello spirito pubblico, il contemperamento tra le due istanze che si contendono il senso del potere di revisione: la garanzia della continuità della visione costituzionale e la possibilità di addivenire, quando proprio questa volontà di permanenza nel tempo lo renda indispensabile, a interventi di carattere innovativo.

Resta da dire che le formule coniate allo scopo (principi, valori, ecc.), quale che ne sia l'incidenza emozionale, non sembra abbiano comportato in definitiva apprezzabili differenze in termini applicativi rispetto allo schema descritto, come è confermato dalla giurisprudenza costituzionale il cui sincretismo verbale è stato da molti rilevato: il segno evidente che anche la lettura per valori, contrariamente a quanto potrebbe ritenersi, non determina l'emigrazione dal campo della indagine giuridica ed il necessario ingresso nell'incerto mondo della speculazione politico filosofica; la conferma che anche i valori vogliono evocare il punto di arrivo del processo di crescita e di perfezionamento di una tradizione culturale che, grazie anche all'apporto della dottrina e della giurisprudenza, si è tradotto in un progetto di civilizzazione dei rapporti umani attraverso il diritto ed i suoi paradigmi che la cui irreversibilità è attestata, pur con le loro rispettive peculiarità, dalle costituzioni europee.

Va da sé che una volta che il motivo della protezione della costituzione dalle esorbitanze del potere di revisione viene ad incentrarsi sui principi o valori supremi giuridicamente ponderabili, a maggior ragione se ricondotti al loro "nucleo essenziale" allo scopo di non estromettere varianti e aggiornamenti attuativi, la questione dei limiti alla revisione tende a spostarsi sul terreno squisitamente interpretativo dove, nonostante le "scoperture" che potrebbero essere presenti nel sistema, si intensifica il ruolo della giustizia costituzionale di custode dell'identità costituzionale e di garante del corretto esercizio del potere di revisione

133.

Certo, non può che rimanere scientificamente inesplorabile l'ulteriore aspetto della possibilità di inveramento della impostazione descritta nella situazione estrema del conflitto tra un potere di revisione che respinga le sue barriere legali e la funzione protettiva del sindacato di costituzionalità. Ma la irrisolvibilità in astratto della questione non compromette di per sé la coerenza di una legalità costituzionale che, come è stata capace di imporsi nei confronti del legislatore ordinario, si prefigga ora di portare a compimento questo processo evolutivo, realizzando la medesima ambizione di razionalizzazione giuridica delle dinamiche politiche, pur con le varianti del caso, nei confronti del potere di revisione e della legge di rango costituzionale.

¹³³ È d'obbligo il riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 1146 del 1988, ma anche, dall'angolazione dei diritti fondamentali, alla sentenza n. 366 del 1991; al riguardo cfr. F. Modugno, *I principi costituzionali supremi come parametro del giudizio di legittimità costituzionale*, in *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 247 ss.; F. Rimoli, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, in *Giur. cost.*, 1992, I, pp. 3769 ss.; A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani 1989, pp. 30 ss.; M. Piazza, *I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano*, Padova, CEDAM, 200, pp. 11 ss. Una efficace riconsiderazione della giurisprudenza in materia si trova ora in P. Faraguna, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità della Costituzione*, Milano, Franco Angeli, 2015, spec. pp. 63 ss. Sulle "scoperture" garantiste cui si accennava nel testo, L. Elia, *I principi supremi presi sul serio*, in *Scritti in memoria di Vittorio Sgroi*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 435, dove si trovano anche enunciata la proposta delle due congiunte soluzioni dell'accesso diretto del Capo dello Stato al giudizio di costituzionalità e della verifica in via preventiva, rispetto al referendum, da parte della Corte costituzionale dell'osservanza dei limiti da parte del progetto di revisione.

Comunque, volendo proporre brevi variazioni sul tema, nonostante l'innegabile tasso di discrezionalità applicativa che discende dalla teorica dei principi supremi, si può senz'altro condividere il postulato secondo il quale il relativo *iter* di identificazione, benché non possa seguire da noi un percorso topograficamente obbligato come accade ad esempio nella costituzione tedesca¹³⁴, trova il suo momento di avvio nelle formule che prospettano in via sintetica, con la concentrazione di significato di cui sanno essere portatrici, i "principi fondamentali" della Costituzione. Senza escludere pertanto che questo tragitto conduca all'individuazione di principi supremi racchiusi in altre e più specifiche disposizioni costituzionali: basti pensare al riguardo al diritto di azione giudiziaria sancito dall'art. 24 Cost. che pur trovandosi all'esterno del registro dei principi fondamentali è stato reiteratamente assunto quale principio supremo ed ha realmente operato come tale, ad iniziare dalle sentenze in materia concordataria per arrivare alla recente sentenza n. 238 del 2014.

Dal che discende che quella dei valori supremi si presenta come una formula a vocazione espansiva, suscettibile cioè, muovendo dai principi fondamentali espressamente codificati, di illuminare anche altre disposizioni costituzionali nelle quali si siano irradiati più o meno immediatamente, ivi compresi quei precetti che ricoprono un ruolo strumentale, ma indefettibile, rispetto alla realizzazione del postulato di valore. A quest'ultimo riguardo, l'esemplificazione può riguardare l'inviolabilità della libertà personale che appare inscindibile dagli istituti che hanno concorso a convalidare questo assunto, dalla irretroattività della legge penale alla tassatività delle fattispecie di reato: onde non è neppure ipotizzabile una soppressione o alterazione di questi istituti che non ricada sul valore che li ha generati.

Risulta insomma confermato che la parte sostanziale della costituzione, e segnatamente quella concernente le libertà e i diritti fondamentali, presenta il massimo tasso di rigidità rispetto alla revisione costituzionale (a prescindere qui dalla diversa eventualità di una modifica orientata in senso migliorativo) : e questo tanto più a seguito della convergenza tra i menzionati principi costituzionali in tema di diritti fondamentali e quelli accolti nelle Carte sovranazionali, che ne sollecitano la conversione in veri e propri diritti umani al cui obbligo di riconoscimento e di rispetto non potrebbe sfuggire qualunque formula politica.

D'altro canto, che la parte organizzativa della costituzione, al di là del fenomeno delle modificazioni tacite e delle ardue questioni teoriche che vi si connettono, sia la più esposta all'intervento riformatore trova un significativo riscontro volgendosi ad altre esperienze costituzionali: basti pensare alla Francia per quanto riguarda la forma di governo ed alla Germania con i suoi frequenti interventi sull'assetto del sistema federale. Ma una riprova la si potrebbe trarre dalle stesse vicende italiane dove, anche indipendentemente dal loro diverso esito, sono stati concepiti al riguardo disegni riformatori di ampia portata e che sembrano smentire la tesi del carattere necessariamente marginale della revisione.

¹³⁴ Sull'art. 79 comma 3, in connessione con l'art. 146, della Legge fondamentale tedesca, A. A. Cervati, *La revisione costituzionale ed il ricorso a procedure straordinarie di riforma delle istituzioni*, in *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 13 ss. Nel senso della intervenuta certificazione, alla stregua disposizioni appena citate, della differenza tra *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué*, E. W. Böckenförde, *Il potere costituente del popolo*, ora in *Stato, Costituzione, Democrazia*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 132 ss., ed altresì per la qualificazione dell'argine in questione come limitazione "auto vincolante" e non già come "vincolo giuridico imposto".

Ciò non significa trascurare il nesso che intercorre tra le diverse parti della Costituzione, per cui resta impensabile, sempre in ragione dell'effetto di irradiazione e con esso dei profili di intersezione tra forma di Stato e forma di Governo, che i principi sostanziali possano separarsi dai corrispondenti moduli organizzativi nei quali si sono andate solidificando le acquisizioni dello Stato democratico di diritto (divisione del potere, anche in senso verticale, rappresentanza parlamentare, ecc.). Precipato questo, sarebbe tuttavia eccessivo disconoscere che il versante dell'organizzazione istituzionale presenta margini di scelta e di svolgimento dei postulati richiamati che possono essere fondatamente rivendicati in sede di esercizio della competenza alla revisione costituzionale in nome della diversità dei tempi e delle marcate trasformazioni degli sfondi reali.

Né si può dimenticare che, come si diceva, nella teorica dei principi supremi si legge la ricerca di un ragionevole equilibrio tra tendenza alla perennità ed eventualità di aggiornamento che sollecita senz'altro il contributo scientifico: non sarebbe quindi convincente, beninteso qualora si traduca in obiezione sulla stessa ammissibilità della modifica costituzionale piuttosto che in una dissenziente valutazione di merito in vista della crescita della componente di razionalità della decisione referendaria, opporre al potere di revisione la fisionomia della Costituzione pressoché integralmente intesa, ossia attestandosi sulla compattezza del disegno costituzionale originario che presuntivamente l'esercizio del potere di revisione avrebbe in ogni caso il torto di alterare.

[Revisione costituzionale e rapporto tra prima e seconda parte della costituzione *](#)

di Luca Borsi **

Q uale preliminare avvertenza: il tema di questa relazione sarà svolto secondo una determinata angolatura, la concezione che nell'età liberale sotto lo Statuto si aveva della revisione costituzionale.

Si ha qui riguardo a quella concezione, alle sue categorie costitutive, ad una sorta di mentalità costituzionalistica (terreno d'indagine su cui volgeva l'attenzione Mario Galizia, ad esempio nel suo bel saggio su Luzzatti costituzionalista) propria dell'età liberale.

Non risulta decisiva, ai fini di un'indagine siffatta, la odierna ricorrente dicotomica giustapposizione tra Statuto, Costituzione flessibile, e Carta repubblicana, Costituzione rigida, questa presidiata da uno speciale procedimento per la propria modificazione, quello sprovvisto di tutto ciò.

Invero una voce autorevole si è levata, a sostenere una 'naturale' rigidità dello Statuto, in quanto atto, Carta scritta: una rigidità 'documentale', ove la forma scritta è causa efficiente della rigidità. Solo in secondo tempo lo Statuto diviene da rigido, flessibile, per l'insorgere di una norma consuetudinaria sulla produzione normativa facoltizzante la sua modificazione da parte della legge ordinaria. Talché, potrebbe aggiungersi, una volta intervenuta la flessibilizzazione, si ricade nell'alveo precedente, di uno Statuto flessibile *versus* Carta repubblicana rigida.

È una raffigurazione non del tutto rispondente alla lettura quale poteva esser resa da un costituzionalista liberale di allora.

Per la prima generazione costituzionale liberale, i Balbo i Cavour coloro che vedono lo Statuto nascere, la partita si giocava intorno all'esistenza o meno di un potere costituente. Alcuni lo negavano, alcuni lo affermavano (per ragioni di sintesi, debbo qui rinviare ad un mio volume sul costituzionalismo 'preorlandiano'). Nel potere costituente erano le maggiori implicazioni concettuali, per molti lo spettro della deriva assembleare giacobina, che vulnerava l'organizzazione dei poteri, la loro tripartizione (o quadripartizione, a seconda che si considerasse un vero potere il moderatore). E lì erano altresì le maggiori implicazioni politiche, la contesa fra movimento liberale e movimento democratico, per la guida del moto del processo unitario nazionale (con la prospettiva o meno di un'Assemblea costituente).

Per la generazione successiva, ormai a Regno d'Italia costituito, quel nodo si era sciolto. Il problema che si poneva ora era assicurare stabilità e mutamento insieme. E per affrontarlo si

* Relazione tenuta nell'ambito del Convegno "Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale", Roma 14 dicembre 2015.

** Consigliere parlamentare – Senato della Repubblica.

ricorreva ad un'idea di Costituzione, intesa come Costituzione storica, esemplata sull'Inghilterra – dove una Carta costituzionale in senso stretto, un documento, un unico documento non vi era, ma dicevano quei liberali, vi era vera Costituzione; vi erano istituti, garanzie, che tramite prassi, consuetudini, come dire il diritto vivente, materiale, l'avevano creata, questa Costituzione, la quale non è una mera Carta. E questa Costituzione, proprio perché inverte nella storia, proprio perché affondata nella coscienza civile di una nazione, offre vero presidio di libertà, vera tutela di diritti, vera prospettiva di sviluppo, di progresso.

Questa è la loro nozione di Costituzione, che così sintetizza, con grande efficacia, un costituzionalista negli anni Sessanta dell'Ottocento, Emilio Broglio: “la Costituzione è come i cedri del Libano, sempre si rinnova, sempre muta nel fogliame, ma vi è il tronco che rimane stabile nel tempo”.

Se questa è la loro nozione di Costituzione, si intende come occorra, allorché si tratti di revisione costituzionale, commisurarsi a quella concettualizzazione. Perché da una parte vi è lo Statuto, una Carta, dall'altra vi è qualcosa di più profondo, di più fondante, che è la Costituzione.

Costituzione storica. Come annotava una autorevole voce del tempo, Fedele Lampertico, negli anni Ottanta dell'Ottocento: “La Costituzione non è nello Statuto solo o nelle leggi che lo accompagnano. La Costituzione è nel sentimento pubblico, nella consuetudine, nei precedenti, in tutta la legislazione, in tutta quanta la storia del Risorgimento nazionale”.

Ebbene, si veniva ad instaurare una relazione, anche sfuggente ai nostri occhi, tra Costituzione e Statuto, in un meccanismo a doppio fondo. Vi è lo Statuto, e poi vi è la Costituzione. Così come i giuristi dicevano vi è la legge, e poi vi è il diritto. Questo consentiva di affrontare il tema di una modificazione dello Statuto senza troppi patemi, se e fin quando ad essere modificate fossero parti dello Statuto contingenti, che non toccassero cioè (per riprender quell'immagine) una linfa costituzionale pulsante, vitale.

Quindi la riforma dello Statuto si poteva fare, ma si poteva fare entro certi limiti. Scrivere solo di rigidità costituzionale o di flessibilità non basta, occorre percepire il senso di una modificabilità, ed insieme di limiti a quella modificabilità. Tenendo altresì conto di quanto rimarcava altro costituzionalista del tempo, Arangio-Ruiz, secondo il quale, se una Carta segna l'inizio imprescindibile di un nuovo ordine di cose, pure “il concetto di Costituzione non si riscontra più in quella legge, ma nell'insieme delle leggi e delle regole – siano scritte, siano consuetudinarie – che via via sono andate accumulandosi alla Carta iniziale, dove ampliandola, dove modificandola, dove interpretandola”.

E qui vale soffermarsi su un'altra nozione che può cagionare equivoci, quella di “onnipotenza parlamentare”. Il Parlamento può modificare lo Statuto, e per Parlamento si intende Re, Camera e Senato (giacché anche il Re partecipava del potere legislativo). Ma nel momento in cui si va ad allargare il suffragio negli anni Ottanta dell'Ottocento, le stesse inquietudini che accompagnano quella riforma si scaricano sulla nozione di onnipotenza parlamentare. Questo Parlamento onnipotente, che forse per un Balbo, per un Cavour – quando erano pochi, fidi liberali a detenere il diritto di voto – poteva valere, ora desta maggior apprensione. Deve essere

introdotta qualche sfumatura e limite, cioè una onnipotenza parlamentare che non è onnipotente, perché è comunque limitata, essa stessa garante del limite.

Questa raffigurazione può parere oggi singolare, eppure era allora circolante, sintetizzata da un giurista, Vincenzo Miceli, allorché rilevava: “nell’ordinamento statutario, il guardiano della Costituzione è il potere legislativo”.

Nell’ordinamento liberale, si può modificare lo Statuto, fin quando non si tocchi una retrostante intangibile sostanza costituzionale. Vi è un limite, depositario del limite è il Parlamento – fosse o meno onnipotente, ma in realtà onnipotente nel senso di depositario del limite, e tuttavia esso stesso limitato.

Cosa succede, se in ipotesi, il Parlamento varca quel limite? Ebbene, violare il limite significa uscire dal diritto: giudice diventa la nazione, senza intermediari, nella legittimazione data o negata ad un nuovo ordine di fatto.

La dottrina costituzionalistica ottocentesca si mantenne sensibile al tema del diritto di resistenza. L’Italia si era costituita con una grande espressione di diritto di resistenza, contro gli Austriaci e contro il dominio temporale. Quel tema non fu dismesso, costituitosi il Regno unitario, serpeggia anche nella dottrina successiva. Non è un caso che il giovane Orlando – Vittorio Emanuele Orlando, il giurista più saldo di questa generazione post-unitaria – si occupi in uno dei primi saggi del diritto di resistenza. Può sorprendere che a farlo sia colui che è il padre della scuola giuridica, del metodo formale, di un approccio che non è più storico-politico quale quello della generazione precedente (o della generazione sua contemporanea che non si riconoscesse nel nuovo dettato metodologico). Eppure quello studioso, da giovane, si occupò del diritto di resistenza, perché era un filo che rimaneva e non si poteva lasciare in sospeso.

Alla luce di queste considerazioni, si può intendere come da Miceli ad esempio si attribuisse alla dicotomia tra rigidità e flessibilità della Costituzione, “poco valore scientifico”.

E negli anni Venti, un osservatore avvertito quale Marchi rileverà come fossero termini relativi, quelli di rigidità e flessibilità, e si desse il rischio di “forzare la flessibilità della Costituzione così da spezzarlo”. Egli scrive nel tempo storico del passaggio dalla Costituzione storica, alla Costituzione come concezione politica - che è poi la temperie nella quale verrà a collocarsi l’opera di Mortati sulla Costituzione in senso materiale.

E ancora Mortati, nei primi anni Sessanta del Novecento nella voce sulle dottrine generali della Costituzione, suggerisce di guardar oltre la rigidità o flessibilità, considerando piuttosto la funzione della norma costituzionale, la distinzione tra formale e sostanziale, talché “si è condotti ad attribuire alla distinzione, basata sulla esistenza o no di procedure aggravate per operare dei mutamenti costituzionali, un carattere del tutto relativo: infatti ogni costituzione contiene una parte sottratta ad ogni possibilità di revisione, cioè rigida in senso assoluto”.

Ma si è, con queste ultime annotazioni, fuori dell’età liberale. Non a caso si arresta al 1915, la *Storia d’Italia* di Croce.

Sistemi elettorali e revisione costituzionale *

di Roberto Borrello **

1.

Come è noto, la sentenza della Corte n. 1 del 2014 ha innescato un intenso ed articolato dibattito concernente i rapporti tra le leggi elettorali e la costituzione, sia con riferimento alla problematica delle leggi elettorali come oggetto del giudizio di costituzionalità sul piano dell'accesso alla giustizia costituzionale in via incidentale (ma v. già la sent. n. 110 del 2015) , sia con riferimento ai vincoli che discenderebbero dalla costituzione nei confronti di tale tipologia di leggi. Tale dibattito è proseguito in relazione all'avvenuta approvazione della legge n. 52 del 2015, c.d. Italicum, sulla quale si è estesa la riflessione sull'aspetto dei possibili vizi di violazione della costituzione ¹³⁵ e in ordine alla quale sono state già attivate iniziative tendenti ad un nuovo coinvolgimento della Corte.

Se questa è l'area calda del tema dei rapporti tra costituzione e sistemi elettorali, la mia riflessione, in relazione al tema oggetto del presente convegno, intende soffermarsi sui rapporti tra revisione costituzionale e materia elettorale in generale, con particolare riguardo ai sistemi elettorali, profilo più specifico ed apparentemente collocato fuori da quella che abbiamo definito l'area calda, ma che tuttavia sembra avere riflessi importanti sui profili in questo momento più battuti.

2.

Sulla base dello stato dell'arte della ricerca costituzionalistica, mi sembra che l'oggetto dell'analisi dei rapporti tra revisione costituzionale e sistemi elettorali, sia caratterizzato da due profili fondamentali:

- a) un profilo passivo concernente l'impatto della revisione costituzionale rispetto alla materia elettorale ed al sistema elettorale in particolare;
- b) un profilo attivo, concernente, nell'alveo della tematica della c.d. revisione tacita, l'incidenza delle leggi elettorali sulla materia costituzionale, con particolare riguardo all'influenza sulla forma di governo e sul grado di rigidità della costituzione.

* Relazione tenuta nell'ambito del Convegno "Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale", Roma 14 dicembre 2015.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale, Dipartimento Scienze politiche ed internazionali - DISPI Università di Siena.
¹³⁵ V. da ultimo, R. Dickmann, *A proposito dell'italicum. Prime osservazioni sul nuovo sistema elettorale di cui alla legge n. 52 del 6 maggio 2015*, in *Forumcostituzionale.it*, 3 giugno 2015.

3.

L'analisi presuppone, nel suo complesso, la previa delimitazione della nozione di materia elettorale.

Richiamiamo al riguardo il prezioso contributo di un attento studioso del settore, quale è Fulco Lanchester ¹³⁶ secondo il quale la materia elettorale comprende:

- a) Il *sistema elettorale in senso stretto*, ovvero il meccanismo di trasformazione dei voti in seggi;
- b) le norme che stabiliscono le condizioni di *inclusione* nel *demos* politico (capacità elettorale attiva e passiva),
- c) tutta la normativa residua e necessaria per l'effettuazione dell'atto elettivo in condizioni di eguaglianza tendenziale delle opportunità tra i concorrenti (c.d. legislazione elettorale di contorno).

Sono ben noti i referenti costituzionali di tale corpus normativo, condivisi in tutte le costituzioni delle democrazie pluraliste (veri e propri indici di riconoscimento) che sono quelle disposizioni aventi l'indubbio connotato di principi supremi inderogabili, che nella loro sinergia tracciano quello che possiamo definire il circolo virtuoso della democrazia. Tale meccanismo, guardando all'Italia, parte dalla *grundnorm* rappresentata dall'art. 1 Cost. Comma 2, nel quale si dà atto del naturale allineamento dell'ordinamento italiano alla democrazia dei moderni di tipo rappresentativo (esercizio della sovranità nelle forme e nei limiti stabiliti dalla costituzione), secondo il modello della rappresentanza politica, fondato su elezioni periodiche, effettuate in condizioni di eguaglianza e libertà.

L'atto costituzionale collettivo della votazione ¹³⁷ si dipana, dal basso attraverso gli artt. 48 e 51, che fissano i connotati dei diritti elettorali fondamentali connessi alle elezioni c.d. prepositive, attraverso l'individuazione dei requisiti soggettivi concernenti la legittimazione di chi sceglie e di chi può essere scelto. Tali requisiti sono declinati nella loro dinamica, sulla base dell'applicazione al settore in questione, del principio di eguaglianza fissato in via generale dall'art. 3 Cost. come architrave del sistema, anche nelle implicazioni scaturenti dal comma 2 (ad es. l'allargamento del suffragio ai cittadini italiani residenti all'estero). Attorno a tale area fondamentale, in prospettiva strumentale si collocano i diritti idonei a realizzare le interazioni e la circolazione di idee ed opinioni necessarie per un efficace esercizio della sovranità informata (artt. 17, 18 e 21) e 49 che consentono il concorso di gruppi di elettori o associazioni che esercitano la funzione pubblicistica di presentare candidati nella contesa al fine di determinare in senso sempre più preciso l'indirizzo politico dell'ordinamento (nelle sue precondizioni, nella forma della determinazione della politica nazionale).

Vengono poi gli artt. 56 e 58 che si collocano nel punto di giunzione tra l'apparato dello Stato persona e l'espressione della volontà degli elettori mediante i diritti elettorali fondamentali. Tali disposizioni evidenziano, il principio fondamentale del suffragio universale e soprattutto diretto nei confronti dell'organo parlamentare, collocato nella nostra costituzione in una posizione

¹³⁶ V., da ultimo, *Il sistema elettorale in senso stretto dal "Porcellum" all'"Italicum"*, in *Dem. Dir.* 2015, p. 15.

¹³⁷ Secondo la dizione di Gianni Ferrara, *Gli atti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2000.

prioritaria nell'architettura dello stato-apparato (anche topograficamente nell'ordito testuale della costituzione), quale organo che appare più vicino al conferimento in via derivata da parte del popolo dell'esercizio della sovranità popolare ex art. 3 comma 2 Cost. La provvista personale dell'organo parlamentare, in altri termini, deve scaturire direttamente dall'espressione del voto dei cittadini in condizioni di ribadita eguaglianza, rispetto all'art. 48.

In tale sua sacrale investitura, il parlamento, quale sede esclusiva della rappresentanza nazionale ex art. 67 Cost., è la matrice in termine di legittimazione di tipo elettivo degli organi di garanzia (presidente e corte per primi) e di legittimazione dell'esecutivo attraverso la creazione e la gestione del rapporto fiduciario. L'elezione a suffragio diretto di entrambe le camere viene considerato un principio supremo inderogabile, che, da ultimo, Alessandro Pace definisce vecchio di secoli e secoli, secondo il quale i corpi politici che effettuano deliberazioni giuridicamente vincolanti per tutta la comunità "debbono" rinvenire la loro legittimazione direttamente nel voto popolare ¹³⁸. Un principio connesso alla nozione stessa di democrazia, che risiede non solo nella natura rappresentativa delle assemblee, ma soprattutto nel fatto che la loro rappresentatività è indispensabile per legittimare la funzione legislativa.

4.

Rispetto a tale complesso ed articolato quadro generale di principi, il sistema elettorale quale strumento di realizzazione di una effettiva ed efficiente democrazia rappresentativa, deve assicurare, in primo luogo ed inderogabilmente:

- 1) la genuinità della espressione della volontà dei componenti del popolo, che entrano a far parte di quel potere dello Stato che secondo la nota impostazione della Corte costituzionale elaborata in sede di analisi dei conflitti di attribuzione si colloca fuori dall'area dello Stato Persona) denominato corpo elettorale, le cui condizioni di inclusione sono costituite dalla mera capacità naturale e dalla non indegnità manifesta e la libera formazione dell'offerta politica espressa mediante le candidature, caratterizzata, ancora una volta dall'eguaglianza di accesso e dalla garanzia di una serena dedizione alla cura dell'interesse pubblico (individuazione della cause di ineleggibilità, incompatibilità, incandidabilità);
- 2) che tale volontà sia causa efficiente, secondo un nesso di causalità, sulla base di criteri oggettivi ed automatici di una certa distribuzione dei seggi di un organo rappresentativo.

In ordine al primo profilo l'osservazione di tipo comparato, ci fa rilevare che i connotati essenziali dei diritti elettorali fondamentali attivi e passivi e delle istituzioni che da essi derivano sul piano della provvista personale (libertà ed eguaglianza del voto, elettorato passivo attribuito in condizioni di effettività ed eguaglianza) sono inevitabilmente delineati dalla costituzioni quali principi supremi inderogabili, sicuramente sottratti alla revisione costituzionale, essendo elementi, per dirla con Schmitt, della decisione fondamentale sulle forme della unità politica (e quindi della vera costituzione e non delle leggi costituzionali, in senso sempre schmittiano) verso la democrazia rappresentativa, quali condizioni logiche stesse della sua pensabilità.

¹³⁸ *Tutti i nodi del nuovo senato*, in *Repubblica* del 19 agosto 2015.

Ed invero, il voto non segreto, non eguale, non libero, su liste di candidati designati dagli apparati pubblici o dal partito unico e non espressi dalle dinamiche di un effettivo pluralismo politico, sono tipici dei regimi autoritari dove assume la connotazione di una finzione democratica di tipo plebiscitario (basti pensare alle votazioni nel regime fascista o nel regime sovietico) o viene snaturato attraverso il contestuale utilizzo di forme unilaterali di designazione (come in Birmania, dove il 25 per cento di ogni camera elettiva è direttamente nominato dai militari). Applicazioni del principio sono il divieto del voto multiplo (che assegna ad un medesimo soggetto la titolarità di più voti), del voto plurimo (che attribuisce al suffragio un «peso» correlato alla posizione giuridica del soggetto che lo esprime) né, tanto meno, il voto per classi.

In ordine al secondo profilo, che riguarda il momento di “uscita” (per usare un termine caro alla nostra Corte costituzionale) dell’esercizio del diritto fondamentale di voto rispetto alla distribuzione dei seggi, il principio inderogabile implicitamente delineato in una costituzione che accoglie il modello di una vera democrazia rappresentativa, è rappresentato appunto dall’utilizzo di criteri oggettivi ed automatici, che escludano la possibilità di alterazione del risultato scaturito dalla loro applicazione mediante interventi manipolativi ex post riferibili alla discrezionalità di determinati soggetti.

Possiamo quindi concludere che sono inderogabili per il legislatore, qualsiasi sia il tipo di fonte utilizzata (compresi i procedimenti aggravati della revisione costituzionale), i principi in tema di libertà ed eguaglianza del diritto di voto e di automaticità ed oggettività dei meccanismi di distribuzione di seggi rispetto ai voti espressi.

5.

Nell’ottica dell’esame dei rapporti tra revisione costituzionale e materia elettorale, appare più complessa la valutazione della esistenza e, ove positivamente accertata, della consistenza, dei vincoli costituzionali riguardanti il legislatore che, rispettando l’automaticità ed oggettività dei criteri, entri più nel dettaglio della disciplina elettorale e passi alla costruzione di un concreto sistema di trasformazione dei voti in seggi.

Un siffatto sistema può assemblare una diversa tipologia di criteri, che, come ricorda sempre Lanchester ¹³⁹, sono sostanzialmente tre: il *tipo di scelta* (ordinale o categorica); il *tipo di collegio* (unico o plurimo) e la sua *dimensione* (uninomiale o plurinomiale); il *tipo di formula* adottata (maggioritaria o non maggioritaria), cui si aggiungono altri elementi importanti come il *tipo di quorum* e le eventuali *soglie di esclusione esplicita* per l’accesso alla ripartizione dei seggi. Ovviamente, accanto a meccanismi “puri”, esistono sistemi cosiddetti misti che *affiancano* o *combinano* gli elementi precedentemente evidenziati sia sul lato della selezione dei soggetti che su quello della individuazione degli eletti.

L’osservazione comparatistica evidenzia, questa volta, come le costituzioni esprimono scelte diverse in ordine al profilo in esame, rispetto ai principi sopra ricordati. Alcune forniscono dirette

¹³⁹ *Id.* cit.

indicazioni di alcune tipologie di criteri o di una loro combinazione tipica, laddove altre tacciono sul punto.

Fa piacere ricordare, al riguardo una indicazione completa in uno studio di Alessandro Gigliotti¹⁴⁰ dei modelli presenti in alcune costituzioni, che prevedono ad esempio, l'individuazione di un modello generale (proporzionale per lo più, ma anche maggioritario), sia anche la individuazione di specifiche formule elettorali ancora più in dettaglio (ad es. il voto singolo trasferibile in Irlanda), in Lussemburgo il metodo del quoziente (art. 51, comma quinto), a Malta il voto singolo trasferibile (art. 56, comma primo), in Svezia il metodo del divisore (Cap. III, art. 8, *Instrument of Government*).

La Costituzione tedesca di Weimar del 1919, ad esempio, stabiliva all'art. 24 che il *Reichstag* fosse eletto secondo i principi della rappresentanza proporzionale e, più in generale, nel primo dopoguerra erano numerosissimi gli ordinamenti che avevano costituzionalizzato il sistema proporzionale: accanto alla Germania di Weimar, infatti, dovevano essere annoverate anche l'Austria, la Finlandia, la Cecoslovacchia, l'Estonia, la Polonia, la Lettonia, la Lituania, l'Irlanda e la Romania.

Attualmente, nel panorama europeo molti documenti costituzionali operano in tal senso. Limitando l'analisi ai Paesi dell'Unione europea, ben sedici su ventotto costituzionalizzano il principio della rappresentanza proporzionale (Austria art. 26, comma primo, Cost.); Belgio (art. 62, comma secondo); Danimarca (art. 31, comma secondo); Estonia (art. 60, comma primo); Finlandia (art. 25, comma primo); Irlanda (art. 16, comma secondo, § 5); Lettonia (art. 6); Lussemburgo (art. 51, comma quinto); Malta (art. 56, comma primo); Paesi Bassi (art. 53, comma primo); Polonia (art. 96, comma secondo); Portogallo (art. 116, comma quinto); Repubblica Ceca (art. 18, comma primo); Slovenia (art. 80, comma quinto); Spagna (art. 68, comma terzo); Svezia (Cap. III, art. 8, *Instrument of Government*).

Si nota, tra i testi costituzionali che prendono posizione sul sistema elettorale in senso stretto, una prevalenza del principio della rappresentanza proporzionale, anche se non mancano casi – come ricorda sempre Gigliotti, principalmente tra i Paesi del Commonwealth – nei quali i testi costituzionali prescrivono il sistema maggioritario uninominale, come Santa Lucia (art. 33, comma primo, della Costituzione), Dominica (art. 33, comma primo) e Trinidad e Tobago (art. 45).

In ogni caso la presenza o meno, di espresse disposizioni costituzionali sul sistema elettorale, con una sua diversa collocazione nel sistema delle fonti ha, ovviamente delle ricadute sul piano dei rapporti con la revisione costituzionale.

Nei contesti caratterizzati dalla copertura di grado costituzionale della disciplina dei sistemi elettorali, la discrezionalità del legislatore ordinario appare fortemente limitata, laddove oscillazioni più ampie nell'alveo della modellistica esistente in materia può avvenire attraverso l'uso della revisione costituzionale, con l'ovvio limite del rispetto dei principi supremi rilevanti in materia e sopra menzionati (nella costituzione weimariana non fu oggetto di discussione l'adozione di un modello maggioritario, mediante revisione costituzionale).

¹⁴⁰ *Sui principi costituzionali in materia elettorale*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 4/2014, 21 novembre 2014.

6.

Il caso italiano, come è noto, è caratterizzato dal silenzio su un piano strettamente formale da parte della costituzione sulle connotazioni specifiche del sistema elettorale.

Tale silenzio è stato variamente interpretato in sede dottrina.

Sono ben note le posizioni che hanno sostenuto un vincolo inderogabile implicito da parte della costituzione verso l'adozione di modelli tendenzialmente proporzionali (o al più maggioritari deboli), con divieto ad es. del sistema uninominale puro e semplice, ma con possibilità di un premio di maggioranza, purché non fosse troppo ampio o attribuito a maggioranze troppo relative.

Tali tesi ¹⁴¹ si raccordavano a indicazioni presenti in costituzione sulla nozione stessa di democrazia rappresentativa (comma 2 dell'art 1) e dalla articolata tutela delle minoranze disseminata nell'architettura istituzionale tra organi di indirizzo politico, organi di garanzia ed istituti di democrazia diretta. Veniva altresì evidenziata la proiezione del parlamento come valore assoluto inderogabile per se stesso e per il ruolo di matrice della formazione degli altri organi (Presidente della Repubblica, Governo, Corte, ecc.).

Nella versione più recente tale indicazione è stata fatta derivare attraverso la valorizzazione del limite esplicito alla revisione costituzionale rappresentato dalla forma repubblicana ex art. 139 Cost., che è stata estesa (indicazioni in tal senso non si rinvennero nelle sentenze della Corte sulla nozione di ordine pubblico costituzionale) anche al profilo del sistema elettorale ¹⁴², in virtù della estensione della portata degli artt. 48, 49 e 67 Cost.:

Al di là della conferma, in tali tesi, del rispetto da parte del legislatore dell'universalità del suffragio, dei principi di libertà, personalità e uguaglianza del voto, di oggettività e automaticità dei criteri di trasformazione dei voti in seggi (aspetti condivisi dalla dottrina maggioritaria che non ritiene sussistere ulteriori vincoli), emergerebbe quindi anche quella di adozione di sistemi che comunque assicurino nell'ambito degli organi costituzionali elettivi, una presenza significativa, nel rispetto dei rapporti di forza emersi dalle votazioni, delle forze politiche presenti nell'arena.

Tali vincoli, ove ritenuti sussistenti, non sarebbero ovviamente superabili, con la procedura rinforzata ex art. 138 Cost.

La posizione della Corte sul tema, appare delineata, da ultimo, nella sentenza n. 1 del 2014, che parte dal presupposto che non c'è un modello di sistema elettorale imposto dalla Carta costituzionale, in quanto quest'ultima lascia alla discrezionalità del legislatore la scelta del sistema che ritenga più idoneo ed efficace in considerazione del contesto storico. Pertanto, la «determinazione delle formule e dei sistemi elettorali costituisce un ambito nel quale si esprime con un massimo di evidenza la politicità della scelta legislativa» (sentenza n. 242 del 2012; ordinanza n. 260 del 2002; sentenza n. 107 del 1996). Il principio costituzionale di eguaglianza del voto esige che l'esercizio dell'elettorato attivo avvenga in condizione di parità, in quanto

¹⁴¹ V. per una sintesi A. Gigliotti, op. cit., p. 7.

¹⁴² M. Piazza, *I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano*, Padova, Cedam, 2002, p. 36 e ss.

«ciascun voto contribuisce potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi» (sentenza n. 43 del 1961), ma «non si estende [...] al risultato concreto della manifestazione di volontà dell'elettore [...] che dipende [...] esclusivamente dal sistema che il legislatore ordinario, non avendo la Costituzione disposto al riguardo, ha adottato per le elezioni politiche e amministrative, in relazione alle mutevoli esigenze che si ricollegano alle consultazioni popolari» (sentenza n. 43 del 1961).

Il sistema elettorale, tuttavia, pur costituendo espressione dell'ampia discrezionalità legislativa, non è esente da controllo, essendo sempre censurabile in sede di giudizio di costituzionalità quando risulti manifestamente irragionevole (sentenze n. 242 del 2012 e n. 107 del 1996; ordinanza n. 260 del 2002).

Tale controllo, deve essere condotto secondo i criteri di proporzionalità e ragionevolezza che riguardano le ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti» (sentenza n. 1130 del 1988). Ricordiamo anche che la Corte ha richiamato nella sent. n. 1 del 2014 l'elaborazione effettuata del principio di proporzionalità molte delle giurisdizioni costituzionali europee, spesso insieme con quello di ragionevolezza, ed essenziale strumento della Corte di giustizia dell'Unione europea per il controllo giurisdizionale di legittimità degli atti dell'Unione e degli Stati membri. Tale criterio, ricorda la Corte, richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi

Nella concreta applicazione alla legge n. 270 del 2005 di tali criteri, la Corte finisce comunque, valutando il bilanciamento tra valori costituzionali, per dare un peso preponderante alla posizione del parlamento quale sede centrale della rappresentanza politica ¹⁴³, fulcro della democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare prefigurati dalla Costituzione. Il premio di maggioranza senza soglia per il suo conseguimento determina una eccessiva divaricazione tra la composizione dell'organo della rappresentanza politica e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto, che costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare, secondo l'art. 1, secondo comma, Cost.

Tale situazione determina, secondo la Corte una illimitata compressione della rappresentatività dell'assemblea parlamentare, incompatibile con i principi costituzionali in base ai quali le assemblee parlamentari sono sedi esclusive della «rappresentanza politica nazionale» (art. 67 Cost.), si fondano sull'espressione del voto e quindi della sovranità popolare, ed in virtù di ciò ad esse sono affidate funzioni fondamentali, dotate di «una caratterizzazione tipica ed infungibile» (sentenza n. 106 del 2002), fra le quali vi sono, accanto a quelle di indirizzo e controllo del governo, anche le delicate funzioni connesse alla stessa garanzia della Costituzione (art. 138 Cost.): ciò che peraltro distingue il Parlamento da altre assemblee rappresentative di enti

¹⁴³ G. Azzariti, *La sentenza e gli effetti sulla legislazione futura*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2013, pubblicazione disponibile on-line su: <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/le-corti-e-il-voto-gaetano-azzariti-la-sentenza-e-gli-effetti-indiretti-sulla-legislazione-futura/>

territoriali. il riconoscimento del suffragio popolare diretto rientra appunto nella garanzia del principio supremo della sovranità popolare.

Sappiano poi che, su tale base, è stato ritenuto che le norme censurate, pur perseguendo un obiettivo di rilievo costituzionale, qual è quello della stabilità del governo del Paese e dell'efficienza dei processi decisionali nell'ambito parlamentare, dettano una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti, ponendosi in contrasto con gli artt. 1, secondo comma, 3, 48, secondo comma, e 67 Cost. In definitiva, detta disciplina non è proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito, posto che determina una compressione della funzione rappresentativa dell'assemblea, nonché dell'eguale diritto di voto, eccessiva e tale da produrre un'alterazione profonda della composizione della rappresentanza democratica, sulla quale si fonda l'intera architettura dell'ordinamento costituzionale vigente.

In tal modo, la Corte pur lasciandolo più sfumato in relazione al giudizio di ragionevolezza, evoca un limite inderogabile, non superabile neanche con la procedura aggravata ex art. 138 Cost., concernente la posizione del parlamento nel sistema, posizione strategica a cavallo tra forma di stato (garante primario della sovranità popolare) e della forma di governo (matrice della legittimazione degli organi del sistema nel suo complesso), che è idoneo a condizionare in modo più ampio di quanto sembri, la discrezionalità del legislatore.

7.

Quanto qui evidenziato ci consente di affrontare il tema delle c.d. revisioni tacite derivanti, secondo alcune impostazioni dottrinarie, tra l'altro, dagli effetti di alcune tipologie di leggi formalmente di livello ordinario sulla costituzione.

Nelle classiche pagine del manuale di Biscaretti di Ruffia ¹⁴⁴ si fa presente che le norme della costituzione non possono mai regolare nel dettaglio l'intera materia costituzionale e necessariamente devono appoggiarsi alle norme legislative ordinarie, e si citano le leggi elettorali quale esempio di norme che possono «mutare assai sensibilmente il contenuto originario delle norme costituzionali» (il riferimento concreto però venne fatto, ovviamente, in quel momento storico, alla legge elettorale del CSM).

In realtà, dobbiamo ritenere che l'attuazione della costituzione da parte del legislatore, con una possibile funzione anche integrativa di disposizioni vaghe, generiche o lacunose della medesima, non può mai logicamente portare, nella misura in cui si voglia mantenere il valore fondante della superiorità della costituzione, ad una vera e propria modifica della costituzione stessa. La presenza di principi supremi che attraversano alla stregua di pilastri avvolgenti l'intero edificio costituzionale, consente ed impone, per il tramite dell'intervento del giudice delle leggi, la verifica dell'attività del legislatore, anche in aree apparentemente prive di indicazioni specifiche.

¹⁴⁴ *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Le forme di Stato e le forme di governo. Le costituzioni moderne*, Milano, Giuffrè, 1988⁶, p. 693 e ss.

La tesi della natura materialmente costituzionale della legge elettorale (che, ricorda Fulco Lanchester,¹⁴⁵ è «*uno strumento tecnico ad alta valenza politica*, connesso con principi e valori della forma di Stato e capace di influire sulla formazione della rappresentanza in campo politico e sul funzionamento della forma di Governo e, qualunque sia la sua copertura costituzionale nel sistema delle fonti, è da considerarsi come *una vera e propria norma di regime*») rafforza tale conclusione, in quanto tale crucialità sostanziale della legge elettorale deve portare a ricondurla comunque ai principi fondanti dell'ordinamento, in relazione al contributo che essa apporta al funzionamento di meccanismi fondamentali nell'ambito della forma di stato e della forma di governo. Tale contributo, in altri termini, ancorché fondamentale, proviene sempre dal basso e non è concorrente con la costituzione, a cui va invece ricondotto gerarchicamente.

Come ben sappiamo, la legge elettorale nell'ordinamento italiano possiede, come fonte, solo una peculiare forza passiva, in quanto costituzionalmente obbligatoria, rispetto ad una abrogazione totale (od annullamento totale) senza idonea normativa sostitutiva autosufficiente, anche di risulta (salvo problematiche di reviviscenza). Si parla di indefettibilità dell'esistenza dello strumento elettorale per i supremi organi costituzionali. Si può anche aggiungere, alla stregua della sentenza n. 110 del 2015, uno status speciale di sottoponibilità al giudizio della Corte, quale “zona franca” dovuta alla peculiare posizione di sovranità dell'organo a cui le leggi elettorali si riferiscono, posizione tutelata dalla esclusività della verifica dei poteri.

Appare quindi necessario valutare con estrema cautela l'impatto delle leggi sul sistema elettorale sulla costituzione, sul piano della forza attiva. Prendendo in considerazione, sotto tale punto di vista, la legge Mattarella o il Porcellum, alcuni loro effetti, prospettati a livello politico ed anche scientifico, come di modifica della costituzione, sembrerebbero doversi ricostruire in altro modo. Ad es. il diverso modo di operare dell'art. 92 Cost. sui poteri presidenziali di nomina del presidente del consiglio a seguito della svolta maggioritaria (lato sensu), era implicito nella disposizione, in quanto tale disposizione già presuppone modalità applicative differenziate rispetto alla latitudine dei poteri presidenziali, in relazione alla univocità o meno dei risultati delle elezioni in ordine a maggioranze possibili. Laddove invece si possa rilevare come la legge elettorale possa condurre ad una alterazione delle garanzie delle minoranze nell'assetto del parlamento e, a cascata di altri organi derivati (con riguardo ai vari quorum costituzionali, in particolare quelli per la revisione costituzionale e quelli per l'elezione delle cariche di garanzia come il Presidente della Repubblica e i Presidenti delle Camere, ai giudici costituzionali, agli organi di governo del servizio pubblico radiotelevisivo ecc.), non si può parlare di modifica tacita ma di incostituzionalità della legge che determina tale effetto.

Nella costituzione italiana il disegno istituzionale è stato tracciato presupponendo il sistema proporzionale, che costituisce un principio di struttura in ordine al modello di democrazia rappresentativa prescelto.

Il valore di fondo della democrazia rappresentativa, che può essere attuato in vari modi, è la predisposizione della garanzia delle minoranze contro la tirannia delle maggioranze.

La nostra costituzione prevede un modello in cui i contrappesi sono affidati ad un'ampia rappresentanza delle minoranze, attraverso la centralità dell'organo parlamentare, come appunto

¹⁴⁵ *lc. cit.*

ricordato dalla Corte, da ultimo, nella sentenza n. 1 del 2014. In altri paesi lo stesso effetto si determina in altri modi, garantendo una efficace alternanza, attraverso una bilanciata divisione dei poteri, coniugata sempre con una efficace tutela del pluralismo del sistema di media per la circolazione delle idee ed opinioni (negli USA il Presidente è spesso bilanciato da un parlamento con maggioranza di colore politico diverso).

L'adozione di sistemi elettorali che tendono ad impedire il funzionamento dei meccanismi di tutela delle minoranze non può essere giustificata come revisione tacita, specie quando il meccanismo scardina il funzionamento degli stessi organi di garanzia. Se l'apparato funziona in violazione di tale principio supremo, vuol dire che la legge è incostituzionale e non che la costituzione si debba adattare ad essa!

Occorre allora modificare la costituzione per creare le condizioni per il tipo di legge elettorale prescelta rispetto alla tutela delle minoranze. Non è quindi vietato adottare il sistema maggioritario, ma occorre modificare la forma di governo, creando in altra forma i pesi e contrappesi per la prevenzione della tirannia della maggioranza. Se tale modifica viene fatta senza assicurare tali garanzie o non viene fatta, siamo dinanzi all'esercizio di potere costituente con l'instaurazione di un nuovo ordinamento, il cui tasso di democraticità è da verificare.

Il 'diritto' di resistenza in Costantino Mortati *

di Teresa Serra **

Il mio intervento vuol essere una riflessione che, certamente eccentrica rispetto al coro di voci dei costituzionalisti, nasce dalle sollecitazioni che derivano dal tema del convegno che mi permette di mettere insieme la lezione di Mortati con la crisi della democrazia e quindi anche con il tema della resistenza. E dirò, anche, che da questo punto di vista, più che guardare all'insieme della visione mortatiana, forse faccio tesoro di alcuni 'atomi teorici' che traggio da Mortati e che spero di sviluppare sulla linea di alcune indicazioni di Mortati stesso.

Ho riletto la breve nota sul convegno che appare nel dépliant realizzato dal prof. Lanchester e resto convinta che occorra guardare al tema della resistenza tenendo presente appunto la tensione tra costituzione formale e i soggetti politicamente rilevanti all'interno delle dinamiche di integrazione e globalizzazione, da intendersi in senso ampio, in un periodo in cui in si è realizzata una società plurale nella quale si dà un onnicentrismo che difficilmente può trovare mediazioni in grado di dar vita a un sistema.

Direi che la posizione di Mortati riguardo al diritto di resistenza si gioca sempre tra due aspetti in qualche modo tra di loro quasi inconciliabili. Il primo lo si trova nel famoso emendamento Mortati presentato alla Costituente che suona: "È diritto e dovere dei cittadini, singoli e associati, la resistenza che si rende necessaria a reprimere la violazione dei diritti individuali e delle libertà democratiche da parte della pubblica autorità". Il secondo lo troviamo ancora negli Atti dell'Assemblea costituente: "il diritto di resistenza riveste carattere metagiuridico e mancano nel congegno costituzionale i mezzi e le possibilità di accertare quando il cittadino eserciti una legittima ribellione al diritto e quando invece questa sia da ritenere illegittima"¹⁴⁶. Il famoso articolo 50 del Progetto della costituzione, mai approvato, così recitava. "Quando i poteri pubblici violano le libertà fondamentali e i diritti garantiti dalla Costituzione, la resistenza all'oppressione è diritto e dovere del cittadino". Si trattava di un diritto non vago, ma preciso, di resistenza contro atti dei pubblici poteri che violassero "le libertà e i diritti garantiti dalla presente costituzione". Quindi un diritto a fini di conservazione della costituzione.

Ma Mortati, nella seduta del 5 dicembre 1946, fece un ragionamento netto che si basava sul fatto che ormai era stato inserito all'interno del testo costituzionale un sistema di garanzie volto a tutelare i diritti dei cittadini di fronte agli abusi dei supremi organi della Repubblica, e sarebbe stato il ricorso a questo sistema di garanzie positivo – e non certo l'esercizio del diritto di resistenza – a tutelare i cittadini dagli abusi del potere costituito. In tal modo il diritto di resistenza, pur riconosciuto da Mortati in via di principio, veniva in qualche modo ad essere ridimensionato, se non addirittura vanificato come diritto, proprio per la consapevolezza della difficoltà di

* Relazione tenuta nell'ambito del Convegno "Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale", Roma 14 dicembre 2015.

** Professore ordinario di Filosofia politica, Dipartimento di Scienze politiche – Università di Roma "La Sapienza".

¹⁴⁶ Atti dell'Assemblea costituente. Discussione sul progetto, X, Roma, 1946, pp. 2854 ss.

accertare nei casi specifici la sua legittimità, restando solo come possibilità dipendente dalle dinamiche sociali.

Ma nel leggere gli appunti che Mortati prese ai fini della stesura di una relazione per il Convegno di Sassari sul diritto di resistenza al quale era stato invitato, nell'incipit della bozza di una relazione, che poi Mortati non tenne, leggiamo che la formula diritto di resistenza presenta un'intima contraddizione fra i due termini: "Diritto che presuppone una fonte positiva che nel conferirlo determina i modi e le forme dei comportamenti rivolti ad attuarlo, e resistenza che, intesa nel suo senso più proprio, appare insuscettibile di assoggettarsi ad una preventiva determinazione di tali modi e forme". La resistenza è pur sempre, per Mortati, una violazione dell'obbligo giuridico, quindi una contraddizione in termini. Da qui il riconoscimento della sua metagiuridicità, che pure nella visione mortatiana ha un suo ruolo importante.

Mortati opera una equilibrata e garbata critica all'exasperazione positivista condotta però con una chiara consapevolezza dell'importanza del principio di legalità. Solo che questa legalità va precisata nella sua giusta definizione e, al pari della politica e del diritto, deve essere relazionata alla legittimità per non perdere il suo valore. È forse per questo che Lanchester parla di sintesi metodologica tra gli indirizzi formalistico e realistico.

La critica mortatiana al legalismo, che significa exasperazione di una forma scissa dal contenuto, è controbilanciata dalla critica all'exasperazione di un contenuto che non si traduca in forme. Ora il diritto di resistenza, ma io a questo punto parlerei di resistenza e non di diritto di resistenza, per Mortati è fatto difficilmente suscettibile di essere sottoposto a una regolamentazione giuridica e, quindi, altrettanto difficilmente suscettibile di tradursi in forma ed essere inserito in una disposizione costituzionale. E, ciononostante, secondo Costantino Mortati, dal silenzio della Costituzione non si può ricavare l'antigiuridicità della resistenza intesa quale giudizio di non conformità all'ordinamento giuridico.

Dopo l'esperienza della Costituente Mortati torna sul diritto di resistenza negli anni Settanta e, oltre che nella citata bozza di relazione per il Convegno di Sassari, se ne occupa nel Commentario alla Costituzione. La sua posizione si gioca ancora sulla dialettica tra le due citazioni che ho riferito all'inizio, e sulla contraddizione in termini che esiste tra diritto e resistenza, ma si precisa. Anzi direi che dagli appunti sparsi presi mentre preparava la relazione, sembra diventare più complessa e problematica. Ma è l'epoca in cui si discute di costituzione inattuata e nella quale si intravede anche la crisi della rappresentanza partitica, quindi delle forme di mediazione, quindi ancora torna il problema dei soggetti politicamente rilevanti.

La consapevolezza del dinamismo delle società, che Mortati ha, impone, infatti, non certamente un ripensamento, ma una maggiore attenzione ad alcuni aspetti di quel 'fenomeno' che, come si legge sempre negli appunti per la preparazione della relazione sassarese, "si presenta come movimento ineliminabile del ritmo di sviluppo di ogni organizzazione politica. È pel suo tramite che forze sociali poste ai margini dell'apparato decisionale tendono ad inserirsi in esso, che situazioni soggettive di vantaggio giungono a trovare il sostegno di garanzie istituzionali e così assorbire nell'una o nell'altra guisa il contenuto e la ragione di una resistenza diversa da quella che trova in esse soddisfazione, salvo a riprendere il suo ruolo quando l'equilibrio raggiunto si dissolve pel sopravvivere di nuove situazioni, quali quelle che inducono i detentori del potere di scuotere il giogo dei limiti ad esso imposti, o le altre che sorgono dal sociale tese alla ricerca di

nuovi assetti istituzionali”. Concetto molto ampio e ‘generalissimo’, quello di resistenza, annota ancora Mortati, che ci fa chiedere se vi possa “essere margine per una sua delimitazione i... (la parola è illeggibile) idonea a conferire al concetto una sua autonomia”. Ancora un riconoscimento della resistenza legata al ‘ritmo di sviluppo di ogni organizzazione politica’, ma la perplessità sulla sua autonomia e sulla possibilità di un suo riconoscimento giuridico non viene ancora superata. Anche se lo studioso, sempre consapevole del dinamismo sociale, legge la realtà politica e già comincia ad avere dei dubbi sulla tenuta del sistema dei partiti, guarda ancora al pluralismo sociale e ad una società che sta trasformandosi in società plurale e torna sull’importanza dell’associazionismo. E su questo punto si è soffermato Lanchester facendo riferimento allo scritto del 1910.

È per questo forse che, nel commentare l’art. 1 della Costituzione, Mortati riconosce la possibilità di figure organizzative del popolo al di fuori di schemi normativi che traggono il titolo della loro legittimazione dal principio della sovranità popolare perché questa, “basata com’è sull’adesione attiva dei cittadini ai valori consacrati nella Costituzione, non può non abilitare quanti siano più sensibili ad essi ad assumere la funzione di una loro difesa e reintegrazione quando ciò si palesi necessario per l’insufficienza o la carenza degli organi ad essa preposti”¹⁴⁷. Di fronte alla prevaricazione dell’apparato, di fronte alla perdita dell’unità delle istituzioni, il corpo sociale deve difendere l’ordine violato e spetta al popolo la sua difesa. Ora, nel commentare l’art. 1 della Costituzione, Mortati ritiene che il diritto di resistenza si sarebbe potuto desumere dalla lettura combinata degli artt. 1 e 3 secondo comma della costituzione¹⁴⁸. Si tratta di un ripensamento teorico che fa della resistenza un dovere di difendere la costituzione ai fini della realizzazione della solidarietà democratica. Come dice Mortati, si tratta di un dovere che non ha a che fare con il rifiuto dell’ordinamento e quindi con la rivoluzione. Si tratta semplicemente di un’ “... applicazione dell’esigenza della preminenza del fine sui mezzi, quando questi si rivelino inadeguati”¹⁴⁹.

La resistenza, collegata ancora con la piena sovranità del popolo, è un momento di difesa della costituzione e dei suoi valori quando questi valori dovessero essere messi in discussione.

Ma come mettere in relazione sovranità e resistenza? Mortati scrive in un foglietto, sono sempre gli appunti per la preparazione della relazione di Sassari, che la fonte del diritto di resistenza non è la sovranità popolare, ma sono i diritti inviolabili. E qui devo aggiungere che del diritto di resistenza Mortati parla anche nel Corso di diritto pubblico. Mettendo accanto l’edizione 1962 e quella del 1975 non troviamo grandi differenze se non una chiusura del paragrafo del 1975 dove,

¹⁴⁷ C. Mortati, *Commento all’art. 1*, in *Comm. Cost. Branca*, I, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro it., 1975, p. 32, nota 1.

¹⁴⁸ Cfr. anche L. Carlassare, *Stati di eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in AAVV., *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 490: a garantire contro gli abusi e l’arbitrio del governo «in ultima istanza si ipotizza il ricorso ad un’altra forma di garanzia: la resistenza. Resistenza in primo luogo dell’opposizione in seno al parlamento, e resistenza popolare al di fuori, diretta sempre alla reintegrazione dell’ordine costituzionale».

dopo aver detto che il popolo, insorgendo a sostegno della costituzione materiale contro i tentativi di sovversione effettuati da chi, assunto al potere di governo, si rivolga contro il regime, “assume una figura che si potrebbe assimilare a quella del *negotiorum gestio*”, aggiunge: “all’infuori di questa ipotesi il movimento popolare contro i poteri costituiti assume il diverso carattere di ‘rivoluzione’”.

Ma il capitolo in entrambe le edizioni si chiude con il riferimento alla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo.

Quale il bene protetto dal diritto di resistenza? Potrebbe essere l’ordinamento giuridico oggettivo, contro il quale il diritto di resistenza non si pone se non per conservarlo entro i limiti costituzionali. Ma più probabilmente sono i diritti dell’uomo, garantiti, peraltro, dalla Costituzione. È chiaro, comunque, che il diritto-dovere di resistenza, di cui si parla, è sempre all’interno dell’ordinamento e mai contro l’ordinamento. Senza la presenza costante del cittadino, senza la sua vigile virtù civica, quindi il suo consenso ma anche la sua voce critica, la democrazia potrebbe restare una *factio* ma niente di più.

Ma può Mortati considerare il dissenso quale fattore di partecipazione e integrazione?

Può vedere la sovranità popolare nella sua dimensione dinamica, come prassi deliberativa che riconosce il dissenso come un fattore di integrazione? Sovranità del popolo al quale appartiene, nelle dovute caratteristiche, senza alcun dubbio il potere costituente? Avrei qualche perplessità a credere che Mortati possa vedere nel dissenso un fattore di integrazione anche perché non mi pare che abbia la consapevolezza che l’opinione inascoltata possa aver bisogno di rafforzarsi attraverso atti di resistenza. Ma come si può coniugare la resistenza con la pubblica opinione?

Nel momento in cui prepara la relazione per Sassari Mortati si rende conto della crisi della rappresentanza e sa anche che la pubblica opinione può essere manipolata.

Ricorda giustamente Lanchester che Mortati ha una intensa sensibilità realistica che connette il mondo dei principi e dei valori alla concretezza dei rapporti di forza.

Nella visione di Mortati, è la dialettica tra costituzione formale e soggetti politicamente rilevanti, ad essere importante. Ma quale il ruolo che questi soggetti politicamente rilevanti – da vedere come si individuano – svolgono? E il concetto di soggetti politicamente rilevanti non rinvia ad un problema di forza e alla distanza che può separare la quantità dalla qualità? Scrive Mortati, in uno di questi foglietti, che la resistenza trova la sua fonte in se stessa, non “nella sovranità popolare, ma nei diritti inviolabili, ancora nella sua riuscita nel porsi come diritto vivente”.

La sua fonte è sempre comunque a) il diritto o naturale positivizzato, vale a dire i diritti inalienabili, o b) il diritto espressamente positivo. Ma cosa intendere per rilevanza all’interno di un contesto concreto? Come si realizza la mediazione tra l’insieme dei cittadini e i soggetti politicamente rilevanti? Come far sì che la resistenza possa diventare rilevante? Cioè possa avere successo? Alla fine, la resistenza viene legittimata solo *ex post* in base al suo successo. Il punto è, dunque, che la qualità può diventare quantità legittimando i suoi contenuti solo attraverso il successo. Ma come far sì che si passi dalla qualità alla quantità, quindi al successo che la legittima - se il diritto di resistenza trae solo da sé la sua legittimazione e non è riconosciuto come diritto in quanto tale? Come le minoranze, su cui pure Mortati si sofferma - ma si tratta quasi sempre di minoranze di

natura diversa - possono legittimamente far sentire la loro voce in termini reali e concreti e diventare rilevanti? E qui non posso che ricordare quanto dice Cervati: “l’approfondimento del tema del diritto di resistenza, soprattutto se considerato in connessione con eventuali forme di disobbedienza civile ed in genere quale strumento a disposizione di formazioni di cittadini che si autoassumono funzioni di tutela di interessi trascurati o violati dai poteri pubblici, rivela una potenzialità dirompente. Esso si fonda infatti sull’idea che in un ordinamento effettivamente operante sotto l’impulso del principio democratico le forze che garantiscono il mantenimento della Costituzione dovrebbero vivere dell’intervento diretto e cosciente di ogni cittadino in quanto tale”¹⁴⁹.

A leggere il Mortati degli anni settanta si potrebbe avere l’impressione che non sia cambiato molto. Ma proprio negli appunti per la preparazione della relazione per il convegno sassarese Mortati sottolinea che i congegni istituzionali, di cui aveva parlato a garanzia dei cittadini, non bastano, ma che la resistenza può essere anche effettuata nei confronti di questi organi posti a tutela dei cittadini quando essi dovessero prevaricare.

E proprio il tema del potere costituente spinge a guardare alla resistenza, come un momento della dialettica libertà e potere, ma, come scrive in un altro foglietto Mortati, “è la contrapposizione tra fatto e diritto che altera lo schema astratto di libertà e autorità”. Ed ecco che si impone il rapporto antitetico tra obbligo giuridico e resistenza, tra resistenza e principio di legalità. E in un altro appunto di Mortati si legge “legittimità contro legalità” “inteso il dualismo nel senso di diritto in atto e diritto in divenire”. Quindi stretto legame tra resistenza e costituzione materiale. Resistenza e dinamismo sociale. Nell’appunto si legge ancora “conflitto di forze sociali. Le nuove élites al posto delle vecchie”. Di fronte alla situazione di fatto si determinano nuovi equilibri. Ma si legge ancora in un appunto immediatamente vicino a quello appena richiamato che il “fatto si richiama a principi dell’ordinamento, determinando ordini di priorità e di scelta attraverso l’intervento dell’organo legale che ratifica”, ma anche “fatto che esce dallo schema realizzando rottura non dell’ordinamento ma del sistema normale (o normativo) dell’azione dello stato (emergenza)”, infine “fatto rivoluzionario che nega la struttura”.

Quando Mortati prende appunti per la relazione di Sassari enumera i caratteri della resistenza che considera “espressione di volontà minoritaria che tende a forzare la maggioranza” “fuori dai mezzi legali o abusando di essi”. “Creando una struttura organizzativa, utilizzando quella in atto presente”.

Essa trova il suo fondamento a) nel diritto naturale positivizzato, e qui torna il rispetto completo e pieno di Mortati per la costituzione che vorrebbe pienamente attuata. Ed è per questo che aggiunge che il fondamento della resistenza è

b) nel diritto positivo ed è in questo aspetto che Mortati lo mette in relazione ai principi:

¹⁴⁹ A. A. Cervati, *Le garanzie costituzionali nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., p. 462.

1. non attuati oppure che siano attuati innovando rispetto al senso voluto dalla cost.
2. disconosciuti in modo da far venir meno quelli attuati.

Ma subito dopo scrive in un foglietto che è anche di difficile decifrazione

3. “si ... momento compromissorio facendo prevalere una delle alternative (quella che assicura una maggiore giustizia)”. È un punto che ricorda il volume del 1945, sul quale si è soffermato Lanchester quando dice che Mortati si rende conto che il potere costituente “quel terribile strumento di ristrutturazione straordinaria degli assetti di potere e di diritto”, può essere esercitato anche da soggetti che prospettano differenti valori e principi nell’ambito di un auspicato compromesso efficiente (relazione alla commissione Forti).

Ma è vero che, per quanto riguarda la sua giustificazione, essa “non è diversa dalle altre: è l’effettività, alla stregua dei risultati finali non incontra o supera le repressione” in “quanto riesca a superare le repressione e conseguire i suoi fini”.

Tralascio altri appunti che riguardano la resistenza individuale e collettiva, su cui si sofferma anche nel corso di diritto pubblico. Per Mortati quest’ultima è “espressione del pluralismo delle forze”, ma nello stesso foglietto, subito accanto, appunta “La crisi della rappresentanza partitica” e ancora “anarchia”.

A questo punto il dinamismo sociale, di cui Mortati è fortemente consapevole, porta ad andare oltre Mortati, pur partendo da Mortati (Lanchester ci dice che il contributo di Mortati deve essere analizzato in maniera dinamica). E qui vorrei fare un’ultima considerazione sul diritto di resistenza con attenzione al dinamismo della costituzione materiale, e quindi guardare alla posizione di Mortati, alla sua consapevolezza, che ho già richiamato, con riferimento alla commissione Forti, che il potere costituente possa essere esercitato anche da soggetti che prospettano differenti valori e principi nell’ambito di un auspicato compromesso efficiente.

Con Mortati, oltre Mortati, si può guardare alla resistenza nel contesto degli ultimi trenta anni, quando la trasformazione della società e la conclamata crisi della democrazia rappresentativa sembrano richiedere forme partecipative di nuovo tipo nascenti anche dall’affacciarsi di “differenti valori e principi” in cui consenso e dissenso esprimono entrambi il senso e il bisogno della partecipazione.

Negli appunti per Sassari leggiamo ancora che la resistenza “può esercitarsi in corrispondenza con i mezzi di cui dispone”, ma che poi trova nel suo fine la sua vera legittimazione.

Mortati ci invita a riflettere sul problema della mediazione tra la società che, non che essere costituita ormai da un insieme di corpi intermedi, è diventata un insieme di strutture confliggenti, e uno stato che sta modificando i suoi contorni.

All’epoca della costituente prevalse la tesi che – pur senza negare valore al principio della resistenza e senza escluderne la capacità di produrre effetti giuridico-costituzionali – rimarcava l’impossibilità per il diritto di riconoscere situazioni antiggiuridiche, di cristallizzare le modalità dello stesso diritto di resistenza. Il carattere metagiuridico del diritto di resistenza poteva forse avere a che fare coll’obbligo politico, quindi si poteva delineare come un dovere, poteva avere

una funzione pedagogica, come ricorda Mortati nel corso di diritto pubblico, ma non con l'obbligo giuridico che non poteva mai essere messo in dubbio.

Ma negli anni Settanta, come ho già ricordato, nel Commentario alla Costituzione Mortati teorizzò forme di esercizio della sovranità popolare “di germinazione spontanea” e tra queste incluse la resistenza. Nel suo commento all'art. 1 della Costituzione, afferma: “Per contestare l'ammissibilità del diritto di resistenza non vale richiamarsi alla decisione della Costituente di eliminare la norma del progetto che lo prevedeva. In realtà dalla discussione non emergono chiaramente i motivi del rigetto, molto contestato, ma prevalente sembra essere stata l'opinione dell'inutilità di una norma che disciplini i modi di esercizio di un diritto che, per sua stessa natura, sfugge ad astratte predisposizioni”.

Resta la difficoltà della pensabilità della resistenza come diritto per il giurista positivo, all'interno di un ordinamento costituzionale liberal-democratico, ma io direi non all'interno di un ordinamento democratico coerentemente inteso. Anche negli anni Settanta, pur allargando la sua visione e rendendosi conto della complessità e problematicità del tema, Mortati non fa quel passo ulteriore che possa fargli riconoscere non la possibilità della resistenza ma il ‘diritto’ di resistenza.

Eppure Mortati ci dice che quello che è importante è una lettura dei mutamenti sociali che sono alla base delle istituzioni, e quindi ci invita ad avere la consapevolezza della necessità di seguire sempre un criterio di adeguatezza descrittiva. La lettura di Mortati, di un Mortati che si lega in qualche modo a Gaetano Mosca, può darci indicazioni ancora oggi e, forse, getta qualche raggio di luce per completare una riflessione sulla distanza che separa la distribuzione di diritto dei poteri politici dalla distribuzione di fatto, il potere formale sancito da norme, da quel potere sociale, appannaggio di una classe dirigente costituita da tutti i titolari di un potere *effettivo* sul piano della capacità di direzione di un Paese¹⁵⁰. Ed è proprio su questo punto che sorgono alcune riflessioni che prendono vita dal processo di decostituzionalizzazione accompagnato dal mito della costituzione. Vale a dire la dinamicità interna al sociale del potere di fatto. Il potere costituente si gioca tutto sulla dialettica tra le forze sociali e tra un potere costituente costituito e un potere costituente reale o emergente. Esiste un piano della pensabilità dello stato, che è quello concreto di una realtà e vita statuale, che sfrutta la produzione discorsiva creata dalla teoria e deve confrontarsi col piano dei poteri reali che sottende entrambi i momenti e che trova nella società la sua struttura. Il potere costituito si serve delle garanzie costituzionali fino a quando queste sono utili alla sua sopravvivenza ma, nel momento in cui le trasformazioni socioeconomiche realizzano una trasformazione degli stessi poteri reali, tende a riproporsi come potere costituente – legislatura costituente -modificando le costituzioni stesse quando le garanzie in esse contenute non rispecchiano più il suo interesse perché sono sopravvenute forze e dinamiche nuove, nuovi soggetti – rilevanti diremmo- che pretendono di essere riconosciuti e tendono a porsi come nuovo potere costituente e da cui forse occorre difendersi.

Riprendo il brano di Mortati che ho riportato all'inizio: La resistenza “si presenta come movimento ineliminabile del ritmo di sviluppo di ogni organizzazione politica. È pel suo tramite che forze sociali poste ai margini dell'apparato decisionale tendono ad inserirsi in esso, che situazioni soggettive di vantaggio giungono a trovare il sostegno di garanzie istituzionali e così

¹⁵⁰ G. Mosca, *Teoria dei governi e governo parlamentare*, a cura di G. Sola, Torino, Utet, 1982, pp. 365-366.

assorbire nell'una o nell'altra guisa il contenuto e la ragione di una resistenza diversa da quella che trova in esse soddisfazione, salvo a riprendere il suo ruolo quando l'equilibrio raggiunto si dissolva per sopravvivere di nuove situazioni, quali quelle che inducono i detentori del potere di scuotere il giogo dei limiti ad esso imposti, o le altre che sorgono dal sociale tese alla ricerca di nuovi assetti istituzionali”.

È per questo che occorre ripensare le coordinate del fenomeno stato – e a mio giudizio sta qui la possibilità di attualizzare Mortati e il suo modo di delineare il diritto di resistenza.

Partendo dalla considerazione che si tratta di discutere entro un quadro di accettazione del principio democratico, come definire quali siano i poteri rilevanti? È la costituzione a legittimare, incorporandoli e strutturandoli, i poteri reali della società o sono questi poteri ad autoinserirsi o a chiedere di essere inseriti nella struttura costituzionale formale che quindi va trasformata? In questo braccio di ferro il tema della legittimazione rincorre il tema del soggetto del potere costituente nel suo rapporto col potere costituito. E non possiamo meravigliarci più di tanto se nell'ultimo secolo sono emerse associazioni terminologiche quali, da un lato, *legislatura costituente*, già accennata e ricordata da Lanchester, e, dall'altro, *guerra costituente* e *disobbedienza civile costituente*, quasi a riproporre, in una società plurale, la distanza tra potere e potere, l'uno appartenente alla classe politica che governa, l'altro, che trova il suo *locus* nella società nella quale si presenta, in periodi di mobilità e transizione, sotto forme diverse e contrapposte, che si definiscono nella separazione esistente tra l'assetto dei poteri effettivi, che indirizzano e dirigono, in maniera chiara o occulta, i poteri governativi, e un assetto emergente, o che tenta di emergere, un potere *in nuce*, che è quello che sembra emergere dalla complessità del sociale e che, non entrando nel gioco dei poteri reali, prende sempre più consapevolezza di questa emarginazione e del fatto che l'emarginazione stessa viene giustificata ideologicamente in vario modo anche grazie ad un uso anomalo del linguaggio. La vera dialettica tra poteri è proprio quella esistente tra queste due forme di potere quando nella dinamica sociale si individuano forze nuove contrapposte e conflittuali pronte ad entrare nel gioco dell'assetto dei poteri.

Andiamo incontro a considerare la costituzione come costituzione infinita, come ha prospettato Maria Rosaria Ferrarese, cioè quella costituzione che non si conclude con un documento ma è perennemente incompiuta e in attesa di nuovi apporti e combinazioni? Costituzione infinita o costituzione dinamica, rapporto tra potere costituente nella sua conflittuale configurazione che aspetta l'esito della lotta, e potere costituito? Da un lato, la costituzione realizza l'incontro del diritto con la politica, dall'altro, esemplifica lo spirito contrattualistico che 'valorizza' la forma contrattuale per se stessa, per cui si realizza una contrattazione permanente sempre basata sui rapporti di forza, che rende difficile l'equilibrio e che contrasta con la realtà stessa di una 'costituzione', essendo più vicina ad un costituire continuo.

Sembra realizzarsi una fusione tra l'orizzonte convenzionalistico e quello positivistico, tra Hobbes e Hume. Il convenzionalismo hobbesiano, intrecciandosi con la 'convenzione' di Hume, conduce a un'area pragmatica e procedurale di formazione delle regole, a uno scenario di tipo evolutivo.

La costituzione come volontà di fondazione risponde ad un volontarismo e ad un rifondazionismo che ben si lega con l'onnicentrismo che richiede non tanto il rispetto di gerarchie quanto coordinamento tra i vari poteri. Si tratta di mettere in discussione la equivalenza – tutta

occidentale – tra stato e ordinamento giuridico? Vale a dire, lo stesso assetto di poteri, dal quale poi in definitiva ha avuto origine la costituzione formale che su di esso si riversa, è dinamico e mutevole e, proprio per questo suo dinamismo, cerca e trova nella costituzione formale una garanzia almeno fino a quando le trasformazioni sociali non siano tali da rendere difficile un assetto duraturo di poteri. Non la società condiziona la norma né la norma subordina a sé il dato sociale, ma c'è una continua circolarità fra i due momenti. Il dato sociale, l'assetto dei poteri è quello che, nel momento della formazione di una costituzione formale, rivela il suo carattere rivoluzionario di potere costituente, che poi si trasforma in potere costituito per subordinarsi alla norma costituzionale. Ma non per ciò il dato sociale, sempre in evoluzione, perde la sua capacità di generare normatività sostanziale.

D'altra parte, la formulazione di una *disobbedienza costituente* mette in evidenza l'esigenza di riconoscere quel potere ampio anche se poco incisivo, ma che, attraverso atti di immediata evidenza, cerca di diventare incisivo, che la società deve arrogarsi se vuole vivere secondo il principio democratico, costituire la sua organizzazione politica e regolamentare i poteri che nella società esistono. È l'insieme di questi poteri a produrre decisione politica sul comune come potenza costitutiva dell'ordine civile.

Ora sia la primazia del soggetto economico quale potere costituente, che usa lo stato per i suoi fini, sia la formulazione di un potere costituente, che nasca dalla comunità anche in termini di disobbedienza civile costituente, esprimono forse la consapevolezza che si sta arrivando ad una trasformazione della realtà stato il quale potrebbe assumere un carattere chiaramente derivato rispetto ad una presenza umana costitutiva dell'esperienza politica¹⁵¹. Ed è ben interessante che la formulazione di una disobbedienza civile costituente, che denuncia il ricorso al mito della fondazione continua, e quindi anche una stretta parentela con la rivoluzione permanente di Rosa Luxembourg, faccia leva proprio su una costituzione, garante dei diritti fondamentali, ma anche disponibile ad adeguare continuamente le strutture istituzionali ai cambiamenti sociali.

È chiaro che, di fronte al principio democratico che, se accettato, rende impossibile la rivoluzione, a venire in primo piano è l'evidenza di qualche forma partecipativa che costituisce il mondo comune. La legislatura costituente e la disobbedienza costituente sono risposte contrapposte ad una democrazia che fa naufragio. L'esigenza di rivisitare il principio di legittimazione si accompagna al bisogno di rispondere alla domanda sulla titolarità della sovranità in termini non solo giuridici ma prima di tutto fattuali, tuttavia di una fattualità produttrice di giuridicità e che dalla giuridicità si sente garantita o chiede di essere garantita. La titolarità della sovranità – al pari della legittimità della resistenza di mortatiana memoria -diventa attribuibile solo di fatto ed *ex post* in base al consenso che realizza e quindi al successo.

¹⁵¹ F. Riccobono, *I diritti e lo Stato*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 29.

L'Archivio Mortati: prime considerazioni *

di Roberto D'Orazio **

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Temi e spunti di ricerca dall'Archivio Mortati: alcune anticipazioni. — 2.1. Continuità della cultura giuridica e transizione costituzionale. — 2.2. Scrittura della costituzione e propositi di revisione dei codici. — 2.3. L'impegno politico e l'azione civica. — 2.4. Il mandato di giudice costituzionale. — 2.5. La direzione dell'Enciclopedia del diritto. — 3. Il carteggio e la rete dei corrispondenti. — 4. Un dialogo tra generazioni. — 5. *Appendice*: Tabella dei corrispondenti.

1. Premessa

Come annunciato nel titolo, le considerazioni che seguono avranno carattere preliminare e meramente ricognitivo, poiché un esame approfondito del fondo documentario lasciato da Costantino Mortati richiederebbe, com'è ovvio, maggior impegno per poterne esplorare le ramificazioni e censire i molteplici profili d'interesse per gli studi giuridici e storici ¹⁵².

L'opera di sistemazione delle carte - ancora in corso mentre si scrive - si è presentata al suo avvio come impresa non priva di difficoltà, in ragione di alcune caratteristiche del fondo. Si tratta, in effetti, di una raccolta documentale di dimensioni contenute (a paragone di altri archivi privati appartenuti a giuristi ¹⁵³), che ha trovato spazio in poco meno di cinquanta buste (o faldoni), contenenti complessivamente circa duecento fascicoli, al momento riuniti in tredici serie archivistiche create secondo criteri di omogeneità.

Di queste serie, alcune sono cronologicamente definite poiché riguardano momenti del *cursus honorum* di Mortati (l'Assemblea Costituente, la carriera accademica, le esperienze d'impegno politico, la Corte costituzionale); altre serie sono delimitate tipologicamente (in quanto riferite alla corrispondenza, ai convegni, alle carte personali e familiari); altre ancora raccolgono gli strumenti di lavoro e contengono, ripartite in fascicoli tematici, la gran mole di annotazioni e di appunti lasciati dallo studioso, per il cui ordinamento è sembrato naturale prendere a riferimento,

* Relazione tenuta nell'ambito del Convegno "Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale", Roma 14 dicembre 2015.

** Documentarista parlamentare – Camera dei Deputati.

¹⁵² Preliminare – qui nel senso di doveroso - è anche il ringraziamento rivolto a quanti hanno reso possibile la costituzione e l'iniziale ordinamento dell'Archivio Mortati: *in primis*, la dott.ssa Vittoriana Carusi, la cui ravvicinata testimonianza dell'attività dello studioso (che la istituì legataria, assieme al Prof. Galizia, dei libri e delle carte originariamente conservati nel suo appartamento romano di Piazza Verdi) ha reso particolarmente prezioso l'apporto per dare assetto compiuto ad alcune parti del fondo; e il Prof. Fulco Lanchester, per il cordiale sostegno e incoraggiamento. Il dott. Simone Ferraro e la dott.ssa Patrizia Scacciafratte hanno proficuamente contribuito alla sistemazione provvisoria dell'Archivio presso la Fondazione "Paolo Galizia – Storia e Libertà".

¹⁵³ A titolo di mero esempio, la consistenza del Fondo Leopoldo Elia recentemente acquisito dall'Archivio Storico della Camera dei deputati – all'incirca dieci volte più ampio di quello di Mortati - può costituire un possibile indice di paragone, salva ogni particolarità circa i contenuti di ciascun complesso documentario e le vicende personali di chi lo formò. Per tale aspetto esclusivamente quantitativo, il fondo Mortati può accostarsi all'Archivio Piero Calamandrei che - nucleo di un più vasto *corpus* archivistico - si conserva a Firenze presso l'Istituto Storico della Resistenza in Toscana.

con alcuni adattamenti, la struttura delle sue *Istituzioni di diritto pubblico*, e dunque la sistemazione della materia delineata dallo stesso Mortati. È forse questa parte dell'archivio, benché formata da documenti eterogenei e non sempre compiutamente decifrabili, a rendere maggiormente il senso dell'ampiezza e dell'intensità del lavoro di Mortati attraverso la varietà e l'abbondanza dei riferimenti, l'accumulo degli appunti e degli schemi di svolgimento, e la quantità di schede di lettura e di note bibliografiche di cui, in particolare, può supporre la stratificazione ininterrotta per un quarantennio a partire dagli anni '30.

Al momento di ricomporre e ordinare il fondo, alcune incertezze sono tuttavia derivate dalla disorganicità delle sue parti; di cui alcune recano il segno riconoscibile di una conservazione intenzionale, mentre altre appaiono il risultato di una sedimentazione pressoché spontanea, di cui non sempre, in mancanza di più chiari riferimenti, sono immediatamente riconoscibili i diversi strati e i criteri del loro addensamento.

A complicare il compito, poi, contribuisce la propensione di Mortati a utilizzare per le sue annotazioni i più diversi supporti cartacei; è costante, da parte sua, la riutilizzazione di fogli già usati, l'aggiunta di trafiletti e striscioline spillati agli appunti, il riempimento dei margini liberi di pagine già scritte, con una calligrafia minuta che talvolta quasi sfuma in sottile arabesco. A questo riguardo è esemplificativo il caso della corrispondenza. Non è infrequente, infatti, che le lettere indirizzate a Mortati riportino, nella parte inferiore del foglio, la minuta manoscritta della sua risposta e, sul verso, annotazioni di tutt'altro argomento. E sebbene l'epistolario ci sia giunto come nucleo omogeneo, capita sovente che altre lettere affiorino in luoghi diversi dell'archivio, essendone stati riutilizzati i fogli per riportarvi appunti oppure a guisa di cartellette per raccogliere altre carte. Da ciò può dedursi l'importanza all'epoca attribuita alle diverse lettere da colui che ne fu destinatario; ma è una gerarchia documentale che, ovviamente, può valere fino a un certo punto per il ricercatore di oggi, in posizione storicamente distaccata e potenzialmente interessato a rintracciare tutti i differenti fili della trama.

In altri casi, singole carte possono avere una rilevanza che attraversa le distinte sezioni dell'Archivio e in fase d'inventario richiederà l'indicazione di rimandi incrociati tra una serie e l'altra. Ciò, sia in ragione dell'intreccio dei profili tematici, sia per la già descritta tendenza di Mortati al "reimpiego cartaceo": al punto che, su fogli di note manoscritte, talvolta rinvenuti tra le pagine dei fascicoli delle ricerche preparate alla Corte dagli Assistenti di studio sulle questioni di legittimità costituzionale, egli poteva, in un angolo, annotare glosse bibliografiche, in un altro i nomi dei colleghi giudici elencati in colonne (si presume, in prospettiva del loro prevedibile orientamento in Camera di consiglio), e in un altro lembo indicare la destinazione dell'appunto medesimo «per il Manuale», ossia il cantiere sempre attivo delle *Istituzioni* nelle successive edizioni.

Può comprendersi, allora, come le carte si presentino talvolta come palinsesti, di cui si possa stabilire tra le varie sovrapposizioni il contenuto preminente; oppure come unità documentali che, per la variabilità dei riferimenti testuali, si offrono ad una lettura – se è lecita l'espressione – *caleidoscopica*. Sarà perciò necessaria, in ogni caso, un'opera attenta di interpretazione e di contestualizzazione dei documenti così formati; e il ricorso a una selettiva digitalizzazione sarà egualmente d'aiuto, soprattutto per una loro più agevole consultazione.

2. Temi e spunti di ricerca dall'Archivio Mortati: alcune anticipazioni

Con queste notazioni di ordine pratico, eppure utili a dar conto del lavoro svolto e ancora da compiere¹⁵⁴, non si vuole consegnare l'impressione di un fondo archivistico frammentario e indistricabile in cui non possa trovarsi l'orientamento né ricavare proficui spunti di riflessione. Al contrario, l'Archivio Mortati è innervato di fili conduttori seguendo i quali è possibile cogliere i punti di snodo della vicenda intellettuale e personale dello studioso, i collegamenti trasversali tra i suoi diversi ambiti di attività e la visione sostanzialmente unitaria che egli ebbe del proprio lavoro culturale.

A questo riguardo, volendo isolare alcuni profili tematici tra quelli per i quali l'Archivio Mortati potrebbe offrire prospettive di indagine, è opportuno, come suol dirsi, "far parlare le carte", e richiamare in rassegna alcuni documenti tra quelli che più appaiono significativi per le conoscenze, pur consolidate, sull'itinerario culturale e sulla personalità di Mortati.

2.1 Continuità della cultura giuridica e transizione costituzionale

Un primo spunto, di interesse generale per lo studio dei rapporti tra fascismo e tradizione accademica, e di rilievo particolare per una verifica delle concezioni di Mortati, può trarsi da un documento conservato tra le sue carte, costituito dalla lettera indirizzatagli da Mario Scelba il 26 dicembre del 1944. Con essa, il vice-segretario politico della Democrazia Cristiana interpella il giurista, che ha presentato domanda di iscrizione al partito, su alcuni passaggi dell'opera maceratese del 1940, "*Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano*"¹⁵⁵.

Mortati risponde alla sollecitazione redigendo un «pro-memoria» in cui chiarisce e giustifica la propria posizione rispetto all'esperienza fascista. In tre cartelle dattiloscritte, egli premette di essersi iscritto al P.N.F. nel 1927 «per motivi inerenti alla qualità di funzionario della Corte dei conti» e di «non aver mai ricoperto alcuna carica politica»; e rivendica di essersi in realtà sempre differenziato, nel corso della sua attività universitaria e scientifica, dagli apologeti del regime. Ciò, in particolare, durante il suo Rettorato all'Università di Macerata (dall'ottobre del '40 al novembre del '43), quando con alcuni accorgimenti aveva fatto in modo che non vi fosse introdotto

¹⁵⁴ Privo di un ordinamento sostanzialmente originario, e tuttavia dotato di una parziale e sommaria descrizione compilata dopo la morte di Mortati secondo criteri biografico-tematici, il fondo è stato oggetto, presso la Fondazione Galizia, di una prima ricognizione che ha finora consentito la redazione di un indice sintetico. Occorrerà quindi procedere a un'inventariazione analitico-descrittiva attraverso l'attenta lettura delle carte, l'identificazione dei documenti di contenuto più complesso, la loro datazione; ciò anche con l'obiettivo di corredare l'archivio di un apparato di indici, indispensabile per la sua fruizione. Uno sviluppo successivo potrebbe riguardare (benché possa suscitare riserve da chi ritenga nettamente separate, se non antitetiche, l'archivistica e la bibliografia, intese talvolta come saperi immuni da relazioni o convergenze) la predisposizione di modalità digitali di consultazione integrata dell'inventario definitivo con il catalogo della biblioteca di Mortati, che si conserva presso l'Università "la Sapienza" di Roma assieme alla cospicua miscellanea di estratti appartenuta allo studioso.

¹⁵⁵ I rilievi mossi a Mortati riguardavano alcuni passi dell'opera del 1940 (negli *Annali della università di Macerata*, vol. XIV, con data 1941, e pubblicata parzialmente anche in C. Mortati, *Raccolta di scritti*, IV, *Problemi di politica costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 429) nonché la sua recensione a F. Persico, *Le rappresentanze politiche ed amministrative*, negli *Annali della R. Università di Macerata*, vol. XV, 1941, da cui poteva evincersi un'adesione alle concezioni istituzionali del regime fascista.

l'insegnamento di dottrina del fascismo, sebbene reso obbligatorio da disposizioni ministeriali nel 1941.

Per quanto concerne l'attività scientifica, Mortati enuncia i criteri che egli stesso si era dato e che, a suo dire, ne attestano l'estraneità all'ortodossia di regime e la non assimilabilità alla categoria dei «corifei». I criteri, anzi le «direttive», alle quali dichiara di essersi attenuto sono due, e vale la pena qui scorgerle rapidamente.

In primo luogo, «Evitare per quanto possibile di prendere a oggetto dei propri studi argomenti relativi al diritto positivo italiano, o a quella parte di tale diritto attinente ai poteri politici». A tale proposito, Mortati precisa che la sua produzione scientifica, non a caso, si era fino a quel momento concentrata su «argomenti di teoria generale» e sulle fonti del diritto, e solo in misura residuale sull'«organizzazione dei poteri supremi dello Stato»; egli dunque si sarebbe mosso al riparo del «muro protettivo» – per riprendere qui un'espressione di Mario Galizia – di elaborazioni teorico-domatiche¹⁵⁶.

In secondo luogo, egli si era imposto di «ispirare il commento giuridico degli istituti fascisti [...] ad un'interpretazione dei medesimi, la quale meglio si adeguasse agli ideali politici, cui [ho] sempre tenuto fede». Qui Mortati correda la regola con esempi tratti dai suoi scritti, riportati in un elenco inaugurato dalla stessa prolusione maceratese del '40 messa sotto scrutinio dalla D.C. In quello scritto controverso si sostiene, precisa Mortati, «la tesi che, dovendo lo Stato fascista, per tenere fermi certi presupposti, da esso assunti a base della sua azione, essere uno Stato di diritto, doveva porre come caposaldo il rispetto assoluto dei diritti dei cittadini e quindi realizzare» – contrariamente agli indirizzi mussoliniani – «una vera e propria separazione dei poteri». Da ciò conseguiva - ed era quanto l'Autore aveva appunto sostenuto - che la competenza del Governo di emanare decreti-legge dovesse interpretarsi in senso restrittivo; che dovesse riconoscersi autonomia agli organi costituzionali; che dovesse essere negata (e Mortati rivendica di averlo fatto) l'esistenza di un potere del capo del Governo di emanare propri regolamenti e di rendere l'interpretazione autentica delle leggi; e così, egualmente, «la costituzionalità dell'uso introdotto di affidare a un ministro la presidenza della Camera», e, in seno alla Camera, negata anche la preclusione del voto contrario alle direttive del duce da parte di suoi membri che avessero prestato giuramento di fedeltà poiché iscritti al partito fascista.

La difesa di Mortati prosegue avvalendosi di ulteriori riferimenti a propri scritti, richiamati per escludere ogni sua pregressa soggezione al fascino dello «Stato totale». A tal fine egli evidenzia le posizioni espresse dapprima nello scritto pisano del 1941 (*Osservazioni sulla natura e sulle funzioni di*

¹⁵⁶ È noto giudizio di M. Galizia che la riflessione dedicata ai profili metodologici e di teoria generale fosse servita, durante il Fascismo, da rifugio teorico per la cultura giuridica italiana, e che grazie a questo «muro protettivo» i costituzionalisti avessero potuto «davorare con sufficiente distacco dalla realtà politica del momento»; senonché, il ventennale e «autarchico» isolamento della dottrina costituzionalistica l'avrebbe poi resa poco preparata alle nuove esigenze di progettazione istituzionale dettate dalla fase costituente (*Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, VI serie, 1963, p. 103). A questa tesi, munita nei decenni seguenti di autorevole sostegno dottrinale, si è tuttavia contrapposta in anni più recenti la tendenza a verificare e a valorizzare l'apporto all'elaborazione costituzionale di quei giuristi (tra cui Mortati) i quali, non del tutto compromessi con il regime fascista, avevano potuto affinare le proprie capacità nel clima di rinnovamento metodologico che in Europa influi sugli studi giuridici durante gli anni Trenta: in tema, per tutti, F. Lanchester, *I giuspubblicisti tra storia e politica*, Torino, Giappichelli, 1998, *passim*; per ulteriori riferimenti può qui rimandarsi solo alla ricognizione di A. Colzi e O. Roselli, *Le riviste giuridiche dal 1943 al 1948 e la trasformazione costituzionale dello Stato: ricerca bibliografica*, in *Verso la nuova costituzione*, a cura di U. De Siervo, Bologna, il Mulino, 1980.

una codificazione dei principi generali di diritto¹⁵⁷), poi nella prolusione napoletana del 1943 (*La Nazione e lo Stato*¹⁵⁸, di cui non era potuto andare in stampa il testo ma alla quale aveva assistito Santoro-Passarelli, il quale mentre scrive Mortati sedeva nel Consiglio Nazionale della D.C.). Nel primo scritto egli aveva affermato la «necessità dell'assoluto rispetto della personalità umana e della piena tutela giurisdizionale dei diritti»; e tra questi – scrive ancora Mortati –, «quello di proprietà, di cui il nuovo codice civile aveva affermato la funzione sociale». Nella seconda occasione aveva inoltre sostenuto, oltre alla «inconciliabilità con il concetto di Stato nazionale della differenziazione dei cittadini in senso razzistico», il bisogno che fosse data «consistenza al principio della rappresentanza politica» e mantenuto il «carattere liberale» necessario affinché lo Stato fascista potesse «tenere fede a certi suoi presupposti fondamentali».

Il senso complessivo della “difesa” di Mortati in ordine alla sua posizione rispetto al fascismo pare tuttavia potersi cogliere nella parte finale del documento, in cui evidenzia le linee di una necessaria continuità tra esperienze storico-costituzionali e ribadisce come alcune riforme del cessato regime fossero da lui ritenute «rispondenti ad esigenze proprie dei nuovi tempi, in quanto costituenti il risultato di un'esperienza in via di accoglimento in tutti gli Stati moderni, e quindi destinate a durare oltre la fine del regime stesso». Qui, aggiungendo ai riferimenti auto-bibliografici l'opera del 1931, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*¹⁵⁹, Mortati segnala i fenomeni dell'accentramento delle funzioni del presidente del consiglio dei ministri; del distacco tra le rispettive funzioni del capo del governo e del capo dello Stato; della diminuzione dei poteri del parlamento, quest'ultima da lui sostenuta come necessaria nel '31 e ancora ritenuta vera, «nel senso che i poteri stessi devono essere limitati da un maggiore ampliamento degli istituti di democrazia diretta».

L'aver operato, come studioso, nel rispetto della serietà scientifica e senza rinuncia ai personali ideali politici è il merito che Mortati apertamente rivendica nelle ultime righe del suo testo. Se tale valore dovesse intendersi attenuato da un'azione intellettuale individualmente esplicita – come Mortati riconosce per il suo caso - entro i «limiti resi possibili dalla situazione eccezionale» e nelle forme «sotto le quali è stato possibile celare un contenuto di critica e di dissenso», costituirà negli anni successivi, com'è noto, un tema di rilievo più generale e di inesauribile interesse storiografico¹⁶⁰, per la cui discussione il *memorandum* di Mortati può ancora oggi rivelarsi di stimolo. Ciò, soprattutto nella prospettiva di valutare storicamente la posizione di quei giuristi i quali,

¹⁵⁷ Apparsa negli *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, Arti grafiche Pacini Mariotti, 1943, pp. 107 ss; ora in C. Mortati, *Raccolta di scritti*, II, *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 661 ss.

¹⁵⁸ Si tratta di *La rilevanza giuridica del concetto di nazione*, ora in C. Mortati, *Raccolta di scritti*, IV, cit., pp. 553 ss.

¹⁵⁹ C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, Anonima romana editoriale, 1931 (ristampata in versione inalterata, con prefazione di E. Cheli, Milano, Giuffrè, 2000). L'opera nacque dalla rielaborazione della tesi di laurea (in Scienze politiche) dell'A. discussa con Luigi Rossi nel 1929 (ma redatta con la supervisione di Sergio Panunzio); essa, nel giudizio datone a distanza di tempo da G. Miele (nel recensire la seconda edizione delle *Istituzioni*, nella *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1954, pp. 135 ss.), «si distingueva per il risoluto appressarsi alla situazione storica e ambientale in cui gli istituti studiati operavano e per il tentativo di configurarli secondo la visione che risultava dalla nuova prospettiva. Fu così che egli poté mettere a fuoco la profonda innovazione che si andava attuando nella posizione costituzionale del Governo e della Corona, delineando una sistematica corrispondente a questo spostamento di forze». Sulla “gestazione” culturale del pensiero giuridico del costituzionalista, v. F. Lanchester, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 187 ss.; Id., *Costantino Mortati e la “dottrina” degli anni Trenta*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di F. Lanchester, Napoli, ESI, 1989, pp. 89 ss.

¹⁶⁰ Per un quadro generale v., da ultimi, I. Stolzi, *Fascismo e cultura giuridica*, in *Studi Storici*, 2014, pp. 139 ss.; *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. Birocchi e L. Loschiavo, Roma, RomaTrE-Press, 2015.

attribuendosi un ruolo tecnico senza però identificarlo od esaurirlo nel tradizionale e rassicurante formalismo, si impegnarono nella ricerca di soluzioni adeguate alle sfide regolative e alle trasformazioni ordinamentali del loro tempo, e pur astenendosi da una remissiva adesione ideologica al fascismo ebbero la capacità di tradurre tali mutamenti sul piano tecnico-dogmatico.

2.2 Scrittura della costituzione e propositi di revisione dei codici

Il nodo tematico della transizione allo Stato costituzionale repubblicano si ramifica nell'Archivio attraverso le carte risalenti alla diretta partecipazione di Mortati al lavoro costituente, nonché in annotazioni sparse e appunti più generalmente dedicati all'instaurazione di un nuovo ordine costituzionale. I due aspetti - il primo legato al suo concorso alla scrittura della carta costituzionale, l'altro da porre in relazione con una riflessione non immediatamente vincolata a quella contingenza storica e trasposta in numerosi suoi scritti - sembrano svilupparsi quasi in parallelo nelle carte di Mortati, e articolarsi come incessante elaborazione di un pensiero maturato anche attraverso la personale esperienza della Costituente.

Le carte relative alla fase costituente rimandano ai momenti essenziali del contributo che Mortati vi diede ¹⁶¹. Oltre ad alcune lettere concernenti la sua designazione quale membro, e poi relatore, della commissione per l'elaborazione della legge elettorale per l'Assemblea ¹⁶², e gli schemi della relazione da lui stesa sulle "libertà civili" per la commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato ¹⁶³, l'archivio conserva alcuni materiali di lavoro, con annotazioni da riferire principalmente all'attività nella "Commissione dei 75" (relative, tra l'altro, al confronto nella seconda sottocommissione tra le proposte in tema di forma di governo di Perassi, Tosato e

¹⁶¹ Nel perimetro di questa ricognizione sarebbero fuor d'opera riferimenti bibliografici sul ruolo di Mortati alla Costituente, nell'ambito della valutazione storica dell'apporto datovi dal gruppo di costituzionalisti che ne fece parte; per i riferimenti in tema può tuttavia rimandarsi, almeno, in ordine sparso, a E. Cheli, *Il problema storico della Costituente*, in *Politica del diritto*, 1973, pp. 485 ss.; P. Pombeni, *La Costituente: un problema storico-politico*, Bologna, il Mulino, 1995; *Scelte della costituente e cultura giuridica*, a cura di U. De Siervo, Bologna, il Mulino, 1980; E. Cheli, *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria all'Assemblea Costituente*, Bologna, il Mulino, 1979; F. Bruno, *Costantino Mortati e la Costituente*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, cit., pp. 135 ss.; M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., p. 45 ss.; *Costituenti ombra*, a cura di A. Buratti e M. Fioravanti, Roma, Carocci, 2010; F. Lanchester, *I giuspubblicisti tra storia e politica*, cit.; Id., *Mortati e la "legislatura costituente"*, Relazione introduttiva al Convegno "Costantino Mortati" *Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Roma, Camera dei deputati, 14 dicembre 2015.

¹⁶² All'attività del Ministero per la Costituente sono riferite, in particolar modo, una lettera a Mortati di Giannini (Capo di Gabinetto) del 30 agosto 1945, e, al completamento della missione ministeriale, una lettera di elogio e di ringraziamento di Nenni del 30 giugno 1946. La *Relazione illustrativa* in materia elettorale può leggersi in C. Mortati, *Raccolta di scritti*, I, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 573 ss.

¹⁶³ *Relazione sui diritti pubblici subiettivi* del 1946, in C. Mortati, *Raccolta di scritti*, I, cit., p. 601 ss. Sull'attività della commissione v., tra gli altri, *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della «commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato» (1945-1946)*, a cura di G. D'Alessio, Bologna, il Mulino, 1979.

dello stesso Mortati, e in particolare sulla fisionomia della “seconda Camera”¹⁶⁴), e forse anche al ruolo avuto nel “Comitato dei 18” e nel *plenum* dell’Assemblea¹⁶⁵.

In parallelo, Mortati mantiene i contatti con l’*Associazione nazionale per gli studi politici e costituzionali*, presieduta da Tupini e poi da Bonomi, del cui consiglio direttivo è membro assieme ad Ambrosini e Crisafulli tra gli altri¹⁶⁶.

Anche l’epistolario contiene documenti d’interesse. Se ne può qui segnalare almeno uno, che testimonia il precoce volgersi a una riflessione storica sulla stagione costituente da parte di coloro che ne erano stati protagonisti, e possono già trovare nell’opera di Mortati un saldo riferimento. Calamandrei, in una lettera del 1949, mentre si accinge a licenziare l’introduzione storica al suo *Commentario* pubblicato da Barbera¹⁶⁷, scrive a Mortati per rendergli così merito: «È ancora troppo presto per scrivere la storia costituzionale di quel fortunoso quinquennio che va dal 1943 al 1948; ma ti assicuro che, se in mezzo a quel caos, ho potuto in qualche modo orientarmi, ciò è stato soprattutto per merito dei tuoi scritti, a partire dal tuo fondamentale volume sulla Costituente, nel quale la preparazione storica e il vigore giuridico sono costantemente animati da una sensibilità politica che purtroppo è dote assai rara (almeno in Italia) tra i costituzionalisti»¹⁶⁸.

Peraltro, il nuovo assetto costituzionale, le scelte fondamentali ad esso collegate e, sullo sfondo, la questione della coerenza dei giuristi e delle continuità delle loro idee nel transito alla democrazia repubblicana, sono temi su cui non era mancato il confrontarsi, anche polemico, di Mortati con un interlocutore assiduo come Carlo Esposito. Attrae l’attenzione, per l’intento chiarificatorio che ne traspare, una lettera di Esposito del giugno 1946, di pochi giorni seguente al referendum istituzionale, inviata in replica alle critiche e alle «parole pungenti (seppure scherzose)» rivoltegli da Mortati in una precedente occasione: «[...] veniamo alle cose serie. Le quali sono queste: che io ho affermato la continuità dello stato e del suo ordinamento nel mutare della costituzione molti anni fa, quando di repubblica e di monarchia in Italia non si parlava. Non vedo per quale ragione tu venga a dirmi oggi “... voialtri monarchici”. La seconda cosa è che le nostre teste sono fatte diversamente e che noi abbiamo interpretato sempre diversamente le leggi che tolleravano diverso significato. Ti citerò, per tutte, la vecchia legge sul capo del governo. Vorrai dirmi che io interpretavo la legge in modo diverso da te e da Donati perché ero antifascista? Mi faresti un elogio e pronunceresti condanne che, in quella sede, nessuno dei tre meritava. Eravamo dei

¹⁶⁴ Alla “seconda Camera” è riferito un inserto conservato nell’archivio. Una diretta ricostruzione e testimonianza del dibattito sulla formazione e composizione del Senato, peraltro, è stata resa, com’è noto, in più occasioni da C. Mortati, *Cenni di legislazione del Senato*, in *Le elezioni politiche del 1948. Elezione del Senato della Repubblica. Note illustrative e documentazione statistica*, Roma, Failli, 1951; Id., *La riforma del Senato*, in *Rassegna parlamentare*, 1960, pp. 1536 ss.

¹⁶⁵ A margine dell’attività svolta da Mortati negli organi di cui fece parte alla Costituente, non pare inutile segnalare l’atto della sua nomina a componente della commissione di vigilanza sulla Biblioteca della Camera dei deputati, disposto il 19 novembre 1946 da Giuseppe Saragat, presidente dell’Assemblea. La commissione (istituita in analogia a quanto già praticato durante il funzionamento della Consulta Nazionale) fu presieduta da Giovanni Conti, Vice Presidente dell’Assemblea, e ne fu membro anche il Questore Antonio Priolo.

¹⁶⁶ Di Tupini e Bonomi l’archivio conserva poche lettere inviate a Mortati nella loro qualità di presidenti della suddetta Associazione. Com’è noto, Tupini fu presidente della commissione istituita dalla D.C. al suo interno per elaborare la linea di azione costituzionale del partito, nonché, alla Costituente, vice presidente della Commissione “dei 75” e, in tale veste, presidente della prima sottocommissione.

¹⁶⁷ *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, G. Barbera Editore, 1950.

¹⁶⁸ Ovvio, nella lettera di Calamandrei, il riferimento a C. Mortati, *La Costituente*, Roma, Darsena, 1945 (pubblicata poi in C. Mortati, *Raccolta di scritti*, I, cit., pp. 3 ss.).

giuristi che risolvevano diversamente un problema giuridico, E basta. Il fascismo e l'antifascismo non c'entravano, come oggi non c'entrano la repubblica e la monarchia.»¹⁶⁹

Al tema della transizione costituzionale si legano ulteriori profili, anche questi rintracciabili nell'Archivio, riferiti alla diversa questione della continuità del codice civile del 1942 nel quadro della legalità costituzionale appena instaurata. Lo spunto è fornito in questo caso da due lettere, entrambe del giugno 1946 e in qualche modo complementari poiché rimandano ai termini del problema e alle opposte soluzioni. Nella prima, Enrico Allorio si congratula con Mortati per l'elezione alla Costituente, e a lui si raccomanda affinché si adoperi «per quanto tu possa, d'impedire che i codici vengano sacrificati: ho inteso dire che vorrebbero sottoporre alla Costituente la sorte dei codici c.d. fascisti, e che una corrente d'arrabbiati parla di ritorno a quelli del 1865». La seconda è di Salvatore Galgano, che dall'Istituto di studi legislativi lo aggiorna sulle relazioni dei “comitati per la ricostruzione”, dall'Istituto medesimo insediati per la riforma del codice civile, da depurare dalle scorie del Regime.

In realtà, quello sulla “ricodificazione” - ovvero sulla opportunità di *defascistizzare* il codice civile - fu un piano di dibattito su cui, com'è noto, fece rapidamente presa la distinzione del fattore tecnico da quello politico, e dove fu chiaro che il ritorno alla legalità non poteva passare per l'abrogazione del codice assieme all'intera legislazione del ventennio, ma solo eliminandovi gli orpelli declamatori e i riferimenti all'ordine corporativo: in primo luogo la Carta del Lavoro, posta a preambolo del codice ma abrogata nel '44 senza che la sua sistematica ne risentisse¹⁷⁰.

E se alcuni autorevoli civilisti potevano spingersi a ritenere che nel codice si trovassero addirittura anticipate molte soluzioni costituzionali, occorrerà invece, negli anni successivi, procedere a un'opera di piena contestualizzazione delle norme codicistiche nel nuovo sistema democratico pluralista; bisognerà mettere mano a elaborazioni dottrinali, specie in materia di diritto del lavoro e sindacale, in cui potessero sciogliersi, dell'esperienza precedente, talune “feconde ambiguità”¹⁷¹, lasciando spazio a un'idea di rappresentanza declinata nella chiave volontaristica in luogo di

¹⁶⁹ Prosegue Esposito nella sua lettera: «Tu a mio parere, spesso, elevi a giuridiche situazioni di fatto; io, a tuo parere, distingo senza ragione fatto e diritto. Ma nessuno dei due scrive per spirito di parte quando fa il giurista. Questa accusa tu non la meriti e vorrei che in cuor tuo tu riconoscessi che io non la merito. I tuoi ed i miei sono libri giuridici e non di propaganda e siamo divisi come giuristi e non come libellisti. Quanto alla mia fede monarchica, ti dirò che qui, a Padova, la più parte mi riteneva agnostico fino a qualche giorno fa. Quando si sono conosciute le mie opinioni sul problema del referendum mi sono visti intorno parecchi monarchici in cerca di consigli. Ne ho sofferto perché ho capito quale accusa di parzialità fosse implicita in quel consenso e in quelle richieste ... Li ho allontanati da me con parole nette e precise. Se io fossi un “monarchico”, nel senso che tu attribuisce alla parola, te lo direi francamente, come ti ho scritto francamente la mia opinione sulla questione del referendum. Ricorderai come qualche anno fa, in occasione di un'altra nostra polemica, io ti pregai di sostituire alle frasi accese e personali che temevo tu potessi pronunciare, una discussione obiettiva. Ti rinnovo oggi la preghiera. Non rimpiccioliamoci, tremendissimo Mortati, cerchiamo di rispettarci per lo meno per le lunghe ore che l'uno e l'altro passiamo sui libri. »

¹⁷⁰ Sulla questione del collegamento tra il codice, inteso nella sua natura eminentemente tecnica, con una mentalità giuridica diffusa nella civilistica coeva al Regime, tendenzialmente avversa ad innovazioni codicistiche, o comunque incline a depotenziarle all'interno di un quadro normativo rimasto complessivamente coerente con la sua tradizione (grazie anche all'applicazione giurisprudenziale), v. fondamentalmente, tra i molti, le impostazioni di S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1967, pp. 83 ss.; G. B. Ferri, *Il codice civile italiano del 1942 e l'ideologia corporativa fascista*, in *Europa e diritto privato*, 2012, pp. 319 ss.; G. Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza, 2000, in part. pp. 263 ss.; R. Teti, *Codice civile e regime fascista*, Milano, Giuffrè, 1990; C. Salvi, *La giusprivatistica tra codice e scienza*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 233 ss.; I. Stolzi, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007.

¹⁷¹ L'efficace formula, riferita all'ordinamento corporativo, si deve, notoriamente, a P. Grossi.

quella di rappresentanza degli interessi di tradizione pubblicistica¹⁷². Ma, soprattutto, sarà necessario attendere la stagione del “disgelo costituzionale”, in cui la cosiddetta “scoperta” della costituzione (di cui sappiamo come Mortati avesse tra i primi, con Crisafulli e poi Calamandrei, sostenuto l’immediata precettività), e la possibilità di verificare la costituzionalità delle leggi, fecero venire meno la presunzione di legittimità del diritto positivo, incrinando ancor più l’idea della neutralità politica del diritto e i residui paradigmi formalistici della scienza giuridica.

Di questo rinnovamento culturale vi sono tracce evidenti nelle carte di Mortati: esse si rinvennero sia tra le schede di appunti e delle letture svolte, sia – com’è ovvio – nei materiali di lavoro del giudice costituzionale, sia nella rete degli scambi epistolari che egli intrattiene, non sporadicamente, con giuristi anche impegnati in altri ambiti disciplinari, tra cui gli storici del diritto e i privatisti; condividendo, con alcuni di essi, l’impegno su temi di ricerca di convergente interesse¹⁷³, con altri, le concezioni dell’ordinamento giuridico ispirate all’assunto della storicità dei relativi concetti e della piena compenetrazione tra storia e sistematica giuridica¹⁷⁴.

D’altra parte, la frequentazione delle categorie privatistiche è per Mortati non solo attitudine per così dire originaria, cioè formatasi in un clima culturale ed educativo immune da steccati disciplinari e da rigidi specialismi insorti successivamente (ne è espressione il suo lavoro su *La volontà e la causa nell’atto amministrativo e nella legge*, del 1935¹⁷⁵, al cui secondo capitolo, dedicato alla nozione civilistica di causa, forse risalgono alcuni brevi appunti rinvenuti in archivio¹⁷⁶). L’attenzione rivolta al diritto privato, all’interno di una concezione saldamente unitaria della scienza giuridica, è, soprattutto, tratto coerente con la sua visione realistica dell’ordinamento giuridico, pronta a considerare le implicazioni nella sfera del giuridico delle rilevanti trasformazioni politico-sociali ed economiche dello Stato pluriclasse, e con l’idea, profusa nella Costituzione, dello Stato non più come entità autoritaria, ma come ente rappresentativo della società civile, sulle basi di un equilibrato rapporto fra l’intervento del potere pubblico e la sfera delle libertà e delle autonomie riconosciute ai cittadini¹⁷⁷. Ed è, in effetti, una familiarità derivante

¹⁷² Richiama, a tale proposito, la polarità sussistente tra la «*Räpresentation*, per usare il vocabolo del giuspubblicista tedesco», e la «*Vertretung* (secondo il vocabolo antico dei codici di diritto privato)», P. Rescigno, *Il codice civile del 1942 visto dalla scienza giuridica*, in *Rivista di diritto civile*, 1994, pp. 1 ss., ed ora in Id., *Codici. Storia e geografia di un’idea*, a cura di F. Caggia, Roma-Bari, Laterza, 2013, pp. 17 ss.

¹⁷³ Benché limitato alle poche lettere a Mortati conservate nell’epistolario, perlopiù concernenti la redazione di voci dell’*Enciclopedia del diritto*, risalta in special modo la corrispondenza con Pietro Rescigno, in ragione - oltre che per il livello culturale dell’interlocutore - dell’affinità degli interessi di studio concernenti le formazioni sociali e le comunità intermedie, nonché per le implicazioni che Mortati sembra trarre, in cui alcune rapide e scarse annotazioni, dalla dottrina civilistica sull’abuso del diritto per la concezione dell’eccesso di potere legislativo.

¹⁷⁴ Certamente d’interesse, per considerare di Mortati il confronto con giuristi di diversa collocazione disciplinare su temi di teoria generale del diritto, è la minuta di una sua lettera indirizzata a R. Orestano del 21 maggio 1962. In essa è fatto riferimento alla celebre prolusione del secondo (*Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*, in *Jus*, 1962, pp. 35 ss.), in cui l’A. svolge riflessioni - di stimolo per Mortati - sull’ordinamento giuridico, sulla scienza che ne impiega il concetto e sulle vicende storiche a cui può essere riferito.

¹⁷⁵ Pubblicata anche nella *Raccolta di scritti*, II, *Scritti sulle fonti del diritto e sull’interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 473. L’opera, comparsa in edizione provvisoria, doveva considerarsi, com’è noto, quale premessa ad un più approfondito studio da svolgere sui vizi del volere in relazione agli atti delle pubbliche autorità, che però non fu realizzato. In tema v. F. Lancheater, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, cit., pp. 187 ss., in part. 210 ss.

¹⁷⁶ Di tali brevi annotazioni è tuttavia difficile individuare la datazione; il tema della volontà e della causa, d’altra parte, è trattato anche nei paragrafi dedicati ai «fatti e agli atti giuridici di diritto pubblico» nelle *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1952 (seconda edizione), p. 176 ss. (con formulazioni in parte differenziate nelle edizioni successive).

¹⁷⁷ Sull’approfondita conoscenza del diritto privato (oltre che del diritto internazionale) da parte di Mortati, sicché «[...] nella trattazione di questi diversi oggetti si [sono] raggiunte pienezze espositive di altissimo livello [...]», si ricordano i rilievi di un

dalla consapevolezza dei raccordi, e anche della mobilità di distinzioni, tra il dominio pubblicistico e quello del diritto privato, «condizionata come essa è alle vicende storiche, le quali operano un continuo passaggio di rapporti da una sfera all'altra»¹⁷⁸, a guidare Mortati nell'osservazione, attraverso il prisma dei principi costituzionali (personalista, lavorista, pluralista, supernazionale), di una varietà di temi e istituti civilistici: le libertà pubbliche e i «diritti civili»¹⁷⁹, il diritto del lavoro e sindacale, il diritto di famiglia, la proprietà, la libertà di associazione e di impresa. Le relative analisi, pur sempre svolte dall'angolazione costituzionalistica, formano nella sua produzione quasi un gruppo a sé, e, anche in questo caso, hanno radici negli appunti e nei materiali di studio raccolti nell'archivio¹⁸⁰.

2.3 L'impegno politico e l'azione civica

Un'altra sezione dell'archivio - in cui stiamo rovistando invero un po' disordinatamente - è dedicata, nell'insieme, all'impegno politico-istituzionale di Mortati, da lui inteso quale espressione di un dovere non eludibile da parte degli uomini di scienza e di cultura¹⁸¹; una serie archivistica "politica" (opportunosamente da collegare con reciproci rimandi al carteggio contenuto nella serie epistolare) che si apre con le carte relative all'Assemblea Costituente, dove Mortati era stato eletto per la D.C. con il meccanismo del collegio unico nazionale, e contiene, negli ulteriori fascicoli, i documenti (non molti) risalenti alla prima legislatura repubblicana, in cui egli, non amato dal partito per la sua forte personalità di libero studioso, venne lasciato fuori dal parlamento, nonostante uno spazio residuo riservato al collegio unico¹⁸².

suo antico interlocutore della levatura di M. S. Giannini, *Scienza giuridica e teoria generale in Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 7 ss.

¹⁷⁸ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1962⁶, p. 91.

¹⁷⁹ Nel significato che l'espressione "diritti civili" «assume nel linguaggio tradizionale del giusprivatista», e nei termini in cui la corrispondente categoria si pone in relazione con quella dei diritti inviolabili: v., essenzialmente, P. Rescigno, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, Laterza, 1991, p. 49 s.

¹⁸⁰ A questo "filone" della produzione scientifica mortatiana G. B. Ferri ha dedicato il saggio su *Costantino Mortati "civilista"*, in *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Padova, Cedam, 1994, pp. 49 ss., nonché in *Forme di stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia, Milano, Giuffrè, *Archivio di Storia Costituzionale e di Teoria della Costituzione - Biblioteca*, 5, 2007, p. 527. Peraltro, la curiosità intellettuale di Mortati per le aree di contatto o di intersezione del diritto pubblico con il privato pare esplicitarsi anche nella prospettiva comparatistica; significativa, a questo riguardo, è la lettera di Antonio La Pergola (senza data), che dietro sollecitazione dello stesso Mortati (della cui minuta però non disponiamo) illustra la figura della legge-contratto (o del «contratto legislativo») in relazione alle figure del *private bill* britannico e del *contract clause* nordamericano, eccependo che le «osservazioni [di Mortati] sulla ammissibilità di leggi-contratto nel nostro ordinamento sollevano, mi sembrerebbe, gravi problemi, che vanno seriamente meditati», ricondotti da La Pergola principalmente alla «opinione negativa, dominante presso di noi, [...] radicata nel dogma dell'onnipotenza del legislatore».

¹⁸¹ Di questa concezione di Mortati può cogliersi un riflesso nella lettera inviata da Saragat il 2 giugno 1965 (in risposta ad una sua precedente di cui non si conserva il testo), in cui il Presidente della Repubblica si mostra con lui in piena consonanza circa l'utilità di un'attiva partecipazione degli intellettuali alla vita del Paese, e pur senza individuarne le concrete modalità istituzionali (che si intuiscono sollecitate da Mortati), promette di darvi stimolo nei limiti dei suoi poteri: «Indubbiamente io farò ben volentieri quanto è in mio potere, come opera di propulsione e stimolo, affinché un disegno di così grande importanza, anche se di non minore complessità, non si inaridisca in mere enunciazioni [...] Ritengo, tuttavia, che gli stessi interessati, dico gli uomini di cultura in quanto tali, debbano porsi per parte loro codesto problema, sentirlo intimamente come attuale, come vero – respingendo il talvolta compiaciuto atteggiamento di segregazione o d'indifferenza, di isolamento, di pura contemplazione – e quindi ricercare e additare essi stessi le possibile vie per la sua concreta soluzione».

¹⁸² È del 15 aprile 1948 la lettera di Aldo Moro, che conferma a Mortati l'impegno a sostenerlo nella campagna elettorale, pur precisando che avrebbe potuto più efficacemente operare se avesse saputo per tempo che la sua candidatura era stata

Conclusa l'esperienza costituente, sono di notevole interesse, anche se riferiti ad aspetti già accuratamente indagati, i documenti riferiti ai rapporti con Dossetti e con l'area politico-culturale a lui ispirata, che aveva il suo organo nelle *Cronache sociali* dirette da Giuseppe Glisenti¹⁸³. Essi si riferiscono principalmente all'affare dallo stesso Mortati rubricato, su una cartellina, del «*mancato numero unico di Cronache sociali sull'autonomia della politica rispetto alla Chiesa*»¹⁸⁴.

La vicenda, che può dirsi rappresenti l'epilogo della breve stagione dell'impegno politico diretto di Mortati, si apre con l'invito rivoltagli da Dossetti nel maggio 1948, affinché partecipi con un suo scritto all'imminente quaderno delle *Cronache* espressamente dedicato al tema dei «rapporti tra religione e politica, tra gerarchia [ecclesiastica] e partiti politici». Sembra infatti «giunta l'ora», scrive Dossetti, «di richiamare alcuni principi fondamentali e di applicarli alla situazione concreta del cattolicesimo italiano, dicendo una parola chiarificatrice che molti, consapevolmente o inconsapevolmente, attendono o sperano»¹⁸⁵. Sono coinvolti nell'iniziativa esponenti di primo piano della cultura cattolica progressista; ci si limita qui a menzionare, poiché il fascicolo in archivio ne contiene le relazioni dattiloscritte (talvolta con annotazioni di Mortati), Giuseppe Lazzati, Gustavo Bontadini, Augusto Baroni, Pier Giovanni Caron; tra i giuristi, il gruppo includeva Antonio Amorth, Orio Giacchi e (almeno inizialmente) Giorgio Ballardore Pallieri.

Della relazione originariamente assegnata a Mortati, su «*L'autonomia della politica e la concezione moderna dei partiti*», pare essersi conservato nell'archivio solo uno schema di svolgimento («*La democrazia nella concezione cattolica*») e qualche sparsa annotazione¹⁸⁶. Il quaderno, com'è noto, non vide mai la luce a causa della contrarietà delle gerarchie ecclesiastiche e dopo la «reazione furibonda» di Luigi Gedda provocata da alcune anticipazioni¹⁸⁷.

presentata in Calabria, e non a Napoli. Lo stesso Moro, il 21 marzo, aveva espresso a Mortati sorpresa e rammarico per la sua esclusione dalla lista nazionale del partito.

¹⁸³ Da Dossetti, Mortati era stato invitato anni prima (con una lettera del 29 novembre 1945) a partecipare alla redazione del *Piccolo dizionario sociale* destinato ad aiutare l'opera propagandistica della D.C.; ad esso è riferita, con ogni probabilità, una elencazione di temi da lui annotata («Interclassismo e partito di centro; Azione nel campo internazionale; Unicità del partito cristiano»).

¹⁸⁴ La questione è ben nota agli studiosi. Essa è documentata nell'archivio da carte a suo tempo esaminate (come testimoniano anche alcune lettere a Mortati del novembre 1976) da P. Pombeni, *Le "Cronache Sociali" di Dossetti. Geografia di un movimento d'opinione*, Firenze, Vallecchi, 1976; Id., *Il gruppo dossettiano e la fondazione della democrazia italiana (1938-1948)*, Bologna, il Mulino, 1979; v. anche Id., *Il gruppo dossettiano*, in *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente*, a cura di R. Ruffilli, I, Bologna, il Mulino, 1979, pp. 425 ss. La documentazione venne anche acquisita in copia per il «Fondo Cronache sociali» creato presso l'Istituto per le Scienze Religiose di Bologna.

¹⁸⁵ Lettera di Giuseppe Dossetti del 27 maggio 1948. Peraltro, la collaborazione di Mortati con *Cronache Sociali* è documentata in archivio anche dal precedente invito rivoltagli dallo stesso Dossetti (con lettera del 12 dicembre 1947) affinché scrivesse per la rivista «un di Lei pregiatissimo e desideratissimo articolo», poi pubblicato sul n.14/15 del 1947 con il titolo *La libertà di stampa in regime democratico*. L'anno seguente, è all'intervento di Mortati su *La partecipazione del popolo al governo*, pubblicato assieme a quello di Lelio Basso, a cui fa riferimento Giuseppe Glisenti in una lettera del 24 febbraio 1948: «[...] L'impostazione dell'articolo è leggermente diversa da quella che suggerii all'on. Basso, ma tuttavia ancora efficace per darci l'occasione di un'impostazione dottrinale e pratica del nostro concetto di attivazione extraparlamentare e di esercizio continuato della partecipazione democratica al Governo. Lei può fare una grande opera chiarificatrice ed esortatrice [...]».

¹⁸⁶ Deve tuttavia presumersi che Mortati abbia completato il saggio sul tema a lui affidato, dal momento che Glisenti avverte la necessità di scusarsi per la mancata pubblicazione.

¹⁸⁷ Con una lettera a Mortati del 4 marzo 1949, Glisenti si scusa «per il grande ritardo con cui uscirà il numero speciale di *Cronache Sociali* «Religione e Politica», che sebbene «pronto per la pubblicazione già da qualche tempo», è rimandato «a un momento che sia psicologicamente più favorevole del presente», considerata «da polemica sorta sull'argomento «azione cattolica e azione politica». Il fascicolo, come già detto, non fu pubblicato, nel quadro di avvenimenti di cui ha fornito l'accurata ricostruzione, da ultimo, M. Melloni, *Dossetti e l'indicibile. Il quaderno scomparso di "Cronache Sociali": i cattolici per un nuovo partito a*

Le delusioni ricevute da queste esperienze non servirono a fare venir meno in Mortati l'interesse per i temi della partecipazione politica dei cattolici¹⁸⁸ e, più in generale, dell'espansione della base democratica del Paese. Con rinnovato interesse verso il fenomeno delle associazioni civiche e dei movimenti, considerati strumenti attraverso cui possa realizzarsi una democrazia partecipata, egli si avvicinò, tra il 1964 e il 1967, al *Movimento di Opinione Pubblica*¹⁸⁹, soprattutto per trovarvi la possibile sede di promozione e diffusione del suo progetto di introdurre in Italia la figura dell'Ombudsman.

Le carte d'archivio, in questo caso, descrivono l'assiduità dello sforzo di Mortati nel perseguire tale obiettivo a tutto campo e con iniziative trasversali - benché principalmente sviluppate all'interno della rete accademica - di azione civica, di sensibilizzazione culturale e politica, di ricerca scientifica¹⁹⁰. Con una lettera del 1964, affida a Jemolo il compito di introdurre i lavori di un convegno promosso dal *Movimento* per sostenere l'accoglimento anche in Italia dell'istituto dell'Ombudsman, che Mortati ritiene «urgentemente sollecitata dal progressivo peggioramento della funzionalità della pubblica amministrazione, e dal correlativo accrescersi della sfiducia dei cittadini in ordine ad essa, in contrasto con le esigenze derivanti dall'espandersi degli interventi statali in campi sempre più vasti»¹⁹¹. Al fine di condurre in porto un'indagine comparatistica

sinistra della DC (1948), Roma, Donzelli, 2013, pp. 87 ss.; ancora recentemente, alla vicenda è fatto altresì riferimento da P. Pombeni, *Giuseppe Dossetti. L'avventura politica di un riformatore cristiano*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 61 s..

¹⁸⁸ Dieci anni dopo, su *L'Espresso* del 18 maggio 1958, Mortati torna (con un breve articolo di cui è conservata copia tra le sue carte) sul tema dei rapporti tra vita politica e vita religiosa, tra dottrina morale e orientamenti politici: «Secondo me, le scelte elettorali non coinvolgono alcun problema morale: esse restano esclusivamente in una zona che potrei definire strumentale per il cattolico [...] Intanto ritengo che la Chiesa non abbia neppure le conoscenze, le esperienze necessarie per poter valutare le diverse situazioni politiche. Ma se anche possedesse queste informazioni e queste attitudini, sarebbe un compromettere la sua missione, legarla o identificarla con determinati partiti politici. Il cattolico ha dunque il diritto, e per mio conto aggiungerei addirittura il dovere, di respingere istruzioni vincolanti della gerarchia ecclesiastica a proposito di scelte elettorali». Lo stesso anno, Mortati ha occasione di ribadire la propria appartenenza ai «cattolici di un dato tipo, riprovati da altri cattolici di diversa formazione» e la personale autonomia culturale-religiosa in una lettera a Leopoldo Piccardi (del 24 giugno), con cui prende le distanze dalla sezione romana dell'Associazione per la libertà religiosa ritenendo che la sua azione fosse assurda «troppo spesso a propaganda anticattolica, a banco di accuse per i valori e le pratiche del cattolicesimo».

¹⁸⁹ Sulle finalità perseguite dal Movimento (di cui si conservano nell'archivio pubblicazioni sui temi, tra gli altri, della degenerazione partitocratica e della riduzione delle spese per le campagne elettorali), v. R. Chieppa, *Costantino Mortati e Alleanza costituzionale e MOP nella crisi dei partiti politici*, Relazione al Convegno "Costantino Mortati": "Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale", Roma, Camera dei deputati, 14 dicembre 2014.

¹⁹⁰ Indice dell'impegno profuso di Mortati nel promuovere in più modi e in diverse sedi l'introduzione in Italia dell'Ombudsman (da lui già ipotizzata alcuni anni prima: C. Mortati, *Il controllo parlamentare sulla Pubblica Amministrazione*, in *Rassegna parlamentare*, 1965, pp. 353 ss.), è anche l'"incidente" nato dalla sua partecipazione ad una trasmissione televisiva sul tema delle "raccomandazioni". L'episodio dette spunto al deputato Salvatore Foderaro (suo avversario politico dai tempi della sfortunata campagna elettorale calabrese) per la presentazione (il 27 novembre 1969) di un'interrogazione parlamentare in cui si giudicava inopportuna, in ragione della carica ricoperta, l'apparizione televisiva di Mortati (nonché la sottoscrizione da parte sua di una lettera aperta sulla riforma universitaria allora all'esame del parlamento). Il fenomeno delle "raccomandazioni", in realtà, interessava a Mortati per la sua correlazione con il malfunzionamento della pubblica amministrazione e per l'argomento che poteva da ciò trarsi a sostegno della propugnata introduzione dell'Ombudsman. Tra i messaggi di solidarietà da lui ricevuti in quella occasione si segnala quello, di tono ironico, di Andreotti, il quale congratulandosi per la sua «diligenza nel leggere il bollettino del gruppo» parlamentare, «inflazionatissimo strumento», lo invita a non curarsene e lo rassicura sul fatto che la Corte costituzionale, per l'oggettività delle sue decisioni e per l'indipendenza e il senso di responsabilità dei suoi membri, fosse «uno degli istituti non contestati dalla coscienza del paese».

¹⁹¹ Jemolo (lettera del 30 dicembre 1964), accetta di buon grado l'impegno, se l'iniziativa può servire non solo «a scuotere i disinteressati», ma ad indurre «coloro che prendono un interesse per i problemi di carattere generale a vedere i problemi concreti, ad uscire dalle genericità». La progettata istituzione del difensore civico è per Mortati occasione di contatto e di confronto anche con Aldo Capitini. In una lettera dell'8 gennaio 1964 sull'argomento del *Movimento di Opinione Pubblica*, Capitini riconosce che il tema «dell'assistenza ai cittadini nei loro rapporti con la pubblica amministrazione è importante e può

sull'istituto del commissario parlamentare, una sollecitazione rivolge anche a Leopoldo Elia, poi esitata in un dossier predisposto nel 1971 dagli uffici della Camera ¹⁹². In tale occasione Mortati riconosce gli ostacoli all'introduzione in Italia «di un istituto che arieggi all'«Ombudsman»», evocando nodi problematici per certi aspetti analoghi a quelli dibattuti, in anni a noi meno lontani, relativamente all'istituzione delle «autorità indipendenti» di garanzia e al sistema dei controlli parlamentari: «Ve ne è un primo, relativo al modo di inserire nella funzione di controllo parlamentare un organo che pur derivando dalle Camere (ma – si chiede Mortati - con quale procedimento di investitura?) ed esercitando alcuni dei poteri a queste spettante, non ne faccia parte e rimanga anzi da esse indipendente». V'è, poi – aggiunge Mortati -, la questione del contenuto e dell'estensione delle sue prerogative anche rispetto al potere parlamentare d'inchiesta ¹⁹³.

Sullo stesso progetto Mortati si confronta anche con Temistocle Martines; il quale, interessato ai temi delle autonomie locali, si domanda però se gli obiettivi del Movimento, proteso a «svolgere la sua azione sul piano politico dei rapporti fra il cittadino e lo Stato», non possano essere piuttosto perseguiti in relazione al governo locale, «in misura prevalente sul piano comunale per tentare di costituire – laddove manchi – un'opinione pubblica che influisca sulla impostazione e la soluzione dei problemi politico-amministrativi» ¹⁹⁴.

Ma in sede politica, la proposta di Mortati s'infrange sul timore che, in mano ai partiti di opposizione, l'istituto da introdurre potesse divenire strumento di lotta politica e servire «per sindacare l'attività discrezionale del Governo»: questa, in particolare, era stata la pregiudiziale di Moro, come a distanza di tempo a Mortati riferisce Luigi Preti in una sua lettera ¹⁹⁵.

La preoccupazione, evidente, di Mortati è indotta soprattutto dalla ancora carente «predisposizione dei congegni idonei a rendere possibile quella più intensa partecipazione dei cittadini alla gestione della cosa pubblica, che com'è pacifico costituisce una delle finalità più essenziali da conseguire». Oltre al potenziamento dell'iniziativa popolare e del controllo dell'amministrazione, con particolare riferimento all'ordinamento regionale, «non dovrebbe poi trascurarsi l'introduzione di quegli istituti, come le udienze da parte dei consigli di cittadini o

intrecciarsi con i C[entri di] O[rientamento] S[ociale]», ovvero gli strumenti associativi e di pubblico confronto con cui egli, sin dal 1944 con il primo esperimento a Perugia, aveva perseguito la realizzazione di spazi di democrazia diretta e di condizioni favorevoli ad una decentralizzazione del potere, e per rimediare al problema – scrive Capitini – di una «opinione generale che non ha organi suoi» rispetto alla stampa e ai suoi condizionamenti.

¹⁹² *Ricerca sul Commissario parlamentare: ordinamenti stranieri e progetti italiani*, a cura del Segretariato generale della Camera dei deputati, (con introduzione di A. La Pergola), Roma, Servizio studi legislazione e inchieste parlamentari, 1971.

¹⁹³ Peraltro, «l'eventuale introduzione da noi di un istituto come il Commissario parlamentare», scrive ancora Mortati in una lettera indirizzata ad un dirigente sindacale il 27 ottobre 1976, «presuppone, per riuscire efficace e produttiva di risultati utili, di una sua organizzazione che non si risolva nella pura e semplice raccolta di denunce di casi più o meno clamorosi del cattivo funzionamento degli uffici, ma consenta all'organo investito di tale compito una serie di accertamenti, anche di ufficio, relativi al concreto di esplicarsi della generale attività amministrativa, e lo metta in costante relazione con ai vari organi preposti al controllo della P.A., a cominciare dal Parlamento, dal quale il «Commissario» dovrà attingere l'investitura».

¹⁹⁴ «Può, in altri termini» prosegue Martines in una lettera del 2 luglio 1966 «il movimento [di opinione pubblica] tentare di istituire quel contatto tra governanti e governati che, su dimensione comunale, è più essenziale e meno episodico di quello che dovrebbe istituirsi fra il cittadino e lo Stato? E non sarebbe, forse, questo il modo migliore per avvicinare, attraverso la società intermedia «comune», i governati ai governanti? Ritengo, al riguardo, che ogni vera ed efficiente democrazia abbia le sue radici nelle comunità locali ed in esse trovi la sua matrice e i motivi del suo sviluppo sino a raggiungere lo Stato».

¹⁹⁵ Con riguardo all'*Ombudsman*, in una lettera a Mortati del 1969 Luigi Preti ricorda di aver in precedenza proposto, in veste di Ministro per la Riforma burocratica, «a Moro di studiarne l'adozione anche in Italia», ottenendone però il netto rifiuto «per il timore che l'organo diventasse uno strumento politico delle opposizioni».

gruppi (le *hearings*) per assicurare la massima aderenza delle misure normative da adottare alle concrete esigenze cui sono rivolte. Nel campo dei controlli poi oltre all'estensione di procedimenti amministrativi occorrerebbe offrire ai singoli più ampie possibilità di promovimento di “azioni popolari” contro le attività illegittime o delittuose degli amministratori locali»¹⁹⁶.

In questo clima (per il quale assume quasi valore di “manifesto” il commento del 1975 all'art. 1 della Costituzione nel *Commentario Branca*¹⁹⁷), prende forma il volume sull'*Ombudsman* pubblicato nel 1974, la cui gestazione è documentata nell'archivio, oltre che dai materiali di lavoro, dalla corrispondenza con Giuseppino Treves, coordinatore del gruppo torinese che vi contribuì con il reperimento e la traduzione di leggi straniere¹⁹⁸.

2.4 Il mandato di giudice costituzionale

Il dodicennio di Mortati alla Corte (1960-1972)¹⁹⁹ si proietta su una parte quantitativamente cospicua dell'archivio. Di questa però dovremo qui sacrificare diversi aspetti d'interesse (la sua nomina a giudice costituzionale²⁰⁰ dal presidente Gronchi, per succedere a Perassi dopo l'espressa rinuncia di Maranini; la vice-presidenza della Corte, infine accettata nonostante - come una volta ebbe a scrivergli Sandulli – la sua «ineguagliabile e stravagante modestia»²⁰¹; l'attività della Commissione Studi e Regolamenti, di cui Mortati fu membro in una fase ancora fondativa

¹⁹⁶ Così in una lettera, concernente l'attuazione dell'ordinamento regionale, inviata al direttore del *Corriere della Sera*, del 20 gennaio 1970, suggerita a Mortati dalla precedente pubblicazione di un articolo di Indro Montanelli. «Ma la carenza più grave» prosegue Mortati, «imputabile alla costituente riguarda la determinazione degli ambiti territoriali-regionali. Chi scrive quale membro della commissione dei 75, ebbe a prospettare all'inizio della discussione sull'ordinamento regionale, l'esigenza di una raccolta, anche sommaria di dati ed elementi intorno alla struttura oltre che geografica anche socio-economica delle varie parti del territorio nazionale allo scopo di dar vita a nuclei di autonomia per quanto possibile omogenei ed integrabili nel loro interno, con riferimento alla diversa composizione delle loro varie parti al rapporto città campagna, fra zona agricola e industriale zone sviluppate e zone depresse ecc. La proposta non fu presa in alcuna considerazione [...]».

¹⁹⁷ C. Mortati, *Art. 1*, nel *Commentario alla Costituzione italiana* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1975.

¹⁹⁸ *L'ombudsman: il difensore civico*, a cura di C. Mortati (con la collaborazione di G. De Vergottini, A. Di Giovine, F. Pizzetti), Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1974. In una lettera a Luigi Preti del 3 novembre 1969, Mortati spiega che finalità della ricerca è quella di «accogliere i dati circa l'effettivo funzionamento dell'organo là dove è stato creato allo scopo di farsi sostenitore di una riforma che gli dia diritto di cittadinanza presso di noi (e Dio sa quanto la nostra amministrazione ne abbia bisogno)».

¹⁹⁹ Non aveva avuto successo una precedente designazione, nel 1955, di Mortati come candidato alla Corte, argomento di una lettera inviatagli da Antonio Segni che ne aveva avanzato la proposta: «mi duole assai che, nelle varie combinazioni e dosaggi di componenti la Corte, sia rimasto escluso il tuo nome che io avevo proposto. L'esclusione non è dovuta certo a considerazioni relative alla tua persona (al di sopra di ogni discussione), ma a un delicato equilibrio [...]. Ora si renderanno liberi dei posti alla facoltà di Roma, ed io mi auguro che tu possa presto venire qui: per la Corte non mancheranno occasioni future.» Ma già nel 1948, è Dossetti ad auspicare la nomina alla Corte di Mortati, come si apprende da una sua lettera del 4 luglio: «[...] non voglio trascurare una delle cose che più mi stanno a cuore: cioè la tua nomina alla Corte costituzionale. [...]»

²⁰⁰ Delle lettere di felicitazione pervenutegli in occasione della nomina a giudice costituzionale, Mortati conservò quelle dei vecchi colleghi dell'ateneo messinese. Gli scrive Salvatore Pugliatti: «Carissimo, apprendo la notizia della tua nomina a giudice costituzionale, con grande gioia ed anche con personale soddisfazione, perché io *ti ho* designato subito, senza esitazione, e ne avevo fatto parola ad amici e colleghi ... Di tanto in tanto le cose vanno come *devono* andare. [...]». Un altro messaggio augurale gli giunge da Francesco De Martino: «[...] Ecco una delle poche cose buone in questi tempi non precisamente felici! Finalmente un uomo di alto valore scientifico, di profonde e nobili convinzioni ideali, non un politicante della giornata o un servo dei potenti [...]».

²⁰¹ Così Sandulli a Mortati in una lettera del 21 giugno 1972.

dell'organizzazione interna dell'Organo²⁰²; la mole considerevole di appunti riferiti alle questioni di legittimità costituzionale esaminate²⁰³, e limitarci a un singolo profilo, che consente di verificare, una volta di più, come fosse naturale per la riflessione di Mortati intersecare il piano dei progetti di rinnovamento istituzionale e quello della ricerca scientifica e degli argomenti per essa selezionati.

Caso emblematico di questo andamento concentrico verso l'obiettivo è l'introduzione del *dissent* dei giudici costituzionali da lui perseguita: mentre raccoglie gli scritti pubblicati nel '64 sulle opinioni dissenzienti²⁰⁴, in seno alla Corte affronta, senza successo, le riserve e le perplessità di altri giudici in ordine al modo di adottare l'istituto nell'ordinamento della Corte, e sulla stessa opportunità di provvedervi.

I documenti e i carteggi interni alla Corte che si rinvengono tra le carte di Mortati possono, a questo riguardo, suscitare interesse considerata anche la perdurante attualità della questione²⁰⁵. Come giudice in dissenso, egli stesso ha già avuto almeno un'occasione, nel 1965, di manifestarlo al Presidente della Corte relativamente ad orientamenti prevalsi in Camera di consiglio²⁰⁶; e nel 1972, poco prima di lasciare la Corte, in un'altra circostanza chiederà di essere dispensato dalla stesura di decisioni che non condivide²⁰⁷. Nel frattempo, la proposta di modifica delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte, finalmente presentata da Mortati nel 1968 assieme alla relazione illustrativa, ha stentato ad essere iscritta all'ordine del giorno della Commissione studi e regolamenti; e nelle lettere ricevute dai giudici più dialoganti, le ragioni di (in)opportunità che gli vengono opposte poggiano, più che su preclusioni di principio, sul timore che una simile

²⁰² Il fascicolo dedicato alla Commissione Studi e Regolamenti (composta da tre giudici e dotata del supporto segretariale del direttore dell'Ufficio Studi) contiene documenti istruttori e verbali concernenti, tra l'altro, l'organizzazione degli uffici della Corte; l'introduzione (a metà degli anni Sessanta) del regolamento del personale; la disciplina delle ricerche e studi di diritto comparato; la creazione di un massimario delle pronunce della Corte. Peraltro, anche nella sezione epistolare dell'archivio si rinvengono elementi utili per una ricostruzione storica dell'organizzazione interna della Corte, specie con riguardo alle competenze e al *modus operandi* della Commissione suddetta e ai suoi rapporti con altri organi interni. In una lettera inviata a Mortati nel giugno 1965, il collega Michele Fragali (giudice costituzionale dal 1960 al 1972) scrive: «[...] Ti confesso che, se il nostro compito dovesse limitarsi alla direzione dell'ufficio studi, non sarei disposto a continuare a far parte della commissione. Questa ha una competenza vastissima ed è il vero organo propulsore dell'attività normativa della Corte; non si tratta di far molto o poco, ma di fare ciò che vuole il nostro regolamento generale. L'ufficio di presidenza ha poteri esclusivamente di amministrazione e contabilità: in quanto predisporre il bilancio ha *os ad loquendum* soltanto sulle proposte della commissione che impegnano la spesa ed esclusivamente per indicare se il bilancio può sopportarla. Per il resto è la Corte che provvede. [...]»

²⁰³ Sul lavoro svolto da Mortati in qualità di giudice costituzionale e, in particolare, sulle sentenze e ordinanze dalla Corte pronunciate ad esito dei giudizi nei quali egli fu relatore, v. Carusi e A. Pizzorusso, *Mortati e la corte costituzionale*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, cit., pp. 205 ss.

²⁰⁴ *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, a cura di C. Mortati, Milano, Giuffrè, 1964. Le riflessioni del curatore, espone nella *Premessa*, sono state sviluppate in C. Mortati *Considerazioni sul problema del «dissent» nelle pronunce della Corte costituzionale italiana*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Maranini, Firenze, Vallecchi, 1966, pp. 155 ss.

²⁰⁵ Tra gli studi in materia, risalenti a diverse stagioni dell'elaborazione dottrinale ma con sostanziale continuità delle premesse fondamentali, cfr. V. Denti, *La Corte costituzionale e la collegialità della motivazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1961, pp. 434 ss.; S. Rodotà, *L'opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, in *Politica del diritto*, 1979, pp. 638 ss.; *L'opinione dissenziente*, a cura di A. Anzon, Milano, Giuffrè, 1995 (Atti del Seminario svoltosi presso la Corte costituzionale il 5 e 6 novembre 1993); S. Panizza, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1998; da ultimo, S. Cassese, *Lezione sulla cosiddetta «opinione dissenziente»*, ora in *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2015, pp. 275 ss.

²⁰⁶ In una questione di legittimità costituzionale concernente la competenza dei consigli comunali a giudicare in prima istanza sui ricorsi in materia elettorale (1965).

²⁰⁷ In relazione al rispetto dei termini della deliberazione del Consiglio dei Ministri concernente la proposizione dinanzi alla Corte costituzionale di un ricorso dello Stato contro la Regione Lombardia (1972).

innovazione possa finire per radicalizzare le divergenze interne, così pregiudicando l'armonia del collegio e la sua funzionalità²⁰⁸.

La riforma proposta da Mortati, nel merito, mirava ad introdurre nelle modalità di deliberazione delle sentenze ed ordinanze della Corte l'indicazione «nella sentenza del nome dell'estensore, per dare rilevanza esterna all'ipotesi in cui al relatore non si è affidata la redazione della motivazione della sentenza perché ha dissentito dall'opinione della maggioranza dei giudici», e ad «attribuire ai giudici dissenzienti la facoltà di far note le ragioni del loro dissenso dalla decisione o dalla motivazione della stessa». L'innovazione sarebbe stata giustificata da una serie di favorevoli ragioni: in particolare, dal «particolare valore che assume, nelle sentenze costituzionali, la motivazione», e dall'organicità e compiutezza che questa avrebbe acquisito ammettendo la notorietà di eventuali dissensi; «dall'impulso che il dissenso conferisce al maggiore approfondimento di tutti gli aspetti delle questioni sottoposti a decisione»; «dall'opportunità di arricchire la sentenza di impostazioni e svolgimenti suscettibili di feconda futura utilizzazione». Inoltre, la notorietà delle opinioni dissenzienti avrebbe avuto il vantaggio di fornire ai giudici di merito «elementi utilizzabili per la riproposizione della questione in termini diversi quando essa è dichiarata non fondata», mentre il legislatore avrebbe potuto «desumere, dagli orientamenti contrapposti, spunti utilizzabili nell'esercizio della sua funzione». Infine, Mortati adduceva quale ulteriore argomento a favore la tipica mancanza, negli organi di giustizia costituzionale, «di quel minimo di elasticità strutturale che viene agli organi di giustizia ordinaria dalla loro ripartizione in più sezioni, e dalla maggiore mutevolezza dei componenti i collegi», rimediabile, appunto, dal dinamismo conseguente a un'apertura verso l'esterno «attraverso la indicazione in sentenza dei motivi di dissenso dalle opinioni di maggioranza»²⁰⁹.

Peraltro, Mortati si era per tempo attivato anche all'esterno della Corte per conseguire lo scopo. In una lettera a Ugo Natoli del 1964, gli annuncia di aver «predisposto uno schema di disposizione che potrebbe trovar posto nelle 'norme integrative' già esistenti, relative al procedimento pei giudizi innanzi alla Corte», e di volerla presentare affinché sia messa in discussione. Ma poiché «prevede notevoli opposizioni, un dibattito più ampio potrebbe favorire la diffusione del consenso», ed è il motivo per cui ha curato la raccolta di scritti. Giudica utile anche l'idea avanzata da Natoli di far presentare in parlamento un progetto di legge, «ma – scrive – sarebbe

²⁰⁸ Le perplessità degli altri giudici della Corte (specie se provenienti dalle giurisdizioni superiori e dall'esperienza dell'esercizio di funzioni giurisdizionali collegiali) trovano espressione in una lettera del 1968 di Angelo De Marco (giudice costituzionale dal 1968 al 1977, proveniente dal Consiglio di Stato), il quale ritiene la mancata previsione del *dissent* conforme a regole di prudenza e allo scrupolo di tenere il collegio immune da «punte polemiche, considerazioni, apprezzamenti, anche di natura non strettamente giuridica, che, dato l'alto livello ed il senso di responsabilità di chi si esprime, è da sperare non arrivino ad essere volutamente offensive, per gli appartenenti alla maggioranza, ma, obbiettivamente e, qualche volta, necessariamente possono, anzi debbono essere o apparire tali». Ciò, per quanto concerne «la fonte di dissidi e forse anche di risentimenti» che la pubblicità esterna del dissenso potrebbe rivelarsi in luogo del suo rimanere «circoscritto nell'ambito ristretto della Camera di Consiglio», dove il disagio del dissidente può esaurirsi nel suo rifiuto di estensione della sentenza, senza lasciare tracce; per quanto riguarda, invece, la dimensione esterna alla Corte, l'introduzione del *dissent*, secondo De Marco, avrebbe potuto dare innesco a speculazioni, insinuazioni, tanto più gravi quanto più le questioni avessero rilevanza politica.

²⁰⁹ I passi sono tratti dalla minuta dattiloscritta di una relazione predisposta per la Commissione studi e regolamenti (non datata, ma del 1968), concernente la *Proposta di modificazione delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte del 1956*, con riferimento – tra l'altro – alla modifica dell'art. 18 e dell'aggiunta dell'art. 18 *bis* al fine di introdurre l'opinione dissenziente dei giudici costituzionali. Come può constatarsi, i motivi a suo tempo adottati da Mortati non si discostano da molte delle argomentazioni ancor oggi sostenibili, e da alcuni sostenute, a favore dell'introduzione delle «opinioni separate» o dei «voti di scissura» nell'ambito delle giurisdizioni costituzionali: cfr. il «florilegio» di opinioni, pro e contro, ora enumerate da S. Cassese, *op. loc. cit.*

controproducente se l'iniziativa partisse da determinati gruppi politici dovendosi escludere da essa ogni anche lontana apparenza di partitocità. Sicché solo a patto di raccogliere firme di parlamentari di tutti i partiti sarebbe opportuno dar corso al Suo suggerimento».

Le diffuse riserve verso innovazioni da cui potesse derivare (oppure essere intensificato) un profilo di “attivismo” della Corte costituzionale, con il rischio di una sua esposizione politica dagli esiti imprevedibili, ricorrono in altre lettere conservate da Mortati, che ne attestano l'apertura al confronto con gli altri studiosi nonostante la diversità degli orientamenti. In una lettera del 1967 (in risposta ad una di Mortati non presente in archivio), Giovanni Bognetti si schiera «contro la prospettiva di una Corte costituzionale “impegnata” sul terreno della lotta politica, e quindi temo che, per questa parte, il mio giudizio non coincida interamente col Suo»²¹⁰. Riferendosi al modello statunitense, Bognetti precisa che la «ragione per la quale, mentre mi sento di approvare l' “attivismo” della Corte americana, vedrei con preoccupazione un analogo “attivismo” della Corte italiana, si trova nel fatto che in Italia, a differenza di quanto accade negli Stati Uniti, la basi dell'organismo statale mi paiono, ancor oggi, estremamente fragili, e tali da sopportare male – o per lo meno con rischio – il sorgere di un nuovo centro di potere politico». Secondo Bognetti, infatti, «nel nostro ordinamento il problema è quello di tener in piedi, comechessia, per ora, la macchina dello stato, affidandosi, per la cura dei mali che l'affliggono, a una terapia lentissima e all'efficacia riparatrice del tempo. La terapia di urto di un attivismo giudiziario potrebbe, anziché rinvigorire l'organismo, debilitarlo ulteriormente, interferendo nei processi, già troppo complicati, di necessario compromesso tra le divergenti forze del paese».

L'argomento, in buona sostanza, rispecchia l'obiezione (non esente da una sfiduciata considerazione della solidità delle istituzioni statali e del grado di maturità del corpo sociale) che venne poi espressa in seno alla Commissione studi e regolamenti della Corte, per ritenere la proposta di Mortati «[non] adeguata all'attuale ordinamento italiano, né idonea a garantire l'indipendenza dei giudici, che è assicurata dalla segretezza delle discussioni di camera di consiglio prima ancora che dalla immunità per le opinioni e i voti espressi in quella occasione. Nell'attuale fase di sviluppo della società italiana, [...] la conoscenza del dissenso e delle sue ragioni potrebbe accentuare i contrasti, attenuare l'autorità della sentenza e il prestigio della Corte, indurre a qualificare i giudici con criteri di ordine politico, indebolire la fiducia nella loro obiettività, anche in vista del fatto che, nella generalità, si ha sempre il sospetto che giustizia non sia fatta, per ragioni estranee ad essa»²¹¹.

Vano lo sforzo, dunque, da Mortati perseguito attraverso l'opera di sensibilizzazione documentata nel suo archivio²¹², di sgombrare il campo da simili obiezioni; di far riconoscere che la Corte fosse ormai «[...] collocata tanto in alto della pubblica estimazione da fare ritenere che la posizione raggiunta in nessun modo potrebbe, dalla pubblicità che si desse alle opinioni dissenzienti, essere esposta ai pericoli prospettati [...]»²¹³; e di portare, in seno alla Corte, la

²¹⁰ È il tema del discorso inaugurale dell'anno accademico poco prima tenuto a Urbino, poi pubblicato: G. Bognetti, *La Corte costituzionale e la sua partecipazione alla funzione di indirizzo politico dello Stato nel presente momento storico*, in *Jus*, 1967.

²¹¹ Minuta della *Relazione* per la Commissione studi e regolamenti, cit., che riporta l'obiezione mossa da uno dei suoi componenti basata anche sull'esempio rappresentato dal diverso criterio allora adottato dal *Bundesverfassungsgerichtshof*.

²¹² Al riguardo può segnalarsi, nella serie epistolare, l'interesse scientifico espresso verso la proposta di Mortati da processualisti come Mauro Cappelletti ed Enrico Tullio Liebman.

²¹³ C. Mortati nella *Prefazione* al volume su *Le opinioni dissenzienti*, cit., p. vii.

discussione su un piano di analisi oggettivo e razionale, che non si riducesse al confronto – come pure accadde in alcune occasioni - tra le opinabili ragioni della prudenza e il suo temperamento incline talvolta ad una insofferente immediatezza. A distanza di tempo, si è potuto dire che «forse, nel sostenere questa tesi, Mortati non teneva sufficiente conto della complessità delle decisioni della Corte: del fatto, cioè, che molto spesso le scelte non si risolvono nell'opzione fra l'accoglimento e il rigetto, bensì riguardano alternative molteplici e disomogenee, sia quanto ai dispositivi sia quanto alle *rationes decidendi*. Ma, certamente, la predilezione per le opinioni dissenzienti rifletteva il suo temperamento schietto e così alieno dai compromessi»²¹⁴.

A margine della sommaria rassegna documentale concernente l'attività del giudice costituzionale, non più di un cenno può qui farsi all'attività di avvocato davanti alla Corte, svolta da Mortati nel breve periodo antecedente alla sua nomina; le poche carte conservate fanno riferimento alla partecipazione, nel 1956, al collegio defensionale costituito con il sostegno di “Solidarietà democratica” nella prima causa all'esame della Corte, per sostenere la sindacabilità delle leggi anteriori alla Costituzione²¹⁵, e al cosiddetto “caso Oliva” da lui patrocinato nel 1960, in materia di eguaglianza tra i sessi nell'accesso agli uffici pubblici²¹⁶.

2.5 La direzione dell'*Enciclopedia del diritto*

Un ulteriore capitolo dell'archivio è quello concernente l'*Enciclopedia del diritto*, materia di un esiguo ma interessante nucleo documentale, che viene qui preso in considerazione non per il contributo di Mortati in veste di autore²¹⁷, ma come protagonista della stessa “officina” editoriale; esso attesta lo sforzo di Mortati²¹⁸ di tenere le redini di un'impresa del cui esito, a un certo punto, gli stessi direttori sembrano dubitare²¹⁹. Le lettere documentano la fatica

²¹⁴ Così L. Paladin, Presidente della Corte costituzionale, nella commemorazione di Mortati pronunciata nell'udienza pubblica del 5 novembre 1985.

²¹⁵ Corte cost., sentenza n. 1/1956, sulla illegittimità costituzionale delle disposizioni del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza concernenti le autorizzazioni dell'autorità di pubblica sicurezza per l'affissione di manifesti, la diffusione di stampati ed altre forme di comunicazioni al pubblico; Mortati è difensore assieme – tra gli altri - a Massimo Severo Giannini, Achille Battaglia, Piero Calamandrei, Giuliano Vassalli. Di questo suo impegno è traccia nella lettera di caloroso ringraziamento inviategli da Umberto Terracini il 28 aprile 1956.

²¹⁶ Corte cost., sentenza n. 33/1960.

²¹⁷ In questa prospettiva, il ruolo di Mortati è stato messo in luce, da ultimo, da A Barbera, *Il contributo dell' Enciclopedia del diritto agli studi di diritto costituzionale*, Relazione al Convegno tenuto all'accademia dei Lincei, Roma, 15-16 gennaio 2009.

²¹⁸ Mortati fu dal 1966 direttore della sezione pubblicistica assieme a V. Crisafulli, M.S. Giannini, G. A. Micheli; nel 1976 assunse la direzione generale dell'opera affiancato da Salvatore Pugliatti.

²¹⁹ Alcune lettere di Pugliatti rivelano l'alternarsi di momenti di sfiducia e di ritrovato slancio circa il completamento dell'opera. È quest'ultimo a scrivere a Mortati, il 14 aprile 1967: «L'impresa a cui collaboriamo è terribilmente gravosa, non per sé, ma per ... per la buona volontà degli altri. Non voglio analizzare il fenomeno, perché rischierei di scoraggiarmi e di scoraggiarti, ma voglio soltanto dire, a me stesso prima che a te, che non mi sembra il caso di dichiarare fallimento. Nonostante tutto una buona parte dell'*Enciclopedia* è stata pubblicata; abbiamo in cantiere due volumi (non uno solo); possiamo fare in modo da attuare il piano di curare più volumi contemporaneamente. Ma si capisce che – tu ed io specialmente – dovremo insistere e ... ingoiare bocconi amari». E ancora, il 29 aprile: «Vorrei cogliere l'occasione per dirti ancora una volta che noi, cioè *Tu* ed io, dobbiamo mandare avanti l'*Enciclopedia*, per molte ragioni, che vanno oltre anche le nostre persone, e pure per ragioni che ci toccano personalmente, anche se alcuni gentili Colleghi si divertono a fare, dentro e fuori, ostruzionismo, e più si divertirebbero se lasciassimo la presa!» Mortati replica, da parte sua (il successivo 5 maggio) che «[l']esigenza dell'impegno di un'effettiva e continuativa unità di opere [è] condizione sine qua non per la mia permanenza nel posto assegnato dalla tua fiducia e da quella dell'editore. Sono troppo consapevole della modestia dei miei mezzi e della mancanza di autorità nel campo scientifico e accademico per illudermi di potere da solo fare qualche cosa di serio e fruttuoso allo scopo di imprimere un ritmo più rapido alla pubblicazione senza abbassare il livello scientifico che si è ad essa voluto conferire. [...]».

dell'assegnazione delle voci e dei relativi aggiustamenti, della negoziazione delle scadenze e delle deroghe, delle sollecitazioni e, perfino, intimazioni alla consegna; la complessità organizzativa dell'impresa editoriale a un certo punto rende anzi necessaria, per Mortati, «che si concentri nelle mie mani (e naturalmente in quelle del collega prof. Pugliatti) meglio di quanto non sia avvenuto, ogni potere di decisione nei rapporti con i direttori di sezione e con gli autori, affinché siano rispettati da tutti, e senza eccezioni, i termini assegnati e liberamente accettati»²²⁰.

Gli schemi, gli appunti e la corrispondenza riferiti a questa laboriosa attività di coordinamento danno conto, talvolta, della genesi delle voci enciclopediche a partire dall'individuazione dei concetti e delle categorie, aprendo la visuale sull'elaborazione delle relative premesse teoriche. Si chiarisce, ad esempio, che la voce «Illecito», redatta da Pietro Trimarchi, non debba comprendere «la *responsabilità oggettiva* che è responsabilità *senza colpa*. In altre parole, essa non presuppone la violazione di una regola di condotta, deriva dunque da attività lecite e non rientra perciò nel tema dell'*illecito*», dovendosi semmai riservare a tale specie di responsabilità civile un'autonoma voce²²¹. In un altro caso, Guido Landi fa il punto sulla voce «Giustizia amministrativa» di Feliciano Benvenuti, «della quale sono stati riconosciuti gli innegabili pregi, ma è stato del pari riconosciuto che non corrisponde alla previsione» originaria di includere due sotto-voci riservate rispettivamente alla giurisdizione amministrativa e alla giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione. «A questo punto», riferisce Landi, «il prof. Giannini ha proposto di inserire una voce *Interessi (tutela giurisdizionale degli)*. Presumibilmente bisognerebbe aggiungervi la precisazione: *diritto amministrativo*, o altra analoga, se si ritiene (col prof. Nicolò) che interessi provveduti di tutela giurisdizionale possono esistere anche in diritto privato»²²².

Un aspetto singolare, di cui v'è traccia in questo fascicolo, è dato dall'interesse di Mortati (e, forse, dal suo adoperarsi) per la soluzione di un conflitto accessosi in relazione alla voce “*Negoziio giuridico*” redatta nel 1977 da Francesco Galgano (dopo una prima assegnazione a Giuseppe Stolfi) per il XXVII volume dell'*Enciclopedia*.

L'esposizione “eterodossa”, ideologicamente connotata, della materia da parte di Galgano (oltre che non del tutto inedita, come avrebbero invece voluto i canoni editoriali) suscitò la reazione critica di Angelo Falzea, e diede luogo ad uno scambio di lettere di cui è conservata copia nell'Archivio Mortati. La questione, benché sorta dal dissenso tra civilisti sul modo di accostarsi a quel “monumentale” istituto e di trattarne le categorie dogmatiche, investì seppure incidentalmente, per i termini in cui fu posta, la linea editoriale dell'opera e i suoi criteri di fondo; ma si concluse non appena la richiesta di Falzea di ridurre l'estensione della voce, espungendone

²²⁰ Lettera a Giuseppe Giuffrè del 24 giugno 1968. «Non è da nascondere» prosegue Mortati «che l'adozione di tali criteri di rigidità anche se fatti valere nei singoli casi con il massimo tatto e la necessaria deferenza, possa produrre in determinate circostanze delle incrinature nei rapporti medesimi ed esporre al rischio di dover rinunciare alla collaborazione di nomi illustri per ricorrere a quella di autori di minore fama».

²²¹ Lettera di Cesare Grassetti del 3 febbraio 1969, di accompagnamento della voce «*Illecito (diritto civile)*» di P. Trimarchi.

²²² Lettera di Guido Landi (senza data, ma fine 1968), il quale così conclude: «Ma se *interesse* è inteso col solo riferimento agli *interessi legittimi* (compresi i c.d. diritti affievoliti) ed agli *interessi semplici*, dove si colloca la tutela dei diritti soggettivi nei confronti della pubblica amm.ne (giurisdizione *ordinaria* e giurisdizione *esclusiva*)?» Alla questione fa riferimento anche l'analitico resoconto sull'assegnazione delle voci in tema di giustizia amministrativa precedentemente inviato a Mortati da Giannini il 29 ottobre 1968.

proprio le parti più espressive di una «posizione ideologica»²²³, venne recisamente respinta da Galgano²²⁴, poi rivoltosi anche a Mortati per chiarire il proprio atteggiamento²²⁵.

Può azzardarsi l'ipotesi che l' "incidente dottrinale" abbia trovato infine composizione mediante il sottotitolo assegnato allo scritto controverso ("*Premesse problematiche e dottrine generali*") e con la pubblicazione, forse in qualche modo "riparatoria" nei confronti delle posizioni più tradizionali, della voce di Giuseppe Mirabelli nel volume XXVIII pubblicato l'anno seguente ("*Negozio giuridico (teoria del)*")²²⁶. Ma quel che qui interessa segnalare è il ruolo arbitrario che nella *querelle* si suppone abbia avuto Mortati, e le sue annotazioni in tema di negozio giuridico, trascritte su alcuni fogli fitti di appunti in cui è schematizzata la voce enciclopedica criticata per non aver trattato il tema secondo i canoni ritenuti suoi propri.

3. Il carteggio e la rete dei corrispondenti

La sezione epistolare dell'archivio, di cui si è più volte segnalato il continuo intersecarsi tematico con le altre serie in cui si è suddiviso il fondo, copre un arco di tempo più che quarantennale, dagli anni '30 fino alla metà degli anni '70; cronologicamente inaugurata nel 1932 da un biglietto augurale di Jemolo, essa si conclude con l'omaggio che il presidente Amadei rivolge a Mortati in occasione delle celebrazioni per i venticinque anni di attività della Corte costituzionale (1977), pur sapendo che il giudice emerito non avrebbe potuto prendervi parte, data la sua grave infermità.

Formato da alcune centinaia di lettere ricevute da Mortati, l'epistolario annovera interlocutori assidui nel corso dei decenni e più sporadici corrispondenti; ma può immaginarsi che quanto ci è pervenuto sia il frutto anche di selezioni operate nel tempo forse dallo stesso Mortati, che

²²³ Scrive Falzea a Galgano il 15 gennaio 1977: «[...] La linea generale dell'Enciclopedia e l'impegno di fondo dalla stessa sempre mantenuto esigono che si dia ragione nelle singole voci e soprattutto in quelle che costituiscono i vertici dell'opera, della problematica integrale di ogni argomento e istituto. La sua trattazione coglie un momento importante di questa problematica, ma, anche per la presa di posizione ideologica da Lei assunta, lascia da canto punti fondamentali che da oltre un secolo costituiscono soste obbligate del pensiero giuridico. Si crea così una grave disarmonia, che l'Enciclopedia non si può permettere. A ciò si aggiunga che [...] buona parte del testo da Lei predisposto è costituito dall'articolo apparso nella Trimestrale. [...] Si tratterebbe, allora, a mio giudizio: a) di ridurre drasticamente la parte, diciamo così, ideologica, facendone un paragrafo introduttivo alla trattazione specifica dei problemi propri dell'istituto negoziale; b) di svolgere con adeguato approfondimento i temi che la scienza giuridica e la giurisprudenza trattano nella tematica del negozio giuridico [...]».

²²⁴ Nel respingere la richiesta di Falzea, Galgano precisa (in una lettera del 31 gennaio 1977) di aver accettato di redigere la voce per l'*Enciclopedia*, tra l'altro, «per esaudire la personale sollecitazione del prof. Mortati. E la circostanza che io avessi appena pubblicato un saggio sul negozio giuridico nella "Trimestrale" fu addotto tanto dalla Direzione editoriale quanto dal Prof. Mortati come ragione per la quale era caduta sulla mia persona la scelta dell'autore che avrebbe dovuto, nel ristretto termine di un mese, sostituirsi al compianto Giuseppe Stolfi nella redazione della voce in questione. [...] Per ragioni di principio ritengo poi di non poter accogliere la richiesta di "ridurre drasticamente la parte, diciamo così, ideologica". Giudico tale richiesta come gravemente lesiva della libertà di espressione del pensiero. [...]»

²²⁵ Con lettera del 23 febbraio 1977, Galgano si rivolge direttamente a Mortati: «Mi rincresce molto che la mia opera non sia stata apprezzata dal Prof. Falzea; ed ancora di più che mi sia stato chiesto, con censura del merito, "di ridurre drasticamente le parti, per così dire, ideologiche". La mia opinione, per ciò che può contare, è che la mia trattazione fosse calibrata secondo le specifiche esigenze della voce quale voce di inquadramento generale. Infatti, le trattazioni specifiche risultano distribuite fra molteplici altre voci, come Causa del negozio giuridico, Volontà, Vizi della volontà, Motivi, ecc., alle quali avevo fatto opportuno rinvio. Se Lei me lo chiede, sono dispostissimo ad ampliare il lavoro svolto (purtroppo non in tempi ristretti), fino a ricomprendere anche la trattazione di temi specifici. Ma debbo aggiungere che, a mia modesta opinione, questo sarebbe fuor d'opera [...]».

²²⁶ La parte assegnata a Mirabelli, in effetti, non figura nel primo schema predisposto per le sotto-voci di "Negozio giuridico", conservato da Mortati tra le sue carte.

darebbero spiegazione di apparenti lacune. Sono presenti in misura minima, purtroppo, le minute delle lettere inviate da Mortati; che si immaginano non poche, se deve considerarsi di qualche fondatezza la qualifica che ironicamente volle attribuirgli Giuseppe Bettiol, di «tormentato e tormentatore numero uno della compagine universitaria italiana»²²⁷. Tra le personalità di cui sono conservate alcune lettere nell'archivio si annoverano, oltre ai già ricordati Esposito e Jemolo con i quali Mortati fu in duraturo rapporto, Luigi Rossi e Sergio Panunzio²²⁸, il primo relatore della sua tesi di laurea, il secondo componente della commissione giudicatrice per il suo ordinariato; Giovanni Leone, con lui in contatto dal tempo della guerra e della cattedra napoletana; Giuseppe Dossetti²²⁹ e Aldo Moro, nel periodo della Costituente e della prima legislatura repubblicana; Salvatore Pugliatti, già collega dell'ateneo messinese, con cui condivise la gravosa responsabilità dell'*Enciclopedia del diritto*; nonché, tra gli accademici, per nominarne solo alcuni, Franco Pierandrei, Vezio Crisafulli, Aldo Sandulli, Antonio Amorth, Mario Nigro, nelle cui lettere si osservano, in filigrana, le vicende universitarie e concorsuali, le affinità degli interessi di studio, il saldarsi delle alleanze accademiche, ma talora anche l'atteggiamento verso accadimenti di portata più generale.

Certamente suggestive sono le lettere che testimoniano lo scambio intellettuale di Mortati con giuristi più giovani, dai quali è sovente interpellato per sottoporre piani di ricerca od avere indicazioni di studio; in tali casi la consultazione del carteggio consente di osservare in embrione, allo stadio del loro primo abbozzo, idee poi sviluppate in opere che stanno oggi sugli scaffali a segnare capitoli salienti del pensiero giuridico. Ciò egualmente si riscontra nel rapporto di Mortati con giuristi della generazione a lui immediatamente successiva, per i quali egli è già un interlocutore a cui rivolgersi con deferenza per riceverne il consiglio. Può qui richiamarsi, per le sottese questioni metodologiche oltre che per i profili teorici concernenti l'organizzazione costituzionale dello stato fascista, una lettera del maggio 1939 con cui Crisafulli chiede lumi a Mortati sul tema dell'indirizzo politico, a cui sta dedicandosi²³⁰. «Vinco gli scrupoli e mi faccio coraggio» scrive Crisafulli «a pregarla di un cenno di chiarimento e di incoraggiamento intorno ad un punto del lavoro che da tempo mi tormenta e che ha qualche relazione con un Suo lavoro in corso di elaborazione, del quale mi ha parlato il Prof. Panunzio, sulle leggi direttive²³¹. Partendo dal riconoscimento che il momento primo ed irriducibile della concezione del governo, come attività (sia come attività compresa nella funzione esecutiva, sia come funzione a sé) è la determinazione dell'indirizzo politico dello Stato, e contestata l'ammissibilità di costruire una vera e propria funzione di governo, sullo stesso piano di distinzione concettuale della classica tripartizione delle funzioni statali, esaminerò più davvicino e di proposito la natura giuridica, l'efficacia e i limiti eventuali di questa attività di indirizzo politico. Ed ecco il problema che mi

²²⁷ Così gli rimprovera scherzosamente Bettiol il 18 luglio 1953, aggiungendo: «Ma è proprio per questo che il mio affetto per te non è mai venuto meno [...]»

²²⁸ È del 1936 una lettera di Panunzio, il cui oggetto è la cattedra universitaria appena conseguita da Mortati: «[...] Per ora si contenti di Messina. La Sua Signora sopporterà cristianamente un po' la Sua lontananza. Messina, poi merita molto un bravo professore come Lei. Ma stia sicuro che Ella avrà subito una sede di pieno gradimento Suo e della Sua famiglia, e faremo tutto il possibile per portarla a Roma o nelle vicinanze. Per ora abbia un po' di pazienza, e sono sicuro che la vicinanza alla Sua Calabria non dispiacerà al suo spirito. [...]»

²²⁹ Attesta, in particolare, l'affinità ideale tra Mortati e Dossetti una lettera di quest'ultimo, del 4 luglio 1948: «[...] Mio carissimo, in questi giorni benedetti di silenzio e di raccoglimento che il Signore mi regala, sento anche più vivo il legame che mi unisce ad amici come te, che in tante occasioni mi sei stato esempio di lealtà, di disinteresse e di coerenza ideale. [...]»

²³⁰ V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati. Serie A, Rivista di scienze giuridiche*, a. 13 (1939), pp. 55-172.

²³¹ Il riferimento è all'opera maceratese del 1940 di Mortati, già richiamata *supra*.

preoccupa: tale attività può farsi rientrare, *sostanzialmente*, nella funzione esecutiva? Non mi sembra, dal momento che essa è *prima*, non soltanto dell'amministrazione, ma della stessa legislazione, la quale costituisce anch'essa realizzazione di un particolare indirizzo politico. Può considerarsi come legislazione? Effettivamente si tratta di un'attività normativa, che genera rapporti giuridici fra gli organi statali, e che potrebbe forse, in un certo senso, considerarsi quindi come costitutiva dell'ordinamento giuridico. Si tratterebbe forse delle cosiddette *leggi direttive*? Insomma, per fare un esempio, quando il Gran Consiglio delibera la Carta della Scuola o della Razza etc., questo atto/indirizzo politico, secondo la mia modesta opinione, che valenza giuridica ha? È legislazione, o voleva dirsi piuttosto espressione immediata dell'unità statale nelle tre funzioni tradizionali? Francamente, l'idea che si tratti di attività materialmente legislativa, mi seduce, forse maggiormente; ma non mi nascondo le gravi difficoltà della tesi. Vorrebbe essere così cortese da indicarmi, con Suo comodo, qualche scritto cui riferirmi su questo punto? [...].»

Peraltro, è Mortati, a sua volta, ad aver sottoposto all'austero giudizio di Donato Donati, nel 1936, la stesura provvisoria del proprio lavoro su *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*²³². In risposta, Donati ne loda il rigore del metodo e la sistematicità della trattazione; «nel merito,» precisa tuttavia, «debbo fare riserve sul concetto di causa, che sta a base del lavoro, e, soprattutto, sul tentativo di ricondurre la legge sotto la categoria del negozio giuridico in senso stretto, pur ammettendo che alcuni principi generali relativi agli atti giuridici, in quanto dichiarazioni di volontà, trovino applicazione anche riguardo alla legge. [...]»²³³.

Da un diverso angolo visuale, l'intreccio delle relazioni accademiche e culturali di Mortati può seguirsi lungo il filo degli inviti a lui rivolti per la partecipazione ad iniziative editoriali, progetti scientifici, convegni di studio. Anche la vita delle riviste giuridiche emerge, talvolta, nello scambio della corrispondenza; ciò può dirsi, ovviamente, per *Giurisprudenza costituzionale*, fondata da Esposito nel 1956 in concomitanza con l'inizio del funzionamento della Corte; ed anche per la *Rivista di diritto civile* inaugurata, l'anno precedente, da Walter Bigiavi dopo la vicenda della sua rottura con Enrico Redenti e della rinuncia alla condirezione della *Rivista trimestrale di diritto e di procedura civile*, riferita dallo stesso Bigiavi in una sua lettera²³⁴.

Per altro verso, il carteggio conferma come Mortati fosse pienamente calato nelle vicende dell'attualità politica e sociale. Ne possono fare testo le lettere del 1956 sui fatti d'Ungheria, con cui motiva il proprio distacco da talune associazioni; più tardi – ecco un altro esempio –, in

²³² V. *supra*, nota 24.

²³³ La lettera di Donati, del 24 gennaio 1936, così prosegue: «Nel curare la redazione definitiva, La consiglio di ritoccare e magari rifare il primo Capitolo, che fa l'impressione di essere condotto molto alla lesta e non sufficientemente sviluppato. Mi permetto anche di suggerirLe una più meticolosa cura nelle citazioni. Spiace, p. es., di vedere il Jellinek, nome di famosissimo maestro, trasformato regolarmente in Jellineck, e Zitelman in Zitelman, ecc.; e di trovare citata del primo la cattiva traduzione italiana, mentre Ella è in grado di consultare l'opera originale. [...] Per quanto riguarda il Suo programma di lavoro, ritengo che Le convenga liberarsi anzitutto, e possibilmente presto, di questo lavoro e mettersi poi a un tema di stretto diritto. [...]»

²³⁴ Della crisi insorta in seno alla *Trimestrale* e della fondazione della nuova rivista Bigiavi riferisce a Mortati in una lettera del 4 marzo 1955: «[...] Per la verità, qui a Bologna, avevo trovato i colleghi consenzienti; e, alla fine, nonostante molte resistenze, anche l'editore aveva finito per cedere. Ma poi c'è stato chi, sistematicamente, faceva fallire ogni possibilità d'accordo, forse perché era nei suoi piani il mio allontanamento dalla *Trimestrale*. Quando ho visto che non c'era più nulla da fare; che io non avevo scelta se volevo, come dovevo, salvaguardare la mia indipendenza, allora mi sono deciso al gran passo e ho fondato, presso la Cedam e con gli amici privatisti padovani, la *Rivista di diritto civile*. Certo il passo è stato molto doloroso, ché la *Trim.* era creatura esclusivamente mia, da me allevata durante 8 anni di lavoro intenso e faticoso. La *Trim.* era diventata una delle migliori riviste del mondo a prezzo del mio lavoro, dei miei sacrifici, delle mie molteplici rinunce. Ma, ti ripeto, non bisognava e non bisogna recriminare: io trovo che, in certe situazioni, bisogna avere il coraggio di riprendere ex novo il cammino durissimo. [...]»

occasione delle prime turbolenze universitarie romane del 1968, suggerisce a Nigro, a cui lo legava un rapporto di particolare di stima e affetto, un elenco di argomenti con cui possa replicare alle pretese avanzate dagli studenti e gettare basi per «un progetto di nuova struttura della Facoltà», che a suo dire non potrebbe affidarsi ad altro «cireneo» se non lo stesso Nigro stante la «particolare fiducia meritatamente in Lei riposta dagli studenti». A condizione, però, di «resistere decisamente e con energia ad ogni pressione che si rivolga ad obiettivi assurdi il cui accoglimento segnerebbe non tanto il solo e il danno dei docenti, ma l'eliminazione della stessa funzione degli studi superiori. [...] In attesa che si provveda a modificare l'attuale situazione il docente deve rimanere docente e non trasformarsi in uomo di fatica. Patteggiare va bene, ma non fino al punto del sacrificio di Origene.»²³⁵.

Pochi anni dopo, infine, Mortati si interessa attivamente al dibattito sviluppatosi intorno all'art. 7 Cost. e alla revisione del Concordato, non facendo mancare la propria opinione, argomentata nella chiave degli autolimiti costituzionali e dei principi supremi, sulla compatibilità del principio pattizio con la posizione di sovranità dello Stato e sulla impossibilità costituzionale di una modifica unilaterale dell'Accordo, che avrebbe potuto essere ottenuta solo attraverso la revisione od abrogazione dell'art. 7 della Costituzione. Altrimenti «non rimane altra via che contare sulla spinta [...] di quella parte delle forze cattoliche (alle quali io aderisco) che considerano nocivo alla Chiesa il mantenimento del regime concordatario»²³⁶.

Della serie epistolare non va infine dimenticato, accanto ai biglietti d'occasione e ai messaggi augurali di alte personalità che nell'insieme delineano la rete delle relazioni, il piccolo nucleo di lettere ricevute da studenti, comuni cittadini, associazioni civiche, la cui conservazione tra le carte di Mortati pare indicativa non tanto del facile compiacimento determinato nel destinatario dall'altrui stima e approvazione, quanto dalla premura verso il formarsi di quella pubblica «coscienza costituzionale» a cui egli volle sovente contribuire, anche attraverso la partecipazione ad iniziative civiche e di educazione ai valori costituzionali²³⁷.

4. Un dialogo tra generazioni

Una considerazione conclusiva può dedicarsi a un aspetto, potremmo definirlo inter-generazionale, che, tratto ancora una volta dalla serie epistolare, è forse di minore importanza in una visione d'insieme dell'archivio, e pare tuttavia qui potersi recuperare se vale a mettere a fuoco un tratto della personalità di Mortati.

Nella lettura della sua corrispondenza non è raro incontrare una ricerca del dialogo con interlocutori molto più giovani, una prontezza a confrontarsi con essi su temi giuridici o di attualità politico-istituzionale, nel quadro di rapporti che non appaiono segnati dalle reticenze o incomprensioni che pure possono insorgere – detto in termini pirandelliani – tra “i vecchi e i

²³⁵ Il riferimento è alla minuta della lettera di Mortati a Mario Nigro del 1° aprile 1968.

²³⁶ Al tema sono riferite una lettera di Mortati a Ugo Spirito del 1972, e uno scambio con il senatore della Gian Mario Albani intercorso l'anno precedente.

²³⁷ Questa opera educativa e di divulgazione (della quale un antecedente può individuarsi nella serie di volumi esplicativi a suo tempo pubblicati dal Ministero per la Costituente sotto la guida di Giacomo Perticone, Alberto Maria Ghisalberti, Giovanni De Maria, Ugo Forti) si traduce nella collaborazione di Mortati alla «*classe unica*», collana editoriale pubblicata dalla Eri/Rai: C. Mortati, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, 1959.

giovani”, quando nel loro scambio vengano a raffrontarsi gli ideali e le realizzazioni, le speranze e i fallimenti.

A questo riguardo segnalerei due lettere ricevute da Mortati, una del 1949 di Giuseppe Glisenti, al tempo direttore di *Cronache sociali*; l'altra, del 1969, di Alexander Langer. Nel momento in cui scrivono, il primo ha la metà degli anni di Mortati ormai avviato ai sessanta; il secondo ne ha poco più di venti mentre il suo interlocutore è prossimo a compierne ottanta.

Non abbiamo le lettere di Mortati, ma solo le repliche dei suoi interlocutori; è una lacuna che, come in altri casi, potrebbe essere colmata se l'Archivio divenisse catalizzatore di ulteriori documenti, e riuscisse ad ottenere in copia le lettere che di Mortati probabilmente si conservano in altri archivi privati.

Tuttavia, dalla risposta di ciascuno dei due corrispondenti si deduce, di riflesso, il tenore dei rilievi svolti da Mortati. Essi apparentemente replicano a osservazioni critiche, a giudizi forse anche trancianti (com'era nelle corde del costituzionalista) che devono averli indotti a dare chiarimenti sul proprio operato e sui propri obiettivi, a precisare la propria visione delle cose, a reagire a considerazioni del loro più anziano interlocutore che s'intuiscono venate da amarezza, oppure gravate dalla problematicità delle questioni discusse.

A ciò che Glisenti avverte come disincanto di Mortati (chiaramente riferibile alla vicenda del fascicolo mai uscito di *Cronache sociali*), egli oppone, nella sua replica, la necessità di continuare nei progetti di rinnovamento per poter «modificare questa realtà sociale di cui siamo a un tempo insoddisfatti e ignari.» E aggiunge: «C'è un pericolo per noi giovani: che gli anziani, delusi della loro vita, del loro mondo, si ritengano incapaci di essere le guide dei giovani; ci abbandonino per disprezzo verso sé stessi. [...] permetteteci di trarre insegnamento anche dai vostri errori.»

Dal canto suo, Langer è spinto da Mortati, sullo sfondo della questione altoatesina - nei termini in cui essa poteva porsi alla fine degli anni Sessanta-, a esporre e a motivare limiti e ritardi dell'iniziativa politico-culturale imperniata sulla rivista *Die Brücke*, di cui Langer fu assieme ad altri animatore; e a riconoscere che l'interessamento puntiglioso del costituzionalista «forse ci può aiutare a chiarire meglio le idee anche a noi stessi, oltre che evidenziare alcuni dei [...] punti deboli».

In entrambi i casi – benché riferiti a contesti del tutto diversi e intervallati di vent'anni -, i giovani corrispondenti di Mortati sembrano da lui ricevere lo stimolo ad argomentare le proprie posizioni, a superare reattivamente l'argine delle obiezioni mosse nei loro confronti sulla base di opinioni rese autorevoli - ma forse anche condizionate - dalla più lunga esperienza e dal tempo vissuto. Può dirsi che anche in questi episodi epistolari, proprio perché distanti dall'ambiente strettamente accademico, dalla deferenza rituale e dalle formule protocollari sue tipiche, si delinei di Mortati, nitida, la fisionomia del Maestro.

5. *Appendice* : Tabella dei corrispondenti

A-B	DATA
Ago , Roberto	1964
Albani , Gian Mario	1971
Alberigo , Giuseppe	1977
Alibrandi , Giuseppe	1966
Alimena ,Francesco	1948
Allen , Jane	1977
Allorio , Enrico	1946;1970
Amadei , Leonetto	1972;198
Amatucci , Giovanni	1946
Ambrosini , Gaspare	1966
Ambrosino , Rodolfo	1946
Amodio , Ennio	1967
Amoroso , Luigi	1954; 1956
Amorth , Antonio	1946;1948;1958;1972
Andreotti , Giulio	1969;1973
Andrioli , Virgilio	1970
Angeloni , Vittorio	1945
Arangio , Ruiz	1967
Ardigò , Achille	1972
Arena , Andrea	1946; 1960;1972;1977
Armaroli , Paolo	1977
Astuti , Guido	1968;1969
Atripaldi , Vincenzo	1969
Auletta , Giuseppe	1971;1977
Auricchio , Francesco	1943
Ausiello , Camillo	1952
Bagolini , Luigi	1977
Banfi , Antonio	1956
Barbera , Augusto	1971
Barbera , Antonio	1968;1971
Barile , Paolo	1967;1976;1977
Baritelli , Paolo	1964
Bartolazzi , Eugenia	1972
Basile , Silvio	1974
Bassanini , Franco	1968;1972;1973
Basso , Lelio	1971;1972;1974
Battaglia , Achille	1957
Benvenuti , Feliciano	1967

Benvenuto, Silvio	1971
Beria D'Argentine, Adolfo	1975
Berlinguer, Luigi	1975
Bettioli, Giuseppe	1953
Bigiavi, Walter	1955
Biscaretti di Ruffia, Paolo	1958;1967;1977
Bizzelli, Giovanni	1946
Bodei	1970
Bognetti, Giovanni	1967
Bonfanti	1972
Bonifacio, Francesco Paolo	1965;1969;1972;1977
Bonomi, Ivano	1945;1946;1947
Bosco, Giacinto	1972
Bozzi, Carlo	1968
Branca, Giuseppe	1965
Bricola	1977
Bronzini, Cesare	1984
C-E	DATA
Cafara P.	1946
Cajati, Agostino	1975;1976
Calamandrei, Piero	1949
Cammelli, Marco	1969;1970;1971;1972
Canaletti Gaudenti Alberto	1944
Cannada Bartoli, Eugenio	1960
Cansacchi, Giorgio	1946
Capalozza, Enzo	1969;1977
Capitini, Aldo	1964;1967
Capograssi, Giuseppe	1952
Cappelletti, Mauro	1964
Caputo, Luigi Agostino	1948
Caretti, Paolo	1979
Carroll – Abbing, Patrizio	1978;1979
Carullo, Vincenzo	1972
Carusi, Vittoriana	1971
Caruso, Francesco	1946
Casanova, Mario	1972
Casetta, Elio	1967
Cassese, Sabino	1971
Cersosimo, Sergio	1977
Cerulli, Enrico	1974
Cheli, Enzo	1972;1976
Chiarelli, Giuseppe	1946
Cicconetti, Stefano Maria	1969
Cicogna, A.	1965
Codignola, Arturo	1947
Conso, Giovanni	1968
Cosentino, Francesco	1948
Cossiga, Francesco	

Cotta, Sergio	1966
Crisafulli, Vezio	1939;1958;1966;1967;1968;1969
D'Agostino, Gemma	1970
Da Empoli, Attilio	1948
D'Antonio, Mario	1964;1968
D'Avack, Pietro Agostino	1969
Davoli, Remo	
D'Eufemia, Salvatore	1946
De Fina, Silvio	1959
De Francesco, Giuseppe Menotti	1936
Del Bo, Giuseppe	1977
Delle Fave, Umberto	1962
De Marco, Angelo	1968
De Martino, Francesco	1939;1960;1972
De Vergottini, Giuseppe	1970
Donati, Antigono	1964
Donati, Donato	1936
D'Orazio, Giustino	1964;1965;1968
Dorigo, Wladimiro	1964;1965
Dossetti, Giuseppe	1945;1947;1948;1950; 1962;1973
Elia, Leopoldo	1955; 1963;1965;1968;1973
Eredia, Antonio	1946
Esposito, Carlo	1937;1938;1939;1940;1945;1946;1952; 1956; 1957; 1958; 1959; 1964
M-P	DATA
Malintoppi, Antonio	1970
Manzella, Andrea	1974
Maranini, Giuseppe	1965;1968
Martines, Temistocle	1966
Martino, Gaetano	1967
Mazziotti, Di Celso Manlio	1969
Mechelli, Girolamo	1970
Mercadante, Francesco	1968;1970;1975
Meynaud, Jean	1953
Miele, Giovanni	1939;1940;1946;1972
Moccia, Oscar	1958
Monaco, Riccardo	1946
Moro, Aldo	1947;1948;1949;1953; 1967
Moro, Giovanni	1946
Morra, Di Lavriano Umberto	1974
Morselli, Enrico	1946
Mosconi, Pietro	1946
Motzo, Giovanni	1977
Murmura, Antonino	1948
Natoli, Ugo	1964
Nava, Santi	1979
Nenni, Pietro	1945;1946
Nicolò, Rosario	1977

Nigro, Mario	1948;1966;1972;1977
Noccioli, Giovanni	1976
Occhetto, Achille	1977
Oliva, Rosa	1959;1961
Onida, Valerio	1965;1967;1970;1972; 1977;1979
Opocher, Enrico	1966
Orestano, Riccardo	1962
Ortino, Sergio	1970
Pani, Francesco	1945
Panunzio, Sergio	1936;1977
Papaldo, Antonino	1965;1967;1968
Paratore, Ettore	1941
Paresce, Enrico	1940;1944
Pellegrinetti, Umberto	1946
Peters, Hans	1958
Petta, Paolo	1975
Piccardi, Leopoldo	1958
Piccioni, Attilio	1946
Picella, Nicola	1974
Picozzi, Luigi	1946
Pierandrei, Franco	1946;1955
Pierandrei , Romilde Luisa	1962
Piga, Franco	1967
Pintus, Mariano	1946
Piovani, Pietro	1966
Pizzetti, Francesco	1971
Pizzorusso, Alessandro	1964;1965;1966;1967;1970;1972;1977
Policastri, Francesco	1946
Pombeni , Paolo	1976;1977
Pomodoro, Livia	1972
Preti, Luigi	1949;1965;1969
Procopio, Luigi	1948
Prosperetti, Ubaldo	1946
Pugliatti, Salvatore	1951;1960;1966;1967
Q-S	DATA
Quadri, Giovanni	1966;1967
Rescigno, Pietro	1966,1967;1970;1979
Resta, R.	1946
Restagno, Pier Carlo	
Rhodio, Ferdinando	1946
Rizzo, Giovanni Battista	1972
Romagnoli, Umberto	1974
Romano, Santi	1936;1940;1950
Rossi, Guido	1975
Rossi, Luigi	1938;1940;1941
Rubino, Massimo	1972
Ruini, Meuccio	1946;1953
Rupp, Hans	1969;1971

Russomano, Mozart Victor	1976
Salamena, Ettore	1957
Sandulli, Aldo	1949;1969;1972
Saragat, Giuseppe	1946;1965;1968;1969
Saragoni, Sante	1955
Savignano, Aristide	1975
Scelba, Mario	1944
Schmid, Josef	1968
Sciascia, Gaetano	1962;1968;1973
Segni, Antonio	1936; 1955; 1957;1959
Sennhauser, Erwin	1968
Sensini, Alberto	1975
Severi, L.	1953
Severo, Massimo	1968
Siegenthaler, P.	1970
Spadafora	1945
Spirito, Ugo	1972
Stuffer, Siegfried	1968
Sullo, Fiorentino	1972
T-Z	DATA
Taviani, Paolo Emilio	1947;1948
Tavolaro, Silvio	1966
Tedesco, Luigi	1946
Terracini, Umberto	1946;1956;1965
Tesauro, Alfonso	1948
Torrente, Andrea	1969
Tosato, Egidio	1973
Trabucchi, Alberto	1966
Tranfaglia, Nicola	1972
Treves, Giuseppino	1946,1970,1971
Tupini, Umberto	1945
Turco, Alessandro	1948
Valentini, Ernesto	1963
Vandelli, Andrea	1946
Vinci, Gaetano	1937
Vito, Francesco	1964
Voci, Pasquale	1954;1966
Volterra, Sara	1965
Zagrebelky, Gustavo	1977

“RIFORMA COSTITUZIONALE: REFERENDUM PER PARTI SEPARATE O REFERENDUM PARZIALE?”

Introduzione

di Fulco Lanchester *

Qui di seguito sono pubblicate le relazioni introduttive di Paolo Carnevale e Massimo Siclari al primo dei due Seminari sulla riforma costituzionale, organizzato dalla nostra Rivista in collaborazione con il Master in Istituzioni parlamentari europee “Mario Galizia” per Consulenti di Assemblea su *Riforma costituzionale: referendum per parti separate o referendum parziale?* (Roma Sala delle lauree, 11 febbraio 2016) ²³⁸.

La posizione di chi scrive è stata invece socializzata, tra l'altro, con il titolo *Un contributo per il discernimento costituzionale* sull' *Osservatorio AIC*, Fasc. 1/2016 (13/4/2016). In questa sede posso solo ribadire, tra gli altri argomenti, che il quesito su cui si dovrebbe votare in occasione del referendum costituzionale ²³⁹ vulnera palesemente la libertà di voto e contraddice la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale in materia (sent.16/1978, applicabile anche all'art. 138 Cost.). Il referendum in questione, invece di essere una votazione su un atto normativo specifico, rischia inevitabilmente di divenire un plebiscito (ossia un atto di fiducia o di sfiducia nei confronti del Presidente del Consiglio), mentre deboli paiono le garanzie che il procedimento di preparazione della scelta rispetti i parametri internazionali per quanto riguarda il diritto di fornire e di acquisire informazione in materia.

Da queste due essenziali osservazioni discende la proposta di mettere in campo un'opera di discernimento adeguata, volta a “laicizzare” in modo opportuno la votazione referendaria in materia costituzionale e nello stesso tempo a rilegittimare il procedimento di revisione attraverso l'intervento del giudice delle leggi. In questa prospettiva c'è dunque da valutare, se non sia possibile, invece che schierarsi per il no o per il sì secco sul complesso del progetto, la posizione che – dal punto di vista tecnico – utilizza proprio lo strumento del discernimento, utilizzando: o il referendum parziale (l'iniziativa verte sulle parti non condivise dal Comitato promotore, che quindi

* Professore ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato, Dipartimento di Scienze politiche – Università di Roma “La Sapienza”.

²³⁸ Il secondo si è tenuto il 30 marzo 2016 con una relazione introduttiva del Presidente emerito della Corte costituzionale Ugo De Siervo.

²³⁹ «Approvate il testo della legge costituzionale concernente “Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del Cnel e la revisione del Titolo V della parte II della Costituzione?».

sottopone al *demos* solo alcuni aspetti della legge); o il *referendum per parti separate*, per cui viene sottoposto al *demos* l'intera legge divisa per parti separate puntuali ed omogenee.

La strada per raggiungere simili obiettivi è certo faticosa e passa per la legge n. 352/1970, che nel caso dei *referendum ex art. 138* è singolarmente elusiva a causa della convenzione costituzionale, esistente alla data della sua approvazione, volta ad evitare le consultazioni popolari. Essa può essere perseguita da tutti i soggetti interessati a promuovere il quesito referendario anche in scala, ovvero seguendo una scansione dal generale al particolare.

La posizione suggerita è, da un lato, volta ad assicurare il rispetto degli *standards* indispensabili in uno Stato di diritto democratico e costituzionale, dall'altro la possibilità di articolare la posizione dei cittadini coinvolti al di là di una alternativa brusca tra prendere e lasciare. La novità sarebbe rappresentata dall'esistenza di promotori diversi, gli uni con il cosiddetto "quesitone", gli altri con quesiti distinti.

C'è da chiedersi quale sarebbe la posizione dell'Ufficio centrale per il *referendum* presso la Cassazione. È, infatti, vero che la legge n. 352 parla solo di "*legge costituzionale*" sottoposta a *referendum*, ma la questione della costituzionalità della stessa riporta alla necessità di evitare che esistano *zone franche* nel diritto costituzionale soprattutto in materia di espressione della volontà popolare. L'Ufficio centrale per il *referendum* può dunque essere lo strumento per arrivare alla Corte costituzionale, estromessa dal legislatore ordinario dalla questione.

FL

La parte per il tutto: il referendum costituzionale non ammette la sineddoche

di Paolo Carnevale *

SOMMARIO: 1. Ringraziamenti iniziali – 2. La questione del referendum costituzionale parziale fra vecchie e nuove prospettive – 3. Gli ostacoli all'ammissibilità del referendum costituzionale parziale – 3.1. *Segue*: il dato costituzionale – 3.2. *Segue*: il dato legislativo – 4. L'Ufficio centrale per il referendum e la possibilità di frazionamento della richiesta referendaria – 5. L'introduzione del referendum costituzionale parziale per mano della Corte costituzionale – 6. Considerazioni conclusive.

1. Ringraziamenti iniziali

Ringrazio davvero il Professor Fulco Lanchester per il suo invito a tenere la relazione introduttiva a questo seminario di studi da lui organizzato. Ma accanto al mio ringraziamento personale vorrei esprimere, in nome e per conto della “categoria”, la gratitudine per la funzione di stimolo alla riflessione ed al dibattito pubblico su temi emergenti dalla stretta attualità politico-costituzionale che egli ha spesso esercitato attraverso iniziative come queste. Senza tornare troppo indietro nel tempo, rammento le tavole rotonde allestite prima e dopo la storica sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale sulla legge elettorale.

La “curiosità”, associata alla capacità organizzativa, è dote che lo contraddistingue e che egli mette, per dir così, al servizio della comunità degli studiosi, costringendola a confrontarsi e a discutere nell'immediatezza delle cose. Ne esce sempre – almeno questa è la mia esperienza – una discussione aperta, ricca ed articolata che offre la possibilità di aprire uno squarcio e riflettere sui nodi della matassa, da noi talvolta assai aggrovigliata, che lega divenire politico e diritto costituzionale. Non ho motivo di dubitare che anche quest'oggi sarà così.

2. La questione del referendum costituzionale parziale fra vecchie e nuove prospettive

La questione che ha animato il dibattito pubblico in questi giorni, intorno alla quale siamo chiamati a riflettere, è quella della possibile riduzione parziale o frammentazione delle richieste di *referendum ex art. 138 Cost.* dinanzi ad operazioni di mutamento della Carta costituzionale di tipo organico o a largo spettro, in modo da sottoporre alla valutazione popolare parti di un'unica legge di revisione in luogo di una opzione unica sull'intero testo approvato dalle Camere. Ciò al fine di

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento di Giurisprudenza – Università degli studi Roma Tre. Relazione introduttiva al seminario di studi *Riforma costituzionale: referendum per parti separate o referendum parziale?* (Roma Sala delle lauree, 11 febbraio 2016).

garantire l'esigenza della omogeneità del quesito referendario, secondo la nota elaborazione giurisprudenziale della nostra Corte costituzionale che, sia pur nelle vesti di giudice dell'ammissibilità delle richieste di *referendum* abrogativo, oramai da quasi quarant'anni (a partire dalla celebre sentenza n. 16 del 1978) postula l'esistenza di una matrice razionalmente unitaria del tessuto normativo, su cui il corpo elettorale deve pronunciarsi in modo dilemmatico, quale condizione necessaria per la libera espressione del voto. L'elettore infatti, posto davanti ad un eterogeneo complesso di atti o disposizioni afferenti ad oggetti disparati, si troverebbe nella situazione di non poter liberamente scegliere fra l'opzione favorevole e quella contraria, giacché – come si legge nella ricordata pronuncia – sia «che i cittadini siano convinti dell'opportunità di abrogare certe norme ed a questo fine si rassegnino all'abrogazione di norme del tutto diverse, solo perché coinvolte nel medesimo quesito, pur considerando che meriterebbe mantenerle in vigore; sia che preferiscano orientarsi verso l'astensione, dal voto o nel voto, rinunciando ad influire sull'esito della consultazione, giacché l'inestricabile complessità delle questioni (ciascuna delle quali richiederebbe di essere diversamente e separatamente valutata) non consente loro di esprimersi né in modo affermativo né in modo negativo; sia che decidano di votare “no”, in nome del prevalente interesse di non far cadere determinate discipline, ma pagando il prezzo della mancata abrogazione di altre norme che essi ritengano ormai superate (e vedendosi impedita la possibilità di proporre in questo senso ulteriori referendum, prima che siano trascorsi almeno cinque anni, data la preclusione disposta dall'art. 38 della legge n. 352 del 1970)», l'effetto che comunque si produrrebbe sarebbe, per l'appunto, quello della frustrazione della loro libertà di voto.

Ebbene, posto il sostanziale parallelismo fra *petita* nel caso dei *referendum ex artt. 75 e 138 Cost.*, quantomeno in termini di secca alternatività della scelta – SI/NO – quella medesima esigenza di unitarietà sostanziale dell'oggetto del quesito, già affermata per il *referendum* abrogativo, sarebbe da asserire e tutelare anche per il *referendum* costituzionale.

La questione, come si sa, non è certamente nuova, ancorché nuovo mi sembra il senso che ne connota la prospettazione.

Mi spiego.

Sino ad ora, infatti – a partire dal momento in cui il tema dell'ampia riforma costituzionale è uscito dalle secche delle iniziative improduttive per inverarsi nella prassi – l'argomento della necessaria omogeneità del quesito nel *referendum* costituzionale è stato utilizzato, al pari di altri, al fine di condizionare l'esercizio del potere di revisione della Costituzione che, proprio allo scopo di salvaguardare la libertà di voto dell'elettore ove chiamato a pronunciarsi, dovrebbe limitare la portata dell'intervento di modifica a parti della Carta suscettibili di essere ridotte ad unità sostanziale: quindi riforme, se non puntuali, ad oggetto circoscritto.

Del resto, non era mancato chi in dottrina aveva, con la consueta acutezza, criticamente osservato che il neo-coniato requisito della omogeneità del quesito abrogativo rischiava di produrre il perverso effetto di arrivare a sottoporre a limitazioni di carattere contenutistico persino la legislazione di rango costituzionale. Ciò che evidenziava una certa fragilità del suo fondamento.

Senonché, quel che in quella impostazione si presentava come la premessa di un'argomentazione di stampo apagògico, si è invece successivamente trasformato in ragione fondativa di una generale delimitazione *quoad obiectum* del potere di revisione, trasfigurando l'assurdo in esito legittimo. Ragione, peraltro, che ha ottenuto un importante accreditamento in conseguenza del tentativo, recentemente intrapreso dal governo Letta, di trasformarla in requisito di diritto positivo, mercé una discutibile operazione di modifica in senso derogatorio dell'art. 138 della Costituzione (cfr. ddl AS 813, ["Istituzione del Comitato parlamentare per le riforme costituzionali ed elettorali"], art. 4, comma 2 :«Ciascun progetto di legge è omogeneo e autonomo dal punto di vista del contenuto e coerente dal punto di vista sistematico») che tuttavia, come è noto, non ha avuto modo di andare in porto.

La questione che oggi siamo chiamati ad affrontare è, come accennavo, parzialmente diversa, perché diversa è la prospettiva in cui viene collocato il tema del rispetto della libertà di voto nella consultazione popolare: non si tratta infatti di agitare il problema della omogeneità referendaria per condizionare il potere di revisione, quanto di valutarlo *in sé* allo scopo di accertare la possibilità di un esercizio frazionato del potere di richiesta del *referendum* costituzionale da parte degli eventuali promotori. E non è soltanto un cambiamento di punto di vista, una modifica di angolatura, quanto un mutamento della premessa di fondo da cui muovere, giacché, a ben guardare, quell'utilizzare l'omogeneità del quesito referendario come grimaldello per imbrigliare l'azione del legislatore costituzionale supponeva in definitiva (e da ciò traeva la sua maggior forza) proprio la non esperibilità del *referendum* parziale, che è invece l'ipotesi che qui si vuole valutare.

È quanto mi accingo a fare.

2. Gli ostacoli all'ammissibilità del referendum costituzionale parziale

La prassi del *referendum* abrogativo, oltre ovviamente al massiccio ricorso a richieste ablatorie parziali di leggi, ci offre anche l'esempio di richieste plurime e per parti separate su un medesimo testo legislativo.

È il caso, abbastanza noto, della quintuplice iniziativa referendaria presentata nel 2004 sulla legge n. 40 di quell'anno in materia di procreazione medicalmente assistita, la quale si presentava composta da una prima richiesta di abrogazione totale della legge accompagnata da quattro richieste di abrogazione parziale il cui congiunto sommarsi, pur tra varie sovrapposizioni, finiva per esaurire in buona sostanza il contenuto dell'intera legge. Circostanza che mi portò all'epoca a coniare il neologismo del "plurireferendum egualmente orientato" per distinguerlo da altre ipotesi di richiesta plurima di abrogazione parziale contrassegnate tuttavia da diversità di senso, come nella non meno nota circostanza dei tre *referendum* contrapposti sulla legge n. 194 del 1978 in tema di interruzione volontaria della gravidanza proposti nel 1980 – vicenda, questa, caratterizzata non solo dalla presentazione di due iniziative "progressive" da parte del Movimento per la vita (c.d. minimale e massimale), bensì pure di una richiesta ablatoria di segno opposto da parte radicale: ciò che ha evidenziato un'aporia della disciplina legislativa di attuazione dell'art. 75

della Costituzione a suo tempo segnalata dall'Ufficio centrale della Corte di Cassazione e tuttavia non sfociata, come si sa, in una questione di legittimità costituzionale dell'art. 32 l. n. 352 del 1970, ma in un ben più modesto appello della Corte costituzionale alla maturità degli elettori.

Si tratta di una prassi ritenuta legittima, ancorché non priva di aspetti problematici ancor oggi irrisolti.

Ben diversa, a mio avviso, la situazione per il *referendum* costituzionale. In questo caso, infatti, l'ipotesi di richieste parziali, con oggetto circoscritto o comunque ridotto rispetto al testo legislativo approvato dalle Camere – presentate sia in forma unica ed esclusiva (*referendum* chirurgico si potrebbe dire) che in modo plurimo, al fine di interessare per parti separate l'intero testo – incontra non pochi, né lievi ostacoli che si frappongono alla sua esperibilità.

3.1 *Segue: il dato costituzionale*

Innanzitutto, a livello costituzionale si potrebbe osservare come lo stesso articolo 138 della Costituzione parli di “legge” sottoposta a *referendum*, la quale «non è promulgata, se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi», instaurando così un chiaro parallelismo fra l'oggetto della approvazione (parlamentare)/promulgazione (presidenziale) e quello della pronunzia popolare, tanto che sarebbe forse possibile ritenere che in assenza, sia pur solo *pro parte*, di quest'ultima in conseguenza della richiesta di *referendum* parziale, il Capo dello Stato non potrebbe procedere a promulgare la legge di revisione anche in seguito all'esito positivo della consultazione popolare. In sostanza, l'omessa pronunzia sulla parte esclusa dal quesito equivarrebbe ad una mancata approvazione della legge *in parte qua*.

Rilievo, quest'ultimo, cui però si potrebbe obiettare che, per la parte esclusa dal quesito referendario, la legge di revisione costituzionale andrebbe apparentata ad una legge per la quale il *referendum* non sia stato chiesto, onde, decorso il trimestre previsto per la promozione della consultazione referendaria ed una volta che il *referendum* sulla restante parte abbia dato esito positivo, il Presidente potrebbe procedere alla promulgazione della legge nella sua interezza. Il che, tuttavia, sarebbe solo in parte risolutivo del problema della “violazione del parallelismo” che si ripresenterebbe nella ipotesi di esito negativo del *referendum* parziale che, in mancanza del riconoscimento di un potere di promulgazione parziale del Presidente, bloccherebbe la promulgazione della legge anche con riguardo alla parte non colpita dal quesito referendario, che pure si vorrebbe assimilare alla legge di revisione per la quale non vi sia stata richiesta di *referendum*.

D'altro canto, resta comunque il fatto che la tesi della asimmetria di *obiecta* fra approvazione delle Camere e approvazione popolare quale condizione di non promulgabilità della legge di revisione non potrebbe valere nell'ipotesi di *referendum* parziali plurimi, i cui quesiti sommandosi assumano ad oggetto l'intera legge.

Peraltro, è noto che in Costituzione l'utilizzo del termine legge non necessariamente fa riferimento all'atto nella sua interezza. Senza fare troppa strada a ritroso nel testo, tornando

indietro di soli quattro articoli si incontra, ad esempio, l'art. 134 in cui si dice che la «Corte costituzionale giudica sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle *leggi*...» (*corsivo mio*). Il che, come è noto a tutti, non importa che lo scrutinio di costituzionalità debba esercitarsi obbligatoriamente su leggi unitariamente intese e non piuttosto su singole disposizioni legislative o anche su frammenti di esse come pure su complessi dispositivi, potendo infine riguardare anche le norme estraibili.

Più significativa è, invece, l'obiezione alla tesi della esperibilità del *referendum* costituzionale parziale che si ricava dalla lettura combinata delle previsioni degli artt. 138 e 75 Cost. e segnatamente dal fatto che, in quest'ultima, l'eventualità di un quesito referendario che colpisca in parte (e non solo integralmente) una legge od un atto avente valore di legge è esplicitamente prevista. Onde, verrebbe da dedurre la considerazione per cui, quando il costituente ha inteso ammettere l'ipotesi di *referendum* parziali, in materia di consultazioni popolari su atti legislativi, lo ha detto in modo espresso, di modo che il non averlo fatto andrebbe interpretato come un'esclusione. *Ubi lex voluit ...*

Pure di qualche utilità per il fronte degli scettici parrebbe la previsione dell'art. 123, terzo comma, Cost., per come novellata nel 2001, secondo la quale lo statuto delle regioni di diritto comune, approvato dal Consiglio regionale, «è sottoposto a *referendum* popolare qualora entro tre mesi dalla sua pubblicazione ne faccia richiesta un cinquantesimo degli elettori della Regione o un quinto dei componenti il Consiglio regionale. Lo statuto sottoposto a *referendum* non è promulgato se non è approvato dalla maggioranza dei voti validi». Ebbene, come a suo tempo chiarito dalla Corte costituzionale, sarebbe senz'altro da scartare l'ipotesi di un *referendum* parziale sullo statuto che assuma ad oggetto alcune delle disposizioni dello stesso piuttosto che l'atto nella sua interezza; ad impedirlo «il tenore letterale del terzo comma dell'art. 123 della Costituzione [il quale] rende palese che il *referendum* ivi disciplinato si riferisce alla complessiva deliberazione statutaria e non a singole sue parti» (sentenza n. 445 del 2005). Ora, se si tiene conto dell'evidente analogia con il caso qui in esame, che si iscrive in una complessiva assonanza tra l'iter procedimentale di approvazione dello statuto regionale e quello delineato nell'art. 138 Cost., è lecito ricavare dalla esclusione del *referendum* parziale sullo statuto un indizio in favore dell'inammissibilità del *referendum* parziale anche sulle leggi costituzionali.

3.2 *Segue*: il dato legislativo

Ma anche a non considerare il dato costituzionale in grado di fornire elementi decisivi contrari alla esperibilità di *referendum* costituzionali parziali, è quello legislativo a non ammettere dubbi circa l'impossibilità di promuovere consultazioni referendarie di questo tipo.

A parte la considerazione che l'intero tessuto della disciplina recata dalla legge n. 352 del 1970 è pervaso dall'idea della corrispondenza fra legge approvata dalle Camere (a maggioranza assoluta) ed oggetto dell'eventuale *referendum* richiesto, il rilievo di maggior peso è che, a differenza di quanto avviene per il *referendum* abrogativo, è la legge stessa a fissare, sia la formulazione della

richiesta – che «deve contenere l'indicazione della legge di revisione della Costituzione o della legge costituzionale che si intende sottoporre alla votazione popolare, e deve altresì citare la data della sua approvazione finale da parte delle Camere, la data e il numero della Gazzetta Ufficiale nella quale è stata pubblicata» (art. 4) – che il tenore testuale del quesito referendario – il quale «consiste nella formula seguente: “Approvate il testo della legge di revisione dell'articolo... (o degli articoli...) della Costituzione, concernente... (o concernenti ...), approvato dal Parlamento e pubblicato - nella Gazzetta Ufficiale numero... del...?”; » (ovvero: “Approvate il testo della legge costituzionale ... concernente ... approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale numero ... del ... ?) » (art. 16) – riferendoli entrambi inequivocabilmente all'atto-legge.

In questo modo, non solo viene riaffermato il sinallagma fra testo legislativo approvato dalle Camere e testo legislativo da approvarsi da parte del popolo, ma, cristallizzando la formula redazionale, si esclude al contempo ogni margine di possibilità ad una diversa elaborazione della richiesta o stesura del quesito da parte dei promotori, cui resta il misero compito dell'inserimento dei dati identificativi formali del testo da sottoporre al vaglio popolare. Insomma, si tratta di una richiesta e di un quesito redatti *ope legis*.

Il che, peraltro, non esclude del tutto la possibilità di richieste plurali di *referendum* costituzionali rispetto alla medesima legge di revisione approvata dalle Camere, ma la limita alla sola eventualità che ciascuna richiesta avanzata dai diversi soggetti-promotori assuma ad oggetto l'intero testo di legge. In sostanza, *più richieste, più quesiti eguali*, tutti del medesimo tenore e del medesimo significato: l'approvazione o non approvazione del testo di legge di revisione nella sua interezza. Che ciò possa avvenire (e che anzi sia accaduto), nonostante l'apparente bizzarria della proposizione di una o più richieste il cui quesito sia perfettamente identico a quello di altra già presentata, si spiega, oltre che con motivazioni di ordine più squisitamente politico, con una duplice ragione di interesse che assume rilevanza anche sotto il profilo giuridico: da un verso, vi è l'acquisto, con la qualità di legittimo richiedente il *referendum*, della qualificazione di “potere dello Stato” e, quindi, della legittimazione a sollevare dinanzi alla Corte costituzionale, in proprio o attraverso i rispettivi enti esponenziali, il conflitto di attribuzioni fra poteri avverso atti o comportamenti lesivi del diritto allo svolgimento del *referendum*; dall'altro, c'è la possibilità di lucrare spazi privilegiati di interlocuzione nella campagna referendaria, assicurati dall'aver acquistato la veste formale di soggetto-promotore.

A questo si aggiunga la considerazione che i dati identificativi da inserire nella richiesta cui prima s'è fatto cenno – da distinguersi in indici formali estrinseci: il testo approvato e pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del ... e indici formali intrinseci: gli articoli della Costituzione modificati – mostrano, a mio parere, una certa qual marginalizzazione del profilo più squisitamente contenutistico del *petitum* referendario, testimoniato dal fatto della impossibilità di indicare nel quesito il contenuto degli articoli della Carta revisionati, anche qualora si tratti di modifica parziale – come invece previsto per il *referendum* abrogativo – nonché di inserire anche il titolo della legge – come invece previsto per il *referendum* su “altre” leggi costituzionali dallo stesso art. 16 della legge – ovvero una denominazione della richiesta referendaria in grado di delimitare l'oggetto materiale della (o su cui verte la) legge da approvare, fornendo una definizione sintetica del *thema*

decidendum racchiuso nell'articolato della modifica costituzionale – come invece previsto ancora una volta per il *referendum* abrogativo.

A tale proposito, la prassi contraria seguita nei due soli precedenti del 2001 e del 2006, in occasione dei quali è stato riportato nel quesito (e quindi sulla scheda referendaria) il titolo della legge, si deve probabilmente al fatto che si trattasse in ambo i casi di leggi di revisione con il c.d. titolo muto, a differenza di ciò che è dato rilevare nella legge di revisione della seconda parte della Costituzione appena approvata dalle Camere che invece è provvista di un titolo assai (e sin troppo) loquace – “Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte II della Costituzione” – per la quale sarebbe necessario prestare assoluta attenzione al rispetto della formula prevista dall'art. 16 l. n. 352, prima parte.

Peraltro, proprio questa situazione di peculiare mancanza di strumenti formali a presidio della cognizione contenutistica della riforma costituzionale sottoposta a *referendum*, se da un verso delinea una certa tendenza alla smaterializzazione del quesito, dall'altro rende ancor più rilevante per il *referendum* costituzionale, da un verso, il ruolo svolto dalla campagna referendaria – in cui va avvertita, accanto alla ovvia necessità di offrire spazio adeguato ai competitori politici, anche l'esigenza di uno speciale onere “meramente” informativo a carico della comunicazione pubblica – e, dall'altro, ancora più pressante il bisogno di assicurare un ampio dibattito nella pubblica opinione anche *lege in itinere*, cui del resto – non lo si può certo trascurare – è strettamente funzionale la previsione di tempi procedurali di approvazione abbastanza distesi.

4. L'Ufficio centrale per il referendum e la possibilità di frazionamento della richiesta referendaria

Quanto sin qui osservato, se vale ad escludere per i promotori la possibilità di presentare richieste di *referendum* parziali rispetto al testo di legge di revisione approvato dalle Camere, risulta altresì impedire che sia l'Ufficio centrale per il *referendum*, costituito presso la Corte di cassazione, a provvedere, nell'esercizio del suo potere di controllo di legittimità sulle richieste di *referendum* costituzionale ad esso assegnato dall'art. 14 l. n. 352, ad un frazionamento in più richieste di un'unica richiesta avanzata dai promotori ed avente ad oggetto un'unica legge di modifica costituzionale. L'indisponibilità della richiesta e del quesito referendari, in quanto autoritativamente formulati dalla legge, così come preclude, a monte, la presentazione di richieste diversamente redatte, allo stesso modo si oppone anche alla possibilità di riformulazione, a valle, delle richieste originariamente proposte dai promotori. Questo anche laddove si tratti di un'operazione posta in essere dall'Ufficio centrale allo scopo di assicurare, attraverso la scissione, la necessaria omogeneità dei quesiti sottoposti al vaglio popolare.

Il problema, peraltro, non è del tutto nuovo, essendosi già posto all'attenzione con riferimento alle richieste di *referendum* abrogativo affette da eterogeneità, per le quali la Corte costituzionale

ha a suo tempo escluso la possibilità del frazionamento del quesito, sia ad opera dell'Ucr in sede di controllo di legittimità che della stessa Corte in sede di giudizio di ammissibilità, in ragione del rispetto da assicurare alla volontà dei sottoscrittori il cui consenso, manifestato intorno alla formulazione di origine della richiesta unitariamente intesa, non può automaticamente presumersi trasferito a sostegno delle diverse eventuali richieste frutto della sua scissione. Quel che invece può ammettersi è un più circoscritto potere di rettifica, il cui esercizio da parte dell'Ufficio centrale per il *referendum* si giustifica in quanto limitato «a far coincidere forma e sostanza del quesito, secondo l'effettiva ed inequivoca volontà dei promotori del *referendum*» (Corte cost., sent. n. 35 del 1985).

Orbene, nel nostro caso all'argomento relativo all'ossequio da prestarsi alla volontà dei sottoscrittori se ne aggiungerebbe un altro: quello dell'osservanza della volontà del legislatore che, approvando la revisione costituzionale, la vedrebbe tuttavia esposta all'eventualità di una sua possibile modifica conseguente all'imprevedibile gioco delle combinazioni dei risultati potenzialmente diversificati dei singoli *referendum* parziali. Il rischio sarebbe quello di una riforma costituzionale che, prima ancora che solo parzialmente approvata, uscirebbe dall'urna difforme da come vi era entrata e per questo non si saprebbe dire se ancora sostenuta dal consenso parlamentare originariamente espresso. In definitiva, più che il *referendum* costituzionale parziale in sé sarebbe l'operazione referendaria nel suo complesso ad essere suscettibile di produrre, nel suo esito conclusivo, un effetto di tipo manipolativo.

Se poi si tiene conto che, talora, per l'intervento di revisione l'ampiezza di raggio, più che una scelta, può essere una necessità, ci si accorge che, piuttosto che risolversi in una manipolazione, il risultato finale potrebbe generare significative incoerenze nel testo residuo.

Nell'eventualità in esame, assai delicata sarebbe la scelta del "metro" con cui misurare la partizione del testo costituzionale sorretta dalla matrice razionalmente unitaria in grado di garantire omogeneità alla richiesta referendaria. L'Ucr dovrebbe fare per questo riferimento ad indici formali o sostanziali? Nell'una e nell'altra ipotesi i problemi non mancherebbero.

Per quanto riguarda i secondi c'è, da un verso, la questione della maggiore indeterminatezza (e quindi il timore dell'arbitrarietà) della valutazione da compiersi; dall'altro, il rischio di dover utilizzare criteri unificanti sin troppo larghi rispetto alla "misura" utilizzata per parametrare l'omogeneità del quesito referendario nell'ambito dello scrutinio di ammissibilità sulle richieste di *referendum* abrogativo: si pensi – che so – alla "forma di governo" come possibile matrice razionalmente unitaria.

L'utilizzo, per contro, di indici di natura formale farebbe indubbiamente incrementare il tasso di certezza della valutazione, accompagnato tuttavia dall'incognita di produrre esiti contraddittori. Ad esempio, laddove si volesse utilizzare il titolo interno del testo della Costituzione come unità di misura per guidare l'operazione di scissione – secondo una proposta di recente avanzata – prendendo a riferimento il disegno di legge di revisione appena approvato, noi potremmo trovarci dinanzi a situazioni di questo tipo: a) approvazione del *referendum* riguardante le modifiche apportate alle disposizioni di cui al titolo I della seconda parte della Costituzione – Il Parlamento

– e mancata approvazione del *referendum* relativo alle modifiche apportate alle disposizioni di cui al titolo III – Il Governo – con la conseguenza di produrre l'esito, da un verso, di riconoscere la titolarità del rapporto fiduciario in capo alla sola Camera dei deputati e, dall'altro, di mantenere il conferimento della fiducia ad opera di entrambe le Camere; *b)* approvazione del *referendum* riguardante le modifiche apportate alle disposizioni di cui al titolo I della seconda parte della Costituzione – Il Parlamento – e non di quello concernente le modifiche apportate alle disposizioni di cui al titolo II della seconda parte della Costituzione – Il Presidente della Repubblica – con l'effetto di introdurre la novità di un Senato senza rapporto fiduciario e a rinnovo mediato e parziale e nondimeno conservare il potere di scioglimento di entrambe le Camere da parte del Capo dello Stato.

Del resto, dell'esistenza del problema era ben avvertito il governo Letta quando, nel prevedere all'art. 4 del già richiamato disegno di legge costituzionale di deroga all'art. 138 Cost. l'attributo della omogeneità delle leggi di revisione costituzionale da approvarsi attraverso il procedimento derogatorio lì delineato, lo aveva accompagnato ai requisiti di "autonomia" e "coerenza sistematica" delle medesime leggi. Al di là del ragionevole dubbio che "tutto potesse tenersi", quel che rileva evidenziare in questa sede è l'emersione della consapevolezza circa la necessaria connessione fra realizzazione per parti (omogenee) di una complessiva operazione di riforma costituzionale e necessaria di autonomia delle parti, onde preservare quella stessa operazione dalla irrazionalità *ex post* conseguente alla venuta meno di una sua parte.

Tutto questo, mi induce a fortemente dubitare, dell'ammissibilità di un frazionamento/pluralizzazione del quesito referendario da parte dell'Ufficio centrale.

5. L'introduzione del referendum costituzionale parziale per mano della Corte costituzionale

Resta, a questo punto, da sondare l'ipotesi che l'introduzione del *referendum* costituzionale possa discendere, come effetto, da una pronunzia della Corte costituzionale dichiarativa della incostituzionalità degli artt. 4 e 16 della legge n. 352 *nella parte in cui non prevedono che ...*

La questione di legittimità costituzionale potrebbe essere sollevata dall'Ufficio centrale, ove chiamato a controllare la legittimità di richieste di *referendum* costituzionale parziale, oppure dalla Corte stessa in sede di conflitto di attribuzioni innescato dai promotori avverso l'ordinanza dell'Ufficio centrale che lo avesse dichiarato illegittimo. Non mi pare che, nell'una e nell'altra ipotesi, vi sarebbero insormontabili ostacoli di ordine processuale a sbarrare la strada: non a proposito del problema della legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità (da parte dell'Ucr); né a riguardo del carattere della incidentalità.

Con riferimento alle ragioni di merito a supporto del dubbio di legittimità costituzionale, la prospettazione non potrebbe che far leva sull'argomento della violazione della libertà di voto (e del *vulnus* arrecato agli artt. 1 e 48 Cost.) per l'elettore che si trovi a doversi esprimere su quesiti

referendari disomogenei, secondo l'ordine di idee di cui s'è già dato conto in apertura di questa mia relazione.

Si tratta indubbiamente di ragioni di peso che trovano in dottrina non poco consenso, complice anche l'indubbio fascino (e la legittima preoccupazione) che suscita l'evocazione della difesa dei fondamenti ultimi di un ordinamento democratico o, per dirla con la nostra Corte costituzionale, del nucleo essenziale dei principi costituzionali supremi e dei diritti inviolabili della persona umana. Ad esse, peraltro, si aggiunge l'efficacia del riflesso pragmatico evidente: come si può con una croce apposta su di una scheda prendere una decisione unica sull'assetto della forma di Stato, della forma di governo, sul sistema delle fonti del diritto, sugli organi di garanzia, ecc.?

Il rischio di una "non genuina" espressione della volontà popolare appare concreto ed il pericolo di una trasfigurazione della natura stessa dello strumento referendario effettivo.

Il fatto è però che, ad onta di quanto può all'apparenza risultare, le cose non stanno esattamente come quanto appena detto potrebbe far sembrare.

Devo, a questo proposito, riproporre argomenti e considerazioni già svolti in precedenti occasioni. Me ne scuso, ma (spero non per ostinazione) non sono riuscito a cambiare idea a riguardo.

Orbene, a me sembra che l'impianto argomentativo ora richiamato si poggi su di un equivoco di fondo, su quello che definirei un eccesso di proprietà transitiva o un difetto di analogia (*rectius*, un vizio logico per analogia apparente), dovuto alla insufficiente considerazione della strutturale diversità dei *petita* e delle opzioni implicate nei due *referendum* abrogativo e costituzionale.

Per il primo, infatti, la scelta è in linea di massima tra il *mantenimento* o l'*eliminazione* di una certa disciplina, cioè, in sostanza, tra la *legge* e il suo *venir meno*; onde, in assenza di una relazione di tipo formale, la possibilità di individuare l'oggetto normativo del quesito intorno ad un termine di riferimento unificante, che lo definisca obiettivamente, diventa di cruciale importanza perché ne va della identificazione stessa dell'oggetto del decidere e, quindi, della capacità stessa di decidere alcunché (*voglio o non voglio mantenere "cosa"?*).

Il dilemma, invece, cui si è posti dinanzi nel caso del *referendum* previsto nel procedimento di revisione costituzionale è di tutt'altro tipo: non si tratta tanto di volere o non volere una certa disciplina (quella recata dalla legge di revisione) *in sé e per sé considerata*; bensì di scegliere se il mutamento costituzionale proposto sia "meglio" o "peggio" rispetto all'assetto normativo preesistente. L'opzione, perciò, non verte più su *un* oggetto normativo e non è più tra il suo permanere e la sua eliminazione; bensì riguarda *due* normative in competizione – quella costituzionale in essere e quella che eventualmente verrà a sostituirla – poste in raffronto fra loro. Ed allora, se questo è vero, la scelta che l'elettore è chiamato a svolgere è di tipo comparativo, fondata sulla ponderazione tra i *pro* e i *contra* delle due discipline, al fine di valutare il complesso dei "costi" e dei "benefici" della "revisione" rispetto al "non revisionato" ed arrivare così a preferire il vecchio assetto al nuovo o viceversa.

Non solo, non si può nemmeno trascurare che la disomogeneità della richiesta di *referendum* è stata sin dall'inizio pensata e configurata dal giudice costituzionale come *vizio del confezionamento del quesito*, in cui incorrono i promotori per aver assemblato (*recte*, coartato) in un medesimo quesito disposti fra loro privi di un comune principio informatore (*recte*, matrice razionalmente unitaria). Ciò è tanto vero che alla pronuncia di inammissibilità per eterogeneità del quesito abrogativo la Corte costituzionale è pervenuta sempre e necessariamente – per quanto mi consta – in presenza di richieste il cui oggetto normativo era stato “costruito” dai promotori – sia selezionando la disciplina all'interno di una stessa legge che ricavandola da una pluralità di atti legislativi – e mai in ipotesi di richiesta di abrogazione totale di legge.

Tutto questo è però del tutto inappropriato con riferimento al *referendum* costituzionale il cui oggetto – come s'è detto – non è in alcun modo definito dai promotori ma è fissato dalla legge, per cui muovere, sotto questo profilo, un'accusa di mal confezionamento della richiesta a carico di quest'ultimi sarebbe un vero non senso.

Ne consegue che, sostenere la disomogeneità della riforma costituzionale come causa della disomogeneità del quesito referendario relativo significa muoversi in un ordine di idee che è antitetico a quello nel quale la figura della omogeneità referendaria è stata forgiata e che ha avuto, nell'assunto per cui ciò che il legislatore ha deciso convogliare unitariamente in una legge è *per definitionem* unitario ed omogeneo anche per il popolo, uno dei suoi punti cardine.

Nondimeno, come è stato per tempo osservato, è la stessa Costituzione a mostrarci che il binomio omogeneità-*referendum* sia tutt'altro che inscindibile, laddove contempla – come già ricordato – la previsione dell'eventuale *referendum* popolare cui sottoporre gli statuti delle regioni ad autonomia ordinaria (art. 123, comma 3); *referendum*, nella sua necessaria unicità, la cui non omogeneità è *in re ipsa*. E che lo si faccia in una normativa introdotta nel 2001 è cosa particolarmente significativa, trattandosi di epoca in cui l'idea della modifica ad ampio spettro della Carta costituzionale era già entrata a far parte della nostra esperienza politico-costituzionale.

Né, il tentativo di replicare facendo leva sulla qualità di atto a competenza riservata e speciale dello statuto, in grado di assicurare allo stesso una sorta di naturale omogeneità, oppure sulla distinzione fra *referendum* approvativo di un nuovo atto fondativo e *referendum* che ha ad oggetto modifiche della Costituzione, appare a chi scrive convincente. Giacché, mentre il primo argomento finisce per dilatare talmente la nozione di omogeneità da far perdere alla stessa valenza prescrittiva e, per quello che qui più conta, il pregio di fattore interdittivo delle grandi riforme costituzionali – si pensi soltanto alla definizione della forma di governo regionale, alla disciplina delle fonti, alla organizzazione amministrativa della regione, ecc.; il secondo rilievo invece appare dimentico del fatto che la previsione dell'art. 123 riguarda anche l'ipotesi di modifiche parziali apportate allo statuto regionale, come per tempo affermato dalla Corte costituzionale (sent. n. 304 del 2002); senza poi dire che la prospettiva della riforma organica della Costituzione va proprio nel senso di avvicinare, quanto più possibile, il confine fra modifica parziale e revisione globale e complessiva della Carta.

6. Considerazioni conclusive

A chiusura di queste mie considerazioni mi sembra si possa dire che sulla ipotesi del *referendum* costituzionale parziale, sia nella forma “chirurgica” che in quella “plurima per parti separate”, si addensano decisamente più ombre che luci.

Certo, chi scrive non è ignaro della importanza e della concretezza del problema cui quella ipotesi intende far fronte, come pure del fatto che il grado di consapevolezza della scelta dell’elettore sia inversamente proporzionale alla portata oggettuale di quest’ultima; cionondimeno la soluzione (sia pur non priva di difficoltà) non può che essere, a mio parere, quella della riforma dell’art. 138 della Costituzione, magari – che so – prevedendo, per le riforme ad ampio raggio, l’obbligo di approvazione con la maggioranza dei due terzi o (ma la strada è decisamente più ardua) l’esercizio frazionato e *pro parte* scindibile del potere di revisione.

Allo stato dell’ordinamento, nella eventualità di grandi riforme la garanzia di quella consapevolezza non può che essere affidata al dibattito pubblico e all’azione degli operatori istituzionali della comunicazione. È su questi che incombe, nel nostro caso, una speciale responsabilità nei confronti dell’elettore, tanto più importante quando – come nel caso del disegno di legge di revisione appena approvato dalle Camere – la riforma costituzionale risulti caricata di una valenza politica che rischia di assorbire e concentrare su di sé l’attenzione assai più del merito delle scelte compiute dal legislatore di riforma. Si tratta, quindi, di garantire un’adeguata copertura informativa alla vicenda della revisione costituzionale nel suo complesso e alla campagna referendaria in particolare, così da far intendere all’elettore anche l’importanza della posta in gioco.

Son questi attualmente – e non l’omogeneità del quesito referendario – i presidi della libertà di voto a disposizione. Che abbiano svolto convenientemente il proprio compito nei due precedenti del 2001 e 2006 sento di dubitare. Che lo possano fare in questo frangente è sinceramente un auspicio.

È possibile richiedere un referendum costituzionale parziale?

di Massimo Siclari*

SOMMARIO: 1. La richiesta del *referendum* costituzionale parziale alla luce dei dati positivi. – 2. L'utilizzabilità della giurisprudenza costituzionale sulla necessaria omogeneità del quesito referendario. – 3. La differente natura del referendum costituzionale e di quello abrogativo. – 4. Quali rimedi alla disomogeneità dei referendum costituzionali?

1. La richiesta del *referendum* costituzionale parziale alla luce dei dati positivi.

La problematica della richiesta di un quesito referendario parziale riferito ad un disegno di legge costituzionale si inserisce nel più ampio tema del difficile innesto degli istituti di democrazia diretta in un sistema prevalentemente rappresentativo, qual è il sistema a parlamentarismo razionalizzato previsto dalla Costituzione italiana. E risente di tutte le contraddittorietà che tale innesto – in qualche modo – porta con sé.

Vale la pena, innanzi tutto, prendere in esame le regole costituzionali, e quelle ordinarie di loro immediata attuazione, per verificare come (e sino a che punto) la configurabilità di un *referendum* costituzionale parziale possa trovare fondamento nella disciplina positiva. Ora, confrontando l'art. 75, primo comma, con l'art. 138, secondo comma, della Costituzione, è agevole rilevare come il primo preveda che il *referendum* abrogativo possa essere indetto «per deliberare l'abrogazione, totale o parziale, di una legge o di un atto avente valore di legge» (corsivo nostro), mentre il secondo usa l'espressione «leggi» (costituzionali), dando adito a pensare che la consultazione popolare ivi prevista non possa che rivolgersi all'approvazione, nel suo complesso, dell'articolato elaborato durante l'iter parlamentare. Anche guardando alle previsioni che regolano il giudizio sulle leggi non pare dubbio che sia il Costituente sia la legislazione di diretta attuazione della Costituzione contemplano espressamente la possibilità che le sentenze di accoglimento abbiano ad oggetto non l'intera legge ma parti di essa (o da essa deducibili) tant'è che l'art. 136 Cost. regola gli effetti della dichiarazione d'incostituzionalità di «norme» di legge e l'art. 23, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*), impone al giudice *a quo* di indicare le «disposizioni» sospettate d'essere in contrasto con la Costituzione.

Insomma, ogni intervento su atti legislativi da parte di soggetti distinti da quelli cui spetta o, a date condizioni, è consentito di esercitare la funzione legislativa, può colpire l'intera legge o atto equiparato o porzioni di essi, per espresso disposto costituzionale. Mentre si dovrebbe escludere che la lettera dell'art. 138 Cost. permetta l'esperibilità di un *referendum* parziale. Ciò parrebbe

** Professore ordinario di Diritto costituzionale, Dipartimento di Scienze politiche – Università di Roma Tre. Relazione introduttiva al seminario di studi *Riforma costituzionale: referendum per parti separate o referendum parziale?* (Roma Sala delle lauree, 11 febbraio 2016).

confermato, altresì, dall'esame della legge ordinaria di attuazione della Costituzione, e che di essa costituisce qualificata interpretazione (l. 25 maggio 1970, n. 352– *Norme sui referendum previsti dalla Costituzione e sull'iniziativa legislativa del popolo*), ove non si trova alcun cenno all'ipotesi di referendum costituzionali parziali: il legislatore considera come oggetto del *referendum* la legge costituzionale nel suo complesso.

Inoltre, va ricordato che la Corte costituzionale, pronunciandosi a proposito dell'analoga fattispecie di *referendum* oppositivo contemplata dall'art. 123, terzo comma, Cost. nel testo introdotto nel 1999²⁴⁰ (ed elaborato sulla falsariga dell'art. 138 Cost.), ha escluso nettamente la possibilità di proporre un quesito parziale «Il tenore letterale del terzo comma dell'art. 123 della Costituzione rende palese che il referendum ivi disciplinato si riferisce alla complessiva deliberazione statutaria e non a singole sue parti»²⁴¹.

2. L'utilizzabilità della giurisprudenza costituzionale sulla necessaria omogeneità del quesito referendario

Tali argomenti testuali resistono a fronte della giurisprudenza costituzionale maturata a partire dalla sentenza n. 16 del 1978 intorno all'individuazione dei limiti “sistematici” circa la necessaria omogeneità, univocità, coerenza del quesito referendario proposto in base all'art. 75 Cost.²⁴²

Non si può disconoscere che tali limiti all'ammissibilità del *referendum* abrogativo sono, fra quelli elaborati interpretativamente, quelli rivolti alla tutela di un valore fondante del nostro ordinamento costituzionale (se non, più in generale, di un qualsiasi ordinamento che voglia qualificarsi come effettivamente democratico): la libertà del voto e la consapevolezza del suo significato da parte del cittadino elettore. In particolare, la sentenza da ultimo citata afferma: «Se è vero che il referendum non è fine a se stesso, ma tramite della sovranità popolare, occorre che i quesiti posti agli elettori siano tali da esaltare e non da coartare le loro possibilità di scelta; mentre è manifesto che un voto bloccato su molteplici complessi di questioni, insuscettibili di essere ridotte ad unità, contraddice il principio democratico, incidendo di fatto sulla libertà del voto stesso (in violazione degli artt. 1 e 48 Cost.)»²⁴³.

Tuttavia, va ricordato come tale giurisprudenza sia stata molto criticata, in considerazione delle variegate applicazioni che negli anni ne ha fatto la Corte, e che già ai suoi esordi aveva dato adito, addirittura, a che se ne parlasse in termini di *empty boxes*, scatole vuote: in altri termini di criteri destinati ad essere ridefiniti di volta in volta dalla discrezionalità, se non dall'arbitrio, del collegio decidente²⁴⁴. Ed, in effetti, l'esperienza ha confermato come ci si trovi dinanzi ad un limite dai confini del tutto imprecisati, destinato ad una singolare eterogenesi dei fini, dato che talvolta ha contribuito non poco a rendere oscuri i quesiti referendari, piuttosto che a consentirne una

²⁴⁰ Legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1 – *Disposizioni concernenti l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria delle Regioni*.

²⁴¹ Corte costituzionale, 13 dicembre 2005, n. 445, punto 2 del *Considerato in diritto*.

²⁴² Corte costituzionale, 7 febbraio 1978, n. 16, punti 5, 6 e 7 del *Considerato in diritto*.

²⁴³ Corte costituzionale, 7 febbraio 1978, n. 16, punto 5 del *Considerato in diritto*.

²⁴⁴ In tal senso, v. A. Baldassarre, *La commedia degli errori*, in *Politica del diritto*, 1978, 572.

maggiore intelligibilità. All'opposto, è arrivata a richiedere, per così dire, la frantumazione dell'atomo: si pensi alla sentenza n. 28 del 1987 con la quale si dichiarò l'invalidità di un *referendum* su un solo articolo del codice civile (l'842) perché disciplinava non soltanto l'attività venatoria in fondi privati (avverso la quale era rivolta principalmente l'iniziativa referendaria) ma anche l'esercizio della pesca in acque private ²⁴⁵.

Già questo dovrebbe indurre ad utilizzare con molta prudenza tali criteri con riferimento al *referendum* costituzionale.

Fino a che punto può spingersi l'esame sulla omogeneità e coerenza del quesito a proposito di un disegno di legge costituzionale? Quanti quesiti è possibile proporre al riguardo per rispettare tale limite? E quali sono gli strumenti per coordinare gli esiti di molteplici (e magari contraddittorie) risposte date dall'elettorato in presenza di più quesiti parziali?

Tali interrogativi si fanno più pressanti in riferimento al disegno di legge costituzionale Renzi Boschi, che, già dal titolo (*Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione*) dà conto di un contenuto disomogeneo. Dalla lettura del testo può facilmente evincersi come gli istituti investiti dalla revisione siano anche altri e, in alcuni casi, relevantissimi (come, ad es., il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale), pertanto l'incoerenza del quesito risulta davvero innegabile.

Tuttavia, risulta difficile ipotizzare che a ciò si possa ovviare in via pretoria. Né, appare convincente quanto prospettato di recente sulla stampa d'opinione: l'approvazione di «Una leggina che permetta di spacchettare il referendum, intervenendo sulla disciplina regolata dalla legge n. 352 del 1970. Che del resto è stata già emendata cinque volte [...] basterebbe una riga d'inchiostro; e al nostro legislatore non manca di certo il calamaio» ²⁴⁶. Una disciplina che consenta espressamente l'esperibilità di *referendum* parziali non potrebbe non essere che di rango costituzionale, incidendo su di un aspetto del procedimento di revisione costituzionale. Insomma, a differenza di quanto si verificò nel 1978, non siamo nella situazione descritta nella più volte citata sent. 16 «il sindacato della Corte non si può arrestare di fronte alla constatazione delle carenze o delle lacune della legge n. 352 del 1970», giacché la carenza o lacuna (se la si vuol considerare così) risiede nella Carta fondamentale.

3. La differente natura del *referendum* costituzionale e di quello abrogativo

L'osservazione appena svolta consente un'ulteriore riflessione riguardo alla differenza tra il *referendum* costituzionale e quello abrogativo. O meglio, al diverso ruolo che svolgono nell'ambito delle molteplici modalità di produzione normativa contemplate dalla Costituzione repubblicana ²⁴⁷.

²⁴⁵ Corte costituzionale, 3 febbraio 1987, n. 28.

²⁴⁶ M. Ainis, *Più quesiti referendari per rispettare l'elettore*, *Corriere della Sera* (7 febbraio 2016).

²⁴⁷ Seguendo l'indicazione per cui costituisce un «presupposto controverso» quello della «trasferibilità dei requisiti di ammissibilità del referendum abrogativo sul terreno di una consultazione per sua natura molto diversa»: P. Ridola, *L'innovazione*

Mentre il primo costituisce un elemento eventuale della fase dell'integrazione dell'efficacia della legge di revisione costituzionale, il secondo è un atto normativo *sui generis* e la consultazione popolare rappresenta ed assorbe, nell'ambito del relativo *iter* procedimentale, la fase *costitutiva* dell'abrogazione voluta dall'elettorato.

Come è stato correttamente osservato in una recente pregevole monografia: «a differenza di quanto accade nel referendum abrogativo[...] nell'ambito del referendum costituzionale il quesito referendario non rientra nella piena disponibilità dei promotori, i quali, dunque non sono liberi di optare per una richiesta referendaria parziale o totale dell'atto legislativo, in tal caso il quesito referendario presuppone il testo della delibera legislativa costituzionale nella sua interezza, così come pubblicata a fini notiziali sulla Gazzetta Ufficiale nella formulazione risultante dall'approvazione a maggioranza assoluta (ed inferiore ai due terzi) delle Camere.

L'esteriorità del referendum costituzionale, dunque, ben si riconnette alla natura facoltativa dello stesso nonché alla sua funzione di mero controllo politico (eventuale) del corpo elettorale sulle determinazioni legislative costituzionali del parlamento, e, dunque, al ruolo accessorio integrativo (non già costitutivo e perfettivo) del referendum costituzionale nella più complessiva procedura di revisione costituzionale»²⁴⁸.

4. Quali rimedi alla disomogeneità dei *referendum* costituzionali?

Dovrebbe dunque, concludersi che non vi sia rimedio alla disomogeneità, in questa fase del procedimento di revisione costituzionale, nonostante le nobili intenzioni di chi ha proposto lo “spacchettamento” del quesito²⁴⁹. E non solo perché non è sempre possibile andare alla ricerca di un intervento giudiziario per risolvere questioni politiche, che in altre sedi dovrebbero essere risolte.

Certo, non si può impedire ad un comitato promotore di richiedere uno o più *referendum* parziali. Ma c'è da ritenere che sia pressoché inevitabile il rigetto da parte dell'Ufficio Centrale per il *referendum*. In tal caso il comitato promotore potrebbe tentare la strada del conflitto di attribuzioni: strada anche questa assai impervia, sia per la dubbia legittimazione temporale del comitato (possibile che sia considerato “potere dello stato” una volta rigettata la richiesta da parte dell'ufficio centrale?), sia, sotto un profilo di merito, in considerazione della recente pronuncia dianzi richiamata a proposito dell'analogo fattispecie di *referendum* oppositivo previsto dall'art. 123 Cost.

costituzionale tra indirizzo politico ed emergenza istituzionale, in M. Siclari (a cura di), *L'Istituzione del Comitato Parlamentare per le Riforme Costituzionali*, Roma, Aracne, 2013, p. 74.

²⁴⁸ G. Fontana, *Il referendum costituzionale nei processi di riforma della Repubblica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013 (rist. aggiornata), pp. 171 ss.

²⁴⁹ M. Ainis, *Più quesiti referendari per rispettare l'elettore*, *Corriere della Sera* (8 febbraio 2016); F. Lanchester, *Un contributo per il discernimento costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2016; A. Pace, *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016.

“LA COOPERAZIONE INTERPARLAMENTARE NELLA GOVERNANCE EUROPEA MULTILIVELLO”

Primo ciclo di interventi

Giuliano Amato *

Per riprendere, in breve, la parentesi sulla mia bio-bibliografia, vi dirò come nacque quel libro ²⁵⁰. Io avevo partecipato al concorso a cattedra in Diritto costituzionale del '67 - da cui uscirono vincenti Cuocolo, Cheli e Grasso - e nel suo buon esito avevo inizialmente confidato. Sebbene avessi già appreso, prima ancora della conclusione, che la decisione era stata quella di “fermarsi” ad una generazione prima della mia (gli unici “giovani” in quella occasione eravamo io e Valerio Onida), quando il risultato mi fu formalmente comunicato, non riuscii a non restarci male. Credo che capiti a tutti così.

Allora, esattamente la mattina dopo, mi misi a lavorare su questo tema e lo feci esclusivamente per concentrare il cervello su qualcosa di diverso e di impegnativo. Siccome all'epoca ero Capo Ufficio legislativo al Bilancio, ed avevo sotto mano interrogazioni, interpellanze e relative risposte – pensando che fosse tutto quello che mi potesse servire – mi chiusi nella mia stanza e scrissi quel “libretto”.

Libretto che – paradossalmente – mi fu poi essenziale; quando iniziai a scriverlo non avevo la più pallida idea del fatto che il concorso di Diritto Costituzionale bandito per me dall'Università di Modena (dove ero incaricato) sarebbe stato congelato e che l'unico concorso che il convento avrebbe passato sarebbe stato quello in Diritto parlamentare del Cesare Alfieri di Firenze, dove c'era Silvano Tosi, incaricato ultra novennale e quindi sottratto per questa ragione al blocco.

Di qui l'importanza di quel libro, che era al cuore del Diritto parlamentare. Ma nel '70 ero già passato al “Governo dell'Industria” ²⁵¹.

Entriamo nel merito, con la questione dei parlamenti nazionali. È davvero recessivo il loro ruolo e, se davvero lo è, per quali ragioni? Io vedo, al riguardo, due fattori diversi, uno che induce a ritenere semplicemente fisiologica la perdita del monopolio sulla legislazione che avevano, negli stati pre-unione, i nostri parlamenti; l'altro, che porta a imputare a una disfunzione di taluni ordinamenti nazionali (e non di tutti) una perdita di peso, che invece non dovrebbe aver luogo, giacché, da ultimo, quel peso ha trovato anzi ragioni per essere accresciuto.

* Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato – Università di Roma “La Sapienza”; Giudice della Corte Costituzionale.

²⁵⁰ G. Amato, *L'ispezione politica del Parlamento*, Milano, Giuffrè, 1968.

²⁵¹ *Il governo dell'industria in Italia*, a cura di G. Amato, Bologna, il Mulino, 1972.

Mi spiego. È un profilo essenziale della nostra Unione quello di aver trasferito al livello sovranazionale il potere normativo su materie e questioni sulle quali gli stati membri non potrebbero, con efficacia, raggiungere i fini perseguiti. Qualcuno derivarne che, se così è, la perdita è più apparente che reale. In ogni caso, fa parte di un processo di integrazione, che, dopo pochi decenni, ha attribuito quel potere non più soltanto al consiglio dei ministri degli stati membri, ma in co-decisione ad essi e al Parlamento europeo, direttamente eletto dai cittadini. Ciò rispetta il tasso di democraticità che ormai riteniamo essenziale negli organi abilitati a legiferare e porta il processo di integrazione entro una cornice, che non è più soltanto di diritto internazionale, ma è anche conformata da geni di diritto costituzionale.

Riprendendo una immagine tratta dal mirabile romanzo “Middlesex” di Jeffrey Eugenides [ripubblicato nel 2011 dai tipi della Bloomsbury di Londra] è possibile affermare come – attualmente – si viva nell’epoca degli “ibridi”, degli “ermafroditi”; e questo vale per le istituzioni, non meno che per gli esseri umani.

Il Parlamento europeo ha rafforzato la qualità ermafrodita della nostra creatura, già esplicitata dalla Corte di giustizia, quando questa aveva tratto diritti individuali dal Trattato di Roma, da un atto internazionale, cioè, che, di solito è fonte di diritti ed obblighi solo per gli stati. In questa chiave, perciò, è – come dicevo – fisiologico che i parlamenti nazionali perdano una quota del loro potere legislativo e tanto più lo è, quanto più è applicato in modo appropriato il principio di sussidiarietà.

Ma che cosa non è invece fisiologico in questo stesso contesto, nel quale, non lo dimentichiamo, i decisori in sede europea sono due, il Parlamento e il Consiglio dei ministri? Non è fisiologico che i ministri che si recano a Bruxelles per esercitare, in consiglio, la loro quota di potere legislativo europeo (che in alcune materie – quelle dove si continua a votare all’unanimità – è ancora in esclusiva dello stesso consiglio) non siano muniti di direttive dei loro parlamenti e possano decidere qui con una libertà non consentita per nessun atto con forza di legge interno. Per anni in Italia è stato così (e di fatto un po’ lo è ancora), tant’è che posso dirvi di aver vissuto io stesso l’esperienza di arrivare più volte a Bruxelles senza alcun vincolo parlamentare, mentre i miei colleghi avevano dovuto spiegare ai loro parlamenti che cosa andavano a fare, ricevendo così indicazioni e istruzioni preventive.

Che cosa ne desumiamo? Che ciò che ha reso recessivi taluni parlamenti nazionali non è stata tanto la dinamica in sé dell’Unione, quanto il loro stesso disinteresse per ciò che i loro governi venivano decidendo in Europa, si trattasse di regolamenti, di direttive, di decisioni quadro.

Ciò appare tanto più vero, se si tiene conto di quanto venne fatto dalla Convenzione europea sul futuro dell’Europa (ed entrato poi nel Trattato di Lisbona) per ottemperare al mandato che essa aveva ricevuto di rafforzare il ruolo dei parlamenti nazionali. Ricordo che, mentre se ne discuteva, il Presidente Giorgio Napolitano, che presiedeva allora la Commissione Affari Costituzionali del Parlamento Europeo, stava davanti a noi col fucile puntato, affinché non proponessimo innesti formali che andassero a danno dello stesso Parlamento europeo. A questo spetta legiferare in sede europea, la rappresentatività dei cittadini a questo fine è sua, per i parlamenti nazionali trovate lo spazio appropriato.

Aveva, secondo me, sacrosanta ragione. E noi non lo contraddicemmo con l'invenzione del "cartellino giallo", cioè della facoltà riconosciuta ai parlamenti nazionali di segnalare alla Commissione che, a loro avviso, una proposta legislativa che essa si accinge a presentare riguarda un tema sul quale, in chiave di sussidiarietà, è più appropriato legiferare in sede nazionale. Anche questo era sacrosanto, perché sino ad allora a valutare se era più appropriato il livello sovranazionale o quello nazionale (cosa necessaria in tutte le materie di legislazione concorrente) era chiamata la sola Commissione, interprete del livello sovranazionale. Era giusto allora che anche gli interpreti del livello legislativo nazionale dicessero la loro e così nacque il cartellino giallo, che ha effetto non impeditivo, ma di obbligo di riesame quando viene presentato da almeno un terzo dei parlamenti nazionali.

Ma qui devo tornare a quanto notavo prima. Questa facoltà la esercitano tutti i parlamenti? Quelli che lo fanno ne vedono potenziato il proprio ruolo e a questo fine basta che si manifestino pronti a farlo, perché i loro governi, a quel punto, vanno prudentemente a farsi "istruire", per evitare l'arrivo a Bruxelles di osservazioni critiche che li scavalcano. Ma non tutti hanno questa attenzione. E, ancora una volta, il prezzo lo si paga al loro disinteresse, non all'assetto in cui si trovano ad operare.

Ma c'è un ulteriore profilo che va segnalato e che porta a conclusioni non dissimili da queste. Riguarda la "governance" dell'Eurozona, notoriamente affidata a meccanismi prevalentemente intergovernativi, che hanno esaltato il ruolo dei governi, a scapito del Parlamento europeo. Questo infatti è in genere emarginato dalle decisioni che si prendono in una sede, il Consiglio europeo, che di fronte ad esso non ha alcuna responsabilità. Di quelle decisioni, perciò, i governi finiscono per rispondere ciascuno davanti al suo parlamento nazionale. Ed è compito di questo, a quel punto, far valere una tale responsabilità. C'è chi lo fa e c'è addirittura chi, il Tribunale costituzionale tedesco ad esempio, dice espressamente che quando le decisioni comuni toccano il bilancio nazionale, il governo non può adottarle senza autorizzazione, in questo caso, del Bundestag.

Chi dicesse oggi in Germania che l'Unione europea ha depotenziato il Bundestag desterebbe perciò non poche perplessità. In Grecia la reazione sarebbe un'altra, ma la ragione è tutt'affatto diversa, è nell'insieme dei vincoli a cui viene assoggettato lo stato membro dell'eurozona, quando la sua situazione debitoria lo costringe a ricorrere ai crediti europei. Il caso ha una sua inesorabile specificità e richiamarsi alla propria sovranità quando si stanno chiedendo i soldi degli altri non ha mai aiutato nessuno.

Un cenno, prima di chiudere, ai congegni di cooperazione fra Parlamento europeo e parlamenti nazionali. Personalmente sono piuttosto scettico sulla loro capacità di funzionare e lo dimostra del resto lo standing, assai scarso, che si sono conquistati. Ogni volta che sento nominare il COSAC, penso che abbiano tolto la "CO" finale a un cosacco, che è l'unica entità concreta evocata in me da quel nome.

Ma come fanno a funzionare organismi del genere? Come riescono a sviluppare un lavoro comune coloro che ne fanno parte? Quali sono i numeri minimi, e quali i numeri massimi, perché un lavoro utile possa concretamente aver luogo?

Io sono indotto a credere che la migliore cooperazione si realizzi se ed in quanto ciascuno lavori al suo posto e ci siano dei momenti di comunicazione e di raccordo. Fra questi, certo, anche incontri e riunioni. Ma lasciati all'intelligenza e all'iniziativa degli addetti ai lavori.

Rispondo, alla fine, al pessimismo di Fulco Lanchester sullo stato dell'Unione. Tutto potrei dire, ma non che sia infondato. Ha perfettamente ragione: l'ermafrodito è rimasto "su parti essenziali" com'era.

Teniamo conto, però, delle difficoltà insite nel percorso, così impervio, che abbiamo scelto. Quando degli stati – inizialmente sovrani – adottano la decisione "fondamentale" di dar vita ad una "federazione", la prima cosa che fanno e quella di concedere a questa federazione il "potere estero" ed il "potere di battere moneta".

Noi abbiamo deciso di partire alla "rovescia", perché partire con la Federazione risultò com'è noto impossibile. Partimmo così con un trattato internazionale, che dava vita a una comunità economica, avente il fine immediato di costruire un mercato integrato. E sarebbe stato poi su questo pilastro che avremmo cercato di costruire tutto il resto.

È già molto quello che abbiamo fatto. Ed è molto che l'organizzazione a cui abbiamo dato vita abbia "geni" femminili (la Costituzione è "femmina" ed il Trattato "maschio") che hanno allargato la loro influenza. Lo so, il potere maschile è duro da abbattere ed in questo momento, nel nostro ermafrodito, è particolarmente virulento. Ma il senso della storia è, anche qui, contro di lui.

Augusto Barbera *

Prima del telegiornale delle 8 viene di frequente trasmesso un resoconto sull'attività del Parlamento europeo, seguito da un dibattito fra parlamentari europei. Si tratta di temi non secondari riguardando aspetti importanti dell'economia agricola e/o industriale ma – ecco il punto sconcertante – del tutto avulsi rispetto alle vicende dell'Europa trattate qualche minuto dopo nel telegiornale, ora quelle relative alla crisi monetaria greca ora quelle relative ai migranti; vicende che – come è noto – negli ultimi mesi hanno scosso profondamente l'Unione e l'opinione pubblica. La impressione che ne derivava era la assenza del Parlamento europeo, emarginato dai Governi, spesso al di fuori delle stesse istituzioni comunitarie, in un approccio intergovernativo.

Non voglio entrare nel merito di queste drammatiche vicende mi limito a qualche rapida riflessione su taluni paradigmi interpretativi elaborati dai costituzionalisti. Mi riferisco a due paradigmi in particolare: il presunto declino della categoria della “sovrànità”; l'enfasi posta sulla tutela multilivello dei diritti.

Parto dal primo punto. Come è noto i processi di integrazione europea hanno indebolito le tradizionali categorie del diritto costituzionale, fra esse in primo luogo la “sovrànità”, già messa a dura prova dai processi di globalizzazione. E non poteva essere diversamente avendo tali categorie preceduto o seguito la formazione degli stati nazionali. In assenza di una costituzione federale, il tentativo compiuto è stato quello di ignorare tale paradigma o di sostituirlo ora con la “sovrànità dei diritti” ora con la “sovrànità dei valori”, vale a dire con un'evanescente “sovrànità senza soggetto”, sganciata da un potere politico. D'altro canto si è voluto – per la prima volta nella storia – evitare di agganciare la moneta unica ad una “sovrànità politica”, ad un governo in grado di esprimere una unica politica economica e fiscale. Premevano in queste senso sia più ampie suggestioni “autopoietiche”, propense ad emarginare le categorie della “politica” (in nome di un vago costituzionalismo “societario”), sia l'illusione che il “mercato unico”, la “sovrànità del mercato”, avrebbe potuto presto spingere di per sé verso una più intensa unificazione politica.

Vado al secondo punto. I “diritti”, sanciti nei Trattati ed ampiamente alimentati dalle Corti di Lussemburgo e, in una dimensione più ampia, dalla stessa Corte Strasburgo, avrebbero dovuto favorire la costruzione di una comunità politica, esprimendo tutto il loro potenziale “federalizzante”, come accaduto – viene sottolineato – nella storia di altre entità federali. La tutela multilivello dei diritti e la massima espansione della Convenzione europea avrebbero dovuto rappresentare la base per tale energia espansiva, anche forzando le inerzie o le resistenze delle politiche nazionali.

Tali paradigmi, unificati dal tentativo di emarginare la “politica”, non hanno retto alle prime importanti prove. Non hanno retto anzitutto i diritti: mentre la Carta di Nizza entrava a far parte delle fonti comunitarie, mentre le Corti di Strasburgo e del Lussemburgo elaboravano sempre più sofisticati frammenti di diritti – anche relativi a persone extracomunitarie, compreso il diritto al ricongiungimento familiare – i governi europei respingevano i richiedenti asilo alla frontiera,

* Professore emerito di Diritto costituzionale – Università di Bologna “*Alma Mater Studiorum*”; Giudice della Corte Costituzionale

spesso lasciati sulle spalle dei paesi di primo approdo. Le barriere di filo spinato o la plateale elusione del trattato di Schengen, le angoscianti scene dei migranti in marcia nel fango respinti alle frontiere, hanno messo in luce la debolezza della ottimistica “attitudine federalizzante dei diritti”. Non bastano quelle scene a rendere surreale il solenne richiamo alla “dignità umana” con cui si apre la Carta di Nizza, oramai a pieno titolo ricompresa nelle fonti europee?

Rischia parimenti di non reggere la moneta unica: non solo non è riuscita a spingere verso la unificazione politica ma si è scontrata con la domanda di sovranità degli stati, sia della Germania e degli altri paesi “virtuosi”, sia della Grecia. Mentre quest’ultima ha attivato addirittura un referendum, rivelatosi inutile ma dall’alto valore simbolico per il riferimento alla sovranità popolare, la Germania ha chiesto al *Bundestag* l’approvazione degli accordi raggiunti per la soluzione della crisi greca, come da tempo preteso dalla Corte di Karlsruhe, in nome della sovranità nazionale, pudicamente ridefinita dalla stessa Corte “principio democratico”.

A queste domande di sovranità degli Stati ha corrisposto l’assenza di incisivi poteri delle istituzioni europee, l’assenza di una “politica di bilancio” comune: in breve l’assenza di un “sovrano europeo” forte di una diretta legittimazione democratica. La sovranità popolare greca è stata “spodestata” lamenta Gustavo Zagrebelsky ¹ ma non spiega perché gli elettori greci che, a torto o a ragione, rifiutano le politiche di austerità dovrebbero possedere una maggiore “legittimazione democratica” rispetto agli elettori finlandesi o tedeschi che, ad altrettanto torto o ragione, invece tale austerità invocano.

A queste rivendicazioni di sovranità degli Stati ha corrisposto l’assenza di incisivi poteri delle istituzioni europee l’assenza, appunto, di un “sovrano europeo”, forte di una diretta legittimazione democratica. Ancora più drammatica l’assenza di un “sovrano europeo” laddove le istituzioni europee hanno lasciato ai singoli stati la politica dell’accoglienza, favorendo la conseguente moltiplicazione delle barriere di filo spinato e la progressiva vanificazione del Trattato di Schengen.

Dichiarare defunta la categoria della “sovranità” dei soggetti politici in nome della “sovranità dei valori” è prospettiva suggestiva ² ma il problema è oggi quello di contrastare il recupero di sovranità dei singoli stati affidando – lo ripeto – poteri sovrani ad istituzioni federali europee.

¹ in *La tragedia greca e la sovranità spodestata*, in la Repubblica del 28 luglio 2015, disponibile on-line su: <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2015/07/28/la-tragedia-greca-e-la-sovranita-spodestata27.html>

² Ricordo Tanino Silvestri “*La sovranità senza principe*”, Torino, Giappichelli 2015.

Quando stamani il professor Fulco Lanchester mi ha proposto un coinvolgimento “fuori programma” in questa tavola rotonda conclusiva pensavo che scherzasse: ero venuto difatti, con la massima tranquillità, soltanto per ascoltare un Convegno in cui si presentavano i risultati di una ricerca su un tema per me molto interessante. Ovviamente, una volta compreso che diceva sul serio, non ho potuto dire no: sono difatti onoratissimo dell'invito e assai stimolato dal prendere parte ad una tavola rotonda di questo livello, accanto a due giudici costituzionali che sono, al tempo stesso, due autentici maestri del diritto costituzionale e altresì due protagonisti, ai massimi livelli, della storia repubblicana.

Prima di iniziare, vorrei portare anch'io un breve ma sentito ricordo del professor Antonio Zorzi Giustiniani. Tralascio di richiamare le lezioni e le relazioni che, in tempi e luoghi vari, ho avuto modo di ascoltare e gli scritti che ho letto, in molteplici occasioni. E mi soffermo sul fatto che circa un anno e mezzo or sono venimmo coinvolti assieme in una Commissione di valutazione di tesi di dottorato proprio dal professor Lanchester, quale coordinatore del medesimo dottorato. Da quegli incontri, evidentemente sereni e proficui, nacque un invito dello stesso professor Zorzi Giustiniani a partecipare a Pisa ad un dibattito sulle riforme costituzionali. Invito e dibattito che ancora ricordo di cuore e con piacere, anche perché si sviluppò un vivace confronto sul testo del disegno di legge costituzionale presentato dal governo Renzi, sul quale, come è noto, le opinioni dei costituzionalisti erano e sono tuttora assai variegata: in un clima assai sereno, peraltro, come è giusto che sia in sede scientifica, e una conclusione rilassata in una trattoria pisana, ospiti del collega che oggi qui ricordiamo.

Devo anzitutto notare come la ricerca che oggi è stata presentata appaia davvero molto impegnativa e difficile: tanto l'oggetto quanto lo spettro dell'indagine sono difatti assai ampi. I procedimenti in cui sono coinvolti i Parlamenti nazionali e regionali nell'Unione europea si presentano per definizione complessi e articolati, perché coinvolgono, nello stesso tempo, le istituzioni dell'Unione e le istituzioni di ciascuno Stato membro. E ricostruire, in chiave comparata, snodi e procedure, disciplinate da ciascun Parlamento in modo diverso dagli altri, non è certo un compito agevole, anche per studiosi di vaglia, quali sono tutti coloro che hanno preso parte alla ricerca.

Eppure sono snodi e procedure assolutamente cruciali, e su cui è bene che la scienza giuridica si soffermi. A mio avviso, quanto abbiamo appena sentito in questa prima parte della tavola rotonda ce lo conferma. È su questi aspetti che si fonda, infatti, la democrazia europea: la nostra forma di governo passa ormai in modo decisivo attraverso questi snodi e queste procedure. Ed è bene, perciò, che esse siano studiate tanto dai costituzionalisti, quanto dai comparatisti, quanto dagli studiosi di diritto dell'Unione europea.

Sono ovviamente contento, pertanto, di aver riscontrato negli autorevoli esponenti delle varie discipline che in questa giornata hanno trovato modo di esprimersi, indipendentemente dal loro essere afferenti al Diritto costituzionale, al Diritto comparato o al Diritto dell'Unione europea,

* Professore ordinario di Diritto delle Assemblee elettive – Università di Roma “*LUISS - Guido Carli*”.

una specifica attenzione ai Parlamenti nazionali, visto che proprio il Diritto delle assemblee elettive è il campo di studio che tendo a privilegiare.

In questa prospettiva, vorrei articolare il mio intervento in tre punti.

Il primo punto riprende e sviluppa il cenno che l'organizzatore di questo incontro, il professor Lanchester, gentilmente faceva nel presentarmi, citando la formula del "sistema parlamentare euro-nazionale", che abbiamo immaginato, un paio di anni or sono, assieme al mio maestro, il professor Andrea Manzella.

Provando in ciò a seguire (indegnamente) le orme del professor Amato, quando poco fa – offrendoci, in risposta alle sollecitazioni del nostro organizzatore, una utile integrazione di quella gustosa "biografia autorizzata" con cui si apre il suo volume più recente ²⁵⁴ – ha descritto le origini del suo volume sull'ispezione politica del Parlamento ²⁵⁵, vorrei accennare, nel mio piccolo, a come sia nata questa formula.

Credo sia doveroso confessare che la terminologia "sistema parlamentare euro-nazionale" ed il suo utilizzo come titolo di un libro collettaneo, predisposto in esito a una cattedra Jean Monnet *ad personam* a lui attribuita ²⁵⁶ derivi principalmente dalla nota abilità di "titolista" del professor Manzella: dopo alcune telefonate, in cui ci confrontammo su una serie di titoli alternativi, tutti scartati, per una ragione o per l'altra, optammo poi per questa formula, apparentemente un po' ostica, ma che si è rivelata feconda con il passare del tempo.

Infatti, riflettendo sull'architettura del suddetto volume e, poi, soprattutto, in altri lavori più recenti ²⁵⁷, è andato emergendo un concetto che, entro certi limiti, consente una chiave di lettura del ruolo dei Parlamenti nell'Unione europea e fors'anche della forma di governo *quo utimur* per molti aspetti nuova e a mio avviso con notevoli virtualità esplicative della situazione attuale e anche di una possibile linea evolutiva.

Questi caratteri si colgono con chiarezza se si pone a confronto questa formula con altre che pure vengono usate per riferirsi al medesimo fenomeno.

Anzitutto, essa supera la "logica della separazione" tipica del modello tradizionalmente dominante, per il quale Parlamento europeo e Parlamenti degli Stati membri dell'Unione europea sarebbero destinati a non sovrapporsi mai, perché ciascun Parlamento nazionale dovrebbe occuparsi – solo ed esclusivamente – del suo Governo, non avendo, per così dire, alcuna "cittadinanza" a livello europeo. È questa una tesi che, nonostante essa appaia superata dagli artt. 10 e 12 TUE, continua ad essere autorevolmente riproposta. Si pensi, ad esempio, ad un autore evocato stamattina dal professor Ballaguer Callejón: la ricostruzione della dinamica democratica dell'Unione europea proposta da Sergio Fabbrini fa difatti leva tutta sul ruolo del Parlamento europeo, e in essa i Parlamenti nazionali appaiono confinati in un angolino, potendo occuparsi, a suo avviso, esclusivamente delle politiche nazionali ²⁵⁸.

²⁵⁴ G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 7-16.

²⁵⁵ *L'ispezione politica del Parlamento*, cit.

²⁵⁶ AA. VV., *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, a cura di A. Manzella e N. Lupo, Torino, Giappichelli, 2014.

²⁵⁷ N. Lupo, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella costituzione "composita" nell'UE: le diverse letture possibili*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, spec. pp. 13 ss.

²⁵⁸ Per un cenno in tal senso cfr. S. Fabbrini, *Bruxelles ha buone istituzioni*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 dicembre 2015, p. 18.

Tuttavia, proprio per effetto delle innovazioni derivanti dal trattato di Lisbona, altri modelli sono stati prospettati, come veniva ricordato anche in alcuni degli interventi odierni (penso in particolare a quello di Astrid Zei).

Il riferimento è anzitutto alla tesi per la quale oggi sarebbe possibile riscontrare l'esistenza di una "Virtual Third Chamber"²⁵⁹. Una "Terza Camera Virtuale" che nasce dall'idea per cui "tutti" i Parlamenti nazionali, riuniti assieme, siano in grado di rappresentare una sorta di Camera, composta di oltre diecimila componenti. Idea senz'altro suggestiva, e che fa leva emblematicamente sulla procedura dell'early warning system di cui al protocollo n. 2 al trattato di Lisbona, ma a mio avviso non particolarmente convincente, perché attribuisce una dimensione collettiva a poteri che invece spettano anzitutto a titolo individuale a ciascun Parlamento nazionale (e ad ognuna delle due Camere di cui questo, in 13 casi su 28, si compone). Confesso inoltre di avere parecchie perplessità anche sulla possibile attribuzione al Consiglio (dei ministri) della qualifica di "Seconda Camera", che è forse accettabile sul piano funzionale – specie dopo il trattato di Lisbona, che equipara Consiglio e Parlamento europeo nell'esercizio della funzione legislativa e di quella di bilancio – ma che risulta assai poco convincente se si considerano i suoi caratteri strutturali, tutti assai lontani da quelli di un Parlamento.

Una tesi a mio giudizio maggiormente convincente, e che in effetti ha riscosso un notevole successo, è quella del "Multilevel Parliamentary Field"²⁶⁰.

Questa tesi, ancorché suggestiva e con alcuni elementi che vanno nella direzione più corretta, presenta però due ordini di difetti.

Il primo è quello di lasciare le briglie troppo libere a ciascun Parlamento. Si tratta, infatti, di un "field", ossia di un campo, dove ciascun Parlamento, a livello regionale, nazionale o europeo, agisce piuttosto liberamente, ciascuno per sé, e senza particolari costrizioni o limiti. Un campo in cui, come dire, chi ha più energia politica da mettere la mette, e gioca liberamente il suo gioco,

Come è evidente un campo libero può facilmente diventare anche un "campo di battaglia". E non a caso proprio questa immagine è stata recentemente ed assai efficacemente (anche visto la politica cui si riferisce) evocata, nel caso della Conferenza interparlamentare sulla PESC-PESD, da una studiosa spagnola²⁶¹. In effetti, in questo caso forse ancora più che in altri, nelle relazioni tra Parlamento europeo e Parlamenti nazionali si sono registrati non pochi scontri nel momento in cui si è trattato di definire i rapporti di forza reciproci, al fine di istituire e regolamentare nuove forme di cooperazione interparlamentare, in particolare attraverso apposite Conferenze, composte da rappresentanti delle commissioni specializzate in determinate materie.

Tralasciandosi qui i contrasti sorti nell'interpretazione degli artt. 9 e 10 del protocollo n. 1 sulla cooperazione interparlamentare – il che, per inciso, fa capire che non si tratta di strumenti privi di potenzialità, visto che tali articoli potevano apparire, a primissima lettura, particolarmente innocui – basti citare qui un solo esempio: quello dell'ultima nata tra le Conferenze

²⁵⁹ Cfr. I. Cooper, *A "Virtual Third Chamber" for the European Union? National Parliaments after the Treaty of Lisbon*, in *West European Politics*, 35(3), 2012.

²⁶⁰ B. Crum, J. E. Fossum, *The Multilevel Parliamentary Field: a framework for theorizing representative democracy in the EU*, in *European Political Science Review*, 1, 02, July 2009, pp. 249-271.

²⁶¹ A. Herranz-Surrallés, *The EU's Multilevel Parliamentary (Battle)Field: Inter-parliamentary Cooperation and Conflict in Foreign and Security Policy*, in *West European Politics*, 37(5), 2014.

interparlamentari, ossia la Conferenza interparlamentare prevista dall'art. 13 del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria (il c.d. "Fiscal compact"). Ebbene, per questa Conferenza non si è stati in grado neanche di decidere quanti componenti dovessero far parte delle delegazioni di ciascun Parlamento nazionale e del Parlamento europeo. E si è stabilito perciò che la composizione di ogni delegazione fosse libera, in quanto rimessa alle valutazioni dei singoli Parlamenti. Ed è inutile segnalare che se si ha a cuore l'efficacia dell'organismo in questione, tale decisione risulta essere un compromesso assai infelice (che finisce peraltro per privilegiare i Parlamenti più "ricchi", che possono agevolmente sopportare i costi di una delegazione più numerosa).

Il secondo difetto del *multilevel parliamentary field* è nel suo mettere sulla scena, come soggetti rilevanti, solo ed esclusivamente i Parlamenti, come si diceva europeo, nazionali e regionali, ignorando però i protagonisti quasi assoluti dei processi decisionali europei, che sono invece i Governi, sia a livello statale, sia a livello di Unione europea (e anche a livello regionale, in taluni casi).

Ebbene, con la nozione del "sistema parlamentare euro-nazionale" si è inteso in qualche modo ovviare alle due criticità appena esposte.

Da un lato, nel momento in cui si sostituisce la nozione di "campo" con quella di "sistema", si sottolinea come si tratti di interrelazioni strutturate e continue, attraverso procedimenti euro-nazionali: procedimenti strutturati, che in qualche misura assicurano forme di gerarchia o almeno di coordinamento tra le diverse istituzioni, e compositi, in quanto disciplinati in parte da norme dell'Unione europea e in parte da norme di ciascuno Stato membro.

Dall'altro lato, con una soluzione che forse è ancora più innovativa, si includono nel modello anche gli esecutivi, essenzialmente guardando ai loro rapporti con i parlamenti. A questo fine si valorizza quella che è una caratteristica tipica della forma di governo che risulta di gran lunga quella più diffusa nell'Unione europea: non bisogna infatti dimenticare che ben 27 dei 28 Stati membri dell'Unione europea (l'unica eccezione è quella di Cipro) sono caratterizzati da una forma di governo che prevede – pur con tutte le varianti del caso – la sussistenza di un rapporto di fiducia tra almeno un ramo del Parlamento e l'Esecutivo.

Un fenomeno di questo tipo non è neppure sconosciuto a livello di istituzione europee: nonostante il rapporto tra Parlamento europeo e Commissione non possa qualificarsi come perfettamente corrispondente a quello tra una Camera bassa e il suo Governo nelle forme di governo parlamentari, va considerato che, in qualche misura, anche grazie alle novità registrate nella ultima tornata elettorale per il Parlamento europeo, per effetto dei "capilista" o "Spitzenkandidaten", l'evoluzione sembrerebbe essere nel senso di una qualche "parlamentarizzazione" della forma di governo dell'Unione europea.

Da ciò, la constatazione per la quale un caratteristica in grado di accomunare i diversi regimi politici operanti nel continente europeo potrebbe essere rintracciata proprio nell'esistenza di una forma di governo parlamentare "in senso lato". Il "sistema parlamentare euro-nazionale" intende appunto evidenziare questo elemento, anche al fine di consentire ai Parlamenti di rintracciare, e far valere, le responsabilità politiche che altrimenti tendono, in un sistema a più livelli, inevitabilmente a disperdersi.

Utilizzando proprio questa chiave di lettura, vengo ora a trattare il **secondo punto**, nel quale rapidamente accennerò ad alcuni profili dell'*early warning system*, ossia del controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà affidato ai Parlamenti nazionali. Per dedicare, poi, in stretta connessione, qualche rapida affermazione, nel terzo passaggio del mio intervento, alla cooperazione interparlamentare.

Confesso infatti, a quest'ultimo riguardo, che non riesco a sottrarmi ad una qualche replica alle provocazioni del Professor Amato circa la mancanza di utilità degli strumenti della cooperazione interparlamentare. Forse sarà perché – sempre per stare sul tema dei lavori scientifici di ciascuno di noi – ho appena finito di correggere le bozze di un libro in uscita il prossimo aprile, co-curato assieme a Cristina Fasone, dal titolo *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, e, se non fossi in grado di giustificare una qualche utilità di tali strumenti, rischierei di aver svolto un lavoro del tutto inutile. E lo stesso dovrebbe forse dirsi per uno dei filoni principali del PRIN che oggi è stato presentato.

Passo allora anzitutto all'*early warning system*, tema su cui oggi si è discusso a lungo e sottolineo come anche su questo argomento le divisioni appena riferite, circa le possibili chiavi di lettura dei Parlamenti nell'Unione europea, abbiano una forte incidenza.

Per esempio si discute – e si è discusso anche nel convegno di oggi – se l'*early warning system* sia uno strumento prevalentemente giuridico, o, politico.

Coloro che sostengono la separazione tra i due livelli istituzionali e a confinare al minimo il “ruolo europeo” dei Parlamenti nazionali tendono naturalmente a configurare questo strumento come un controllo soltanto di natura giuridica. Secondo questo approccio i Parlamenti nazionali sarebbero chiamati ad esercitare un “mestiere” di consulenza giuridica, simile a quello proprio, ad esempio, del *Conseil d'État* francese ²⁶².

A mio avviso, invece, è piuttosto evidente che questo non è, e non può essere, il “mestiere” dei parlamenti. I parlamenti sono “animali politici”, e sono stati inseriti nel processo decisionale europeo proprio perché sono “animali politici”. Altrimenti non avrebbe senso averli inseriti, come ci ha ricordato il professor Amato un attimo fa.

Ciò non vuole neppure dire, però, che gli argomenti giuridici siano del tutto estranei ai pareri motivati. I Parlamenti, infatti, proprio perché istituzioni politiche, sono liberi nel fine, in quanto possono “sagomare” diversamente il loro intervento. Quindi non può sorprendere che si riscontri una elevata variabilità – per questo aspetto – sia nel panorama comparato, sia addirittura all'interno del singolo parlamento, dove di volta in volta si può decidere se agire un po' come i giudici oppure se valorizzare pienamente il significato politico del parere che si è chiamati a esprimere. Del resto, è proprio la natura per definizione polivalente del principio di sussidiarietà che rende possibile e forse persino incoraggia questa varietà di interpretazioni.

Aggiungo, senza poter approfondire, che è stato molto intelligente il collegamento con il “dialogo politico” che la Commissione ha operato, sin dal 2006, prima ancora che il trattato di Lisbona

²⁶² Cfr. F. Fabbrini-K. Granat, *'Yellow Card, but no Foul': The Role of the National Parliaments under the Subsidiarity Protocol and the Commission Proposal for an EU Regulation on the Right to Strike*, in *Common Market Law Review*, 2013 (1), p. 115 s., spec. p. 124 s. e P. Küiver, *The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity. Constitutional theory and empirical reality*, Abingdon, New York, Oxon, Routledge, 2012, p. 126 s.

entrasse in vigore, così incentivando i Parlamenti nazionali a non agire solo in chiave negativa rispetto ai progetti di atti europei, ma in chiave collaborativa e propositiva (e anche al di là delle proposte di atti normativi in senso stretto). In questa logica, le prospettive che si sono aperte di recente sulla c.d. *Green card*, su iniziativa della House of Lords, di cui pure si è detto nel corso del convegno, mi paiono di notevole interesse: e non è un caso che la Commissione sta provando a riconfigurare questo istituto come un “dialogo politico rafforzato”.

Tengo invece a sottolineare qui un altro degli aspetti che emergevano molto bene dalle relazioni dell'Unità di Milano del PRIN. Nel senso che, proprio nella suddetta logica del sistema parlamentare euro-nazionale, non è certo l'*early warning system* a poter rappresentare il solo, e nemmeno il principale, rimedio ai problemi della democrazia europea. Il principale rimedio consiste, a mio avviso, nel valorizzare le funzioni di indirizzo e di controllo di cui, seppure in intensità varia, tutti i Parlamenti nazionali dispongono nei confronti dei rispettivi Governi, e che vanno esercitate anche con riguardo alle politiche europee che questi Governi promuovono quando operano nel seno delle istituzioni dell'Unione europea.

Per inciso, segnalo che, per descrivere correttamente i problemi della democrazia europea preferisco usare l'espressione “democratic disconnect”²⁶³, rispetto a quella, molto più comune, di “deficit democratico”, in quanto ritengo che in Europa la democrazia non manchi di certo. Soprattutto se si confronta il continente europeo con altre aree del mondo, si percepisce come i nostri standard democratici siano comunque collocati molto in alto.

Certo, va riconosciuto che nella democrazia multilivello dell'Unione europea si riscontrano problemi di funzionamento, sia a livello europeo, sia a livello nazionale: in particolare, risultano andare in crisi i tradizionali meccanismi della rappresentanza e, soprattutto, della responsabilità politica. Manca, cioè, quella connessione tra governi, rappresentanti e rappresentati su cui si è fondata la legittimazione, e, ad un tempo, la legittimità delle decisioni assunte dai poteri pubblici nell'ambito degli Stati-nazione

Ma questo è, evidentemente, un discorso un po' diverso, che nel corso del mio intervento odierno non può essere adeguatamente sviluppato. Mi serve soltanto a sottolineare che l'*early warning system*, pur non essendo di per sé uno strumento decisivo, può però giocare un ruolo complementare ma importante, in può essere utile per far vedere a ciascun Parlamento nazionale quello che potremmo chiamare “l'altro lato della medaglia”: ossia, quella parte delle informazioni che rilevano nella formazione degli atti dell'Unione europea che, a volte, il singolo Governo non ha alcun interesse a mostrare al suo Parlamento e alla sua opinione pubblica.

È chiaro, infatti, che se i Parlamenti nazionali ricevono informazioni solo ed esclusivamente dal loro Governo, ben difficilmente essi potranno riuscire non dico ad incidere, ma forse neppure a comprendere fino in fondo una dinamica di cui il Governo controlla tutte le leve, mentre i Parlamenti vedono solo quello che racconta loro il rispettivo Governo.

Ecco allora che, in qualche modo, nell'*Early warning system* è possibile vedere sia uno strumento per l'ottenimento diretto delle informazioni, sia, nei casi limite – quando cioè si accorge che il Governo sta facendo qualcosa che non è proprio in linea con l'indirizzo fornito preventivamente o comunque non in linea con gli orientamenti maggioritari in Parlamento – per permettere ad

²⁶³ Coniata da P. Lindseth, *Power and Legitimacy: Reconciling Europe and the Nation-state*, Oxford, OUP, 2010.

ogni singola Camera di uno Stato membro di alzare qualche “cartellino”; o, comunque, ove non si raggiunga un elevato consenso, di segnalare la cosa individualmente ma direttamente alle istituzioni dell’Unione europea.

Infatti il risultato maggiore, e più rilevante di ciò – risultato che comunque permette, oggi, a sei anni dall’entrata in vigore del meccanismo, di dare una valutazione positiva sull’*early warning system*²⁶⁴ – è quello di aver accelerato i processi di europeizzazione dei parlamenti nazionali che erano su questo, meno attenti.

Questo è vero anche per il Parlamento italiano. Si pensi, in particolare, al fatto che il Parlamento italiano qualche strumento di controllo o di indirizzo prima o dopo il Consiglio europeo tende a svolgerlo, con una certa sistematicità. Anzi, a stare alla prassi più recente, le audizioni del Ministro delle Politiche dell’Unione europea presso le Commissioni riunite Affari esteri e Politiche dell’Unione europea sono tendenzialmente sostituite dalle comunicazioni del Presidente del Consiglio presso le Assemblee della Camera o del Senato, a volte seguite dall’approvazione di apposite risoluzioni parlamentari.

(Giuliano Amato)

Non solo, ma sono i governi nel loro insieme, e, lo stesso singolo governo - e questo lo ho sperimentato sulla mia pelle - essendoci l’*early warning* sono “sollecitati” ad andarli a “sollecitare” prima; perché per un Governo è quanto mai sgradevole che il parlamento si “connetta” direttamente, tagliandolo fuori. Ed è quindi corretto affermare come questo faciliti questo processo.

(Nicola Lupo)

Ringrazio molto il professor Amato per l’osservazione e colgo allora lo spunto per sottolineare come sia appunto questa la logica in nome della quale tendo – come accennavo in precedenza – a non condividere la sua affermazione secondo cui la cooperazione interparlamentare non avrebbe nessuna utilità. A mio avviso, semmai, ciò che si può sostenere è che la cooperazione interparlamentare, per come fin qui realizzata, rappresenti un’occasione in larga parte sprecata, ma della quale vi sarebbe, nella democrazia europea, specie oggi, assoluto bisogno.

Perché, a mio avviso, si può sostenere questo? Provando a rispondere a questo interrogativo vengo allora al **terzo ed ultimo punto** del mio intervento.

Il problema è che entrambe le tendenze che si riscontrano attualmente all’interno del processo di integrazione europea – l’accentuazione del metodo intergovernativo, da un lato, e le accresciute asimmetrie tra gli Stati membri, dall’altro – in realtà mettono profondamente in difficoltà il

²⁶⁴ Per un recente bilancio cfr. D. Fromage, *Les parlements dans l’Union européenne après le traité de Lisbonne. La participation des parlements allemands, britanniques, espagnols, français et italiens*, Paris, L’Harmattan, 2015.

Parlamento europeo. Da solo, perciò, anche se come è noto i suoi poteri si sono accresciuti in misura notevole dall'Atto Unico in poi, il Parlamento europeo “non ce la fa”: non riesce cioè a risolvere i problemi della democrazia europea.

Qualcosa, senza dubbio, come si diceva, possono fare i singoli Parlamenti nazionali, ma ci rendiamo tutti conto che oltre un certo punto non possono andare. Si pensi, per citare un unico esempio, al nodo della responsabilità politica per le scelte compiute dal Consiglio europeo. Anche ponendo che ciascun Parlamento nazionale sia in condizione di indirizzare e di controllare l'azione del proprio Premier, valutandolo, ovviamente, in merito alla capacità di costui di perseguire l'interesse nazionale, resta comunque aperto il problema di quale sia la sede parlamentare per far valere la responsabilità politica europea: per verificare, cioè, se il Consiglio europeo è stato in grado o meno di perseguire l'interesse europeo.

In questa chiave si gioca, inoltre, la grande partita della differenziazione interna del Parlamento europeo: l'ipotesi di distinguere cioè i poteri dei parlamentari europei a seconda dello Stato membro di elezione, in modo da far sì – ad esempio, e con qualche semplificazione – che solo i deputati europei eletti in Stati membri dell'Eurozona siano abilitati ad intervenire sulle politiche che riguardano solo i Paesi che hanno adottato l'euro.

È una questione su cui si dibatte da alcuni anni ²⁶⁵. A mio avviso, le soluzioni delineate, oltre a contrastare con i trattati, nel momento in cui questi affermano che “Il Parlamento europeo è composto di rappresentanti dei cittadini dell'Unione” (art. 14, par. 2, TUE), porterebbe a rompere alcuni principi cardine del parlamentarismo, come ad esempio l'idea che il parlamentare è tale indipendentemente da dove è eletto e che le differenziazioni tra i parlamentari discendono solo dalle opzioni compiute in seno al medesimo parlamento.

Si tratta di principi che, tra l'altro, se affrontiamo la questione in un'ottica comparata, subiscono qualche attenuazione proprio in queste stesse settimane.

Si pensi in particolare a quello che sta succedendo nel Regno Unito, con il cosiddetto *English Votes for English Laws* (EVEL). Si tratta del nodo che viene anche evocato come *English Question* o *West Lothian Question* ²⁶⁶. A partire proprio dal gennaio 2016 le leggi che riguardano solo ed esclusivamente l'Inghilterra (ad eccezione cioè di Scozia, Galles e Irlanda del Nord) seguono un iter peculiare presso la House of Commons, in quanto nel corso della seconda lettura vi è una fase alla quale partecipano i soli parlamentari eletti in Inghilterra.

O si pensi anche – e lo dico questo per i cultori del Diritto parlamentare, ancorché si tratti di una previsione vigente dal 1997 – alla “normetta” inserita all'art. 14, comma 5, del regolamento della Camera dei deputati, sulle componenti politiche presenti all'interno del gruppo misto. Questa disposizione consente anche a tre soli deputati di costituire “di diritto” una componente politica

²⁶⁵ Cfr., a favore, G. L. Tosato, *Asimmetrie e dilemmi istituzionali tra UE ed Eurozona: la UE a due velocità*, in *Prove di Europa unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi*, a cura di G. Amato e R. Gualtieri, Firenze, Passigli, 2013, p. 311 s., spec. p. 319 s., e A. Padoa Schioppa, *Verso la federazione europea? Tappe e svolte di un lungo cammino*, Bologna, Il Mulino, 2014, p. 517 s. *Contra*, C. Fasone, *Il Parlamento europeo nell'Unione asimmetrica*, in *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, cit., p. 51 s. e E. Griglio-N. Lupo, *Towards an asymmetric European Union, without an asymmetric European Parliament*, SOG Working Papers 20, June 2014 (<http://sog.luiss.it/it/ricerca/working-papers>).

²⁶⁶ Su cui cfr. G. Caravale, *Lo Strathclyde Report e il nuovo dibattito sui poteri della Camera dei Lords. Cronache costituzionali dal Regno Unito, settembre-dicembre 2015*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2015, pp. 7 ss; Id., *Il Queen's speech 2015 e le prime difficoltà del governo Cameron*, ivi, n. 2/2015, pp. 5 ss.

nel gruppo misto, rappresentativa delle minoranze linguistiche, purché questi parlamentari siano stati eletti in regioni dove queste minoranze sono effettivamente presenti e tutelate.

Tornando all'ipotesi di una differenziazione interna del Parlamento europeo, ribadisco di essere assai perplesso rispetto a prospettive di questo genere, visto che il parlamentarismo si regge sul principio opposto, quello del divieto di mandato imperativo. Ma il tema è affascinante, ed andrebbe approfondito anche con riguardo al nuovo Senato, per come risultante dal disegno di legge costituzionale *in itinere*.

Ad ogni modo, se la situazione è questa, se cioè è difficile, per il Parlamento europeo, differenziarsi al proprio interno, e se, come è evidente, istituire una ulteriore Camera nell'Unione europea in rappresentanza di alcuni Parlamenti nazionali – “Seconda” o “Terza”, si è detto, a seconda di come si qualifichi il Consiglio dei ministri – in quanto essa naturalmente tenderebbe a svolgere una funzione anti-integrazione, le alternative sul tappeto rispetto alla cooperazione interparlamentare restano ben poche.

Aggiungo – e dicendo questo mi pongo in parte in contrapposizione con alcune ipotesi prospettate dall'unità di ricerca milanese del PRIN – che a mio avviso non possiamo neppure seguire l'esempio offerto dal Regno Unito con la *Red Card*, specie se intesa in senso forte: nel senso di attribuire, cioè, un vero e proprio “potere di veto” al singolo Parlamento nazionale o anche a una quota minoritaria dei Parlamenti medesimi. Non bisogna infatti dimenticare come lo stesso “cartellino giallo”, così come il “cartellino arancione” siano stati costruiti sulla base di un criterio secondo la quale, ad esempio, il *Bundestag* tedesco conta la metà del Parlamento maltese o di quello cipriota.

È per questo che, a mio giudizio, non possiamo permetterci il lusso di rinunciare alle utilità che possono derivare dalla cooperazione interparlamentare. Certo, occorre che questa sia, come dire, “presa sul serio”. In particolare, un passaggio importante, in questa direzione, potrebbe essere l'articolazione in commissioni permanenti delle Conferenze interparlamentari che in questi ultimi anni si sono andate moltiplicando.

Per essere più chiari, non basta istituire, come si è fatto fin qui, Conferenze interparlamentari composte da rappresentanti delle omologhe commissioni permanenti, perché queste finiscono inevitabilmente per essere organi pletorici, che non a caso sono obbligati a riunirsi, un paio di volte l'anno ciascuna, nelle aule parlamentari. Queste Conferenze interparlamentari dovranno essere in grado di lavorare anche e soprattutto per commissioni. Del resto, è noto che un Parlamento che lavora solo in Assemblea è, per definizione, un Parlamento debole. Se poi questo Parlamento si riunisce, come si diceva, solo due volte l'anno, deve parlare mediante gli interpreti e, in taluni casi, non si sa neppure di quanti parlamentari sia composto, questo finisce per essere inevitabilmente assai debole.

Se, viceversa, si riuscisse a dare continuità – e grazie alle nuove tecnologie questo non è del tutto impossibile – a gruppi di lavoro o comunque a gruppi più ristretti, e si usassero appieno le potenzialità che la cooperazione parlamentare offre in termini di “geometrie variabili”, ciò potrebbe rappresentare un ausilio forse non decisivo, ma non certo indifferente nell'affrontare il problema della rappresentanza parlamentare nell'Unione europea.

Il caso della Conferenza interparlamentare prevista dall'art. 13 del Fiscal compact è, sotto questo aspetto, emblematico. Basti pensare che si è persino violata la disposizione istitutiva, che prevedeva la partecipazione alla Conferenza delle sole commissioni dei Parlamenti degli Stati firmatari del trattato, estendendo sin dall'inizio la possibilità di partecipare a questa Conferenza a tutti gli Stati membri dell'Unione (inclusi Regno Unito e Repubblica Ceca) e allargandone ulteriormente la composizione, tramite l'apertura ad altri Parlamenti, in qualità di "osservatori" (i Paesi "candidati" e la Norvegia).

Se si andasse, invece, nella direzione che auspicavo – superando qualche resistenza che si riscontra in particolare in seno al Parlamento europeo – e si continuasse ad affidare alla Conferenza dei Presidenti dei Parlamenti il ruolo di "coordinatore" degli strumenti della cooperazione interparlamentare, questi strumenti potrebbero produrre risultati più significativi. Sempre, ovviamente, nella logica di completare e agevolare una azione di indirizzo e controllo che comunque va svolta anzitutto all'interno di ciascuno Stato membro, agendo soprattutto sul rapporto fiduciario tra Parlamento e Governo.

Secondo ciclo di interventi

[Augusto Barbera](#) *

Il generoso intervento di Nicola Lupo mi conferma nel mio pessimismo sul ruolo del Parlamento europeo. Bene i tentativi di costruire una rete di assemblee – una sorta di parlamentarismo multilivello - ma il tema è più di fondo. Lo riprendo rapidamente; l'Europa è ad un bivio: o riesce a darsi una costituzione federale, e dunque un bilancio federale, riprendendo il cammino interrotto dopo i referendum francese e olandese del 2005, allo stesso tempo scansando gli effetti del progettato referendum britannico, oppure è destinata a tornare indietro ad una fragile alleanza di stati sovrani, in una malinconica zona di libero scambio. O riesce ad affermare una propria “sovranità federale” o torneranno le sempre incombenti sovranità nazionali del vecchio Continente. Ho usato ancora l'antica espressione “sovranità” non solo perché affezionato ad una categoria classica del diritto costituzionale ma perché siamo di fronte alla dislocazione di poteri fra “soggetti”. Non intendo tessere “un elogio della sovranità politica” (come recita un titolo di Biagio De Giovanni), sapendo che anche nelle federazioni non esiste un potere ultimo ma un intreccio di poteri e la condivisione degli stessi.

Lungi da me la nostalgia per le sovranità nazionali, che hanno alimentato le guerre civili europee nel primo e nel secondo conflitto mondiale. Lungi da me la sottovalutazione dei decenni di pace che le istituzioni europee hanno assicurato nel dopoguerra ma bisogna prendere atto che il “vecchio” non c'è più (la sovranità monetaria, fiscale e di bilancio dei singoli stati) e il “nuovo” non c'è ancora (la sovranità politica delle istituzioni europee). Non è “tempo dei Bonaparte”, come concludeva il vecchio Marx, ma è tempo di centri di potere oligarchico o tecnocratico. La delegittimazione della “politica” non lascia spazio né ad un astratto “mercato” né ai “valori” né ai “diritti” ma a nuove criptiche forme di “sovranità”, dalla Banca centrale agli uffici di Bruxelles, alle Corti, interne ed europee, impegnate, per forza di cose – lo dicevo prima – di frammenti di diritti. Lungi da me – mi pare utile sottolinearlo – la tentazione di seguire le politiche “sovraniste” che oggi accomunano, non a caso, i populismi di destra e di sinistra.

* Professore emerito di Diritto costituzionale – Università di Bologna “*Alma Mater Studiorum*”; Giudice della Corte Costituzionale

Giuliano Amato *

Riguardo a quanto appena affermato da Augusto [Barbera], debbo dire che, sebbene sulla “politicità” sia con lui assolutamente d'accordo, per quanto riguarda la “sovranità” sono assai meno convinto.

Storicamente la sovranità è difatti il “potere esclusivo su di un territorio” esercitato da un soggetto che, essendone il suo “proprietario”, può legittimamente affermare: *superiorem non recognosco!*¹

(Fulco Lanchester)

Anche se è collegata con lo Stato la “politicità” esiste prima e dopo lo Stato.

(Giuliano Amato)

La sovranità è quindi una “invenzione” di alcuni secoli fa, utile a risolvere una serie di questioni dell'epoca, ma che nel tempo si è dimostrata anche fonte di danni inauditi.

Ora – e non perché ricorra in questi giorni il 72° anniversario della pubblicazione della seconda edizione del Manifesto di Ventotene (28 gennaio 1944 - 28 gennaio 2016) – è di tutta evidenza come la esclusività del “potere sovrano” abbia generato tra gli stati una conflittualità senza possibile composizione.

Ebbene, la grande qualità del “governo multilivello” – ed è per questa ragione che l'impegno scientifico del Prof. Lupo va comunque lodato, nonostante in questo persegua la via della cooperazione inter-parlamentare, i cui limiti ho già precedentemente esposto - è riscontrabile proprio nella sua capacità di far “evaporare” la sovranità.

Questa è la cosa che a me piace. Perché dislocando le funzioni a livelli diversi, ed esercitando quindi ciascuno dei diversi livelli il potere corrispondente alla funzione conferitagli, con la ricaduta di tutti sul medesimo territorio, nessuno di essi può accampare l'esclusività ed è più sovrano degli altri; anche se i poteri un tempo espressivi della sovranità ci sono ancora tutti.

Esempio tipico è quello offerto dalla “moneta”, che era l'espressione tipica della sovranità dello Stato. “Dichiarare la guerra e battere moneta”, così iniziava il capitolo sullo Stato nei manuali che io studiavo quando andavo all'Università.

* Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato – Università di Roma “La Sapienza”; Giudice della Corte Costituzionale.

Oggi è forse possibile affermare che Draghi sia sovrano? Anche se, di diritto e di fatto, è lui che “batte moneta” – è la firma del suo nome ad essere riprodotta sopra ogni banconota – ed esercita la politica monetaria, nessuno penserebbe che lo sia.

Non a caso, i più riottosi di fronte alle ragioni dell’integrazione vogliono ritornare alla condizione del “superiorem non recognoscens”. Ciò che anima i politici europei che parlano il linguaggio più crudo è proprio questo, è la voglia di sovranità. Visto che numerosi sono stati stasera i riferimenti al mondo del Cinema, formulo qui la speranza che, come la “Voglia matta” di Tognazzi alle prese con una Catherine Spaak ancora adolescente, anche questa abbia un oggetto che non torna più.

Certo, c’è il problema di avvicinare i cittadini al Parlamento europeo, di farsene sentire rappresentati. Ma è ovvio che il problema è oggi insoluto, perché oggi quel Parlamento i cittadini lo percepiscono come una strana agenzia di regolazione, strana perché ha compiti non diversi dalle altre agenzie, ma è direttamente eletto dagli stessi cittadini. E che senso ha, se, non diversamente da chi fissa standards o delimita frequenze, il Parlamento fa le stesse cose per i cetrioli?

Occorre dunque imporre una narrazione diversa per una istituzione come questa e per farlo occorre darle centralità politica non solo a Bruxelles, ma agli occhi dei cittadini europei. Serve a tal fine che Bruxelles diventi sovrana? No, non serve e dico qui con tutta franchezza che l’errore del federalismo della prima ora è stato di aver pensato lo stesso federalismo sul modello dello Stato nazionale, così com’era stato fatto, del resto, per i primi stati federali, nei quali la sovranità era stata trasposta dagli stati membri al superiore livello comune.

Ma il “governo multilivello” che noi stiamo realizzando e continueremo a realizzare anche secondo le prospettive più integrative non è questo. È e sarà dislocazione crescente di funzioni al livello sopranazionale, in un contesto nel quale nessuno potrà comunque accampare l’esclusività del potere sul territorio europeo.

Come dice Weiler²⁶⁷, non serve, e non dovremmo neppure farlo, mettere in gioco una sovranità che nel nostro assemblaggio di diversi va sfumando da sola. Serve far leva sulle competenze che ancora mancano all’Unione. Serve dare al Parlamento di Bruxelles il *Taxing power*, rispetto al quale gli Stati membri si sentono non meno sovrani che rispetto alla moneta.

Pensate quanto maggiore e quanto più politica sarebbe l’attenzione per il Parlamento europeo se potesse aumentare o ridurre le tasse che noi paghiamo. Oppure, e salto a un altro campo, se potesse decidere sulle unioni civili.

Quando esaminavamo le materie sulle quali passare dal voto all’unanimità al voto a maggioranza ricordo ancora la faccia allarmata di Rocco Buttiglione al momento di decidere delle questioni attinenti alla “famiglia”! Ma non c’era in ciò nulla di sorprendente. È ovvio che soprattutto nei tre paesi cattolici dell’Unione – Italia, Irlanda e Polonia – la presa di decisioni in materia familiare in base al criterio del voto a maggioranza sia vista con assoluto disfavore. In gioco ci sono infatti

²⁶⁷ J. H. H. Weiler, *El principio de tolerancia constitucional: la dimensión espiritual de la integración europea*, versione spagnola di M. Azpitarte Sánchez, in *Derecho constitucional y cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, a cura di F. Balaguer Callejón, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 107-108.

aspetti della nostra vita per i quali ciascuna comunità nazionale si sente rappresentata solo da se stessa.

Ma è qui il punto: il Parlamento europeo conterà agli occhi del cittadini e acquisterà la politicità che gli serve, quando potrà decidere di questioni cruciali. Potrà non essere, per ora, la famiglia, ma la materia fiscale francamente si presta molto di più in un tempo nel quale persone e capitali hanno acquistato una tale mobilità da rendere in molti casi apparente la “sovranità” fiscale degli Stati e molto più efficace una competenza di dimensione europea. Se il nostro ermafrodita sopravvivrà alla bufera di questi tempi, possiamo sperare di arrivarci.

Ho già detto la mia opinione sulle questioni sulle quali il Parlamento europeo incrocia i parlamenti nazionali, ed anche – è vero – le assemblee regionali. Eserciti ciascuno le proprie competenze a casa sua e ci siano incontri frequenti, quando servono e fra coloro che si occupano di ciò per cui serve. Ma nulla più. Dobbiamo armonizzare il funzionamento delle varie “macchine” fra di loro, non inventare una “macchina” nuova.

(Fulco Lanchester)

Prima di passare la parola al Professor Lupo, vorrei chiedere che cosa sia per voi il politico, cosa sia la “politicità”.

Se la politicità è “allocazione autoritativa dei valori” – definizione di Easton che utilizzo spesso in queste occasioni ²⁶⁸ – questa esisterà prima dello Stato e dopo lo Stato, e, in una comunità politica dovrà sempre e comunque esistere.

Da ciò deriva come la questione a mio giudizio dirimente sia quella per la quale è necessario prima di tutto definire quali debbano essere le “forze” grazie alle quali il Parlamento europeo queste competenze dovrebbe ottenere e – soprattutto – esercitare.

L’essere “nel” politico e “nella politicità” significa avere alle proprie spalle la capacità di fare eseguire le proprie disposizioni.

(Giuliano Amato)

Si parlava prima con la Manetti delle agenzie indipendenti e di come queste compiano scelte tecniche, mentre la politica è un’altra cosa. È esattamente così e la linea di confine fra le due cose veniva spiegata anni fa dai primi lavori sulle agenzie, attribuendo alla politica le decisioni relative alla distribuzione e alla redistribuzione delle risorse, sulla premessa che non esistano criteri tecnici oggettivi per farlo, ma solo scelte valoriali.

²⁶⁸ D. Easton, *A System Analysis of Political Life*, Chicago-London, University of Chicago Press, 1979, pp. 177 ss.; si v. F. Lanchester, *Gli strumenti della democrazia*, Milano, Giuffrè, pp. 55 ss.

Ebbene, non basterebbe allora trasferire alcune politiche sociali al Parlamento europeo per introdurre così una bella “quota” di politica? Nelle politiche sociali c’è sempre redistribuzione di risorse, con un tasso di politicità che è difficile leggere nei cetrioli.

[Nicola Lupo](#) *

Nella tavola rotonda sono stati toccati temi di grande importanza e delicatezza, da far rabbrivire chiunque. Mi limiterò quindi a piccolissime notazioni, anche per rispetto di coloro che sono qui da stamani.

Innanzitutto, volevo evidenziare come la critica che il professor Amato muoveva alla persistenza, nei dibattiti sull'Unione europea, del “federalismo della prima ora” mi trovi perfettamente d'accordo. Purtroppo in Italia continua ad essere dominante come chiave di lettura riguardo all'Unione europea quest'idea, la quale, pur avendo nobilissime radici, non corrisponde più all'attuale realtà dell'integrazione europea e finisce quindi per falsarne la percezione, in particolare facendo presumere che sia un fenomeno che metta in crisi gli Stati membri, per così dire “bypassandoli”, e persino, in prospettiva, determinandone il superamento. Esattamente al contrario, l'Unione europea sempre di più si fonda sugli Stati, e sui loro governi. Lungi dal “bypassarli”, perciò, chiede ai sistemi istituzionali degli Stati membri “nuove prestazioni”, ponendoli in concorrenza l'uno con l'altro.

Anche riguardo al tema della sovranità mi dichiaro assolutamente d'accordo con il professor Amato. In proposito, nel mio piccolo di studioso dei parlamenti, mi limito a notare come nella realtà contemporanea ogni volta che si evoca la “sovranità del Parlamento” si compiano tendenzialmente dei guai. A volte lo si fa, ad esempio da parte del Governo, quasi per prendere in giro le Camere, oppure per addossare loro la responsabilità di scelte che in realtà dipendono dallo stesso Governo. Oppure, per restare in tema, basti pensare all'art. 12 TUE, quello che enumera appunto i “potei europei” dei Parlamenti nazionali. Ebbene, se ci fate caso, vi accorgete che nella versione in lingua inglese del trattato non si utilizzi la formula: «*National Parliaments shall contribute*» – normalmente in uso nei precetti normativi formulati in tale lingua, che, diversamente dall'italiano, nel *drafting* legislativo tende a non riconoscere significato imperativo all'indicativo presente – bensì «*National Parliaments contribute*».

La ragione di ciò è immaginabile: essa nasce dai timori che la delegazione inglese deve aver avuto nel momento in cui, attraverso un Trattato, si sarebbero potute attribuire delle nuove “funzioni” – appunto “europee” – al suo Parlamento, mediante un trattato internazionale, così minando, in questo modo, il tradizionale principio della “sovereignty of Parliament”.

In queste piccole vicende trovo conferma del fatto che sia un bene che la sovranità venga oggi “diffusa” e “compartecipata”. Il problema è come evitare che in questo processo di diffusione e di compartecipazione della sovranità non vada dispersa la responsabilità politica, che è un elemento assolutamente indispensabile per il buon funzionamento dei nostri sistemi democratici.

Se difatti volessimo andare a comprendere perché i Governi nazionali sono, un po' controintuitivamente, così desiderosi di condividere la sovranità e i loro poteri con quelli di altri Stati membri non potremmo non constatare che ciò avviene proprio perché in questo modo gli stessi Governi possono in qualche modo diffondere e far svaporare anche la loro responsabilità

* Professore ordinario di Diritto delle Assemblee elettive – Università di Roma “*LUISS - Guido Carli*”.

politica: nell'Unione europea trovano un modo per esercitare potere, seppur condiviso, senza responsabilità (o quasi).

Provo a dirlo in modo ancora più semplice. I politici, come è noto, sono tutti molto bravi nel gioco dello “scaricabarile” e l'Unione europea rischia di rappresentare un luogo ideale dove praticare questo gioco.

Proprio per questo ritengo che senza i Parlamenti, e senza forme di cooperazione tra i medesimi Parlamenti a livello di Unione europea, sia molto difficile, se non impossibile, inseguire e ricostruire la catena della responsabilità politica, in un sistema decisionale così complesso come quello dell'Unione europea.

Augusto Barbera *

Alcune riforme incrementalì potranno essere utili, come quelle cautamente ipotizzate nel documento dei cinque Presidenti, della Commissione, del Consiglio, dell’Eurogruppo, del Parlamento, della Banca centrale europea. Potrà essere d’aiuto anche l’implementazione dell’Unione bancaria o l’avvio di forme di fiscalità accentrata; lo potranno essere ancora di più alcune interessanti proposte che vengono anche dal Ministro delle finanze tedesco Wolfgang Schäuble e dal Presidente della BCE Mario Draghi che sembrano ipotizzare la istituzione di un Ministro del Tesoro europeo, vale a dire di una autorità politica che sia in grado di promuovere una politica fiscale comune. Ma questo comporta rimettere in discussione la illusione che si potesse raggiungere un obiettivo comune mettendo ai margini la “politica”, l’idea che il mercato di per sé avrebbe attivato processi di unificazione. Come dicevo prima, “diritti” e mercati avrebbero dovuto avere una attitudine federalizzante che invece non hanno avuto. I diritti e le politiche economiche non possono essere lasciate nelle mani né della Banca centrale né delle Corti europee.

* Professore emerito di Diritto costituzionale – Università di Bologna “*Alma Mater Studiorum*”; Giudice della Corte Costituzionale

[Il rafforzamento della cooperazione inter-parlamentare nelle proposte di alcuni parlamenti nazionali *](#)

di Giulia Caravale **

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Ruolo dei parlamenti e proposte di riforma. – 3. Il rapporto del *Folketing* danese. – 4. Il rapporto dell'*House of Lords European Union Committee*. – 5. Il rapporto della *Tweede Kamer* dei Paesi Bassi. – 6. *Red e Green cards*. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Nella teoria dei giochi il gioco a somma zero è quella situazione in cui la perdita o il guadagno di un partecipante vengono perfettamente bilanciati dal guadagno o dalla perdita dell'altro. A lungo il rapporto tra i parlamenti nazionali e l'Europa è stato paragonato ad un gioco a somma zero, nel quale l'aumento del potere dell'uno comportava un danno per l'altro. Questo perché la limitazione della sovranità derivata dalla partecipazione alla Comunità aveva determinato la contrazione del potere legislativo dei parlamenti nazionali: questi ultimi, peraltro, non riuscivano a tenere il passo con i governi ai quali, invece, era riconosciuto un importante ruolo nel *decision making* europeo. Inoltre, il controllo tradizionalmente esercitato dai singoli parlamenti nazionali sulle attività dei rispettivi governi è stato spesso considerato, per quanto riguardava la materia europea, come un eccessivo freno alla politica comunitaria dell'esecutivo ²⁶⁹.

Si ritiene comunemente che questa situazione abbia cominciato a modificarsi, con un graduale aumento del peso dei Parlamenti nazionali, a partire dal Trattato di Maastricht e soprattutto a seguito del Trattato di Lisbona, che ha esplicitamente previsto il ruolo delle assemblee nazionali e ne ha definito le competenze specifiche nel processo legislativo europeo, in particolare in relazione al principio di sussidiarietà ²⁷⁰.

Le riforme introdotte dal Trattato di Lisbona per coinvolgere maggiormente i parlamenti nazionali nel processo decisionale europeo sono state oggetto di studio e di approfondimento da parte della dottrina, la quale non ha mancato di evidenziarne i limiti ed ha sottolineato la persistente marginalità in cui si trovano i parlamenti nazionali di fronte a situazioni difficili, come, ad esempio, quella della crisi dell'eurozona. La stessa dottrina ha anche avanzato diverse proposte

* Relazione al Convegno *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello. In memoria di Antonio Zorzi Giustiniani (1949-2015)*, Aula degli Organi collegiali, Università di Roma "La Sapienza", Roma, Giovedì 28 gennaio 2016.

** Professore associato di diritto costituzionale italiano e comparato – "Sapienza" Università di Roma.

²⁶⁹ A. Cygan, *Accountability, Parliamentarism and Transparency in the EU: The Role of National Parliaments*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, pp. 34 ss.; K. Auel, O. Rozenberg, A. Tacea, *To Scrutinise or Not to Scrutinise? Explaining Variation in EU-Related Activities in National Parliaments*, in *West European Politics* 2015, pp. 282-304.

²⁷⁰ K. Auel, T. Christiansen, *After Lisbon: National Parliaments in the European Union*, in *West European Politics* 2105, pp. 261-281.

dirette a rendere più incisivo il ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea sia attraverso un miglioramento dei meccanismi esistenti, sia aggiungendo nuovi strumenti. In particolare, è stato suggerito in primo luogo un rafforzamento della Conferenza degli organi parlamentari specializzati negli affari dell'Unione dei parlamenti dell'Unione Europea (*Conference of Parliamentary Committees for Union Affairs* - COSAC) al fine di rendere più incisiva l'azione di tale organismo sul funzionamento delle istituzioni europee; in secondo luogo l'introduzione di una Assemblea composta dai deputati nazionali della area euro e da quelli del parlamento europeo; e infine, l'avvio a Bruxelles di un *forum* permanente per i parlamenti nazionali dell'Eurozona ²⁷¹.

2. Ruolo dei parlamenti e proposte di riforma

In questa sede mi limiterò ad esaminare le proposte di riforma che sono state avanzate non già dalla dottrina, ma dagli stessi parlamenti al fine di rendere la propria azione più efficace in Europa e di incentivare le forme di cooperazione interparlamentare. Al riguardo risultano particolarmente interessanti, sotto diversi profili, i rapporti presentati nel 2014 dal *Folketing* danese, dalla *House of Lords* britannica e dalla Camera dei Rappresentanti olandese. Essi appaiono emblematici della peculiare lettura degli affari europei elaborata dalle singole nazioni e, al di là delle differenze di contenuto, rappresentano un pratico esempio di cooperazione interparlamentare. La loro stesura ha comportato, infatti, continui contatti tra le assemblee – e non solo tra le tre coinvolte – sia durante gli incontri della COSAC – ad esempio nell'ambito della conferenza sul ruolo dei parlamenti nazionali svoltasi a Vilnius nell'ottobre 2013 –, sia attraverso videoconferenze e scambi di idee tra i funzionari e i parlamentari che sono stati ascoltati nel corso delle inchieste. Una collaborazione e uno scambio di idee rese evidenti dal fatto che molte delle conclusioni a cui giungono i rapporti sono simili. Infine, i tre rapporti si segnalano per il diverso stile e la diversa dimensione dei testi, più snello e agile quello danese, più lungo e strutturato quello britannico, più informale, infine, quello olandese ²⁷².

I rapporti si comprendono meglio alla luce delle specifiche caratteristiche di ognuna delle tre assemblee. Come noto la letteratura comparata offre diversi modelli di classificazione dei parlamenti nazionali in funzione del loro rapporto con l'Europa. Infatti, al di là di alcuni elementi comuni, come la presenza diffusa di una commissione per gli affari europei e del controllo che viene operato sul governo, le assemblee dei 28 Paesi hanno individuato al loro interno soluzioni

²⁷¹ V. Knutelská, *Cooperation among National Parliaments: An Effective Contribution to EU Legitimation?*, in *Practices of Inter-Parliamentary Coordination in International Politics: the European Union and Beyond*, B. Crum, J. E. Fossum (eds.), Colchester, ECPR Press, 2013, pp. 35 ss. Bruxelles Think Tank Dialogue – EuropeanVoice, *Legitimising EU Policymaking: What Role for National Parliaments?* Discussion Papers for Session 1 of the BITTD 2014 jointly organised by the Bertelsmann Stiftung, the European Policy Centre (EPC) and the Centre for European Policy Studies (CEPS), prepared by C. Stratulat, J. A. Emmanouilidis, T. Fischer, B. Stiftung, S. Piedrafita, p. 6; A. Esposito, *La cooperazione interparlamentare: principi, strumenti e prospettive*, in *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, a cura di A. Manzella, N. Lupo, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 133 ss.; A. Cygan, *Accountability ...*, cit., pp. 173 ss.

²⁷² L'informalità può essere colta ad esempio nel fatto che il rapporto, per evidenziare la necessità che il parlamento intervenga in modo tempestivo, ha citato il pensiero del calciatore Johan Crujff il quale aveva affermato: 'You only have one moment to be on time – otherwise you're either too early or too late.'.

peculiari e differenti per la gestione della “materia europea”. Ne sono derivate quindi molteplici classificazioni proposte dalla dottrina che si incentrano sulle modalità di controllo sull’esecutivo [ed in proposito, come noto, si distinguono i Paesi in cui è presente un mandato conferito al governo, giuridicamente (Danimarca) o politicamente vincolante (Estonia, Finlandia, Lettonia, Lituania, Polonia, Slovacchia Slovenia, Svezia), quelli in cui si prevede la riserva di esame parlamentare espressa da una risoluzione della Camera (Regno Unito) o da circolari del Primo Ministro (Italia) ²⁷³]; sulla possibilità dei parlamentari di avere accesso alle informazioni e alla documentazione proveniente dall’Europa e di riuscire a elaborarla in modo utile; sulla capacità delle assemblee di influenzare il *policy making*; sul numero di riunioni delle commissioni per gli affari europei o, più in generale, sul ruolo ricoperto dalle assemblee ²⁷⁴. Altri studi hanno poi suggerito di prendere in considerazione anche ulteriori elementi, quali l’influenza del parlamento negli affari interni o la presenza di partiti euroscettici, ritenendo che tali fattori contribuirebbero a influenzare il peso del parlamento nazionale in Europa ²⁷⁵.

L’utilizzo dei diversi indicatori ha permesso la suddivisione dei Paesi secondo molteplici criteri, ma con un generale riconoscimento di quelli forti (Danimarca, Svezia, Finlandia, Germania, Olanda Austria), deboli (Grecia, Malta, Cipro, Portogallo, Spagna) o intermedi (Belgio, Lussemburgo, Francia, Italia e Regno Unito).

In relazione alle riforme e al peso delle singole assemblee un recente studio ha, poi, mostrato come sia poco avvertita l’esigenza di promuovere ulteriormente il peso dei parlamenti nazionali in Europa ²⁷⁶. Sotto questo profilo, allora, è possibile suddividere i Paesi in quattro differenti gruppi: 1) quelli che non desiderano affatto promuovere il ruolo dei parlamenti, perché ritengono che i poteri attualmente attribuiti siano adeguati e soprattutto che spetti al governo svolgere il compito principale in materia di affari europei (Belgio, Bulgaria Cipro, Francia); 2) quelli che ritengono che il parlamento nazionale abbia già una forte influenza (Finlandia, Germania, Austria, Lettonia, Lituania Slovenia); 3) quelli che preferiscono rinviare ogni decisione quando saranno chiari gli effetti delle riforme introdotte con il trattato di Lisbona (Croazia, Repubblica Ceca, Estonia, Grecia, Ungheria, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Polonia, Portogallo, Romania, Slovacchia, Spagna, Svezia, Malta). 4) infine quelli che sono favorevoli al conferimento di un ruolo maggiore e hanno avanzato le proposte oggetto del nostro studio.

3. Il rapporto del *Folketing* danese

²⁷³ F. Bruno, *Stati membri e Unione Europea. Il difficile cammino dell’integrazione*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 51 ss.

²⁷⁴ K. Auel, O. Rozenberg, A. Tacea, *Fighting Back? And, If So, How? Measuring Parliamentary Strength and Activity in Eu Affairs*, in *The Palgrave Handbook of National Parliaments and the European Union*, C. Heffler, C. Neuhold, O. Rozenberg, J. Smith (eds.), Basingstoke, New York, Palgrave Macmillan, 2015, pp. 60-93; N. Lupo, *I poteri europei dei parlamenti nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, in *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, a cura di A. Manzella, N. Lupo, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 101 ss.; A. Buzogány, *Learning from the best? Interparliamentary networks and the Parliamentary Scrutiny of EU Decision-Making*, in *Practices of Inter-Parliamentary ...*, B. Crum, J. E. Fossum (eds.), cit., pp. 17-32.

²⁷⁵ K. Auel, O. Rozenberg, A. Tacea, *To Scrutinise or Not to Scrutinise? Explaining Variation in EU-Related Activities in National Parliaments*, in *West European Politics* 2015, pp. 282-304.

²⁷⁶ V. Pertusot, *EU Reform: Mapping out a State of Flux*, Ifri, 2015.

Il primo rapporto è quello pubblicato nel gennaio 2014 dalla Commissione per gli affari europei del parlamento danese dal titolo *Twenty-Three Recommendations to Strengthen the Role of National Parliaments in a Changing European Governance*.

Come noto il *Folketing* danese, assemblea monocamerale, rappresenta uno dei modelli di parlamento forte negli affari europei per quanto riguarda sia la formazione degli atti comunitari sia il controllo della politica governativa. La commissione per gli affari europei e più di recente anche le altre commissioni parlamentari e la stessa assemblea nel suo *plenum* riescono ad effettuare un controllo incisivo e uno scrutinio efficace sulla documentazione proveniente dall'Europa. Il Parlamento danese ha adottato il meccanismo del mandato che lo ha reso uno dei paesi ritenuti più forti nel controllo degli affari europei e anche un archetipo per le altre nazioni²⁷⁷. Il *Folketing*, inoltre, ha cercato di favorire la cooperazione interparlamentare sia istituendo per primo una propria rappresentanza a Bruxelles, già nel 1991, sia favorendo il rafforzamento e il buon funzionamento della COSAC, sia contribuendo attivamente alla nascita della Conferenza prevista dall'art. 13 del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* dell'unione economica e monetaria, a cui partecipano i rappresentanti delle commissioni competenti dei parlamenti nazionali e del Parlamento europeo per discutere le politiche di bilancio e quelle economiche. Emblematico di questo ruolo assunto dal Parlamento danese appare il fatto che esso è stato il promotore della prima procedura di *Yellow card* (Monti II) assumendo così un ruolo che la dottrina ha definito di "strategic coordinator"²⁷⁸.

Il documento presentato dal *Folketing* è snello, di sole 11 pagine, ed evidenzia fin da subito il peso che i danesi attribuiscono al lavoro congiunto dei parlamenti nazionali e del parlamento europeo per rendere l'Unione veramente responsabile e democratica. Un obiettivo che – a detta dei danesi – può essere raggiunto soprattutto attraverso la cooperazione interparlamentare, definita "key in this regard".

Le 23 raccomandazioni presentate sono raggruppate secondo 4 macro obiettivi: 1) rendere i parlamenti nazionali attori del *decision-making* europeo; 2) migliorare il controllo di sussidiarietà; 3) migliorare la *governance* economica alla luce dell'incremento dei poteri dell'Unione nel settore; 4) rafforzare la cooperazione interparlamentare. Tutti obiettivi che – come vedremo – sono presenti anche negli altri rapporti.

Per raggiungere il primo obiettivo il *Folketing* propone diverse soluzioni, come quella di assegnare ai parlamenti un potere che vada al di là del controllo di sussidiarietà e che sia di impulso legislativo: a tal fine sposa la proposta, sostenuta anche dalla COSAC, di introdurre, a fianco delle *Yellow* e *Orange Cards*, una *Green Card* per conferire ad almeno 1/3 dei parlamenti nazionali il diritto di invitare la Commissione europea a presentare una proposta legislativa o ad emendarne una già esistente. Il *Folketing* ritiene anche necessario rafforzare il dialogo politico tra

²⁷⁷ F. Bruno, *Stati membri e Unione Europea. Il difficile cammino dell'integrazione*, cit., pp. 59 s; I. Cooper, *The Nordic Parliaments' Approaches to the EU Strategic Coordinator, Comprehensive Scrutinizer Reluctant Cooperator and Outside-Insider*, *Arena Working Paper 1* March 2015; M. Buskjoer Christensen, *The Danish Folketing and EU Affairs: Is the Danish Model of Parliamentary Scrutiny Still Best Practice?*, in *The Palgrave Handbook...*, C. Heffler, C. Neuhold, O. Rozenberg, J. Smith (eds.), cit., p. 275; A. Buzogány, *Learning From the Best? Interparliamentary Networks and the Parliamentary Scrutiny of EU Decision-Making*, in *Practices of Inter-Parliamentary ...*, B. Crum, J. E. Fossum (eds.), cit. pp. 33-49; *Denmark and the European Union*, L. Miles, A. Wivel (eds.), London, Routledge, 2014; I. Cooper, *The Nordic Parliaments and the EU*, in *The nordic countries and the European Union: still the other European community?*, C. Howard Grøn, P. Nedergaard, A. Wivel (eds.), Routledge, London, 2015, pp. 104-121.

²⁷⁸ I. Cooper, *The Nordic...*, cit., pp. 108 ss.

Commissione Europea e parlamenti nazionali e propone l'introduzione a livello europeo degli strumenti tipici del rapporto tra governi e parlamenti nazionali, quali le interrogazioni scritte e orali che i singoli parlamenti dovrebbero poter indirizzare alla Commissione Europea. Una ulteriore idea è poi quella di rendere la *Annual Work Programme* della Commissione uno strumento utile per individuare le proposte di interesse comune e coordinare i lavori.

Il secondo macro obiettivo è quello diretto a migliorare il controllo di sussidiarietà. In proposito il parlamento danese ha evidenziato come sia molto limitato il periodo di 8 settimane concesso ai parlamenti per effettuare tale esame e pertanto sia necessario che questo avvenga immediatamente, anche prima della adozione della proposta da parte della Commissione, al fine di favorire un "better and earlier coordination between national parliaments". Così tra l'altro, propone lo scambio delle *best practices* tra le assemblee in relazione all'invio dei pareri motivati e suggerisce di far stilare ai parlamenti una lista di priorità condivise sulla base dell'annuale *work programme* della Commissione.

Quattro le proposte dedicate poi al terzo obiettivo, quello della *governance* economica alla luce dell'incremento dei poteri dell'Unione nel settore, realizzatosi negli ultimi anni. A parere del *Folketing* è necessaria una cooperazione tra i parlamenti nazionali con lo scopo di migliorare le procedure di controllo e di garantire forme di adeguata responsabilità degli esecutivi per conferire democraticità al sistema e attribuire alla COSAC ulteriori competenze in tale settore. Il parlamento danese suggerisce agli altri parlamenti di introdurre un *National semester* che andrebbe a coincidere con il semestre europeo e che consentirebbe ai deputati di disporre di uno strumento di controllo sul governo in relazione al coordinamento delle politiche economiche a Bruxelles. Il parlamento danese propone, inoltre, di consentire ad una rappresentanza dei parlamenti nazionali di partecipare agli incontri del Consiglio europeo, prendere parte alle discussioni e al contempo invitare il presidente del Consiglio europeo agli incontri della COSAC in modo da confrontarsi con i deputati e rispondere alle loro domande.

Il quarto obiettivo è quello della cooperazione interparlamentare. Si tratta di un punto che ritroviamo anche negli altri due rapporti con proposte per più versi analoghe. Il parlamento danese riconosce che il numero delle conferenze interparlamentari e degli incontri è aumentato negli ultimi anni e che la cooperazione è stata rafforzata soprattutto in materia di affari esteri e sicurezza e nelle questioni economiche e finanziarie. A parere del parlamento danese – ma anche degli altri due – è tuttavia opportuno introdurre strumenti e forme di collaborazione più funzionali e pratici rispetto alle attuali conferenze interparlamentari. È opinione condivisa dai tre Paesi, infatti, che queste ultime manchino di praticità e dovrebbero essere affiancate da più frequenti incontri su piccola scala e da contatti informali tra i deputati, soprattutto in base alle specializzazioni dei singoli. La maggiore cooperazione tra piccoli gruppi di parlamentari nazionali (non solo di quelli presenti nei comitati specializzati) ed europei potrebbe innalzare la qualità delle procedure di controllo ed aumentare il coinvolgimento dei singoli deputati nelle questioni europee. Così la proposta 21 prevede che i comitati parlamentari specializzati nelle questioni europee si riuniscano in piccoli gruppi composti anche da deputati europei per discutere argomenti specifici; la proposta 22 suggerisce che i comitati parlamentari nazionali invitino i deputati del parlamento europeo, relatori di singole proposte legislative, a illustrarle; la 23 – l'ultima dell'elenco – rimarca la necessità che i deputati europei siano in contatto con i parlamenti

nazionali e li tengano informati, anche “on an informal basis”, sull’andamento dei negoziati, in un trologo sulle diverse questioni.

Il parlamento danese esprime anche la volontà, che peraltro risulta condivisa dagli altri due rapporti, di rendere più efficiente la COSAC migliorandone la gestione e la pianificazione dei suoi lavori al fine di assicurarne la continuità, allo scopo di trasformarla in una sede in cui discutere le questioni istituzionali e le principali proposte legislative, anche in una fase embrionale, favorire lo scambio di informazioni tra le commissioni specializzate dei diversi parlamenti e il Parlamento europeo, rendere più efficace lo scrutinio delle proposte legislative europee a livello nazionale e contribuire così alla costruzione di una Europa responsabile democraticamente. Proposte dirette a ottimizzare i lavori sono estese anche da un canto alla Conferenza interparlamentare sulla Politica estera e di sicurezza comune (CFSP- *Conference*) - istituita dietro indicazione della Conferenza dei Presidenti dei Parlamenti dell’Unione e composta da deputati sia dei parlamenti nazionali che di quello europeo – dall’altro alla Conferenza prevista dall’art. 13 del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* dell’unione economica e monetaria. Sul punto il rapporto del *Folketing* afferma che, pur trattandosi di due conferenze di recente istituzione e ancora in via di perfezionamento, appare comunque opportuno strutturarle fin da ora in modo da renderle strumenti snelli in grado di fornire un aiuto concreto.

4. Il rapporto dell’*House of Lords European Union Committee*

Molte delle conclusioni presenti nel rapporto del *Folketing* si ritrovano in quello redatto dall’*House of Lords European Union Committee* nel marzo del 2014 dal titolo *The Role of National Parliaments in the European Union (House of Lords European Union Committee 9th Report of Session 2013–14)*.

Il rapporto deriva da un’inchiesta sul ruolo dei parlamenti nazionali nell’Unione europea aperta nel luglio 2013, inchiesta che nasceva dalla volontà di comprendere come i parlamenti nazionali potessero contribuire a migliorare il funzionamento dell’Unione e a svolgere il ruolo loro riconosciuto dai trattati. Si trattava dunque di una riflessione che non si poneva in nessun modo l’obiettivo di proporre riforme ai trattati, ma solo di dare piena attuazione a quanto stabilito dagli stessi: “Much more could be achieved, within the existing Treaty structure” ha affermato, infatti, il *report* che ha evidenziato come tale tema fosse meramente legato alla volontà dei singoli parlamenti (“a matter for the will of parliamentarians”; “Important improvements should be secured through the autonomous action of national parliaments, and through actions collectively agreed between the national parliaments, the Commission, the Council and the European Parliament where relevant”). Una impostazione che sottende e riafferma – come evidente - la concezione britannica della sovranità del Parlamento. Ed emblematico risulta anche il fatto che l’inchiesta sia stata condotta dalla Camera dei Lords, la quale – fin dall’ingresso del Regno Unito nella Comunità Europea – si è distinta come una delle Camere più attive in materia di Europa, intervenendo anche attraverso la pubblicazione di rilevanti rapporti ²⁷⁹.

²⁷⁹ D. Shell, *The House of Lords and the European Community: the Evolution of Arrangements for Scrutiny*, in *Westminster and Europe. The Impact of the European Union on the Westminster Parliament*, P. Giddings, G. Drewry (eds.), Basingstoke, Macmillan Press, 1996, pp. 94 ss.; G. Mazzei, *La partecipazione dei parlamenti nazionali al processo legislativo europeo. Il modello britannico e il modello francese*, in

Il parlamento del Regno Unito, al pari di quello danese, pur in assenza di un mandato vincolante sulle questioni europee, riesce a svolgere un ruolo incisivo nelle questioni europee anche per la complementarietà del lavoro svolto dalle due Camere.

Il rapporto dei Lords – come dicevamo – è frutto di una ricca collaborazione interparlamentare: in particolare hanno contribuito sia gli esponenti delle assemblee di altri 19 Paesi, sia lo stesso parlamento europeo, attraverso la presentazione di memorie e documenti.

Il *report* ha proposto alcune soluzioni pratiche dirette a migliorare il coinvolgimento dei parlamenti nazionali nella formulazione e nell'implementazione delle politiche europee. I campi di intervento principali individuati dai Lords sono cinque e riecheggiano quelli individuati dal *Folketing*: 1) il controllo che i singoli parlamenti devono svolgere a livello nazionale; 2) il dialogo tra i parlamenti e l'Unione Europea; 3) una maggiore efficienza nel controllo di sussidiarietà; 4) la cooperazione interparlamentare; 5) la *governance* economica.

1) Sul primo punto l'*House of Lords European Union Committee* ha rimarcato l'importanza del controllo parlamentare che ogni Paese deve svolgere sulle questioni europee a livello nazionale, secondo le proprie regole. Tuttavia le differenze previste dalle diverse prassi parlamentari non dovrebbero mai spingersi fino al punto di non garantire la responsabilità del governo in materia europea di fronte alle assemblee nazionali. La Camera dei Lords ritiene allora necessaria la massima collaborazione tra i parlamenti e l'osservazione e la condivisione delle *best practices*. A tal fine il rapporto reputa che la COSAC debba svolgere un compito fondamentale nel diffondere e far circolare tra i parlamenti le diverse modalità di scrutinio.

2) Il secondo punto riguarda il dialogo politico che deve essere attivato tra i parlamenti e la Commissione europea nell'ottica di un maggior coinvolgimento dei primi nella elaborazione e attuazione del diritto europeo. Sul tema i Lords condividono l'opinione del *Folketing* e hanno evidenziato come sia necessario riconoscere ai parlamenti un maggior ruolo nella fase pre legislativa di definizione delle politiche europee. Si tratta di un compito che conferirebbe ai parlamenti un ruolo "proactive", in particolare attraverso la costituzione di gruppi di "like-minded national parliaments" che agiscono insieme al fine di partecipare in modo fattivo alle iniziative politiche europee. In tal modo i parlamenti non dovrebbero limitarsi a verificare il rispetto del principio di sussidiarietà, ma anche divenire parti attive nel processo legislativo. Secondo le indicazioni dei Lords la Commissione dovrebbe impegnarsi a portare avanti le posizioni dei parlamenti nazionali nell'ambito del dialogo politico anche con l'obiettivo di ridurre l'emaneazione di pareri motivati ("reasoned opinions"). Le proposte dei parlamenti nazionali dovrebbero, poi, essere raccolte in appositi documenti e ricevere risposta entro tre mesi.

Al pari del *Folketing* i Lords sono poi favorevoli all'introduzione di una *Green Card* che conferisca ai parlamenti il potere di impulso legislativo o di emendamento della legislazione esistente, senza arrivare a conferire loro il potere di iniziativa legislativa, che comporterebbe una necessaria revisione degli esistenti Trattati. La *Green Card* dovrebbe comportare un obbligo per la

federalismi.it 21/2012, pp. 1-17; P. J. Birkinshaw, *European Public Law. The Achievement and the Challenge*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2014, pp. 325 ss., 347 ss.; A.J. Cygan, *The United Kingdom Parliament and European Legislation*, The Hague, Kuwer Law International, 1998, pp. 129 ss; M. Russel, *The Contemporary House of Lords. Westminster Bicameralism Revived*, Oxford, OUP, 2014, pp. 211 ss.

Commissione di prendere in considerazione la proposta, motivando l'eventuale rigetto. Vedremo come tale proposta sia stata di recente sperimentata.

3) In relazione alla maggiore efficienza del controllo di sussidiarietà, il Comitato dei Lords ha riconosciuto i meriti, ma soprattutto i limiti, della procedura del cartellino giallo e ha pertanto formulato alcune proposte dirette a renderla più efficace. In primo luogo rendendo più funzionale la procedura della *reasoned opinion* ad esempio attraverso l'estensione del controllo anche al principio di proporzionalità, in particolare concedendo ai parlamenti un periodo più lungo (12 o 16 settimane invece delle attuali 8) per l'esame della documentazione, dando loro la possibilità di intervenire anche nel corso del procedimento legislativo, rafforzando la forza cogente della *Yellow Card* per il Consiglio e per la Commissione, migliorando la qualità degli "explanatory memorandums on subsidiarity", riducendo – infine - il numero minimo di Paesi necessario per emanare la *Yellow Card*.

4) Di particolare interesse, e in linea con quelle avanzate dal *Folkeeting*, sono, poi, le proposte dell'*House of Lords European Union Committee* relative alla cooperazione interparlamentare. Anche i Lords hanno individuato alcune soluzioni dirette ad incrementarla nella convinzione che i parlamenti nazionali da un canto e quello dell'Unione dall'altro abbiano da svolgere un ruolo vitale e complementare, condividendo informazioni e discutendo le "key policies". Nel rispetto del principio della sovranità parlamentare i Lords affermano che costituisce un punto di forza dell'Unione il fatto che ogni parlamento nazionale agisca in modo indipendente, rispettando la realtà presente in ogni Stato e la volontà dei cittadini ("It is a strength of the Union that each national parliament acts independently, reflecting the situation of each Member State and the views of its citizens", ha affermato).

La cooperazione interparlamentare diviene allora nella lettura della Camera dei Lords uno strumento di forza soprattutto dei singoli parlamenti nazionali. In questa ottica il miglioramento di detta cooperazione può essere affidato in particolare ad interventi diretti a migliorare il funzionamento della COSAC, ad esempio introducendo specifici argomenti di dibattito, nominando una presidenza di maggior durata, creando gruppi di lavoro specifici e gruppi di rappresentanti dei comitati parlamentari sulle questioni europee. Inoltre, la Camera dei Lords ha condiviso quanto proposto dal *Folkeeting* in merito all'intervento della *Conference of Parliamentary Committees for Union Affairs* e al suo contributo nella diffusione tra i parlamenti nazionali delle informazioni e delle *best practices* utilizzate nel controllo interno sulle questioni europee.

I Lords hanno, poi, auspicato che la cooperazione interparlamentare venga svolta ad ampio raggio, riguardi cioè tutte le materie, comprese quelle economiche e finanziarie, e coinvolga i parlamenti di tutti i Paesi dell'Unione. Anche sul punto le osservazioni del *report* prospettano l'introduzione di strumenti sostanzialmente simili a quelli suggeriti dal *Folkeeting*, quali la maggior condivisione di informazioni, l'avvio di dibattiti sulle questioni politiche più importanti, il potenziamento della piattaforma IPEX, il sostegno dei contatti tra i comitati dei parlamenti nazionali e quelli del Parlamento europeo, soprattutto sulle tematiche di comune interesse, da favorire anche attraverso l'uso di videoconferenze. Inoltre i Lords hanno riconosciuto un ruolo

importante anche per i partiti politici, i quali possono contribuire fattivamente a veicolare in Europa le informazioni.

5) L'ultimo settore è, infine, quello relativo alla *governance* economica e finanziaria, settore dove – secondo il comitato dei Lords – è necessario incrementare il ruolo dei parlamenti nazionali.

I Lords erano già intervenuti sul tema pubblicando, nel febbraio 2014, il rapporto *Genuine Economic and Monetary Union and the implications for the UK (8th report, Session 2013–14, HL Paper 134)*. Essi affermano che la crisi dell'eurozona ha contribuito a mettere ancora più in rilievo il problema del *deficit* di democrazia presente in Europa di fronte ad un incremento dei poteri di alcune delle istituzioni europee, in particolare la Commissione e la Banca centrale. Anche in tale settore, quindi, il parlamento europeo può svolgere un ruolo fondamentale nel rendere le altre istituzioni responsabili, affiancato dai parlamenti nazionali i quali, a tutt'oggi, rivestono un ruolo marginale nel settore. La maggior cooperazione interparlamentare auspicata dalla Camera alta del parlamento britannico, allora, deve necessariamente estendersi anche al settore economico e deve essere realizzata conferendo alle assemblee il potere di “scrutinising the economic and financial policies of their national governments”. Si tratta di una competenza che per sua natura non può essere esercitata solo dal parlamento europeo, ma anche dai parlamenti nazionali i quali devono essere in grado di intervenire e controllare tutte le scelte economiche al fine di garantire il rispetto del principio democratico.

I Lords si oppongono alla proposta di istituire un sotto comitato del parlamento europeo che riunisca solo i Paesi dell'area euro, il quale potrebbe correre il rischio di accentuare le divisioni tra gli Stati membri e di favorire scelte che, sebbene relative in via esclusiva all'eurozona, avrebbero l'effetto di condizionare anche tutti gli altri.

.

5. Il rapporto della *Tweede Kamer* dei Paesi Bassi

Come dicevamo, molti degli aspetti trattati nei due primi rapporti si ritrovano in quello presentato dalla Camera dei Rappresentanti dei Paesi Bassi dal titolo *Ahead in Europe. On the role of the Dutch House of Representatives and national parliaments in the European Union Final report, Rapporteurship on 'Democratic legitimacy' Final version 9 May 2014*).

Bisogna ricordare che il parlamento olandese nel tempo è divenuto uno dei più efficienti in Europa sia nel controllo del governo nazionale, sia nell'impegno attivo nel *decision making* europeo²⁸⁰. Un ruolo che è andato crescendo anche perché, a seguito del no al referendum nel 2005²⁸¹, i Paesi Bassi hanno voluto rafforzare il peso dell'assemblea negli affari europei attraverso l'istituzione di comitati responsabili per il controllo delle proposte europee nei diversi settori di

²⁸⁰ E. Mastenbroek (et al.), *Engaging with Europe. Evaluating national parliamentary control of EU decision making after the Lisbon Treaty*, Institute for Management Research, Radboud University Nijmegen, 2014.

²⁸¹ A. L. Hogenauer, *The Dutch Parliament and EU Affairs: Decentralizing Scrutiny*, in *The Palgrave Handbook...*, C. Hefftlar, C. Neuhold, O. Rozenberg, J. Smith (eds.), cit. p. 252.

competenza nonché attraverso il potenziamento, a partire dal 2007, dello staff amministrativo a servizio dell'*European Affairs Committee* (EAC). Inoltre, ha contribuito a potenziare il ruolo di controllo dell'Assemblea l'introduzione della *parliamentary scrutiny reserve*, secondo la quale entro due mesi dalla pubblicazione di una proposta legislativa da parte della Commissione europea il *Tweede Kamer* (ma anche l'*Eerste Kamer*) può chiedere al governo di non prendere una decisione irreversibile durante i negoziati a Bruxelles. La *scrutiny reserve* è determinata dalla Camera nel suo *plenum*. La decisione non è vincolante ma di grande valore politico.

Anche la Camera dei Rappresentanti, al pari di quanto espresso dai Lords, ritiene che le riforme proposte non abbiano bisogno di alcuna modifica dei Trattati. Pur nella condivisione della maggior parte delle idee già espresse nei primi due documenti, il rapporto dei Paesi Bassi se ne differenzia per l'impostazione generale: esso è, infatti, rivolto soprattutto all'interno, dato che si pone l'obiettivo principale di migliorare la propria già elevata efficienza in materia di Unione, e potenziare la propria influenza nel *decision making* europeo, attraverso un uso migliore degli strumenti parlamentari, intervenendo soprattutto nella fase iniziale del processo legislativo europeo. Tale ultimo obiettivo era stato già espresso in un rapporto pubblicato nel 2002, dal titolo *On time is too late*, nel quale la Camera olandese aveva affermato che il Parlamento doveva essere coinvolto nella prima fase dell'*European decision-making* in modo da incidere sulla formulazione del progetto.

Il rapporto si sofferma a lungo sulla cooperazione interparlamentare che, al pari di quanto abbiamo visto essere stato definito dal documento della Camera dei Lords, viene letta – in un paragrafo intitolato: “Strength through cooperation” – come uno strumento per accrescere soprattutto il ruolo del parlamento nazionale. Un singolo parlamento nazionale – afferma il rapporto – può svolgere un ruolo molto limitato nell'*European decision-making*, ma lavorando con gli altri, “one’s own parliament becomes stronger”.

Tuttavia, forse anche differenziandosi dai due rapporti esaminati in precedenza, quello redatto dal parlamento olandese appare più lucido nell'evidenziare anche le profonde differenze e le contrapposte attitudini esistenti tra i parlamenti.

Sulla scia di quelle formulate dagli altri due Stati appaiono invece le proposte avanzate dai Paesi Bassi in merito all'incremento sia dei contatti interparlamentari, sia dei rapporti tra deputati e di funzionari competenti nell'attivazione della *yellow card procedure* sia del numero di incontri informali tra deputati interessati alle stesse materie. A tal proposito il testo critica il fatto che le delegazioni presenti alle riunioni della COSAC non abbiano un mandato e, per rendere più efficiente il lavoro della *Conference of Parliamentary Committees for Union Affairs*, suggerisce di istituire al suo interno un gruppo composto dai presidenti dei comitati parlamentari per gli affari europei. Convinta del fatto che ‘the Commission does not have a monopoly on good ideas’ anche la Camera dei Rappresentanti approva l'idea della *Green Card* che, se condivisa dalla maggioranza dei parlamenti nazionali, dovrebbe essere presa in considerazione dalla Commissione.

Il parlamento dei Paesi Bassi giudica invece di difficile attuazione la proposta del “cartellino rosso” (*red card*) sponsorizzata soprattutto dal partito conservatore britannico.

6. Red e Green Cards

Come abbiamo visto i rapporti dei tre parlamenti fin qui illustrati presentano diversi aspetti comuni e si caratterizzano per il fatto di contenere molteplici proposte che potrebbero essere attuate senza bisogno di particolari modifiche dei Trattati europei. Non tutti gli Stati membri ritengono tuttavia necessario o urgente intervenire per rilanciare il ruolo dei parlamenti nazionali in Europa, né introdurre ulteriori forme di cooperazione interparlamentare.

Tuttavia bisogna ricordare che, di recente, anche grazie al dibattito sollevato dalla pubblicazione di questi tre rapporti, si è discusso in relazione al conferimento di nuovi strumenti nelle mani dei parlamenti, vale a dire quelli c.d. delle *red* o *green cards*, a fianco delle esistenti procedure del cartellino giallo e arancione.

Per quanto riguarda la *red card* bisogna ricordare che, tra le richieste avanzate da Cameron nella lettera inviata a Tusk nel novembre 2015, il Premier britannico aveva proposto, al fine di tutelare il fondamentale ruolo dei parlamenti nazionali come guardiani della democrazia, l'introduzione della *red card* che avrebbe dovuto svolgere soprattutto una funzione interdittiva, dato che doveva permettere alle assemblee di bloccare le proposte legislative non gradite, sempre rispettando il principio "Europe where necessary, national where possible". Nell'accordo raggiunto il 19 febbraio 2016 sul *new settlement* del Regno Unito in Europa è stata prevista l'introduzione di una nuova procedura che concederà 12 settimane di tempo alle singole assemblee per emanare un parere motivato (*reasoned opinion*) nell'ipotesi in cui si ritenga che il progetto violi il principio di sussidiarietà. Se tale *reasoned opinion* è sostenuta da più del 55% dei voti assegnati ai parlamenti nazionali (vale a dire 16 paesi) si svolgerà una "comprehensive discussion" nell'ambito del Consiglio in cui si dovrà tenere conto dei rilievi mossi. Non è stato quindi concesso il potere di porre il veto auspicato da Cameron (tanto che i commentatori politici hanno ribattezzato lo strumento "*pink card*" per evidenziare che il suo potenziale risultava sbiadito rispetto alle intenzioni del Primo Ministro), ma una procedura che concede più tempo (12 settimane e non 8) rispetto a quella del cartellino giallo e che sarà attivata all'interno del Consiglio e non della Commissione. L'attuazione del *new settlement* britannico è legato all'esito del risultato referendario del *Brexit* del 23 giugno prossimo.

Di tutt'altra natura risulta poi il progetto di conferire ai Parlamenti nazionali un potere di impulso legislativo attraverso la *green card* sulla quale gli Stati membri hanno espresso posizioni diverse e opinioni differenti soprattutto in relazione alle corrette modalità della loro attuazione. Si tratta di una proposta che ha ottenuto anche l'avallo della COSAC, la quale, nel maggio 2015, ha chiesto di dar vita ad un gruppo di lavoro in materia. Sull'argomento i dubbi espressi riguardano da un canto in generale l'opportunità della sua introduzione, dato che Paesi come la Finlandia, la Germania e Svezia ritengono che i parlamenti debbano limitarsi al controllo delle attività dei rispettivi governi ²⁸². Dall'altro se l'eventuale introduzione debba avvenire attraverso una modifica dei Trattati.

Si deve ricordare, comunque, che il *Lords European Union Committee*, nel mese di luglio 2015, ha emanato la sua prima *green card* nella quale ha richiesto alla Commissione europea di intervenire

²⁸² K. Borońska-Hryniewiecka, *The 'Green Card' Opportunity: Time to Rethink Parliamentary Engagement in EU Affairs*, in *PISM Bulletin*, no. 41 (773), 23 April 2015.

per limitare lo spreco alimentare all'interno dell'Unione ²⁸³. Si tratta di un'iniziativa con ogni evidenza priva di fondamento giuridico, ma di grande significato politico, e che è stata sostenuta da 15 Paesi (Bulgaria, Croazia, Cipro, Repubblica Ceca, Francia Assemblea Nazionale e Senato, Ungheria, Italia (Senato), Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Slovacchia, Regno Unito) i quali hanno sottoscritto la lettera inviata al presidente della Commissione europea Jean-Claude Juncker.

L'iniziativa della *green card* sembra avere avuto gli effetti sperati, dato che, nel novembre 2015, la Commissione ha risposto affermando che avrebbe tenuto in considerazione quanto sostenuto dai parlamenti, e – all'inizio di dicembre – in uno dei progetti previsto nel nuovo pacchetto di misure per l'economia circolare fondato sul recupero, il riciclo dei rifiuti e la condivisione, si è posta l'obiettivo di ridurre entro il 2030 lo spreco alimentare.

7. Conclusioni

Si può allora dire, in conclusione, che i tre rapporti sottolineano l'esigenza di migliorare la cooperazione interparlamentare e salvaguardare al contempo la sovranità dei parlamenti nazionali: idea quest'ultima particolarmente sostenuta nei testi britannico e olandese. I documenti considerano il miglioramento della cooperazione interparlamentare come uno strumento per accrescere il ruolo delle singole assemblee, al fine di salvaguardare la loro sovranità e – grazie al lavoro congiunto dei parlamenti nazionali e del parlamento europeo – rendere l'Unione veramente responsabile e democratica. Un obiettivo che – come abbiamo visto – può essere raggiunto attraverso il potenziamento dell'azione della COSAC, l'introduzione di nuovi strumenti di cooperazione interparlamentare, come la creazione di gruppi più specializzati, la possibilità di intervenire nella fase iniziale del *decision making*, il miglioramento della *yellow card*, l'introduzione della *green card*.

Anche se formulate da paesi tendenzialmente euroscettici (l'esito del referendum del Regno Unito potrebbe avere conseguenze rilevanti per l'intera Unione), le proposte avanzate dai tre Paesi potrebbero contribuire a trasformare il rapporto tra parlamenti nazionali e Unione europea in un gioco a somma positiva nel quale, quindi, il guadagno di tutti i partecipanti potrebbe superare le perdite.

²⁸³ House of Lords, *Lords EU Committee Issues First Ever 'Green Card'*, 22 July 2015.

Prassi e funzioni del sistema di *early warning* *

di Corrado Caruso **

SOMMARIO: 1. Il principio di sussidiarietà e i suoi significati. – 2. Il sistema di *early warning* nella prassi. – 3. A cosa serve il controllo di sussidiarietà?

1. Il principio di sussidiarietà e i suoi significati

Il sistema di *early warning* rappresenta una delle principali novità introdotte dal Trattato di Lisbona: secondo una intuizione già presente nella Dichiarazione di Laeken ²⁸⁴, i Parlamenti nazionali sono ora i guardiani dell’allocazione di competenze delineata dal diritto primario europeo ²⁸⁵. La fisionomia di tale controllo sconta, tuttavia, le incertezze semantiche proprie della sussidiarietà: vero e proprio concetto teologico secolarizzato ²⁸⁶, questo principio ha assunto una varietà di significati normativi attinenti ora al rapporto tra la persona e il potere pubblico, ora alla distribuzione verticale delle funzioni tra centro e periferia, ora ai criteri di legittimazione democratica dell’azione pubblica ²⁸⁷. Diverse accezioni, dunque, tutte accomunate però dalla volontà di proteggere l’autonomia sociale o territoriale dall’invasione del potere pubblico centralizzato.

Disciplinato dal Trattato di Maastricht ²⁸⁸ ma già prefigurato dal rapporto Delors in funzione di garanzia rispetto all’espansione surrettizia delle competenze della Comunità ²⁸⁹, nel Trattato di

* Relazione al Convegno *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello. In memoria di Antonio Zorzi Giustiniani (1949-2015)*, Aula degli Organi collegiali, Università di Roma “La Sapienza”, Roma, Giovedì 28 gennaio 2016.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Milano.

²⁸⁴ Cfr. *Dichiarazione di Laeken sul futuro dell’Unione europea, Allegato I alle Conclusioni della Presidenza*, Consiglio europeo di Laeken, 14-15 dicembre 2001, SN 300/1/01 REV 1, p. 23.

²⁸⁵ I parlamenti nazionali sono i *watchdogs* della sussidiarietà secondo I. Cooper, *The Watchdogs of Subsidiarity: National Parliaments and the Logic of Arguing in the EU*, in *Journal of Common Market Studies* vol. 44, (2) 2006, p. 281. Sul punto diffusamente M. Olivetti, *Parlamenti nazionali nell’Unione europea*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. V, 2012, p. 524.

²⁸⁶ Già nell’enciclica *Rerum novarum* di Leone XIII del 1891 vi sono impliciti riferimenti alla sussidiarietà, ma è solo con la *Quadragesimo anno* di Pio XI che tale principio assurge a pietra angolare della dottrina sociale della Chiesa: l’anteriorità della persona sullo Stato richiede un’azione pubblica intesa come «stimolo, orientamento, incoraggiamento, integrazione e solo in ipotesi estreme di autentica e integrale supplenza». Così G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, ESI, 2014, p. 14.

²⁸⁷ Nella dottrina federalista di matrice – soprattutto - tedesca, la sussidiarietà impone l’intervento residuale del centro laddove la periferia non sia in grado di svolgere determinate funzioni. Infine, la sussidiarietà si arricchisce di coloriture democratiche, nel senso di richiedere un’attività di governo il più vicina possibile al cittadino, perciò capace di soddisfare al meglio i bisogni delle collettività e garantire un migliore controllo della cittadinanza sui governanti. Per una *summa* cfr. A. D’Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 1/2001, pp. 13 e ss., P. Ridola, *Sussidiarietà e democrazia*, in *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, a cura di G. C. De Martin, Padova, Cedam, 2008, pp. 1 e ss., I. Massa Pinto, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, Jovene, 2003, pp. 27 e ss.

²⁸⁸ Cfr. art. 3B Trattato di Maastricht.

²⁸⁹ Secondo il noto rapporto, reperibile in *L’unione economica e monetaria. Aspetti giuridici e istituzionali. Studio introduttivo e materiali di base*, a cura di G. L. Tosato, R. Basso, Torino, Giappichelli, 2007, p. 185, l’azione dei livelli di governo più alti avrebbe dovuto essere «il più limitat[o] possibile e sussidiari[o] a quelle di livello più basso». In tal senso, l’azione della Comunità avrebbe dovuto limitarsi «a quei settori nei quali fosse necessaria un’attività decisionale collettiva». Sul punto v. anche il contributo di P. Bilancia, *L’early warning system nella prassi dello spazio pubblico europeo*, in *Parlamenti Nazionali e Unione Europea nella governance multilivello*, a cura di F. Lanchester, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 35-49.

Lisbona il principio di sussidiarietà governa la distribuzione delle competenze non esclusive (concorrenti e di sostegno): a norma dell'art. 5.3 TUE, infatti, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva, l'Unione interviene soltanto qualora gli obiettivi di un'azione non possano essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, ma possano essere raggiunti in misura più adeguata a livello sovranazionale. La disposizione delinea i due criteri, logicamente irrelati, che ammettono l'intervento dell'Unione negli ambiti materiali condivisi con gli Stati membri: da un lato, l'insufficienza teleologica dell'azione statale; dall'altro, il valore aggiunto della regolazione europea.

La lettera dell'art. 5.3 TUE non risolve, tuttavia, il dilemma fondamentale che assiste il principio di sussidiarietà sin dalla sua previsione ad opera del Trattato di Maastricht: non è chiaro, infatti, se esso sia da considerarsi uno strumento di espansione dell'azione dell'Unione – come risulta dalla generosa giurisprudenza della Corte di giustizia²⁹⁰ – o se, in coerenza con le sue origini teoriche, rappresenti un freno al processo di integrazione, operando in funzione di garanzia per i livelli di governo infracomunitari²⁹¹. Tale incertezza è legata al carattere bifronte del principio di sussidiarietà: esso riassume, infatti, il duplice verso delle dinamiche federali, le quali tendono, da un canto, alla decentralizzazione in funzione di tutela delle diversità politico-territoriali e, dall'altro, a concentrare il potere in nome dell'unità politica dell'ordinamento²⁹².

In verità, l'inquadramento sistematico di tale principio nell'ordinamento europeo post-Lisbona porta a collocare la sussidiarietà tra gli strumenti dell'accentramento sovranazionale. Negli ordinamenti nazionali, infatti, il principio di sussidiarietà ha rappresentato un intenso strumento di tutela delle istanze unitarie, volto a promuovere l'integrazione dei livelli di governo in funzione di garanzia dell'unità politica della comunità statale²⁹³.

D'altro canto, la scelta di disciplinare il controllo di sussidiarietà, affidato *ex ante* ai parlamenti nazionali ed *ex post* alla Corte di giustizia ha rappresentato, almeno nelle intenzioni dei *drafters*, un necessario contrappeso all'estensione delle competenze europee in ambiti lasciati, prima del Trattato di Lisbona, alle dinamiche intergovernative²⁹⁴. Scartate le ipotesi di affidare il controllo di sussidiarietà alla sola Corte di giustizia, a una Corte *ad hoc* o a una commissione mista Commissione-parlamenti nazionali²⁹⁵, il Trattato di Lisbona ha attribuito ai parlamenti nazionali una verifica di natura essenzialmente politica, e che vede il coinvolgimento della Corte di giustizia

²⁹⁰ Sullo scrutinio debole della Corte di Giustizia sul principio di sussidiarietà v. P. Craig, *Subsidiarity: Political and Legal Analysis*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 50 (S1) 2012, pp. 80 e ss., G. Martinico, *Dating Cinderella: On Subsidiarity as a Political Safeguard of Federalism in the European Union*, in *European Public Law*, vol. 17, (4) 2011, pp. 655 e ss.

²⁹¹ Ha evidenziato la duplice caratura del principio di sussidiarietà P. Caretti, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. cost.*, 1/1993, pp. 8-9.

²⁹² Così P. Bilancia, *I carattere bifronte del principio di sussidiarietà*, in *Problemi attuali della "Sussidiarietà"*, a cura di E. De Marco Milano, Giuffrè, 2005, p. 76.

²⁹³ Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, si pensi alla sent. n. 303/2003, che ha avallato un sostanziale accentramento delle funzioni legislative proprio in virtù del principio di sussidiarietà (criterio ordinatore, ai sensi dall'art. 118 Cost., delle sole funzioni amministrative), superando la ripartizione rigida dell'art. 117 Cost. In senso analogo, si pensi all'art. 72(2) GG, che consente l'intervento della Federazione nella *konkurrierende Gesetzgebung* quando la «realizzazione di equivalenti condizioni di vita nel territorio federale o la tutela dell'unità giuridica o economica nell'interesse dello Stato nel suo complesso, rendano necessaria una disciplina legislativa federale».

²⁹⁴ Si pensi, in particolare, al noto "terzo pilastro" ora confluito nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ricompreso, ai sensi dell'art. 4(2) lett. j) TFUE, tra le materie di competenza concorrente.

²⁹⁵ Riferimenti in M. Olivetti, *Parlamenti nazionali*, cit., p. 513.

quale *extrema ratio*, nel caso in cui le istituzioni sovranazionali decidano di mantenere il progetto in discussione ²⁹⁶.

Il sistema di *early warning* assume un significato *soft* ed endoprocedimentale, collocandosi nella fase ascendente di produzione del diritto europeo. Come noto, esso può essere attivato sui progetti di atti legislativi, presentati dalle istituzioni sovranazionali ²⁹⁷ e motivati «con riguardo ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità», al fine di porre le assemblee nazionali nelle condizioni di esprimere una complessiva valutazione sull'iniziativa europea ²⁹⁸. Qualora il parlamento di uno degli Stati membri ritenga la proposta non conforme al principio di sussidiarietà, emette un parere motivato e lo invia ai Presidenti della Commissione, del Consiglio e del Parlamento europeo ²⁹⁹. Se entro il termine di otto settimane dalla trasmissione del progetto alle camere si pronuncia un numero di parlamenti tale da raggiungere le soglie previste dal Prot. n. 2 ³⁰⁰, scatta l'obbligo di riesame a carico dell'istituzione che ha presentato la proposta, e che può discrezionalmente decidere di modificare, ritirare o mantenere il progetto, purché motivi la propria scelta a riguardo (cd. cartellino giallo). Il meccanismo non provoca nessun effetto interruttivo della procedura legislativa: al più, qualora l'istituzione interessata decida di procedere nell'*iter*, lo *stop* potrà arrivare dal Consiglio o dal Parlamento europeo qualora in tal senso si esprimano, rispettivamente, il 55% dei membri o la maggioranza semplice dei votanti (cd. cartellino arancione) ³⁰¹.

Lungi dal configurare un potere di veto, il meccanismo di allerta preventiva incarna compiutamente lo spirito dialogico, riflessivo, policentrico e post-nazionale del sistema multilivello europeo ³⁰². Peraltro, le peculiarità della procedura, gli effetti potenzialmente dissuasivi, il parametro e l'oggetto del controllo, oltre al perentorio termine entro cui emettere i pareri motivati, distinguono il controllo di sussidiarietà dal cd. dialogo politico, procedura inaugurata dall'ex Presidente Barroso che impegna la Commissione a rispondere ai contributi che provengono dai Parlamenti nazionali per motivi diversi dalla violazione del principio di sussidiarietà, in relazione ad atti non necessariamente legislativi ³⁰³.

2. Il sistema di *early warning* nella prassi

²⁹⁶ Cfr. art. 8 del Prot. n. 2, che tuttavia non riconosce al singolo Parlamento nazionale la possibilità di adire direttamente la Corte di giustizia.

²⁹⁷ Art. 3, Prot. n. 2.

²⁹⁸ Cfr. art. 5, Prot. n. 2: in particolare, ogni progetto di atto legislativo deve essere accompagnato «da una scheda contenente elementi circostanziati che consentano di valutare il rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Tale scheda dovrebbe fornire elementi che consentano di valutarne l'impatto finanziario e le conseguenze, quando si tratta di una direttiva, sulla regolamentazione che sarà attuata dagli Stati membri».

²⁹⁹ Art. 6, Prot. n. 2.

³⁰⁰ Ai sensi dell'art. 7 (1) comma 2, ciascun parlamento è titolare di due voti (nei sistemi bicamerali, ciascuna delle due camere dispone di un voto). In base all'art. 7 (2), i pareri motivati devono rappresentare almeno un terzo dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali, *quorum* che si abbassa a un quarto nel caso di un progetto legislativo in materia di spazio di libertà, sicurezza, e giustizia.

³⁰¹ Cfr. art. 7 (3) Prot. n. 2.

³⁰² In tal senso I. Pernice, *Multilevel constitutionalism in the European Union*, in *Enr. L. Review*, vol. 27, (5) 2002, pp. 515 e ss., Id., *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 15, (3) 2009, pp. 349 e ss.

³⁰³ Per la distinzione tra dialogo politico e controllo di sussidiarietà cfr. N. Lupo, *I poteri europei dei Parlamenti nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, in *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, a cura di A. Manzella, N. Lupo, Torino, Giappichelli, pp. 116-117.

Nonostante l'*early warning* rappresenti una modalità “debole” di controllo, l'analisi della prassi evidenzia una crescita nell'utilizzo di questa procedura: nel solo 2013 sono arrivati alla Commissione 88 pareri motivati, con un aumento del 25% rispetto agli anni precedenti; spicca, peraltro, l'attivismo delle camere di composizione degli interessi territoriali, a parziale conferma della funzione, svolta dal principio di sussidiarietà, di integrazione tra i livelli di governo ³⁰⁴.

Il controllo di sussidiarietà è stato attivato due volte, a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: la prima, a proposito della proposta di regolazione del diritto di sciopero ³⁰⁵; la seconda, in relazione al progetto di istituzione della procura europea ³⁰⁶. Se nel primo caso la Commissione ha deciso di arrestare l'*iter* legislativo (non tanto perché convinta dalle argomentazioni dei parlamenti intorno alla violazione della sussidiarietà, ma per ragioni di opportunità politica, per il timore – fondato – che la proposta non sarebbe passata in Consiglio) ³⁰⁷, nel secondo ha respinto ai mittenti le obiezioni ³⁰⁸.

Dalle argomentazioni addotte dai parlamenti nazionali e dalla Commissione nei due casi risulta evidente una diversa pre-comprensione di tale controllo. I primi, infatti, sposano una nozione ampia della procedura di *early warning*, anche se non sono mancate critiche relative al mancato rispetto del principio di sussidiarietà in senso stretto, obiezioni che hanno insistito ora sull'assenza di un'adeguata motivazione intorno alla necessità di adozione dell'atto, ora sulla sufficienza dell'azione statale, ora sulla mancata dimostrazione del valore aggiunto della proposta ³⁰⁹. In alcuni pareri motivati, infatti, le critiche hanno lambito il merito del progetto legislativo: oltre a dubitare del fondamento normativo individuato dalla Commissione per giustificare la propria azione ³¹⁰, le assemblee hanno messo in discussione la proporzionalità degli interventi normativi (nel senso che il medesimo obiettivo poteva essere raggiunto con uno strumento meno invasivo delle attribuzioni statali), sino a proporre, in alcuni casi, un modello di regolazione alternativo a quello avanzato dalla Commissione ³¹¹.

³⁰⁴ Cfr. l'Allegato alla *Relazione annuale 2013 in materia di sussidiarietà e proporzionalità*, a cura della Commissione europea, COM (2014) 506 final, pp. 15 e ss. Tale tendenza vale soprattutto per il *Bundesrat* austriaco e per il *Bundesrat* tedesco, ma sembra ora riscontrabile anche in relazione alla Francia, ove, nel solo 2013, il Senato ha emesso quattro pareri motivati a fronte dell'unica risoluzione approvata dall'Assemblea nazionale.

³⁰⁵ Cfr. Commissione europea, *Proposal for a Council regulation on the exercise of the right to take collective action within the context of the freedom of establishment and the freedom to provide services*, COM(2012) 130 final.

³⁰⁶ Cfr. Commissione europea, *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea* COM (2013) 534 final.

³⁰⁷ Cfr. le lettere del 12 settembre inviate dalla Commissione ai Presidenti delle Camere nazionali che si erano pronunciati con pareri motivati, Ares(2012)1058907.

³⁰⁸ Cfr. *Communication From The Commission To The European Parliament, The Council And The National Parliaments*, COM (2013) 851 Final.

³⁰⁹ Cfr. ad esempio, quanto sostenuto da alcuni Parlamenti nazionali con riguardo alla proposta di istituzione della procura europea: COM (2013) 851 final, pp. 5 e ss.

³¹⁰ Con riferimento, in particolare, alla *legal basis* assunta dalla Commissione per la regolazione del diritto di azione collettiva. Fortemente criticata è stata la scelta di richiamare l'art. 352 TFUE (che indica le condizioni che consentono l'attivazione dei cd. “poteri impliciti” dell'UE) per regolare una materia (il diritto di sciopero) che, almeno ai sensi dell'art. 153(5) TFUE si colloca al di fuori delle competenze dell'UE. Cfr., per una panoramica, F. Fabbrini, K. Granat, “*Yellow card, but no foul!*”: *The role of the national parliaments under the subsidiarity protocol and the Commission proposal for an EU regulation on the right to strike*, in *Common Market Law Review*, vol. 50, (1) 2013, pp. 135 e ss.

³¹¹ Cfr., ad esempio, il parere motivato sull'istituzione della procura europea emesso dal Senato francese, che ha insistito sulla necessità di rendere maggiormente collegiale e “intergovernativa” la composizione dell'istituendo organo (Presidenza a rotazione e un componente per ciascun stato membro, laddove la proposta europea prevede un procuratore europeo assistito da quattro sostituti, tutti nominati dal Consiglio previa approvazione del Parlamento europeo): cfr. *Sénat, Résolution européenne portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement portant création du Parquet européen*, 28 ottobre 2013.

All'opposto – come emerge nella comunicazione di risposta alle camere nazionali in relazione alla proposta di istituzione della procura europea – la Commissione intende il controllo di sussidiarietà in un'accezione ristretta. I parlamenti nazionali sarebbero tenuti, infatti, a uno scrutinio debole sull'azione europea, in coerenza con i *test* utilizzati dalla Corte di giustizia: a meno che non sia carente la motivazione a supporto della proposta legislativa³¹², o non risulti provata l'adeguatezza della disciplina statale e il mancato valore aggiunto della proposta europea³¹³, l'intervento si presume coerente con il principio di sussidiarietà.

Non è un caso che la Commissione abbia rinviato al dialogo politico le obiezioni non attinenti alla sussidiarietà, isolando, ad esempio, le penetranti considerazioni intorno al principio di proporzionalità. In effetti, nonostante la mancata univocità della lettera del Protocollo e la complementarità funzionale dei due principi, è comunque possibile scindere analiticamente il primo, che attiene all'indagine intorno alla «necessità di una disciplina europea», dal secondo, coincidente con il giudizio sulla «appropriatezza dei mezzi rispetto ai fini»³¹⁴.

Peraltro, a conferma della tendenza a risolvere il controllo di sussidiarietà in uno scrutinio debole e altamente formalizzato, nella risposta ai Parlamenti nazionali la Commissione ha richiamato lo *standard* che l'Avvocato generale, nelle conclusioni sul caso *Vodafone*, ha applicato alle attività di natura economica: in base a questo *test*, la regolazione sovranazionale è giustificata tutte le volte in cui siano in gioco attività «cross-border» che rimandano a interessi transfrontalieri che «il processo democratico statale» non è adatto a governare³¹⁵.

3. A cosa serve il controllo di sussidiarietà?

L'esame della prassi sembra smentire alcune delle ipotesi avanzate all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Molti dei pareri motivati evidenziano l'intrinseca politicità del controllo, che difficilmente può essere assimilato a un controllo di legalità formale sugli atti delle istituzioni europee³¹⁶. La politicità di tale scrutinio è testimoniata dalla posizione che i parlamenti rivestono nel circuito democratico-rappresentativo nazionale, e dalla classica funzione di

³¹² Come noto, l'art. 5 specifica l'obbligo generale di motivazione imposto dall'art. 296 par. 2, richiedendo che i progetti di atti legislativi siano motivati con riguardo ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Nella sentenza *Germania c. Parlamento e Consiglio*, C-233/94 (1997), par. 25, i giudici di Lussemburgo hanno chiarito che l'onere motivazionale è finalizzato al *judicial review* della Corte di giustizia, che si accontenta di una mera verifica «esterna» di assolvimento dell'obbligo.

³¹³ Cfr. *British American Tobacco (Investments) and Imperial Tobacco*, C-491/01, par. 177 e ss., nonché, più recentemente, *Vodafone et. al. c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, C-58/08 (2010).

³¹⁴ Così M. Olivetti, *Parlamenti nazionali*, cit., p. 525. D'altro canto, nonostante il Prot. n. 2 presenti alcune ambiguità testuali che potrebbero portare a sovrapporre lo scrutinio di sussidiarietà al giudizio di proporzionalità (a partire dalla rubrica sino alla prevista necessità, per le istituzioni europee, di giustificare la proposta con riferimento ad entrambi i profili), la giurisprudenza della Corte di Giustizia tende a distinguere i due aspetti (cfr. *Vodafone*, cit., par. 51 e ss.), a ulteriore conferma della tendenza della Commissione a costruire il controllo di sussidiarietà intorno a canoni para-giudiziali.

³¹⁵ Il «cross-border activity test» è formulato dall'Avvocato Generale nell'*opinion* di *Vodafone*, cit., par. 34: «[i]t is the cross-border nature of the economic activity itself that renders the Community legislator potentially more apt than national authorities to regulate it [...]. This is the precise type of situation where the democratic process within the Member States is likely to lead to a failure to protect cross-border activity». Sul punto anche P. Bilancia, *L'early warning nella prassi*, cit.

³¹⁶ Come invece sostenuto da P. Küver, *The Early-Warning System for the Principle of Subsidiarity: the National Parliament as a Conseil d'Etat for Europe*, in *Eur. L. Rev.*, vol. 36 (1) 2011, pp. 98 e ss., che assimila la funzione svolta dai Parlamenti nazionali al ruolo consultivo ricoperto in alcuni ordinamenti dal Consiglio di Stato.

indirizzo che essi svolgono nei confronti dei rispettivi governi. Non è un caso che il cartellino giallo emesso sulla regolazione del diritto di sciopero sia stato sintomo del mancato appoggio di parte degli esecutivi alla proposta; in senso analogo, con riferimento alla proposta di istituzione della Procura europea, nonostante la Commissione abbia dichiarato la volontà di proseguire, il cartellino giallo ha messo in guardia sulla possibilità di raggiungere in Consiglio l'unanimità dei voti richiesta dall'art. 86 TFUE ³¹⁷.

Dalla politicità del controllo non discende automaticamente l'assolvimento di una pretesa funzione democratica dello stesso, quasi che la procedura riesca a recuperare il *deficit* di democraticità dell'ordinamento sovranazionale, come invece immaginato dalla Dichiarazione di Laeken. Secondo alcune ricostruzioni teoriche, peraltro, il controllo di sussidiarietà contribuirebbe a caratterizzare i parlamenti nazionali come «terza camera virtuale» dell'Unione: essi agirebbero alla stregua di un soggetto collettivo che, sulla base del rapporto dialogico con le istituzioni UE, promuoverebbero un *forum* deliberativo capace di incidere sul processo legislativo sovranazionale, implementare la discussione pubblica su questioni europee e ridurre lo iato tra istituzioni sovranazionali e cittadini ³¹⁸.

Simile approccio cede di fronte all'evidenza empirica: la prassi mostra come ciascun parlamento agisca *uti singuli*, difendendo il proprio interesse nazionale piuttosto che prerogative o interessi comuni, senza alcuna significativa opera di coordinamento inter-parlamentare ³¹⁹; inoltre, il numero di cartellini gialli sollevati appare quantitativamente risibile rispetto alla quantità di pareri motivati che, non raggiungendo il *quorum* richiesto, restano inesorabilmente senza risposta.

In genere, le teorie deliberative implicano una interazione tra soggetti che convergono su una posizione comune attraverso un percorso dialogico di adesione al punto di vista avversario ³²⁰. Niente di tutto ciò avviene nel dialogo sulla sussidiarietà, ove i protagonisti della procedura restano ben saldi nelle proprie posizioni: anche quando la Commissione ha scelto di ritirare la propria proposta, la decisione è stata presa sull'onda del timore di un insuccesso politico, piuttosto che sulla base di una reale condivisione delle istanze parlamentari.

Sebbene non manchino letture che annoverano l'*early warning system* tra le funzioni tipiche di un sistema parlamentare «euro-nazionale» altamente integrato ³²¹, ove un ruolo fondamentale sarebbe giocato proprio dai parlamenti nazionali, che contribuirebbero (direttamente e indirettamente) alla legittimazione democratica delle istituzioni europee ³²², è forse possibile offrire del meccanismo una interpretazione minimale, più coerente con la prassi degli ultimi anni. Il controllo di sussidiarietà caratterizza, infatti, i Parlamenti nazionali come «contropoteri» o

³¹⁷ Resta la possibilità di attivare, ai sensi, dell'art. 86 (1) comma 3, una cooperazione rafforzata, che tuttavia porterebbe la procedura ad un nuovo inizio.

³¹⁸ Cfr. I. Cooper, *A 'Virtual Third Chamber' for the European Union? National Parliament after the Treaty of Lisbon*, ARENA working paper, 7/2011.

³¹⁹ Sottolinea tale aspetto M. Goldoni, *Reconstructing the Early Warning System on Subsidiarity: The Case for Political Judgment*, in *Eur. L. Rev.*, vol. 39 (5) 2014, pp. 658-659.

³²⁰ In effetti, mentre nel processo decisionale fondato sul compromesso le parti mirano a raggiungere un accordo vantaggioso attraverso reciproche concessioni, nella deliberazione basata sul dibattito le preferenze individuali si definiscono tramite un percorso di condivisione originato dalla reciproca comprensione. Cfr., in tal senso, P. Petit, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government* (1997), trad. it. *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, Milano, Feltrinelli, 2000, pp. 254-255

³²¹ A. Manzella, *Verso un governo parlamentare euro-nazionale? in Il sistema parlamentare euro-nazionale*, cit., pp. 1 e ss.

³²² N. Lupo, *I poteri europei*, cit., pp. 128 e ss., Id., *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali nella Costituzione "composita" dell'UE*, in A. Ciancio (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, Aracne, 2014, pp. 387 e ss.

«freni» alle attività sovranazionali ³²³: grazie ad esso le assemblee verificano che il principio di sussidiarietà, che generalmente promuove l'integrazione tra livelli di governo in funzione dell'unità di un sistema politico, non si trasformi in una *Kompetenz-Kompetenz*, in un meta-principio capace di conferire alle istituzioni europee la decisione sovrana sull'estensione delle proprie competenze. Una simile ricostruzione sembra maggiormente congruente con le peculiarità del sistema politico sovranazionale, vera e propria Unione di Stati (*Staatenverbund*) fondata su un trasferimento di attribuzioni determinate e sempre revocabili dagli Stati membri, che continuano a essere gli unici «Signori dei Trattati» ³²⁴.

Il controllo di sussidiarietà può divenire un mezzo per stemperare potenziali conflitti tra sistemi ispirati a principi e logiche di funzionamento diverse: mentre l'Unione si fonda su una legittimazione «derivata, plurale, tecnica», coerente con la necessità di promuovere il mercato unico e l'efficienza funzionalista, gli Stati membri godono di una diretta «legittimazione democratica», e si trovano a svolgere una fondamentale funzione di mediazione del pluralismo conflittuale che caratterizza le esperienze liberal-democratiche ³²⁵. L'allarme preventivo sull'intervento in una materia di competenza non esclusiva svolge, allora, una funzione contro-maggioritaria di protezione delle identità nazionali che pure, ai sensi dell'art. 4(2) TUE, l'Unione europea si è impegnata a rispettare ³²⁶.

L'attribuzione al controllo di sussidiarietà di una funzione democratica mira a celare la persistenza dell'irrisolto *deficit* democratico dell'ordinamento europeo: sono soprattutto i fautori dell'intergovernalismo (cioè di un'integrazione condotta dai governi nazionali) a insistere per bilanciare il peso degli esecutivi sul proscenio sovranazionale con l'attribuzione di maggiori poteri alle assemblee nazionali ³²⁷. Come insegna la miglior letteratura federalista, invece, le vie della democratizzazione passano attraverso la riforma strutturale della *governance* europea, con un rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo e dei suoi poteri di indirizzo sulla Commissione ³²⁸, non certo tramite interpretazioni estensive degli istituti previsti dal Trattato di Lisbona, ancora legato alle logiche dell'integrazione funzionalista ³²⁹.

³²³ Così M. Olivetti, *Parlamenti nazionali*, cit., p. 510.

³²⁴ In tal senso la nota giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco sul processo di integrazione europea: cfr., in particolare, *Lissabon Urteil*, 2 BVE 2/08, parr. 324 e ss.

³²⁵ In tal senso già F. Palermo, *La forma di Stato dell'Unione Europea: per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, Cedam, 2005, pp. 226-227. Più recentemente, anche alla luce misure adottate per fronteggiare la crisi economica, sia consentito rinviare a C. Caruso, *Vincoli di bilancio e dinamica federale europea: itinerari di una comparazione*, sul *Forum di Quaderni costituzionali*, Rassegna 7/2015 (www.forumcostituzionale.it).

³²⁶ A conclusioni simili arriva M. Goldoni, *Reconstructing the Early Warning System*, cit., pp. 661 e ss.

³²⁷ Approccio seguito, ad esempio, dal Tribunale costituzionale tedesco nei giudizi sulle misure anti-crisi: su questa giurisprudenza sia consentito rinviare a C. Caruso, M. Morvillo, *Economic governance and budgetary rules in the European context: a call for a new european constitutionalism*, in *Dir. Un. Eur.*, 4/2014, pp. 714 e ss.

³²⁸ Cfr., in particolare, A. Padoa Schioppa, *Linee di riforma costituzionale dell'Unione europea*, in *Id.*, *Verso la federazione europea? Tappe e svolte di un lungo cammino*, Bologna, il Mulino, 2014, pp. 499 e ss., G. Amato, *Un amore difficile*, in *Id.*, E. Galli della Loggia, *Europa perduta?*, Bologna, il Mulino, 2014, pp. 37 e ss. Non manca poi chi insiste sull'esigenza di un Presidente del Consiglio Europeo elettivo, prefigurando, di fatto, una forma di governo duale simile al sistema presidenziale statunitense (così S. Fabbrini, S. Micossi, *Una proposta istituzionale per l'Europa: legittimazione e efficienza*, http://www.aspeninstitute.it/aspennonline/system/files/inline/Fabbrini-Micossi_FINAL_1.pdf, su cui criticamente, se si vuole, C. Caruso, *Vincoli di bilancio*, cit., p. 25).

³²⁹ Funzionalismo e federalismo rappresentano i poli entro cui si è sviluppato il discorso sull'integrazione europea. Pur condividendo l'obiettivo di fondo di una unificazione sovranazionale, i due approcci si differenziano per il metodo da seguire: mentre il funzionalismo si basa sulla delega di funzioni statali ad autorità tecnocratiche (così il "padre" del neo-funzionalismo E. Haas, *The Uniting of Europe: political, social and economical forces, 1950-1957*, Stanford, London, Stevens, 1958) il

[Il coordinamento tra parlamenti nazionali e autorità indipendenti: il caso delle autorità garanti per la protezione dei dati personali *](#)

di Andrea Frosini **

SOMMARIO: 1. Premesse: origini, scopi e ambito della ricerca. – 2. I principali riscontri ottenuti. – 2.1. Il ruolo delle Camere nella nomina dei componenti delle Autorità. – 2.2. L'ampiezza dei poteri attribuiti alle Autorità. – 2.3. Le forme di controllo parlamentare sulle Autorità. – 3. Riflessioni conclusive.

1. Premesse: origini, scopi e ambito della ricerca

Il presente contributo rappresenta un compendio del percorso di studio effettuato dall'unità di ricerca costituita presso l'Università di Siena ³³⁰, nell'ambito del progetto PRIN 2010-2011 coordinato dal Professore Fulco Lanchester dell'Università di Roma "La Sapienza" e intitolato "Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello" ³³¹. In tale contesto, l'indagine effettuata si è proposta di analizzare, a livello comparato, lo specifico aspetto del rapporto tra Parlamenti e Autorità indipendenti, che costituisce un tema ricorrente nelle riflessioni dottrinali sull'individuazione di un necessario bilanciamento tra indipendenza e responsabilità (la c.d. *accountability*) delle menzionate *Authorities* ³³². Com'è noto, infatti, tali organismi, in quanto indipendenti secondo la regola dettata a livello comunitario, sono sottratti ai poteri di indirizzo e controllo degli Esecutivi, lasciando così aperta la problematica del rapporto con i Parlamenti quali sedi della rappresentanza.

La portata della questione è stata evidenziata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza relativa alla causa C-518/07, avente ad oggetto il ricorso promosso dalla Commissione europea nei confronti della Germania per inadempimento di quest'ultima all'obbligo di istituire Autorità pienamente indipendenti ai sensi dell'art. 28, n. 1, secondo comma, della direttiva

«costituzionalismo federalista» sostiene la necessità di competenze delegate a un ente unitario organizzato secondo il principio di separazione di poteri (in tal senso A. Spinelli, *Il modello costituzionale americano e i tentativi di unità europea*, in Id., *Il progetto europeo*, Bologna, il Mulino, 1985, pp. 151 e ss.). Per una ricostruzione di questo dibattito teorico sia consentito rinviare a C. Caruso, *Vincoli di bilancio*, cit.

* Relazione al Convegno *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello. In memoria di Antonio Zorzi Giustiniani (1949-2015)*, Aula degli Organi collegiali, Università di Roma "La Sapienza", Roma, Giovedì 28 gennaio 2016.

** Dottore di ricerca in diritto pubblico e titolare di borsa di ricerca presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Internazionali – DISPI Università di Siena.

³³⁰ L'unità di ricerca, coordinata dalla prof.ssa Michela Manetti, è composta dal prof. Roberto Borrello, dalla dott.ssa Eva Lehner e dal dott. Andrea Frosini, autore del presente contributo.

³³¹ Tutte le informazioni sul PRIN e sui relativi riscontri ottenuti dalle varie unità di ricerca coinvolte sono consultabili sul sito internet appositamente dedicato al progetto, al seguente indirizzo: <http://www.panue.eu/>.

³³² Cfr., tra i vari, M. Manetti, *Autorità indipendenti e Parlamenti nazionali nell'Unione europea. Alla ricerca di una ragionevole indipendenza*, in *Parlamenti Nazionali e Unione Europea nella governance multilivello*, a cura di F. Lanchester, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 775-787; F. Merusi, M. Passaro, *La autorità indipendenti. Un potere senza partito*, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 111 ss.; R. Barberio, *Autorità indipendenti e accountability*, in *Le Autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, a cura di F. Luciani, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pp. 55 ss.

comunitaria n. 95/46³³³. In estrema sintesi, la Corte ha ribadito come l'assenza di qualsiasi forma di soggezione delle suddette Autorità ai Governi nazionali costituisca una condizione indispensabile per garantire la loro indipendenza nell'esercizio delle funzioni (tant'è che la Repubblica federale tedesca è stata sanzionata perché le Autorità di controllo, competenti a vigilare sul trattamento dei dati personali nei settori diversi da quello pubblico, risultavano subordinate ai Governi dei rispettivi *Länder*). A fronte di ciò, tuttavia, nella pronuncia viene altresì sottolineato come sia assolutamente necessario che tali istituzioni siano soggette a una qualche influenza parlamentare, la quale non solo non è vietata dalla disciplina comunitaria, ma in un regime democratico si rende assolutamente essenziale per la loro legittimazione³³⁴.

Sulla base delle medesime considerazioni, l'obiettivo è quindi di verificare come si raccordino Autorità indipendenti e Parlamenti nazionali alla luce dell'analisi dei seguenti profili:

il ruolo che giocano le Camere nella nomina dei componenti delle Autorità;

l'ampiezza dei poteri attribuiti a detti organismi, con particolare riferimento a quelli normativi che non sempre rispettano il principio di subordinazione alla legge parlamentare che è applicabile ai regolamenti dell'Esecutivo;

le forme di controllo parlamentare sulle attività delle *Authorities*, quali contrappesi alla sottrazione di queste ultime al circuito politico-rappresentativo.

Si tratta, infatti, di tre aspetti che consentono di comprendere la natura del suddetto rapporto e anche di riscontrare se vi sia una linea di condotta comune, seguita negli ordinamenti nazionali, per realizzare un efficace inserimento delle Autorità nei rispettivi sistemi istituzionali attraverso forme di coordinamento non invasivo, e tuttavia effettivo, con i relativi Parlamenti.

Per quanto riguarda i contesti nazionali da investigare allo scopo prefissato, l'attenzione si è concentrata su Italia, Germania, Francia, Spagna e Regno Unito (anche se l'analisi si è estesa ad ulteriori ordinamenti) che, in relazione all'argomento oggetto di studio, rappresentano di fatto i modelli di riferimento per tutti i Paesi membri dell'Unione europea.

In tale ambito, l'esame si è rivolto alle Autorità indipendenti operanti nei settori dell'energia elettrica e gas, della concorrenza e del mercato, delle comunicazioni, bancario e della finanza, dei servizi pubblici e, infine, della protezione dei dati personali.

Alla luce di questa disamina, si è potuto individuare un "caso esemplare" che racchiude tutte le peculiarità e gli elementi di diversificazione necessari allo svolgimento di una riflessione compiuta. La scelta è caduta sull'Autorità preposta alla protezione dei dati personali, in quanto essa registra nei diversi Paesi considerati un'oscillazione massima sia con riguardo all'indipendenza dal Governo, sia in rapporto all'estensione dei poteri, in specie normativi.

³³³ Cfr. direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, in *GUCE*, L 281, 23 novembre 1995, 31 ss., che ha costituito fino ad oggi (v., *infra*, par. 3 e nota 13) la normativa generale di riferimento per le *Authorities* competenti in materia di protezione dei dati personali di cui si tratterà nel prosieguo.

³³⁴ Cfr. Corte giust., sent. 9 marzo 2010, causa C-518/07, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, in particolare i punti 34 ss. e 43 ss., consultabile in <http://curia.europa.eu/>. Si fa presente che sebbene il ragionamento della Corte, riportato nel testo, sia riferito specificamente alle Autorità di controllo dei *Länder* competenti a vigilare sul trattamento dei dati personali nei settori diversi da quello pubblico, in via di principio esso può considerarsi valevole per tutte le Autorità indipendenti.

2. I principali riscontri ottenuti

Chiariti gli obiettivi della ricerca e definiti i confini entro i quali si è svolta, nei paragrafi successivi saranno riportati i principali riscontri ottenuti dall'analisi effettuata sulle normative di riferimento per le seguenti Autorità ³³⁵: il Garante per la protezione dei dati personali, per quanto riguarda l'Italia; l'Incaricato federale per la protezione dei dati e la libertà dell'informazione (*Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit*), gli Incaricati per la protezione dei dati dei *Länder* (*Landesbeauftragten für den Datenschutz*) e l'Autorità di vigilanza della Baviera sul settore non-pubblico (*Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht*) ³³⁶, per quanto riguarda la Germania; la Commissione nazionale per l'informatica e le libertà (*Commission nationale de l'informatique et des libertés*), per quanto riguarda la Francia; l'Agenzia di protezione dei dati (*Agencia española de protección de datos*), per quanto riguarda la Spagna e, infine, l'Ufficio del Commissario per l'informazione (*Information Commissioner's Office*), per quanto riguarda il Regno Unito.

2.1. Il ruolo delle Camere nella nomina dei componenti delle Autorità

Con riferimento al primo profilo rilevante ai fini della ricerca in oggetto, i dati raccolti mostrano la seguente situazione.

In Italia, i quattro componenti dell'Autorità Garante sono scelti ed eletti due dalla Camera dei deputati e due dal Senato della Repubblica. Anche in Germania il Parlamento, sia federale sia dei singoli *Länder*, elegge gli organismi monocratici preposti alla protezione dei dati (Incaricato federale, Incaricato dei *Länder* e Autorità di vigilanza della Baviera sul settore non-pubblico) ma, in questo caso, la designazione è governativa a entrambi i livelli. In Francia, la Commissione è composta da diciassette membri dei quali solo sei sono designati dal Parlamento, segnatamente due dall'Assemblea nazionale, due dal Senato, uno dal Presidente dell'Assemblea nazionale e uno dal Presidente del Senato ³³⁷. In Spagna, invece, le Camere non hanno alcuna prerogativa nella nomina dei componenti dell'Agenzia, che è di esclusiva spettanza del Governo su proposta del Ministro della Giustizia. Allo stesso modo, nel Regno Unito il Parlamento non ha alcuna influenza sulla nomina del Commissario (che è organo monocratico) la quale viene effettuata dalla Corona su designazione governativa.

³³⁵ Si segnala che i testi delle normative che disciplinano l'organizzazione, il funzionamento e i poteri delle *Authorities* prese in esame sono tutti consultabili sul sito internet del PRIN, nella sezione "Documentazione", alla seguente pagina web: <http://www.panue.eu/category/siena/parlamenti-nazionali-e-autorita-indipendenti/>.

³³⁶ In tutti gli altri *Länder*, le funzioni di Autorità di vigilanza del settore non-pubblico sono svolte dagli Incaricati per la protezione dei dati.

³³⁷ Gli altri undici membri sono invece nominati come segue: due dal Comitato economico, sociale e ambientale, due dal Consiglio di Stato, due dalla Corte di cassazione, due dalla Corte dei conti e tre dal Governo.

Alla luce di quanto sopra, si può dunque affermare che il Parlamento riveste un ruolo centrale esclusivamente in Italia, posto che in Francia incide solo marginalmente e negli altri Paesi considerati la scelta dei componenti è appannaggio dell'Esecutivo.

2.2. L'ampiezza dei poteri attribuiti alle Autorità

In relazione al secondo profilo di interesse, dai riscontri effettuati si delinea il seguente quadro.

In Italia, il Garante dispone di poteri investigativi, prescrittivi, inibitori, sanzionatori, di *moral suasion*, di informazione e sensibilizzazione collettiva, di regolazione dei trattamenti (addirittura esercitati attraverso atti sostanzialmente normativi³³⁸), di risoluzione in via amministrativa delle controversie, ma anche in via alternativa alla giurisdizione. In Germania, invece, le Autorità, sia a livello federale sia a livello dei singoli *Länder*, dispongono solo di poteri investigativi, prescrittivi, di *moral suasion* e di informazione e sensibilizzazione collettiva. In Francia, la Commissione è dotata di poteri investigativi, prescrittivi, inibitori, sanzionatori, di *moral suasion*, di regolazione dei trattamenti e di risoluzione in via amministrativa delle controversie. In Spagna, all'Agenzia sono attribuiti poteri investigativi, prescrittivi, inibitori, sanzionatori, di *moral suasion*, di informazione e sensibilizzazione collettiva, nonché di risoluzione in via amministrativa delle controversie. Nel Regno Unito, infine, il Commissario è dotato di soli poteri investigativi, prescrittivi, sanzionatori e di risoluzione delle controversie, ma sempre in via preventiva e non alternativa alla tutela giurisdizionale.

Per quanto riguarda l'estensione delle potestà, quindi, nel nostro Paese si registra la massima ampiezza tanto da comprendere, unico caso tra i Paesi analizzati, anche poteri sostanzialmente normativi, nonché poteri alternativi a quelli giurisdizionali.

2.3. Le forme di controllo parlamentare sulle Autorità

Con riferimento, infine, alle tipologie di controllo che i Parlamenti possono esercitare sulle *Authorities* in questione, dall'indagine effettuata emerge come vi sia un regime prevalentemente uniforme che si sostanzia, in tutti gli ordinamenti considerati, nel potere di intervento sulle leggi istitutive delle stesse Autorità (ovunque esercitato a più riprese) e nell'analisi delle relazioni periodiche che queste ultime obbligatoriamente sono tenute a presentare in ordine alle attività svolte e allo stato di attuazione delle leggi di riferimento nella materia di loro competenza.

3. Riflessioni conclusive

³³⁸ Sul punto si veda A. Frosini, *Gli atti normativi del Garante per la protezione dei dati personali*, in *Giur. cost.*, 2014, IV, pp. 3679 ss.

Quanto illustrato nei paragrafi precedenti fornisce indicazioni significative dalle quali è possibile trarre alcune prime e sintetiche riflessioni.

In particolare, i riscontri ottenuti sul primo aspetto³³⁹ rendono evidente come in Italia si sia posta l'enfasi sull'indipendenza degli organismi in questione dal Governo, laddove negli altri Paesi la designazione dei loro componenti è effettuata proprio dall'Esecutivo (ad eccezione della Francia, dove comunque il Governo non ne rimane estraneo³⁴⁰). Nel nostro sistema istituzionale, infatti, l'obiettivo è sempre stato quello di assicurare l'indipendenza soggettiva od organica, mentre negli altri ordinamenti si è piuttosto posto l'accento sull'indipendenza funzionale, tant'è che maggiore peso viene dato alla preparazione tecnica dei candidati a membri delle *Authorities*, attraverso uno scrupoloso esame dei loro *curricula*³⁴¹. Quest'ultimo approccio è ben comprensibile sulla base di una semplice considerazione: si può avere una grande indipendenza soggettiva, ma se non si possiedono le competenze la capacità effettiva di essere indipendenti è bassa. Non solo, ma questo approccio è anche perfettamente in linea con il testo del regolamento europeo sulla protezione dei dati che di recente ha abrogato la direttiva comunitaria n. 95/46 e che sarà applicabile a partire dal 25 maggio 2018³⁴². La nuova disciplina, infatti, ribadisce come l'indipendenza delle Autorità debba intendersi in senso *funzionale*³⁴³ ed evidenzia anche come non rilevi assolutamente se i membri dei suddetti organismi vengano nominati dal Parlamento o dal Governo dei rispettivi Paesi (tant'è che sono previste entrambe le opzioni), mentre costituisce un requisito imprescindibile il possesso di qualifiche, esperienza e competenze nel settore della protezione dei dati personali³⁴⁴. Deve notarsi come quanto sopra riportato venga stabilito nell'ambito di una normativa *self-executing* la quale, per sua stessa natura, è vincolante per tutti gli Stati membri dell'Unione europea garantendo, così, l'uniforme applicazione del principio di indipendenza che invece, in fase di recepimento della ormai abrogata direttiva, non sempre è stato correttamente trasposto nelle legislazioni nazionali³⁴⁵.

Da quanto osservato sul secondo aspetto³⁴⁶, inoltre, si rileva come, rispetto all'Italia, gli altri Paesi siano stati fedeli al modello europeo di Autorità per la protezione dei dati personali la quale, nella

³³⁹ Si veda, *supra*, par. 2.1.

³⁴⁰ Si veda, *supra*, nota 8. A ciò si aggiunga che il Governo francese è rappresentato all'interno della Commissione non solo dai tre membri di sua nomina, ma anche da un Commissario, che vi siede con funzioni esclusivamente consultive, designato dal Primo Ministro.

³⁴¹ Tutti i membri delle diverse Autorità sono infatti esperti riconosciuti nelle materie in cui operano gli stessi organismi.

³⁴² Cfr. regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, «relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)», in *G.U.U.E.*, L 119, 04 maggio 2016. Si tratta della nuova normativa che sostituisce la direttiva del 1995 aggiornando e modernizzando la disciplina generale sulla protezione dei dati personali. Il regolamento, tuttavia, ai sensi dell'art. 99, co. 2, sarà definitivamente applicabile in via diretta in tutti i Paesi dell'Unione europea a partire dal 25 maggio 2018, in modo che, al termine del biennio intercorrente dalla data della sua entrata in vigore, possa essere garantito il perfetto allineamento fra le proprie disposizioni e le normative nazionali attualmente vigenti in materia. Per ulteriori approfondimenti e per consultare il testo del regolamento si rinvia alla specifica sezione predisposta dall'Autorità Garante sul proprio sito internet, al seguente indirizzo: <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4443361>.

³⁴³ Cfr. «considerando» n. 117 e art. 52, espressamente intitolato «indipendenza».

³⁴⁴ Cfr. art. 53, commi 1 e 2, non a caso inserito nella sezione 1, del capo VI, espressamente dedicata a definire i requisiti dell'indipendenza delle Autorità.

³⁴⁵ Si vedano, in proposito, Corte giust., sent. 9 marzo 2010, cit., e sent. 16 ottobre 2012, causa C-614/10, *Commissione europea c. Repubblica d'Austria*, in <http://curia.europa.eu/>.

³⁴⁶ Si veda, *supra*, par. 2.2.

citata direttiva n. 95/46/CE, viene concepita esclusivamente come Autorità di controllo, che vigila sull'applicazione della disciplina vigente in materia e interviene in maniera puntuale sulle violazioni della stessa, con specifici poteri di ispezione e interdizione caso per caso ³⁴⁷. In questi ordinamenti, pertanto, non sussiste un problema rispetto a poteri sostanzialmente normativi, come invece si è posto nel nostro in relazione alla compatibilità con la riserva di legge e addirittura – per quanto riguarda la potestà del Garante di rilasciare autorizzazioni generali al trattamento dei dati giudiziari – con il principio di tipicità e tassatività delle fonti primarie (posto che gli artt. 21, comma 1, e 27 del Codice in materia di protezione dei dati personali equiparano detti provvedimenti alla legge) ³⁴⁸; né esiste un problema rispetto all'attribuzione di poteri alternativi alla giurisdizione che, invece, nel nostro ordinamento ha suscitato perplessità in ordine alla compatibilità sia con il divieto di istituire nuovi giudici speciali di cui all'art. 102 Cost., sia con la riserva di giurisdizione ³⁴⁹. In Italia, dunque, si è andati ben oltre le previsioni comunitarie, dando vita a una *Authority* dotata delle più ampie potestà la cui attribuzione ha sollevato diversi interrogativi di ordine costituzionale.

I risultati dell'esame svolto con riguardo al terzo aspetto ³⁵⁰, infine, mostrano un sistema sostanzialmente omogeneo che, si ricorda, vede tutti i Parlamenti nazionali operare un controllo sulle Autorità mediante l'intervento sulle loro leggi istitutive e l'analisi delle relazioni sulle attività svolte dalle stesse.

Alla luce di quanto sopra esposto, pertanto, si può concludere che in Germania, Francia, Spagna e Regno Unito non si pone un rilevante problema di *accountability* verso i rispettivi Parlamenti in quanto esiste un sistema di *checks and balances* che pare funzionare in virtù del ruolo tecnico che svolgono le Autorità. Certamente, come linea di condotta comune, le forme di controllo parlamentare potrebbero essere rafforzate, magari esaltando il potere conoscitivo e ispettivo delle Camere, in considerazione della necessità di meglio resistere ai tentativi di cattura “dal basso”, da parte dei soggetti regolati (in particolare le imprese), che vengono costantemente esercitati nei confronti delle *Authorities* ³⁵¹.

L'Italia, invece, si rivela un caso *sui generis* nel rapporto tra Autorità e Parlamento, nonché nella funzione che quest'ultimo ha inteso attribuire alla prima. Il Garante infatti, grazie all'ampiezza dei poteri che gli sono stati attribuiti e che esso ha sfruttato approfittando della concezione neutrale ³⁵² e para-giurisdizionale del suo ruolo, si atteggia sia a legislatore sia a giudice. In questa situazione certamente assume rilievo la questione dell'*accountability* e il raccordo con il Parlamento, quale interlocutore attivo della stessa Autorità, sembra pertanto doversi meglio bilanciare valorizzando non solo l'aspetto del controllo (ossia gli strumenti conoscitivi e di sindacato

³⁴⁷ Cfr. «considerando» n. 63 e art. 28 della direttiva comunitaria n. 46 del 1995, cit.

³⁴⁸ Sul punto, si vedano M. Cuniberti, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 232 e s.; M. Manetti, *I regolamenti delle autorità indipendenti*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, I, Napoli, Jovene, 2009.

³⁴⁹ Cfr. M. Cuniberti, *op. cit.*, pp. 279 ss.

³⁵⁰ Si veda, *supra*, par. 2.3.

³⁵¹ Tale fenomeno, infatti, interessa tutti i Paesi oggetto del presente lavoro e necessita di ulteriori considerazioni e approfondimenti in corso di elaborazione. Cfr. M. Manetti, *Autorità indipendenti e Parlamenti nazionali nell'Unione europea. Alla ricerca di una ragionevole indipendenza*, cit.

³⁵² Sulla nozione di neutralità delle Autorità indipendenti si vedano M. Cuniberti, *op. cit.*, pp. 405 ss.; M. Zuppetta, *Le Autorità amministrative indipendenti: modello superato o consolidato?*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, pp. 129 ss.; M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994.

ispettivo del Parlamento) ³⁵³, ma anche l'aspetto della competenza (ossia la scelta dei componenti dell'*Authority* tramite un attento esame dei *curricula* ³⁵⁴). Senza parlare della necessità che il Parlamento si riappropri di competenze normative di rango primario, a tutt'oggi esercitate dal Garante.

³⁵³ Ipotesi peraltro già prospettata nel documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti approvato dalla Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati il 16 febbraio 2012 (cfr. doc. XVII, n. 17, in <http://leg16.camera.it/494?categoria=017>, 25 ss.). Sul punto si vedano anche le considerazioni svolte da F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 44 ss.; M. Manetti, *Le autorità indipendenti*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 39.

³⁵⁴ Così come è rigorosamente stabilito dall'art. 153, comma 2, del d.lgs. n. 196/2003, cit., ai sensi del quale i componenti del Garante devono essere scelti tra «esperti di riconosciuta competenza delle materie del diritto o dell'informatica, garantendo la presenza di entrambe le qualificazioni».

Un fenomeno in crescente espansione: il dialogo politico dei parlamenti nazionali nell'ue

*

di Paola Piciacchia **

SOMMARIO: 1. Le origini e l'evoluzione del dialogo politico tra Parlamenti Nazionali e Unione Europea – 2. Dialogo politico vs EWM – 3. La prassi e le prospettive del dialogo politico: la circolarità del processo di controllo svolto dai Parlamenti Nazionali – 4. Conclusioni

1. Le origini e l'evoluzione del dialogo politico tra Parlamenti Nazionali e Unione Europea

Nell'affrontare l'argomento del dialogo politico tra Parlamenti Nazionali e Unione Europea appare opportuno partire direttamente da un'affermazione che, lungi dall'essere assiomatica, può riuscire a rendere la misura dell'importanza che tale “procedura” – avviata un anno prima della firma del Trattato di Lisbona ³⁵⁵, per rafforzare le basi democratiche dell'Unione - assume oggi e dell'importanza che essa è destinata ad assumere negli anni a venire.

Il dialogo politico - le cui radici vanno, secondo alcuni, addirittura rintracciate nel 2001 ³⁵⁶ - rappresenta, infatti, a parere di chi scrive, lo snodo, e al tempo stesso, la sintesi di tutti i meccanismi di partecipazione dei Parlamenti Nazionali alla fase ascendente e più in generale alle politiche dell'Unione europea, quasi la cartina di tornasole dell'efficacia stessa di questi meccanismi. La premessa necessaria a questa ipotesi, che naturalmente si cercherà di verificare nel corso delle pagine che seguono, è che essa vada intesa non tanto nel senso del riconoscimento, in termini assoluti, dell'efficacia attuale di tale meccanismo di partecipazione dei Parlamenti Nazionali, quanto piuttosto nel senso del riconoscimento della “necessità” di implementazione crescente di questo meccanismo, nell'ottica di un “reale” e sempre più efficace coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea ³⁵⁷. È proprio, infatti, dalla capacità

* Relazione al Convegno *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello. In memoria di Antonio Zorzi Giustiniani (1949-2015)*, Aula degli Organi collegiali, Università di Roma “La Sapienza”, Roma, Giovedì 28 gennaio 2016.

** Professore aggregato di Diritto pubblico comparato – “Sapienza” Università di Roma.

³⁵⁵ V. D. Jančić, *The Barroso initiative: Windows Dressing or Democracy Boost?*, in *Utrecht Law Review*, vol. 8, n. 1, gennaio 2012, pp. 78-91.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 79: «The Barroso Initiative can be traced back to 2001 when the Commission set out to reform EU governance. In its preparatory report for the White Paper on European Governance, the Commission *inter alia* sought to make national parliaments – together with the European Parliament, the Committee of the Regions, and the Economic and Social Committee – ‘the architects of public debates on European matters’».

³⁵⁷ Sul ruolo dei Parlamenti Nazionali nel processo di integrazione europea tra i numero contributi italiani e stranieri più recenti v.: F. M. De Vidales, *Los Parlamentos Nacionales en la Unión europea: de Maastricht a Lisboa*, Madrid, Editorial Dilex, 2008; T. Raunio, *National Parliaments and European Integration: what we know and what we should know*, in *Arena Working Paper*, 2009; P. Bilancia, *The Role and the Power of European and National Parliaments in the Dynamics of Integration*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2009, pp. 273-284.; P. Caretti, *Il Ruolo dei Parlamenti nazionali prima e dopo il trattato di Lisbona*, in *Astrid* 2010; F.

induttiva del dialogo politico che si misura e, soprattutto, è destinata a misurarsi l'efficacia di tutti gli altri strumenti di partecipazione dei Parlamenti Nazionali, ivi compreso quello relativo al controllo sul principio di sussidiarietà (EWM).

Merita a tal punto precisare che l'idea di avviare il “dialogo politico”, facendolo diventare, in qualche modo, una procedura, nacque, in origine, dall'esigenza, emersa in seno alla Commissione stessa, già prima della firma e poi dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, di rapportarsi con i Parlamenti Nazionali in forma cooperativa e non competitiva o antagonista ³⁵⁸ proprio nel momento in cui il meccanismo dell'*Early warning*, sia pure in fase sperimentale, faceva la sua comparsa ³⁵⁹.

La Commissione, con l'intento di indurre i Parlamenti Nazionali ad agire entro una logica collaborativa e non ostruzionistica, decise di affiancare al meccanismo dell'EWM – sul quale si tornerà più avanti - un'altra procedura denominata inizialmente “procedura Barroso” ³⁶⁰ e, successivamente, “dialogo politico”. Il dialogo politico con i Parlamenti Nazionali fu, dunque, avviato dalla Commissione nel 2006 con lo scopo dichiarato di accrescere la loro partecipazione agli Affari Europei e rafforzare la dimensione parlamentare e democratica dell'UE, nell'ottica di una progressiva parlamentarizzazione del processo decisionale europeo, secondo quelle che saranno le prospettive del Trattato di Lisbona.

L'anno di avvio del “dialogo politico” appare, a tale riguardo, significativo. Nel 2006, anno successivo alla bocciatura di Francia e Paesi Bassi del *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa* del 2004, sembrò infatti determinante per la Commissione Europea creare le premesse e gettare le basi per la costruzione di un nuovo rapporto, più diretto con i Parlamenti Nazionali. Con una comunicazione del Presidente Barroso del 10 maggio 2006 ³⁶¹ la Commissione decise, dunque, che avrebbe trasmesso ai Parlamenti Nazionali tutte le nuove proposte e i documenti di consultazione (Libri Verdi, Libri Bianchi e comunicazioni) nonché il programma legislativo

Bruno, *Stati Membri e Unione Europea Il difficile cammino dell'integrazione*, Torino, G. Giappichelli, 2011; M. Olivetti, *Parlamenti nazionali nell'Unione europea*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Aggiornamento V, Torino, Utet, 2012; K. Auel, A. Tacea, *Fighting Back? And if yes, how? Measuring Parliamentary Strength and Activity in EU Affairs*, Paper prepared for the 13th Biennial Conference of the European Union Studies Association Baltimore, 9-11 May 2013, pp. 1-32; C. Morviducci, *Parlamenti nazionali (ruolo nell'UE)*, in *Enciclopedia del diritto*. Annali VII, Milano, Giuffrè, 2013; M. Zalewska, O. J. Gstrein, *National Parliaments and their Role in European Integration: The EU's Democratic Deficit I, Times of Economic Hardship and Political Insecurity*, Bruges Political Research Papers 28/2013; N. Lupo, *Parlamento Europeo e Parlamenti Nazionali nella Costituzione composita nell'UE: le diverse letture possibili*, in *Rivista AIC*, 2014; A. Groen, T. Christiansen, *National Parliaments in European Union: Conceptual Choices in the EU's Constitutional Debate*, in *The Palgrave Handbook on National Parliaments and the European Union*, C. Heffler [et al.] (eds.), Basingstoke, Palgrave, 2015.

³⁵⁸ N. Lupo, *I poteri europei dei Parlamenti Nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, in *Il sistema parlamentare europeo*, a cura di A. Manzella-N. Lupo, Torino, Giappichelli, 2014, p. 116.

³⁵⁹ F. Bruno, *Stati membri e Unione Europea. Il difficile cammino dell'integrazione*, cit., p. 47.

³⁶⁰ L'articolo 12 del TUE prevede espressamente che i parlamenti nazionali contribuiscano attivamente al buon funzionamento dell'Unione: venendo informati dalle istituzioni dell'Unione e ricevendone i progetti di atti legislativi; vigilando sul rispetto del principio di sussidiarietà; partecipando, nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ai meccanismi di valutazione ai fini dell'attuazione delle politiche dell'Unione in tale settore ed essendo associati al controllo politico di Europol e alla valutazione delle attività di Eurojust; partecipando alle procedure di revisione dei trattati; venendo informati delle domande di adesione all'Unione; partecipando alla cooperazione interparlamentare fra parlamenti nazionali e con il Parlamento europeo.

³⁶¹ COM (2006) 211, 10. «La Commissione intende trasmettere direttamente tutte le nuove proposte e i documenti di consultazione ai parlamenti nazionali, chiedendo loro di esprimere osservazioni e pareri al fine di migliorare il processo di elaborazione delle politiche».

annuale e altri documenti politici o programmatici ³⁶². Una decisione, questa, accolta favorevolmente dal Consiglio Europeo del 16 giugno ³⁶³ dello stesso anno che invitò, in quell'occasione, la Commissione stessa a prendere in debita considerazione le osservazioni dei Parlamenti Nazionali, soprattutto quelle relative al principio di sussidiarietà e proporzionalità. In questa prospettiva, dal settembre 2006, ebbe inizio la sistematica trasmissione ai Parlamenti Nazionali delle proposte legislative e dei documenti di consultazione da parte della Commissione europea, la quale, sostanzialmente, da allora, si è impegnata a rispondere ad eventuali commenti e osservazioni inviate dai Parlamenti a prescindere dal contenuto degli stessi, ovvero a prescindere dalla natura legislativa o meno dell'atto sottoposto a controllo, e a prescindere anche del riferimento o meno ai rilievi relativi al controllo sul principio di sussidiarietà ³⁶⁴. Tale impegno ha comportato la messa a punto di una procedura interna attraverso la quale replicare ai Parlamenti Nazionali entro tre mesi, procedura che, lo ricordiamo, è stata poi comunicata ai Presidenti delle Assemblee dell'Unione con due lettere rispettivamente del 17 luglio 2006 e del 16 ottobre 2006. Completa tale processo di comunicazione tra i Parlamenti Nazionali e Commissione Europea la relazione annuale della Commissione nella quale vengono illustrate le azioni intraprese e i risultati raggiunti.

La dottrina ³⁶⁵ ha sottolineato il carattere innovativo della “procedura Barroso”, quale strumento per coinvolgere i Parlamenti Nazionali nel processo decisionale europeo, evidenziandone al tempo stesso il carattere unilaterale, informale e non vincolante dell'impegno della Commissione ³⁶⁶. La dottrina ha altresì evidenziato le tre direttrici principali entro le quali la Commissione si è mossa, ovvero: favorire la definizione di un ruolo “proattivo” dei Parlamenti Nazionali nelle

³⁶² Tale decisione è stata poi riconfermata e ulteriormente definita da un'altra lettera del Presidente Barroso il giorno dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. V. Lettera del Presidente Barroso del 1° dicembre 2009, ove si legge; «Ci preme anzitutto sottolineare la centralità di questo sistema, che riteniamo si inquadri nel contesto più ampio delle relazioni politiche tra la Commissione e i parlamenti nazionali, all'interno di un dialogo politico che si protrarrà ovviamente nel tempo. Il sistema permetterà utilmente di migliorare il processo di elaborazione delle politiche e di garantire un'applicazione efficace di uno dei principi fondamentali del trattato».

³⁶³ Council of European Union, *Brussels European Council, 15/16 June 2006, Presidency Conclusions*, 15: «The European Council notes the interdependence of the European and national legislative processes. It therefore welcomes the Commission's commitment to make all new proposals and consultation papers directly available to national parliaments, inviting them to react so as to improve the process of policy formulation. The Commission is asked to duly consider comments by national parliaments – in particular with regard to the subsidiarity and proportionality principles. National parliaments are encouraged to strengthen cooperation within the framework of the Conference of European Affairs Committees (COSAC) when monitoring subsidiarity».

³⁶⁴ L'impegno della Commissione di prendere in considerazione tutti i contributi a prescindere dal loro contenuto quindi anche se essi non riguardano o un atto legislativo o il principio di sussidiarietà (che come sappiamo riguarda esclusivamente le proposte legislative su materie di esclusiva competenza dell'Unione) è un altro elemento che costituisce un incentivo insieme all'altro profilo relativo al fattore tempo: la procedura non rigida comporta infatti la possibilità che la Commissione prenda in considerazione contributi trasmessi anche successivamente alla scadenza del termine di otto settimane dalla trasmissione.

³⁶⁵ D. Jančić, *The Barroso initiative: Windows Dressing or Democracy Boost?*, cit., p. 81 «It operates in two main modes: (a) in the early phase of the Commission's policy-making cycle in order to impart national concerns to its draft legislative proposals; and (b) at any other time through a motley array of visits to national parliaments by Commission officials, meetings with national parliamentary committees and permanent parliamentary representatives to the EU, and gatherings in various interparliamentary forums».

³⁶⁶ *Ivi*: «No legal instrument exists to sanction the Commission for disregarding the national parliaments' reasoned opinions. The Commission is, therefore, in a win-win situation, whereby national parliamentary participation may increase the legitimacy of EU policies without posing too great a risk of jeopardising the Commission's original blueprint».

questioni europee; fornire ad essi tutte le informazioni necessarie; favorire il controllo dei Parlamenti sui propri Governi nell'ottica di «shift national legislators' activity from passive policy taking towards more active policy shaping»³⁶⁷.

Sin dall'inizio, la procedura del dialogo politico parve contenere elementi di grande innovazione e di stimolo alla creazione e all'incremento di un effettivo canale comunicativo tra Parlamenti Nazionali e Unione Europea, dal momento che la Commissione ottenne un risultato, giudicato dalla dottrina “assai importante” nel mostrare «non solo di non avere timore nei confronti dei Parlamenti Nazionali, ma anzi di contare su un loro apporto fattivo per arricchire l'istruttoria e rafforzare il consenso e la legittimazione della proprie iniziative»³⁶⁸.

Con il Trattato di Lisbona tale procedura – che ha visto la Commissione impegnata a trovare un valido appoggio anche nella Cosac e in altre istanze della cooperazione interparlamentare «felici di instaurare un dialogo diretto con la Commissione (oltre che con il Parlamento europeo e con il Consiglio) non soltanto sulle *best practices* procedurali, ma altresì sui contenuti delle proposte di atti dell'Unione Europea di volta in volta esaminati»³⁶⁹ - ha trovato in qualche modo la sua naturale collocazione nell'ambito della definizione del ruolo dei Parlamenti Nazionali operata dal Protocollo n. 1³⁷⁰ annesso al Trattato del 2007.

³⁶⁷ D. Jančić, *The Barroso initiative: Windows Dressing or Democracy Boost?*, cit., p. 82.

³⁶⁸ N. Lupo, *I poteri europei dei Parlamenti Nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, in *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, a cura di A. Manzella-N. Lupo, cit., p. 116.

³⁶⁹ *Ivi*.

³⁷⁰ Il Protocollo n. 1 sul ruolo dei Parlamenti Nazionali nell'Unione europea annesso al Trattato di Lisbona specifica gli obblighi di informazione nei confronti dei parlamenti nazionali: la Commissione è tenuta a inviare direttamente, all'atto della pubblicazione, tutti i documenti di consultazione redatti dalla Commissione stessa (libri verdi, libri bianchi e comunicazioni), nonché il programma legislativo annuale e gli altri strumenti di programmazione legislativa o di strategia politica contestualmente alla trasmissione al Parlamento europeo e al Consiglio (art. 1); altresì la Commissione è tenuta ad inviare i progetti di atti legislativi indirizzati al Parlamento europeo e al Consiglio. Per “progetto di atto legislativo” si intendono le proposte della Commissione, le iniziative da parte di un gruppo di Stati membri, le iniziative del Parlamento europeo, le richieste della Corte di giustizia, le raccomandazioni della Banca centrale europea e le richieste della Banca europea per gli investimenti, intese all'adozione di un atto legislativo. I progetti di atti legislativi presentati dalla Commissione sono trasmessi ai parlamenti nazionali direttamente dalla Commissione, nello stesso momento in cui sono trasmessi al Parlamento europeo e al Consiglio. I progetti di atti legislativi presentati dal Parlamento europeo sono trasmessi ai parlamenti nazionali direttamente dal Parlamento europeo. I progetti di atti legislativi presentati da un gruppo di Stati membri, dalla Corte di giustizia, dalla Banca centrale europea o dalla Banca europea per gli investimenti sono trasmessi ai parlamenti nazionali dal Consiglio (art. 2). I parlamenti nazionali possono inviare ai presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione un parere motivato in merito alla conformità di un progetto di atto legislativo al principio di sussidiarietà, secondo la procedura prevista dal protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Se il progetto di atto legislativo è stato presentato da un gruppo di Stati membri, il presidente del Consiglio trasmette il parere o i pareri motivati ai governi di tali Stati membri. Se il progetto di atto legislativo è stato presentato dalla Corte di giustizia, dalla Banca centrale europea o dalla Banca europea per gli investimenti, il presidente del Consiglio trasmette il parere o i pareri motivati all'istituzione o organo interessato (art. 3). Un periodo di otto settimane intercorre tra la data in cui si mette a disposizione dei parlamenti nazionali, nelle lingue ufficiali dell'Unione, un progetto di atto legislativo e la data in cui questo è iscritto all'ordine del giorno provvisorio del Consiglio ai fini della sua adozione o dell'adozione di una posizione nel quadro di una procedura legislativa. In caso di urgenza sono ammesse eccezioni le cui motivazioni sono riportate nell'atto o nella posizione del Consiglio. Salvo in casi urgenti debitamente motivati, nel corso di queste otto settimane non può essere constatato alcun accordo riguardante il progetto di atto legislativo. Salvo nei casi urgenti debitamente motivati, tra l'iscrizione di un progetto di atto legislativo all'ordine del giorno provvisorio del Consiglio e l'adozione di una posizione devono trascorrere dieci giorni (art.4). Gli ordini del giorno e i risultati delle sessioni del Consiglio, compresi i processi verbali delle sessioni nelle quali il Consiglio delibera su progetti di atti legislativi, sono trasmessi direttamente ai parlamenti nazionali nello stesso momento in cui sono comunicati ai governi degli Stati membri (art. 5).

Come è noto il Trattato di Lisbona consacra all'art. 12 TUE il ruolo dei Parlamenti Nazionali stabilendo che essi contribuiscono attivamente al buon funzionamento dell'Unione. E, sempre come è noto, tale riconoscimento trova ulteriore specifica definizione nei due Protocolli annessi al Trattato, quello n.1 sul ruolo dei Parlamenti Nazionali e quello n. 2 sul controllo del principio di sussidiarietà e proporzionalità.

Con il [protocollo n. 1 sul Ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea](#), allegato ai trattati, la procedura del dialogo politico, non specificatamente prevista dai Trattati, è stata in qualche modo trasformata in un diritto dei Parlamenti Nazionali di ricevere tali documenti a titolo informativo, con il preciso obiettivo di chiedere loro di esprimere osservazioni e pareri nell'ottica del miglioramento e della democratizzazione del processo di elaborazione delle politiche dell'Unione.

2. Dialogo politico vs EWM

Negli anni, il dialogo politico ha assunto dimensioni a tal punto considerevoli da finire per assorbire entro la sua sfera anche il controllo dei Parlamenti Nazionali sul principio di sussidiarietà³⁷¹. Ques'ultimo – sebbene sia stato salutato in dottrina con entusiasmo e ne sia stata evidenziata la portata innovativa e propulsiva³⁷² – non sembra, invece, nella prassi aver pienamente risposto alle aspettative.

³⁷¹ Come è noto, il meccanismo dell'*early warning* secondo quanto disposto dall'art. 5, par. 3, secondo comma nonché dall'art. 12, lett.b), TUE, prevede che siano i parlamenti nazionali a garantire il rispetto del principio di sussidiarietà secondo le procedure previste dal Protocollo n. 2 sul rispetto del principio di sussidiarietà annesso al Trattato di Lisbona. Ogni parlamento nazionale o ciascun ramo del parlamento ha la facoltà, entro otto settimane dalla data di trasmissione di un progetto di atto legislativo, di inviare ai presidenti della Commissione, del Consiglio e del Parlamento europeo un parere motivato relativo alla violazione del principio di sussidiarietà. Secondo quanto previsto dal Protocollo sul rispetto del principio di sussidiarietà qualora i pareri motivati «negativi» rappresentino almeno un terzo dei parlamenti nazionali (³⁷¹) (un quarto nel caso dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia), il progetto deve essere riesaminato dalla Commissione o se, del caso, dalle altre istituzioni («cartellino giallo»). L'istituzione da cui emana il progetto legislativo può decidere, motivando, di mantenere il progetto, di modificarlo o di ritirarlo. Nel caso di procedura legislativa ordinaria, qualora la maggioranza semplice dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali invochi la violazione del principio di sussidiarietà da parte di una proposta legislativa e la Commissione decida comunque di mantenerla, la questione viene rinviata al legislatore ordinario ovvero al Parlamento europeo e Consiglio che si pronunciano in prima lettura sulla violazione del principio di sussidiarietà: a questo punto, se il legislatore ritiene che la proposta legislativa non sia compatibile con il principio di sussidiarietà, può respingerla deliberando a maggioranza del 55% dei membri del Consiglio o a maggioranza dei voti espressi in sede di Parlamento europeo: è questa la procedura cosiddetta del «cartellino arancione».

³⁷² Tra i numerosi contributi italiani e stranieri sul controllo relativo al principio di sussidiarietà v. L. Gianniti, *I Parlamenti nazionali garanti del principio di sussidiarietà*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2003, pp. 171-172; P. Küver, *The National Parliaments in the European Union: a critical view on EU Constitutional-building*, The Hague, Kluwer International Law, 2006; Id., *The Treaty of Lisbon, the national parliaments and the principle of subsidiarity*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, vol. 15, 2008, pp. 77-83 ss.; Id., *The Early-Warning System for the Principle of Subsidiary: The National Parliament as a Conseil d'Etat for Europe*, in *European Law Review*, 2011, pp. 98 ss.; Id., *The conduct of subsidiarity checks of EU legislative proposals by national parliaments: analysis, observations and practical recommendations*, in *ERA Forum*, 2011; F. Jacobs, *Evolving relations between the European Parliament and the National parliaments in the aftermath of the Lisbon Treaty*, in *Report of the European Parliament Office in Ireland*, Dublin, 2009; T. Jans, S. Piedrafita, *The Role of National Parliaments in European Decision-Making*, in *EIPASCOPE* 2009/1; P. Craig, *The Lisbon Treaty. Law, Politics, and Treaty Reform*, Oxford – New York, Oxford University Press, 2010; A. Cygan, *The Parliamentarisation of EU Decision-Making? The Impact of the Treaty of Lisbon on National Parliaments*, in *European Law Review*, n. 4, 2011; M. Teresa Paulo, *National Parliaments in the EU: after Lisboa and beyond subsidiarity - The (positive) side-effects and (unintended) achievements of the Treaty provisions*, in *OPAL*,

Come è stato evidenziato ³⁷³, di esso la dottrina ha dato diverse letture : si va dalla lettura che lo vede come «possibile freno al processo decisionale europeo»; alla lettura che lo identifica come di «strumento per accrescere la legittimazione democratica dell’Unione Europea» e anche l’«accountability» per le sue decisioni; a quella che lo vede come meccanismo di accelerazione del «processo di europeizzazione dei Parlamenti nazionali»; a quella che lo considera, invece, «un sostituto o un utile complemento degli strumenti di indirizzo-controllo parlamentare su governi nazionali nell’elaborazione e nella gestione delle politiche europee»; a chi lo vede come «un’occasione preziosa per promuovere e sviluppare ulteriormente la cooperazione interparlamentare cui diventa ora possibile attribuire contenuti più definiti» ³⁷⁴. Ma, al di là del modo in cui esso è stato concepito, l’EWM ha solo marginalmente centrato l’obiettivo di potenziare la capacità decisionale dei Parlamenti Nazionali nel *decision making process*, riuscendo ad agire soprattutto nel rafforzamento del canale relazionale con l’Unione Europea al di là degli aspetti meramente procedurali ³⁷⁵ e divenendo, quindi, in un certo senso «funzionale all’incremento del grado di consapevolezza dei PN riguardo alle questioni europee» ³⁷⁶. Funzionale, ma anche in qualche modo complementare ³⁷⁷ al dialogo politico attorno al quale sembrano prevalentemente ruotare i rapporti della Commissione ³⁷⁸ con i Parlamenti Nazionali.

2012; *Democracy and subsidiarity in the EU: National parliaments, regions and civil society in the decision-making process*, a cura di M. Cartabia, N. Lupo, A. Simoncini, Bologna, il Mulino, 2012; M. Dagnis Jensen, D. Sindbjerg Martinsen, *Out of time? – National parliaments and early decision making in the European Union*, OPAL 2012; N. Lupo, *I Parlamenti nazionali nell’Unione europea e il principio di sussidiarietà: qualche suggestione per la Camera dei deputati*, in *Amministrazione in cammino*, 2014, pp. 1-13; A. Maatsch, *Watch-dogs that cannot bite? New national parliamentary control mechanisms under the Lisbon Treaty*, in T. Evas, A. Gattig e U. Liebert, *Democratizing the EU from below? Citizenship, civil society and the public sphere* (Ashgate), 2013; A. M. Russo, *Il controllo politico sul principio di sussidiarietà europea: “prove tecniche” per un dialogo interparlamentare nello scenario post-lisbona*, in *federalismi.it*, 2012, pp. 1-26; K. Boronska-Hryniewiecka, *Democratizing the European Multi-level Polity? A (re)Assessment of the Early Warning System*, in *Yearbook of Polish European Studies*, 16/2013, pp. 167-187; *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, a cura di A. Manzella, N. Lupo, cit.; D. Jančić, *The game of cards: National parliaments in the Eu and the future of the early warning mechanism and the political dialogue*, in *Common Market Law Review* 52, 2015, pp. 939-976; P. Piciacchia, *Il trattato di Lisbona e l’impatto del meccanismo di controllo dei Parlamenti Nazionali (EWM) sul principio di sussidiarietà*, in *Parlamenti Nazionali e Unione Europea nella governance multilivello*, a cura di F. Lanchester, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 51-66; *National and Regional Parliaments in the EU-legislative Procedure post-Lisbon. The Impact of the Early Warning System*, A. Jonsson Cornell, M. Goldoni (eds.), Hart, Bloomsbury Publishing, 2016 (3 nov.).

³⁷³ Vedi precisamente sul punto N. Lupo, *I poteri europei dei Parlamenti Nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, in *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, a cura di A. Manzella-N. Lupo, cit., p. 115.

³⁷⁴ *Ivi*.

³⁷⁵ Sugli “effetti virtuosi inintenzionali” del dialogo politico rispetto all’Ewm v. C. Fasone, *Verifica sulla sussidiarietà vs. “dialogo politico”: il caso della proposta di regolamento dell’Unione europea sul diritto di iniziativa dei cittadini europei*, in www.diritticomparati.it, 14 febbraio 2011.

³⁷⁶ G. Esposito, T. Ferrando, *Il meccanismo di allerta precoce e il controllo politico dei parlamenti nazionali: un approccio critico alla questione democratica e ai vincoli imposti dal processo di integrazione*, in *Ianus*, 7, 2012, p. 75.

³⁷⁷ D. Jančić, *The game of cards: National parliaments in the Eu and the future of the early warning mechanism and the political dialogue*, cit. p. 949.

³⁷⁸ V. In tal senso *Relazione Annuale 2010 sui Rapporti tra la Commissione Europea e i Parlamenti Nazionali*, COM(2011) 345 definitivo, 5: «Le esperienze maturate nel primo anno di attuazione del meccanismo di controllo della sussidiarietà mostrano che le disposizioni del trattato che regolano il ricorso al “cartellino giallo” o al “cartellino arancione” da parte dei parlamenti nazionali sono alquanto severe e confermano quanto già osservato negli anni precedenti: solo una percentuale piuttosto bassa dei pareri trasmessi alla Commissione solleva questioni relative alla sussidiarietà, mentre ai parlamenti nazionali continua a premere soprattutto il dialogo con la Commissione sul merito delle sue proposte e iniziative. Ciò mostra chiaramente l’importanza e il valore aggiunto attribuiti al proseguimento del dialogo politico il quale, finché non sono raggiunte le soglie previste dal protocollo 2 e non scatta il meccanismo formale previsto dal trattato per un riesame delle proposte, rappresenta il contesto fondamentale per gli scambi tra la Commissione e i parlamenti nazionali. rapporti della Commissione con i

Nonostante dunque il traguardo notevole per il processo di integrazione europea, operato nel 2007 dal Trattato di Lisbona con l'introduzione dell'EWM, con lo scopo dichiarato di incrementare la partecipazione dei Parlamenti Nazionali nella fase di elaborazione del diritto europeo ma anche, in generale, di incrementare il controllo sugli affari dell'Unione europea, la prassi applicativa degli ultimi anni sembra dimostrare, con una certa evidenza, come esso non sia riuscito, almeno fino ad oggi, ad implementare in modo consistente il peso decisionale dei Parlamenti Nazionali, né a migliorare sensibilmente il loro ruolo nel processo di *decision-making*, se non nell'ottica sopra evidenziata di leva incrementale dell'attenzione dei Parlamenti sulle politiche dell'Unione Europea.

Queste considerazioni vengono confermate alla luce dei due soli casi di opposizione del cartellino giallo del 2012 e del 2013³⁷⁹. Al di là del diverso esito delle due vicende, merita sottolineare che in entrambi i casi la Commissione non ha ritenuto che il principio di sussidiarietà fosse stato violato e che la decisione di ritirare la proposta Monti II, il 26 settembre 2012, sulla base delle *reasoned opinions* espresse dai Parlamenti nazionali, era nata più dalla consapevolezza della difficoltà di raggiungere il consenso politico in seno al Parlamento Europeo e al Consiglio che da veri e propri profili giuridici legati alla violazione del principio di sussidiarietà. La scelta è stata dunque operata sulla base prevalentemente di considerazioni politiche, influenzate – occorre sottolinearlo – dalla posizione assunta da alcuni Parlamenti, come quello danese³⁸⁰, che si sono strenuamente adoperati, agendo, a tal fine, attraverso la propria “diplomazia parlamentare”.

parlamenti nazionali continuano a ruotare attorno al dialogo politico di cui il meccanismo di controllo della sussidiarietà forma solo una parte. Lanciato dal presidente Barroso nel 2006, il processo di scambi di pareri e di risposte per iscritto si è costantemente intensificato nel corso degli ultimi anni».

³⁷⁹ Merita infatti ricordare che, ad oggi, i casi di opposizione del “cartellino giallo” si sono verificati due sole volte, la prima il 22 maggio 2012 sulla Proposta di Regolamento della Commissione relativa all'esercizio del diritto di attuare azioni collettive nel contesto della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, cosiddetta “Monti II” (European Commission, *Proposal for a Council Regulation on the exercise of the right to take collective action within the context of the economic freedoms of the single market, in particular the freedom of establishment and to provide services*, COM (2012) 130 final, del 21/3/2012.), e la seconda il 28 ottobre 2013 sulla Proposta di Regolamento della Commissione relativa all'istituzione di una Procura Europea (Bruxelles, 17.7.2013 COM(2013) 534 final). Dei due casi il solo con esito positivo è stato quello del 2012. Nel primo caso dunque, quello relativo alla proposta Monti II del maggio 2012, 12 parlamenti nazionali/camere su 40 (ovvero 19 voti su 54 assegnati ai parlamenti che rappresentavano più di un terzo) avevano ritenuto che la proposta non fosse conforme al principio di sussidiarietà, cosa che aveva indotto la Commissione a ritirare la proposta. Nel secondo caso, nell'ottobre 2013, il «cartellino giallo» era stato estratto in seguito all'opposizione di 14 camere di parlamenti nazionali in 11 paesi membri. In quell'occasione la Commissione non aveva esitato a procedere – dopo aver analizzato i pareri motivati pervenuti dai parlamenti nazionali e dopo aver presentato i risultati del suo riesame con una comunicazione del 27 novembre 2013 – con la sua proposta, così come redatta originariamente, respingendo - nonostante l'elevato numero di pareri motivati - le dichiarazioni sulla violazione del principio di sussidiarietà.

Sulle vicende relative al primo e al secondo cartellino giallo v.: F. Fabbrini, K. Granat, *Yellow Card, but no Foul: The Role of the National Parliaments under the Subsidiarity Protocol and the Commission Proposal for an EU Regulation on the Right to Strike*, in *Common Market Law Review*, 2013, pp. 115-143; K. Granat, “Yellow card” for the commission proposal on the right to take collective action, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2012, pp. 897 ss.; M. Romaniello, *Di fronte all'alt dei Parlamenti Nazionali, la Commissione decide di mantenere la proposta sull'istituzione della procura europea*, in *Amministrazione in Cammino*, 2013; Id., *I Parlamenti nazionali oppongono il secondo c.d. “cartellino giallo” su una proposta di regolamento relativa all'istituzione della procura europea*, in *Amministrazione in Cammino*, 2013.

³⁸⁰ Sui Paesi Nordici e sul modello di controllo danese sugli Affari Unione Europea v. I. COOPER, *The Nordic parliaments and the EU*, in *The Nordic Countries and the European Union: Still the Other European Community?*, C. Howard Grøn, P. Nedergaard & A. Wivel (eds.), London, Routledge, 2015, pp. 104-118 ss.; M. B. Christensen, *The danish Folketing and EU Affairs: is the Danish*

Questo episodio quindi se, da un lato, ha fatto intravedere una certa forza dei Parlamenti Nazionali nel bloccare una proposta della Commissione, dall'altro, poco ha dimostrato sull'effettiva efficacia della procedura dell'EWM.

Un altro elemento che conferma la debolezza dell'EWM è dato dalla difficoltà di imporsi come procedura dedicata. Sebbene, infatti, sul piano formale la sfera del dialogo politico e quella dell'*Early warnig system* siano ben distinte circa la natura (giuridica), gli effetti e gli scopi (più ampi per la prima rispetto alla seconda)³⁸¹, dal punto di vista pratico rimane difficile stabilire una differenza netta tra le due procedure, dal momento che i Parlamenti Nazionali non sono tenuti ad inviare due tipi di pareri motivati alla Commissione ma uno solo che serve ad entrambi gli obiettivi. In tal senso, come è stato sottolineato “the Barroso Initiative has blended with the early warning mechanism into one *hybrid procedure* with two purposes. The Commission indeed understands the Barroso Initiative and the early warning mechanism as ‘two sides of the same coin’, so that although separate, the two procedures run in parallel”³⁸², così come evidenziato dalla stessa Commissione Europea nel Rapporto 2010 per l'anno 2009³⁸³.

D'altronde, sebbene nell'ambito del dialogo politico i Parlamenti Nazionali non siano tenuti a sottoporre al loro esame solo proposte legislative della Commissione – come invece è il caso del controllo sul principio di sussidiarietà –, di fatto lo scrutinio operato dai Parlamenti Nazionali ha statisticamente riguardato prevalentemente proposte di atti legislativi. E inoltre, laddove i pareri motivati espressi sul principio di sussidiarietà non sono stati sufficienti a far scattare le soglie dei cartellini, essi sono stati presi in considerazione dalla Commissione nell'ambito del dialogo politico.

L'assorbimento del controllo sul principio di sussidiarietà nell'ambito del dialogo politico è senza alcun dubbio stato favorito anche dalle procedure parlamentari adottate dalle singole istituzioni rappresentative dei Paesi dell'Unione.

Model of Parliamentary Scrutiny Still Best Practice?, in C. Heffler [et al.] (eds.), *The Palgrave Handbook on National Parliaments and the European Union*, cit., pp. 275-289.

³⁸¹ V. precisamente sul punto D. Jančić, *The Barroso initiative: Windows Dressing or Democracy Boost?*, cit., p. 83: «As regards their nature, the Barroso Initiative is not based on the founding treaties, while the early warning mechanism is. The Commission could abolish the Barroso Initiative unilaterally at any time if it so wished, but the early warning mechanism could only be abolished by means of a Treaty amendment. In other words, the Barroso Initiative is based on a promise and the early warning mechanism on a legally binding obligation. Concerning effect, the Barroso Initiative is entirely dependent on the Commission and its willingness to observe the positions of national parliamentarians, whereas the effect of the early warning mechanism is determined by the Treaties. The fact that the latter procedure is hamstrung by the difficulties of attaining high thresholds regarding the number of the reasoned opinions and votes cast required to trigger a blockage of the proposal in no way affects its legal and formal status, but only its utility. With respect to scope, the Barroso Initiative is a considerably broader procedure than the early warning mechanism, because the latter is restricted to compliance with subsidiarity. Hence, the Barroso Initiative endows domestic legislatures with greater leeway to voice their views and transmit the stances of the national political parties on to EU level. Therefore, the Barroso Initiative is formally a more volatile arrangement whose effect is less constraining for the Commission than that of the early warning mechanism».

³⁸² *Ivi*.

³⁸³ European Commission, *Rapporto Annuale 2009 sui Rapporti tra Commissione Europea e Parlamenti Nazionali*, COM(2010) 291, p. 10: «Nell'ottica della Commissione, il meccanismo di controllo della sussidiarietà e il dialogo politico costituiscono due facce della stessa medaglia, poiché il principio di sussidiarietà è parte di una relazione politica più estesa tra la Commissione e i parlamenti nazionali. I parlamenti hanno notevolmente apprezzato questo approccio se si considera che fino ad oggi i pareri espressi riguardavano la sostanza dei documenti della Commissione più che gli aspetti connessi alla sussidiarietà».

È noto che già a partire dagli Novanta nei Parlamenti dei Paesi dell'Unione siano state previste procedure e organismi specializzati che, a distanza di tempo, sono state, non solo perfezionate, ma anche fortemente collaudate dando luogo a classificazioni che tendendo a distinguere tra diversi modelli di controllo (in particolare controllo basato sui documenti e controllo basato sul mandato, il cosiddetto *mandating system*, con tutta una serie di forme intermedie) ci hanno restituito un panorama molto vario con la presenza di Parlamenti che viaggiano, sì, a diverse velocità ma che, negli ultimi anni, sono stati anche sempre più esponenzialmente coinvolti nella funzione di partecipazione agli affari dell'Unione.

In particolare si è potuto notare come nel corso degli anni essi abbiano molto avvicinato, sia pur nelle rispettive specificità, le procedure concernenti il controllo sugli affari dell'UE con un progressivo maggiore coinvolgimento non solo degli organi specializzati ma delle stesse commissioni permanenti competenti per materia, nonché dei singoli parlamentari in generale, un *trend* questo osservabile non solo in paesi come quelli Nordici³⁸⁴, che da sempre incarnano il tipico modello di controllo forte basato sul mandato, ma anche negli altri Paesi che fondano il loro controllo principalmente sui documenti come l'Italia, la Germania, il Regno Unito o la Francia.

Proprio in relazione alle procedure di controllo parlamentare, occorre osservare che tranne il caso particolare del *Rikstag* svedese³⁸⁵ che ha adottato due procedure separate per il controllo nell'ambito del dialogo politico e per il controllo sul principio di sussidiarietà con un ruolo preminente per quest'ultimo delle commissioni di settore³⁸⁶, a livello comparato possiamo invece osservare una quasi totale sovrapposizione delle due procedure. Almeno due terzi dei Paesi membri, infatti, si sono dotati di procedure (più e meno formalizzate) nell'ambito delle quali, a differenza del *Rikstag* svedese, un ruolo fondamentale nel controllo del principio di sussidiarietà (e al tempo nel controllo svolto nell'ambito del dialogo politico) è svolto dalle Commissioni specializzate per gli Affari europei (talvolta o spesso in concorso con le commissioni di settore): tra questi Paesi ricordiamo il Regno Unito, la Francia, l'Italia ma anche la Danimarca, per citare uno dei paesi del cosiddetto Nordic Model.

³⁸⁴ Sui Paesi Nordici v. I. Cooper, *The Nordic parliaments and the EU*, in *The Nordic Countries and the European Union: Still the Other European Community?*, cit. pp. 104-118 ss.; M. B. Christensen, *The Danish Folketing and EU Affairs: is the Danish Model of Parliamentary Scrutiny Still Best Practice?*, in *The Palgrave Handbook on National Parliaments and the European Union*, C. Heffler [et al.] (eds.), cit., pp. 275-289; K. Hanf, B. Soetendorp, *Adapting to European integration: small states and the European Union*, Abingdon, New York, Oxon, Routledge, 2014.

³⁸⁵ Sul processo di integrazione in Svezia e sul controllo svolto dal Rikstag svedese v. L. Miles, *Sweden and European integration*, Aldershot, Ashgate, 1997; Id., *Fusing with Europe? Sweden in the European Union*. Aldershot, Ashgate, 2005; A.-J. Cornell, *The Swedish Riksdag as Scrutinizer of the Principle of Subsidiarity*, in *European Constitutional Law Review*, 2, 2016, (in corso di pubblicazione).

³⁸⁶ In Svezia il controllo di sussidiarietà viene principalmente svolto dalle commissioni competenti per materia con un ruolo di coordinamento svolto dalla Committee on the Constitution. Le modalità di questo controllo sono dunque diverse rispetto al controllo generale sugli affari dell'Unione Europea per il quale assume invece un ruolo importante la Commissione per gli Affari Europei. L'organo specializzato per gli Affari europei infatti non gioca in Svezia – a differenza di altri ordinamenti – alcun ruolo nella procedura relativa all'EWM se non nella misura in cui ricorda al Governo il parere motivato nel momento del controllo prima che l'atto sia discusso in seno al Consiglio dell'Unione. È questo uno dei principali motivi per cui il Rikstag si è rivelato uno dei parlamenti più virtuosi nell'esprimere pareri motivati il cui numero ad oggi è di 53. Per l'analisi specifica delle procedure relative al controllo sul principio di sussidiarietà v. l'interessante contributo di A. Jonsson Cornell, *The Swedish Riksdag as Scrutinizer of the Principle of Subsidiarity*, in *European Constitutional Law Review*, cit.

La mancanza di procedure dedicate per l'EWM ha dunque fino ad oggi costituito un limite, anche se merita sottolineare come nel caso svedese la distinzione tra le due procedure abbia mostrato di essere più efficace dal punto di vista “qualitativo” e “quantitativo” di quanto non lo sia stato dal punto “politico”. La *best practice* del Rikstag svedese del controllo sul principio di sussidiarietà decentrato nelle commissioni di merito (che quindi viene esercitato sistematicamente per tutte le proposte legislative), non sembra aver comportato per il Parlamento svedese un’altrettanta propensione a giocare un ruolo di coordinamento strategico con gli altri parlamenti al fine di far scattare il meccanismo del cartellino giallo, a differenza di quanto invece è accaduto nel parlamento danese. Il Parlamento danese – decisamente poco attivo rispetto a quello svedese nell’espressione di *reasoned opinions* – ha, al contrario, giocato, sotto la guida della European Affairs Committee, il ruolo di vero coordinatore strategico³⁸⁷ fra gli altri Parlamenti proprio contro la proposta Monti II, unico caso di cartellino giallo andata a buon fine, a dimostrazione di quanto un Paese riesca ad avere più influenza di quanto i numeri possano suggerire. Il Rikstag svedese è apparso più un *comprehensive scrutinizer*³⁸⁸ capace di monitorare tutte le proposte legislative dell’Unione europea ma scarsamente proattivo nel finalizzare il suo controllo. Ne deriva quindi che la necessità di procedure dedicate al controllo sul principio di sussidiarietà deve poter essere sempre, comunque, ben saldata con la necessità di implementare il ruolo proattivo dei Parlamenti Nazionali.

3. La prassi e le prospettive del dialogo politico: la circolarità del processo di controllo svolto dai Parlamenti Nazionali

Alle luce di quanto suesposto, che significato ha assunto dunque negli anni l’invito rivolto ai Parlamenti Nazionali da parte della Commissione Europea ad interagire direttamente con essa nella definizione delle politiche dell’Unione?

Come emerge dal quadro sopra descritto, esso ha innanzitutto costituito un forte incentivo all’esame degli atti europei. Con questa procedura, con cui l’Esecutivo dell’Unione chiede ai Parlamenti Nazionali di rivolgergli proposte, suggerimenti, indirizzi impegnandosi non solo a replicare ma anche a dare seguito ad eventuali commenti e osservazioni, ha indubbiamente introdotto un forte elemento di parlamentarizzazione che ha fatto sì che i Parlamenti Nazionali abbiano anche potuto prescindere dal coordinamento con i loro “Governi nazionali” e porsi, quindi, direttamente in contatto con le istituzioni europee.

In verità, il quadro si presenta piuttosto complesso, perché come è stato sottolineato³⁸⁹ sono almeno tre le possibili direzioni nelle quali può sfociare il dialogo dei Parlamenti Nazionali, ben contenti di «non limitarsi a svolgere il troppo angusto ruolo di giudici della corretta applicazione

³⁸⁷ I. Cooper, *The Nordic parliaments and the EU*, in *The Nordic Countries and the European Union: Still the Other European Community?*, Howard Grøn, P. Nedergaard & A. Wivel, (a cura di), cit., pp. 104 ss.

³⁸⁸ I. Cooper, *The Nordic parliaments and the EU*, in *The Nordic Countries and the European Union: Still the Other European Community?*, Howard Grøn, P. Nedergaard & A. Wivel, (a cura di), cit., p. 106.

³⁸⁹ N. Lupo, *I poteri europei dei Parlamenti Nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, in *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, a cura di A. Manzella-N. Lupo, cit., p. 117.

del principio di sussidiarietà»³⁹⁰. Esso infatti può andare in direzione dello svolgimento di un controllo sugli indirizzi del Governo; in direzione del mero “dialogo” con la Commissione e le istituzioni europee; ed infine in direzione dell’espressione dei pareri motivati.

In questo quadro complesso ciò che emerge è un processo circolare che ben mette in evidenza il livello di stretta interconnessione tra istituzioni nazionali, in primis i Parlamenti Nazionali, e le istituzioni comunitarie che a vicenda si corrispondono. Se uno dei soggetti coinvolti in questo processo circolare risulta non ben integrato viene meno l’efficacia del processo stesso.

Inoltre, tutti i meccanismi di partecipazione dei Parlamenti Nazionali passano per la capacità delle istituzioni parlamentari di essere in grado di “ricevere” risposte dalla Commissione Europea. Questa capacità dipende al tempo stesso da una molteplicità di fattori come la cooperazione interparlamentare, la diplomazia parlamentare³⁹¹, la cooperazione amministrativa³⁹² in processo circolare che sembra riassumersi proprio nel dialogo politico.

Se, dunque, appare chiaro che il dialogo politico mira prevalentemente a rafforzare la legittimazione delle iniziative della Commissione allargando la base del consenso, appare altrettanto chiaro quanto esso non possa risolversi ed esaurirsi esclusivamente nella procedura sopra descritta: pareri e osservazioni dei parlamenti/repliche Commissione. Essa necessariamente si avvale anche delle istanze della cooperazione interparlamentare³⁹³ in primis rappresentate nella Cosac e in tutte le altre sue declinazioni³⁹⁴.

Il dialogo politico sarà quindi tanto più efficace quanto più saranno efficaci gli altri strumenti ma senza il dialogo politico gli altri strumenti rischiano di rimanere dei gusci vuoti.

In questo processo circolare i Parlamenti trovano una loro specifica dimensione nella quale, in vario modo, possono essere integrate tutte le possibili attività di controllo sopra menzionate. La dimensione del dialogo politico diventa però duplice: se, da un lato, è importante poter valutare la risposta dei Parlamenti in termini di dialogo politico, dall’altro, appare “essenziale” poter valutare la risposta della Commissione ai Parlamenti Nazionali. Quanto al secondo punto, è evidente che su di essa si concentrano le maggiori attenzioni perché è dal modo in cui la Commissione saprà soddisfare le richieste dei Parlamenti che potrà misurarsi il grado di efficacia della procedura stessa.

Per quanto concerne la risposta dei Parlamenti Nazionali si è assistito a partire dal settembre 2006 e, per i primi anni, ad un *trend* positivo, di aumento costante del numero di pareri emanati

³⁹⁰ *Ivi*.

³⁹¹ M. Di Napoli, *Gli obiettivi delle relazioni interparlamentari*, in C. De Caro, N. Lupo, *Il “dialogo” tra Parlamenti: obiettivi e risultati*, Roma, Luiss, University press, pp. 307-313; C. De Caro, *Esiste la diplomazia parlamentare?*, in C. De Caro, N. Lupo, *Il “dialogo” tra Parlamenti: obiettivi e risultati*, cit., pp. 315-319; S. Fagiolo, *Verso un rafforzamento delle relazioni internazionali tra Parlamenti*, in C. De Caro, N. Lupo, *Il “dialogo” tra Parlamenti: obiettivi e risultati*, cit., pp. 321-324.

³⁹² G. Rizzoni, *La cooperazione fra amministrazioni parlamentari*, in C. De Caro, N. Lupo, *Il “dialogo” tra Parlamenti: obiettivi e risultati*, cit., pp. 297-303.

³⁹³ Sulle declinazioni della cooperazione interparlamentare e sul crescente sviluppo di altre forme di cooperazione interparlamentare oltre la Cosac che negli anni è divenuto un modello recessivo di cooperazione interparlamentare v. il recente volume N. Lupo, C. Fasone, *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, London, Bloomsbury, 2016, p. 29.

³⁹⁴ La Commissione è molto spesso rappresentata a livello politico alle riunioni e conferenze interparlamentari; di contro i parlamenti nazionali incontrano regolarmente i membri della Commissione, sia a Bruxelles che nei rispettivi Stati membri. Qualora sia richiesto, inoltre, i funzionari della Commissione partecipano alle riunioni con i rappresentanti delle commissioni parlamentari. Infine, in occasione dell’avvio da parte della Commissione di consultazioni pubbliche i Parlamenti Nazionali vengono avvertiti.

nell'ambito del dialogo politico. Se dal settembre 2006 fino al dicembre 2007 il numero era stato di 168 pareri; nel 2008 esso è aumentato a 200 pareri, nel 2009 è aumentato a 250 pareri, per poi più che raddoppiare nel 2010, quando il numero dei pareri è salito a 387. Anche nel 2011 si è assistito ad una crescita esponenziale dei pareri che hanno raggiunto quota 622. Il numero di pareri è cresciuto ancora nel 2012 (anche se di minore entità) quando i pareri sono diventati 663, per poi cominciare a decrescere nel 2013 quando sono scesi a 621 e nel 2014 quando sono diventati 506, fino ad arrivare a 130 nel 2015 (ma solo in relazione agli atti legislativi).

Sulla base di questi dati possono essere evidenziati alcuni profili interessanti. Dal 2006 è progressivamente cresciuto il numero delle camere parlamentari coinvolte in tale procedura. Se infatti nei primi anni i parlamenti più attivi erano risultati il *Bundesrat*, il *Senato ceco* e il *Senato francese*, il *Parlamento italiano* e *Portoghese* nonché dei parlamenti danese e svedese, *Folketing* e *Rikstag*, negli anni si è assistito ad un coinvolgimento, anche se talvolta con percentuali molto basse, di quasi tutti i Parlamenti Nazionali.

Il *trend* positivo è stato confermato anche dal numero delle risposte della Commissione Europea, la quale ha sistematicamente risposto e, laddove non lo ha fatto, è perché il parere del Parlamento Nazionale era stato giudicato conforme all'orientamento della Commissione stessa.

Quanto ai contenuti delle proposte oggetto di pareri, occorre segnalare che i Parlamenti Nazionali sono intervenuti in ambiti molto diversificati, tuttavia nel tempo vi è stata una progressiva convergenza di attenzione sulla medesima tipologia di proposta. Questo ha indubbiamente indotto la Commissione Europea a fare maggiore attenzione agli argomenti trattati.

Come è stato sottolineato nel corso della trattazione, a partire dal 2009 i contributi dei Parlamenti si sono andati affiancando a quelli sul controllo di sussidiarietà e quando il numero delle *reasoned opinions* non ha raggiunto le soglie per far scattare i cartellini, la Commissione ha risposto individualmente ai singoli pareri sul principio di sussidiarietà nell'ambito del dialogo politico. È quanto emerso appunto dal Rapporto 2010³⁹⁵.

Altro profilo da sottolineare – emerso anch'esso nella Relazione annuale per l'anno 2010 - è che a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona i parlamenti nazionali sono sembrati prestare maggiore attenzione ai documenti legislativi. “La quota dei documenti non legislativi (comunicazioni, libri verdi e libri bianchi, ecc.) – si legge nella Relazione Annuale 2011 per l'anno 2010³⁹⁶ - rappresenta meno di un terzo del totale, mentre si attestava sulla metà gli anni precedenti. Il *Senato ceco*, la *Camera dei Deputati italiana*, il *Bundesrat* e il *Bundestag* tedeschi, la *House of Lords* britannica e i parlamenti svedese e danese continuano tuttavia a trasmettere con maggiore frequenza osservazioni su documenti non legislativi piuttosto che su documenti legislativi”. La Commissione in tale contesto non ha mancato di incoraggiare – ribadendo il proprio impegno a tener conto dei contributi trasmessi - i parlamenti nazionali ad esprimere il loro punto di vista anche sui documenti prelegislativi e a partecipare attivamente alle consultazioni “poiché ritiene che in tal modo i parlamenti nazionali possano contribuire in modo fattivo e positivo all'elaborazione della normativa e delle iniziative future dell'Unione europea”.

³⁹⁵ Vedi sopra nota n. 24.

³⁹⁶ *Relazione Annuale 2010 sui Rapporti tra la Commissione Europea e i Parlamenti Nazionali*, COM(2011) 345 definitivo.

Sempre analizzando i dati, a partire dal 2014 si è assistito invece ad un decremento rispetto al 2013 del 19% del numero dei pareri ricevuti dai Parlamenti (e di pareri motivati) anche se questo decremento può essere in parte attribuito alla fase di transizione e all'insediamento della nuova Commissione dopo le elezioni europee del 2014. Anche in questo caso il controllo è avvenuto principalmente su proposte legislative mentre la Commissione ha continuato ad incoraggiare i Parlamenti Nazionali ad essere attivi nella fase pre-legislativa rispondendo alle consultazioni pubbliche o commentando documenti di settore come i libri Verdi.

Se si analizzano infine i dati relativi al 2015 permane un *trend* negativo con un decremento del numero dei contributi che scende a 116 (con 14 reasoned opinions). In tale contesto, se si eccettuano la Germania, la Francia, il Portogallo, l'Italia, la Spagna, la Repubblica Ceca e la Romania che hanno mantenuto un livello accettabile di pareri, per gli altri Parlamenti il 2015 ha significato una recessione rispetto al *trend* positivo degli anni precedenti: anche la Commissione ha risposto di meno. Non sono mancati però i contributi di diretta iniziativa dei Parlamenti Nazionali cui la Commissione ha puntualmente risposto, in cui si evidenzia un particolare attivismo delle camere francesi e inglesi.

4. Conclusioni

Alla luce di quanto suesposto e alla luce anche dell'analisi dei dati è emerso che la procedura del dialogo politico ha, effettivamente, favorito, almeno fino al 2013, la costruzione di un rapporto di collaborazione con la Commissione. In particolare è emerso una progressiva partecipazione di un numero crescente di Parlamenti, sia pure, talvolta, con basse percentuali di contributi inviati. Negli ultimi due anni il dialogo politico è sembrato perdere un pò smalto e forse non è errato pensare che le vicende legate ai due soli casi di cartellino giallo abbiano un pò disincentivato alcuni Parlamenti ad intensificare il collegamento con la Commissione Europea attraverso la procedura del dialogo politico.

Si ritiene tuttavia che il *trend* inaugurato nel 2006 e progressivamente cresciuto a partire dal 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, vada non solo implementato ma, vieppiù, rafforzato soprattutto nella direzione di un coinvolgimento sempre più marcato nella definizione delle politiche dell'Unione, così come peraltro la stessa Commissione auspica.

Pertanto, alla luce della ricostruzione condotta nelle pagine precedenti, è possibile confermare le premesse da cui si è partiti.

Il dialogo politico continua a rimanere uno strumento prezioso, privilegiato, di collaborazione tra Parlamenti Nazionali e Unione Europea, una sorta di cartina di tornasole del grado di integrazione anche degli altri meccanismi. Esso continua dunque a rappresentare la sede più idonea per garantire un vero rapporto di collaborazione tra Parlamenti Nazionali e Unione europea e per garantire, insieme ad altri meccanismi di partecipazione che in esso convergono, un allargamento sempre più marcato della base del consenso.

Occorre perciò che tutti i Parlamenti si allineino agli standard raggiunti dai Parlamenti più virtuosi.

[Un passo indietro sul fronte dei diritti di libertà e di eguaglianza in materia religiosa \[?\]](#)

di Sergio Lariccia *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La corte ritiene ammissibile l'intervento, nel giudizio costituzionale, dell'associazione privata degli atei e degli agnostici razionalisti. Funzione e importanza dei gruppi sociali organizzati per l'affermazione dei diritti verso e contro le religioni. – 3. L'UAAR può essere considerata una confessione religiosa? – 4. Non è ammesso un controllo giurisdizionale sulle decisioni del consiglio dei ministri riguardanti l'avvio delle trattative per la stipulazione di eventuali intese tra una confessione religiosa e lo Stato. Ma "ci sarà pure un giudice a Berlino!". – 5. Potere politico, potere amministrativo e potere giurisdizionale in tema di diritti dei gruppi religiosi in Italia. – 6. Ragioni della politica e ragioni del diritto: una scelta metodologica. Dubbi, nella fattispecie, sul ruolo del parlamento come organo di garanzia che esercita il controllo sul governo. – 7. 2 aprile 1966: il ricordo di una *giornata particolare* di cinquant'anni fa. – 8. Bibliografia.

1. Premessa

I problemi che esamina la corte costituzionale nella sentenza n. 52 del 2016 sono numerosi e tutti di grande importanza; tuttavia in questo mio scritto mi propongo di esaminarne soltanto alcuni, con specifico riferimento alla mia lunga esperienza di studio sul tema delle garanzie di libertà e di eguaglianza dei gruppi religiosi in Italia e sulle conseguenze negative derivanti dall'azione di pubblici poteri, troppo spesso incapaci di trovare idonee soluzioni per soddisfare le giuste esigenze dei cittadini e dei gruppi sociali in tema di libertà di religione e verso la religione. Esattamente cinquant'anni fa ho avuto occasione di dedicare la mia attenzione a un tema al quale mi ero appassionato, con un interesse che è rimasto costante nei decenni successivi: *Gruppi sociali ed eguaglianza giuridica* è il titolo di una mia nota a sentenza (Lariccia, 1966), il cui contenuto, circa dieci anni dopo, è stato condiviso da Barbera, 1975, p. 119, che accoglie la tesi, da me sostenuta, che ammette diversità di trattamento tra associazioni (e fondazioni), purché questa «non ridondi in disparità di trattamento sociale per le persone che ad esse si ricollegano»; sulle conclusioni sostenute in quella nota della metà degli anni sessanta impostai la mia prima monografia l'anno successivo (Lariccia, 1967) e ritornai in tante occasioni di quelle che di recente ho definito esperienze di *Battaglie di libertà* (2011).

Le questioni affrontate nella sentenza apriranno certamente un ampio dibattito fra gli studiosi più attenti alla considerazione dei temi riguardanti i diritti di libertà e di uguaglianza dei singoli e dei gruppi in materia religiosa; già nei primi giorni dopo la pubblicazione della sentenza sono stati pubblicati scritti di grande interesse, che commentano alcuni dei punti salienti della sentenza (tra i primi che sono intervenuti al dibattito in questi giorni ricordo i contributi di Dickmann, Pin,

* Professore emerito di Diritto amministrativo – Università di Roma "La Sapienza".

Poggi, Porena, Ruggeri, alla cui lettura rinvio per l'esame dei tanti argomenti non considerati in questo scritto).

Il titolo di questo mio commento si conclude con un punto interrogativo, che ho introdotto, sia pure tra parentesi, proprio quando ho terminato la stesura del lavoro. I molti studi dedicati ai temi della laicità mi hanno convinto che il dubbio è virtù laica per eccellenza, e che solo il principe vive di certezze, come ha scritto di recente, sul primo numero del quotidiano *Il dubbio*, un amico che stimo, Corrado Ocone (2016, p. 8), che giustamente ricorda un famoso saggio nel quale Norberto Bobbio, nel 1951, nel periodo della guerra fredda, osservava: «Il compito degli uomini di cultura è più che mai oggi quello di seminare dei dubbi, non già di raccogliere certezze. Di certezze – rivestite della fastosità del mito o edificate con la pietra dura del dogma - sono piene, rigurgitanti, le cronache della pseudo cultura degli improvvisatori, dei dilettanti, dei propagandisti interessati. Cultura significa misura, ponderatezza, circospezione [...], non pronunciarsi e non decidere mai a guisa di oracolo dal quale dipenda, in modo irrevocabile, una scelta perentoria e definitiva» (Bobbio, 1951, p. 725).

Delle sagge ed equilibrate parole di Bobbio e del suo metodo di “uomo di cultura” mi aveva parlato Arturo Carlo Jemolo, in una delle sue lezioni universitarie di *Diritto ecclesiastico* dell'anno accademico 1954-55, e quelle parole ho più volte ricordato nel lungo periodo della mia vita universitaria (Lariccia, 2015).

La sentenza costituzionale n. 52 del 2016 si è pronunciata su un ricorso per conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato proposto dal Presidente del Consiglio dei Ministri contro la corte di cassazione, sezioni unite civili, in relazione alla sentenza 28 giugno 2013, n. 16305. Il ricorso si proponeva l'obiettivo (pienamente conseguito con la sentenza qui commentata) di ottenere una declaratoria da parte della Corte Costituzionale circa il fatto che non spetta alla Corte di Cassazione affermare la sindacabilità, ad opera dei giudici comuni, del rifiuto del Consiglio dei Ministri di avviare le trattative finalizzate alla conclusione dell'intesa di cui all'art. 8, 3° comma, Cost.

Ricordo che la Corte di Cassazione, con la citata sentenza del 2013, aveva affermato che l'accertamento preliminare relativo alla qualificazione come “confessione religiosa” dell'unione degli atei e degli agnostici razionalisti costituisce esercizio di discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione, come tale sindacabile in sede giurisdizionale. In tale sentenza i giudici della cassazione sostenevano (a mio avviso, giustamente) che negare la sindacabilità del diniego di apertura della trattativa per il fatto che questa è inserita nel procedimento legislativo significa privare di tutela il soggetto istante e aprire la strada a una discrezionalità foriera di possibili, intollerabili discriminazioni.

2. La Corte ritiene ammissibile l'intervento, nel giudizio costituzionale, dell'associazione privata degli atei e degli agnostici razionalisti. Funzione e importanza dei gruppi sociali organizzati per l'affermazione dei diritti verso e contro le religioni

Che l'uaar fosse considerata dalla corte soggetto legittimato a partecipare al giudizio costituzionale e dunque, tra l'altro, a presentare le memorie difensive, non costituiva una conclusione scontata ed è merito dei due difensori in giudizio, i due bravi avvocati e colleghi Fabio Corvaja ³⁹⁷ e Stefano Grassi ³⁹⁸, l'aver espresso le molte e importanti ragioni che inducevano ad accogliere la richiesta dell'associazione, raggiungendo così l'obiettivo di un riconoscimento che a me pare di grande rilevanza.

Occorre ricordare che l'UAAR più di dieci anni fa aveva proposto ricorso avanti al TAR del Lazio chiedendo l'annullamento della delibera del consiglio dei ministri del 27 novembre 2003, la quale, recependo il parere dell'avvocatura generale dello Stato, aveva originariamente deciso di non avviare le trattative finalizzate alla conclusione dell'intesa ai sensi dell'art. 8, 3° comma, Cost., ritenendo che la professione di ateismo non potesse essere assimilata a una confessione religiosa, intesa quale «un fatto di fede rivolto al divino e vissuto in comune tra più persone, che lo rendono manifesto alla società tramite una particolare struttura istituzionale (Nota Presidenza del Consiglio dei Ministri del 5 dicembre 2003).

L'UAAR è un'associazione privata. Basta navigare in internet e consultare le riviste ispirate alle idee dell'ateismo (*Liberio Pensiero*, *Non credo*, *L'ateo* ecc.) per constatare il rilievo che assume l'uaar, che si è rivolta alla corte per il riconoscimento di diritti costituzionali garantiti alle minoranze religiose in Italia e, in particolare, per l'avvio delle trattative, ai sensi dell'art. 8, 3° comma, Cost. (cfr. www.uaar.it: un sito internet fornito di notizie sulle iniziative riguardanti il laicismo e i suoi temi e problemi); v. anche la penultima pagina dei fascicoli della rivista *L'ateo*).

L'unione degli atei e degli agnostici razionalisti, si legge nel sito, è l'unica associazione nazionale che rappresenti le ragioni dei cittadini atei e agnostici. È iscritta, con il numero 141, all'albo nazionale delle associazioni di promozione sociale, istituito presso il Ministero della Solidarietà sociale, è completamente indipendente da partiti o da gruppi di pressione di qualsiasi tipo. Tra i valori a cui si ispira l'UAAR ci sono: la razionalità; il laicismo; il rispetto dei diritti umani; la libertà di coscienza; il principio di pari opportunità nelle istituzioni per tutti i cittadini, senza distinzioni basate sull'identità di genere, sull'orientamento sessuale, sulle concezioni filosofiche o religiose.

³⁹⁷ Ricordo un incontro con Fabio Corvaja, venuto a casa mia quasi vent'anni fa, nel 1997, mi sembra in compagnia di Giorgio Vilella, con l'intento di chiedere e ricevere consigli e suggerimenti per il perseguimento di buoni, e soprattutto "concreti", risultati e per ottenere più sicure garanzie per i diritti in materia di libertà di religione e verso la religione: se ben ricordo, consiglia di avere fiducia nella giustizia, soprattutto nell'azione dei giudici comuni, più che di quelli amministrativi (il consiglio di stato e i TAR, troppo spesso legati al potere politico), considerando -ricordavo allora e ribadisco oggi - che a mio avviso sono stati i giudici della magistratura ordinaria a dimostrare, fin dai primi anni del secondo dopoguerra, una particolare sensibilità per il riconoscimento dei diritti e delle garanzie costituzionali nei confronti dei cittadini, singoli e associati (Lariccia, 2011): un lungo periodo nel quale è stato necessario combattere in Italia, nelle battaglie della società civile (i "girotondi", come più tardi verranno definite le varie e numerose manifestazioni per i diritti civili e il rispetto delle garanzie nella scuola) ed anche nelle aule di giustizia per il riconoscimento e la protezione dei diritti come diritti *costituzionalmente* garantiti. Quando negli anni Sessanta partecipavo come giudice alle Camere di Consiglio nella Corte dei Conti, ricordo ancora lo stupore che suscitavano talora le mie proposte di sollevare questioni di costituzionalità in ipotesi in cui l'applicazione di disposizioni normative comportava il dubbio di possibili lesioni di norme e principi della Carta costituzionale: i colleghi componenti il collegio che, per motivi di età, avevano studiato *Diritto costituzionale* negli anni precedenti l'entrata in vigore della costituzione del 1948 non avevano gli strumenti necessari per comprendere la rilevanza della categoria dei "diritti costituzionalmente garantiti".

³⁹⁸ Conosco Stefano Grassi dagli anni Settanta del secolo scorso, quando, nel periodo di esercizio delle mie funzioni di magistrato della corte dei conti, io e ed altri colleghi decidemmo di contestare il sistema della giurisdizione "domestica" della Corte dei Conti e, su mio suggerimento, ci rivolgemmo allo studio fiorentino di Paolo Barile del quale faceva parte anche Stefano Grassi (Lariccia, 1978): uno studio professionale che, sotto la guida esperta e appassionata di Paolo Barile ha svolto un'azione di grande efficacia per una migliore giustizia in Italia, soprattutto nei primi anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione.

L'associazione persegue tre scopi:

- tutelare i diritti civili dei milioni di cittadini (in aumento) che non appartengono a una religione [...];
- difendere e affermare la laicità dello Stato: un principio costituzionale messo seriamente a rischio dall'ingerenza ecclesiastica, che non trova più alcuna opposizione da parte del mondo politico;
- promuovere la valorizzazione sociale e culturale delle concezioni del mondo non religiose: non solo gli atei e gli agnostici per i mezzi di informazione non esistono, ma ormai è necessario far fronte al dilagare della presenza cattolica sulla stampa e sui canali radiotelevisivi, in particolare quelli pubblici.

L'obiettivo della stipulazione dell'intesa con lo Stato si pone in relazione con l'aspirazione al conseguimento del sistema di finanziamento delle confessioni religiose con il metodo dell'8 per 1000 garantito alla Chiesa cattolica e alle altre confessioni che hanno stipulato intese in applicazione dell'art. 8, 3° comma, Cost.: aspirazione collegata a quella che Stefano Rodotà (2016), con riferimento ad un altro argomento, ha giustamente definito «l'exasperazione della logica del profitto e di una finanziarizzazione che davvero ha fatto del denaro la misura di tutte le cose».

È interessante ricordare che l'UAAR è un'associazione costituita il 4 dicembre 1986, per iniziativa di alcuni docenti universitari padovani. L'iniziativa, come si legge nel sito www.uaar.it/storia/nascita, «non fu il frutto di un colpo di testa [...]: si era lamentata l'assenza quasi completa di reazioni alla firma del nuovo concordato del 1984. L'inconsistenza dello schieramento laico fu ancora più evidente quando si trattò di incassare, nel corso dello stesso 1986, l'intesa sulla scuola prevista dal nuovo concordato.

Proprio l'abolizione del concordato, assieme alla difesa dalla laicità dello Stato e alla divulgazione delle concezioni atee e agnostiche, sono alla base di questa nuova realtà associazionistica (Carcano, Orioli, 2008, p. 213).

Affermare che siano quasi completamente mancate reazioni alla firma del nuovo concordato penso sia inesatto e forse ingeneroso [come dimenticare le parole di ferma opposizione pronunciate alla camera da Luciano Guerzoni, deputato della Sinistra indipendente? (Lariccia, 1986a, p. 163)³⁹⁹], ma certamente chi come me, studiando, scrivendo e partecipando a incontri, dibattiti e seminari, ha esercitato un costante impegno di contestazione della soluzione concordataria che è prevalsa nell'Italia degli anni Ottanta ha motivo di ribadire le ragioni della forte delusione subita in quegli anni. E non si può certo negare che numerose sono state le occasioni e le circostanze nelle quali si è potuto constatare la debolezza, spesso l'inconsistenza, dello schieramento laico nel nostro Paese.

Ricordo bene, con riferimento a quel periodo, successivo all'approvazione in parlamento del concordato del 1984, la sensazione di delusione e quasi di smarrimento provata da me e dai pochi

³⁹⁹ A ragione l'on. Luciano Guerzoni, nel dibattito alla camera del 25-27 gennaio 1984, riguardante la stipulazione del patto di villa Madama, osservò: «la funzione di indirizzo e di controllo politico non si esercita su dei principi ma sugli atti del governo, e quando questi atti si concretizzano in fatto o proposta a contenuto legislativo l'oggetto della funzione non riguarda linee o principi, ma formulazioni normative: testi o articoli di legge e, semmai, dopo i principi desumibili degli enunciati normativi».

colleghi e amici impegnati nella contestazione del concordato lateranense del 1929 e della sua revisione del 18 febbraio 1984, ma anche fortemente polemici nei confronti della politica delle intese che si stava gradualmente consolidando in Italia ⁴⁰⁰: proprio nel 1986 pubblicai la terza edizione del mio manuale di *Diritto ecclesiastico* (1986a) e molti altri scritti, nei quali la critica alla politica ecclesiastica italiana dopo l'approvazione della costituzione emerge, credo, con sufficiente chiarezza (Lariccia, 1986, c, d, e, f, g, h).

La decisione della corte di ammettere la partecipazione dell'UAAR al giudizio costituzionale per l'esame del ricorso per conflitto di attribuzione presentato dal Presidente del Consiglio costituisce un elemento importante e condivisibile della sentenza qui annotata. Si può ritenere che la corte abbia manifestato con tale decisione l'attenzione per la questione dell'ateismo organizzato (Bellini, 1987; Onida, 2011), a proposito del quale di recente Vincenzo Pacillo (2015) si è domandato come sia possibile che sia destinata a continuare a essere giudicata priva di effetti da parte della giurisprudenza amministrativa italiana la «parificazione tra Chiese e “organizzazioni filosofiche e non confessionali” operata dall'art. 17 TFUE. Il fatto che la secolarizzazione – quanto meno in Europa – tenda a far crescere in modo rilevante chi non si riconosce in una fede non metterà in crisi il modello che vuole escludere i gruppi che ne rappresentano gli interessi da quei diritti [...] che spettano alle confessioni i cui rapporti con lo Stato siano regolati per legge sulla base di intese?».

3. L'UAAR può essere considerata una confessione religiosa?

Nel leggere i commenti alle questioni esaminate nella sentenza è frequente leggere un risposta recisamente negativa a tale interrogativo. «Mi corre subito l'obbligo di dichiarare che, anche a mio avviso (come pure di altri), l'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR) non poteva (e non può) fregiarsi del titolo di “confessione”» (Ruggeri, 2016; ma cfr. anche Dickmann, 2016, autori che tuttavia non si soffermano in un'analisi approfondita di tale problema, osservando che non è qui il punto della questione).

In proposito mi limito a ricordare quanto è avvenuto, nei primi anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, in tema di interpretazione degli artt. 19 e 21 Cost., a proposito dell'ateismo e degli atei. L'art. 19 Cost. si riferisce esclusivamente alla libertà di professare e propagandare la “fede religiosa”: l'espresso riferimento contenuto nella norma costituzionale non deve però indurre a ritenere, come purtroppo è avvenuto negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della carta costituzionale, che la disposizione costituzionale in tema di libertà di religione sia formulata in modo tale da escludere una garanzia costituzionale nei confronti dell'ateismo e che, pertanto, nella costituzione non sia riconosciuta la libertà dell'ateo di esprimere e divulgare i propri convincimenti in materia religiosa.

⁴⁰⁰ Con riferimento anche al periodo precedente agli anni ottanta, mi limito a ricordare il gruppo di colleghi, che con me, e sotto la direzione di Piero Bellini (1975), elaborarono le ricerche pubblicate nel volume *Teoria e prassi delle libertà di religione*: Carlo Cardia, Pasquale Colella, Guido Fubini, Luciano Guerzoni, Giorgio Peyrot, Paolo Picozza, Francesco Zanchini di Castiglionchio.

Secondo un orientamento interpretativo espresso sul problema dell'ateismo poco dopo l'entrata in vigore della costituzione, in quest'ultima la libertà religiosa sarebbe valutata e garantita come valore strumentale per la difesa della religiosità, cosicché oggetto specifico di tutela costituzionale sarebbe "la religione in quanto tale": da tale premessa deriva la conseguenza che l'ateismo sarebbe irrilevante e lecito in quanto consista in un orientamento esclusivamente individuale, mentre sarebbe incompatibile non soltanto con la religione e con la morale ma anche con il diritto positivo «un ateismo non più soltanto areligioso ed irreligioso, ma essenzialmente antireligioso» (Origone, 1952).

Un'altra corrente dottrinale ha sostenuto che la libertà dell'ateismo non rientra nell'ambito della libertà religiosa contemplata nell'art. 19 Cost., bensì nella libertà di manifestazione del pensiero garantita nell'art. 21 Cost. (Catalano, 1954; d'Avack, 1974; Ravà, 1959). Il d'Avack (1978, p. 449) ha osservato che l'esattezza di tale opinione si deduce dall'argomento concettuale «della figura di per se stessa non solo diversa, ma addirittura antitetica dell'ateo rispetto a quella del credente di una qualunque religione», dall'argomento storico «della costante nettissima distinzione che si è sempre fatta tra ateismo e religione lungo il corso dei secoli da parte sia della dottrina filosofica, politica e giuridica, sia degli stessi legislatori», dall'argomento, infine, giuridico positivo «della netta distinzione che già si faceva in passato nella nostra legislazione tra ateismo o religione e che si ripete al presente nelle stesse norme costituzionali vigenti». Con la previsione della norma per la quale la libertà religiosa consiste nella facoltà di professare la propria fede religiosa, di farne propaganda e di esercitarne il culto, a cui corrisponde, dal punto di vista negativo, la facoltà di non professare la propria fede religiosa, di non farne propaganda e di non esercitarne il culto, il costituente avrebbe implicitamente, ma chiaramente, escluso l'ateismo dalla garanzia di libertà contenuta nell'art. 19, giacché ciò che può rientrare nella tutela di quest'ultima disposizione «è l'indifferentismo religioso, non l'ateismo; [...] l'ateismo non potrà mai vedersi come non professione di una propria fede religiosa che non si ha» (Ravà, 1959, p. 43).

La conseguenza derivante dalla tesi secondo la quale l'ateismo è garantito soltanto dall'art. 21 Cost., è che all'ateismo si verrebbe a riconoscere una tutela esclusivamente individuale, e che eventuali associazioni di atei non potrebbero godere della garanzia di libertà prevista nella costituzione per le associazioni a carattere religioso.

Il Fedele ha posto in rilievo le conseguenze negative derivanti dalla separazione tra libertà dell'ateismo e libertà religiosa, richiamandosi all'insegnamento del Ruffini, il quale osservava che la libertà religiosa «è la facoltà spettante all'individuo di credere a quello che più gli piace o di non credere, se più gli piace, a nulla» (Ruffini, 1024, p. 198), ha negato che la libertà religiosa consista nel diritto di fare il proprio dovere religioso ed equivalga a garanzia dell'intransigenza religiosa, osservando che queste formule confondono «il concetto etico-filosofico con il concetto giuridico di libertà e non tengono presente che questo concetto si esaurisce tutto [...] nella facoltà spettante all'individuo di credere a quello che più gli piace, o di non credere, se più gli piace, a nulla, ed implica, pertanto, anche il diritto alla irreligione, all'aconfessionismo, alla miscredenza, all'incredulità» (Fedele, 1963).

Il diritto di libertà in materia religiosa, che va configurato come un diritto inviolabile della persona umana, rientra nel (più ampio) diritto riconosciuto al singolo di affermare liberamente la propria personalità. A proposito del problema, vivamente discusso in dottrina, del rapporto tra l'art. 19

e l'art. 21 Cost., è, a mio avviso, da condividere l'opinione secondo la quale la garanzia di libertà contemplata nell'art. 19 Cost. deve intendersi come una specificazione del diritto, riconosciuto nell'art. 21, di manifestare liberamente il proprio pensiero: in questo senso, la libertà religiosa, costituendo una estrinsecazione del diritto di manifestazione del pensiero, si qualifica per essere diretta a garantire «tutte quelle opinioni e manifestazioni sociali, che hanno un diretto collegamento con la tematica religiosa» (Cardia, 1973, p. 102).

Se il diritto di libertà religiosa si concepisce come il diritto di manifestare il proprio pensiero in materia religiosa e la garanzia contenuta nell'art. 19 si considera come una specificazione di quella contemplata nel successivo art. 21 Cost., anche l'ateismo e le convinzioni negative di ogni trascendenza o divinità devono ritenersi garantiti dall'art. 19 (anziché dal solo art. 21 Cost.). Tale conclusione ha importanti conseguenze sul piano concreto, in quanto non soltanto consente di riconoscere una protezione anche ad eventuali associazioni di atei, ma evita che, separando a livello normativo i due termini — (libertà dell') ateismo e (libertà di) religione —, si diano alle religioni tribune e strumenti specifici alla loro divulgazione che si risolvano in condizionamenti antiateistici: come ha infatti osservato un autore che ha sottoposto ad acuta critica la scissione tra «realtà sociale» e «realtà normativa» del fenomeno ateistico, non si può dimenticare che ogni forma di propaganda religiosa è per se stessa propaganda antiateistica, come ogni propaganda antiateistica è per se stessa areligiosa o antireligiosa (Cardia, 1973b; Fedele, 1963; Bellini, 1973; Fois, 1973; Floris, 1981).

La polemica che negli anni passati ha impegnato gli studiosi e la giurisprudenza (cfr. sentenza n. 117 del 1979 della corte costituzionale; Prisco, 1981) a proposito della tutela dell'ateismo induce a sostenere che, in applicazione della prassi affermatasi per la protezione degli atei in Italia, all'UAAR debbano estendersi le garanzie costituzionali nei confronti di tutte le manifestazioni sociali che hanno un diretto collegamento con la tematica religiosa, e dunque anche la garanzia contenuta nell'art. 8, 2° comma, cost.

4. Non è ammesso un controllo giurisdizionale sulle decisioni del consiglio dei ministri riguardanti l'avvio delle trattative per la stipulazione di eventuali intese tra una confessione religiosa e lo Stato. Ma “ci sarà pure un giudice a Berlino!”

La Corte non afferma, nella sentenza in esame, che l'UAAR è una confessione religiosa, e neppure dichiara che l'UAAR non lo è, quasi a voler ritenere che la questione in discussione non è questa, bensì quella di stabilire che, a prescindere dalla natura sociale e giuridica dell'associazione (il gruppo sociale) che propone l'avvio delle trattative, è importante chiarire, ed affermare, che la decisione del consiglio dei ministri è un atto politico e che su tale decisione non è pertanto ipotizzabile alcun controllo di natura giurisdizionale, perché è in gioco una responsabilità del governo ai sensi degli art. 95 Cost.

Questo ragionamento non è a mio avviso condivisibile: di fronte all'affermazione, contenuta nella sentenza della corte, di inammissibilità di un controllo giurisdizionale è giustificata una forte

preoccupazione di fondo, che si collega a una radicata convinzione: quella che induce a ritenere che in ordinamento ispirato al principio di legalità debba esservi, non possa non esservi ... un giudice a Berlino, come diceva il mugnaio di Potsdam che, nella seconda metà del '700, opponendosi al sopruso di un nobile, si rivolgeva a tutte le corti di giustizia germaniche per avere "giustizia", fino ad arrivare a Federico il Grande.

Ci sarà pure un giudice a Berlino! Un'espressione, sintetica e significativa, con la quale si esprime il disagio provocato da tesi nelle quali ci si sbarazza con disinvoltura del compito, di fondamentale importanza, assegnato ai giudici in una società democratica.

Ed infatti, tra le affermazioni più rilevanti della sentenza della corte costituzionale, vi è senz'altro quella con cui i giudici della corte hanno osservato che «la non giustiziabilità della pretesa all'avvio delle trattative [...] si fonda su [...] argomenti del massimo rilievo istituzionale e costituzionale. Per il Governo, l'individuazione dei soggetti che possono essere ammessi alle trattative, e il successivo avvio di queste, sono determinazioni importanti, nelle quali sono già impegnate la sua discrezionalità politica, e la responsabilità che normalmente ne deriva in una forma di governo parlamentare». Condividere la sentenza della Corte significherebbe aderire alla tesi che al solo Consiglio dei Ministri sia riconosciuto il potere di valutare l'opportunità di avviare trattative con una determinata associazione, al fine di addivenire alla eventuale elaborazione bilaterale di una specifica disciplina dei rispettivi rapporti. Di tale decisione, e dunque, in particolare, della decisione di non avviare le trattative, il governo può essere chiamato a rispondere politicamente di fronte al parlamento, ma non in sede giudiziaria.

L'esperienza di studio delle varie vicende che hanno caratterizzato le diverse fasi della politica ecclesiastica in Italia mi induce a ritenere che questa conclusione meriti di essere fortemente criticata e assuma il significato di un pesante ridimensionamento e di una forte riduzione del livello di garanzia dei diritti di libertà e di eguaglianza assicurati dalla Carta costituzionale nei confronti delle associazioni religiose, di ogni associazione che aspiri a valersi dello strumento delle intese.

Ho ritenuto tuttavia di aggiungere un punto interrogativo all'affermazione perentoria contenuta nel titolo di questo mio scritto tenendo conto che la questione si presenta di grande complessità, non soltanto perché si tratta di un argomento a proposito del quale si sono presentate condizioni assai diverse nel corso degli anni, che hanno via via modificato il quadro della problematica generale e hanno indotto la dottrina a proporre soluzioni via via ritenute più adeguate, ma anche per la consapevolezza, certamente assai diffusa, che oggi "viviamo in tempi difficili" e siamo costretti a prendere atto che «i nuovi fanatici considerano come valori e principi perversi il libertà degli individui e delle collettività, il pluralismo politico e culturale, una concezione laica dei rapporti tra lo Stato e le religioni, il diritto dei singoli e dei diversi di non essere oppressi» (Salvadori, 2015, p. 7).

Occorre inoltre ricordare che la Corte sembra avere avuto piena consapevolezza della complessità del profilo delle garanzie riconosciute, e riconoscibili, nei confronti delle varie forme di formazioni sociali religiose, ed anche di ateismo organizzato, quando ha osservato che un governo potrebbe prudenzialmente non voler «concedere nemmeno quell'implicito effetto di "legittimazione" in fatto che l'associazione potrebbe ottenere dal solo avvio delle trattative». Con la conseguenza che forse paradossalmente, negare la giustiziabilità del mancato avvio delle

trattative rappresenta anche indirettamente una forma di tutela della libertà religiosa, in quanto evita che l'accelerazione di certi negoziati interferisca con la vita del gruppo religioso (Pin, 2016). Tra i tanti interrogativi evidenziati nell'ottimo commento di Anna Maria Poggi, con riferimento alle conclusioni accolte nella sentenza qui commentata, merita particolare attenzione l'osservazione che le decisioni riguardanti i vari profili esaminati nascono dall'intento della corte di emettere una sentenza "preventiva" sulle prossime richieste di intese da parte di confessioni religiose. Giustamente si osserva che «lo sguardo della Corte pare rivolto al futuro: il pluralismo religioso che ha fondamento nell'art. 8 comma terzo potrebbe prefigurare la richiesta di addivenire ad Intese da parte di associazioni che [...] si auto-qualificano come confessioni religiose ed a cui sarebbe difficile negare tale *status*: una per tutte la confessione religiosa sunnita» (Poggi, 2016, p. 9). L'affermazione, di grande rilievo, si collega al passo, centrale nella motivazione della sentenza, che sottolinea la necessità «di ben considerare la serie di motivi e vicende, che la realtà mutevole e imprevedibile dei rapporti politici interni ed internazionali offre copiosa, i quali possono indurre il Governo a ritenere non opportuno concedere all'associazione, che lo richiede, l'avvio delle trattative».

Non a caso nella sentenza si usa l'espressione "concedere all'associazione [...] l'avvio delle trattative". Il governo (il *gubernaculum*, per usare l'espressione latina di Ruggeri, 2016), come i prefetti, che agiscono a nome del governo, e le amministrazioni titolari del potere amministrativo esercitano rispettivamente il potere politico e il potere amministrativo avvalendosi, tra l'altro, degli atti di "concessione" (Lariccia, 2006, pp. 288 e 458 ss.); sono i giudici che riconoscono diritti.

Concordo con Ruggeri (2016) e Poggi (2016) nel criticare la conclusione, accolta nella sentenza, dell'abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche non giustiziabili, nel ritenere inaccettabile la conseguenza che la pretesa del gruppo religioso resti sguarnita di tutela e che la decisione del governo di scegliersi i propri interlocutori sia insindacabile in sede giurisdizionale, siccome esclusivamente riferibile all'indirizzo politico di cui l'organo è portatore.

Infatti il Governo, osserva giustamente Ruggeri, può rifiutarsi di ricevere la rappresentanza della confessione religiosa soltanto nell'ipotesi che decida di contestare l'identità dichiarata dalla formazione sociale, esprima cioè un'opinione contraria rispetto a quella sostenuta dal gruppo sociale che chiede l'avvio della trattativa, sul fondamento dell'asserzione circa il suo essere una "confessione"⁴⁰¹. Ed è soltanto quando si realizza l'incontro, per avviare la procedura del "dialogo" (utili riferimenti possono tuttora ritrovarsi nelle splendide pagine di Guido Calogero, uno dei maggiori studiosi della filosofia del dialogo: Calogero, 1967), che il governo può esprimere il suo motivato avviso contrario a che esse abbiano luogo: un accertamento, quello che riguarda la qualità soggettiva della formazione sociale, che tuttavia non compete in via esclusiva e insindacabilmente al governo ma, in ultima istanza, in conformità alla dottrina prevalente, al giudice.

⁴⁰¹ Sul problema della individuazione del soggetto "confessione religiosa" rinvio alle considerazioni svolte nel mio libro *La rappresentanza degli interessi religiosi* (Lariccia, 1967, spec. pp. 151 ss.; cfr. anche Lariccia, 2006; D'Andrea, 2004).

5. Potere politico, potere amministrativo e potere giurisdizionale in tema di diritti dei gruppi religiosi in Italia

La lettura della sentenza credo che renda necessaria una, sia pure sintetica, valutazione che faccia comprendere quali sono state le conseguenze derivanti dall'esercizio, talora arbitrario, del potere politico in una materia delicata e complessa qual è quella delle garanzie di libertà e di eguaglianza degli interessi individuali e collettivi in materia religiosa (Lariccia, 1967, 1986a, 2015) ⁴⁰².

Nella materia religiosa, che durante i lavori dell'assemblea costituente apparve ben presto uno dei temi sui quali più incerta e difficoltosa era una intesa tra le forze politiche, si raggiunse un compromesso tra le aspirazioni promananti dalle diverse correnti ideologiche: la contrapposizione di tali tendenze non soltanto spiega i contrasti emersi in occasione del dibattito all'assemblea costituente in merito al problema religioso (i contrasti furono particolarmente vivaci, come è noto, a proposito della norma, contenuta nell'art. 7, 2° comma, Cost., che richiama i patti lateranensi nella Carta costituzionale), ma consente di comprendere le ragioni per le quali, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, si ebbero fortissime resistenze da parte di quasi tutti gli organi dello Stato, per una adeguata realizzazione delle garanzie di libertà e di eguaglianza solennemente riconosciute dal costituente in tale materia.

L'esigenza di armonizzazione costituzionale della disciplina legislativa in tema di religione avrebbe reso necessaria una tempestiva riforma della legislazione, che era stata emanata in un sistema ben diverso rispetto a quello entrato in vigore nel 1948, al fine di garantire il rispetto dell'eguaglianza dei cittadini indipendentemente dal culto professato (art. 3 Cost.), del principio di separazione fra l'ordine civile e l'ordine religioso (art. 7, 1° comma, Cost.), delle libertà individuali e collettive in materia religiosa (artt. 8, 17, 18, 19, 20, 21, 33 e 38 Cost.) e del principio di imparzialità dello Stato in tale materia. Mentre la maggior parte delle norme costituzionali in materia religiosa rivela l'intento delle forze politiche che elaborarono la costituzione del 1948 di tenere conto della fallimentare esperienza storica del passato in materia di libertà religiosa — non era certo facile dimenticare le discriminazioni e le posizioni di privilegio che avevano caratterizzato il passato, un passato del quale era ancora vivo il ricordo nei primi anni del secondo dopoguerra — vi è una norma costituzionale, quella contenuta nell'art. 7, 2° comma (i rapporti tra Stato italiano e Chiesa cattolica «sono regolati dai Patti lateranensi») che si differenzia da tutte le altre per la sua caratteristica di guardare al passato anziché al presente e al futuro: e infatti, poiché tale disposizione si è limitata a richiamare, per la disciplina delle relazioni tra Stato e Chiesa cattolica, i patti stipulati nel regime precedente, è chiara la volontà del costituente, rivelata anche

⁴⁰² Nell'autunno del 1976 avevo subito un'operazione ad un occhio e, nel periodo della convalescenza, venne a trovarmi un mio caro amico, Giorgio Peyrot, con il quale ho condiviso per un lungo periodo l'insegnamento del *Diritto ecclesiastico* nell'Università di Perugia, lui nella facoltà di Scienze politiche, io nella Facoltà di giurisprudenza; parlammo di tante cose e, prima di salutarmi, Giorgio mi disse: «per una vita ho cercato di ottenere maggiori garanzie di libertà e uguaglianza nei confronti dei valdesi, una minoranza religiosa che ha subito molte e pesanti discriminazioni, e mi sono spesso trovato di fronte a ostacoli insormontabili, nel mio tentativo di rimuovere le tante ingiustizie, prepotenze e sopraffazioni da parte di uomini politici ed esponenti del potere burocratico: ne ho parlato e scritto, ma a me, valdese, non hanno creduto; a te, cattolico, crederanno». Da allora, mi viene spesso in mente il significato di quelle parole, e anche il peso di quella raccomandazione per l'esercizio di un impegno difficile da realizzare.

dagli interventi di coloro che in assemblea accennarono alla esigenza di revisione di talune norme contemplate nei patti stessi, di non affrontare, nel 1947, il problema dei rapporti tra Stato e Chiesa cattolica e di rinviare la soluzione di tale problema a un momento futuro. Il principio contenuto nell'art. 7, 2° comma esprime in modo significativo la tendenza, riscontrabile negli anni in cui venne elaborato il testo della costituzione, a operare per una ricostruzione del paese che, anziché rinnegare i legami con il regime fascista, ricalcasse le strutture precedenti e confermasse molti degli istituti che di quel regime costituivano il fondamento.

Sono note le conseguenze che poi derivarono dalla decisione dell'assemblea costituente di confermare, nell'Italia repubblicana e democratica, la validità dei patti lateranensi, che costituivano un accordo di vertice capace di richiamare alla memoria, forse più di qualunque altro atto giuridico emanato nel ventennio fascista, i legami tra il regime e la politica di Mussolini e la gerarchia ecclesiastica: la conseguenza più significativa consistette nell'instaurarsi in Italia di un regime concordatario confessionista, in contrasto con l'eguaglianza nel trattamento giuridico dei diversi culti esistenti nello Stato e con la libertà delle confessioni religiose; il risultato è stato che molti principi di libertà e diritti civili senza i quali una società non può qualificarsi né moderna né democratica né civile sono rimasti a lungo inattuati e negati, nonostante costituissero formalmente oggetto di espressa previsione in numerosi enunciati costituzionali.

Già negli anni Cinquanta, del resto, i problemi riguardanti la legislazione ecclesiastica del nostro paese non suscitano più l'interesse delle forze politiche: anche i partiti di sinistra si limitano per lo più ad auspicare, con scarsa convinzione e determinazione, un governo che garantisca le libertà democratiche, la laicità dello Stato, la difesa della scuola dalle sopraffazioni di parte. Ma le proteste per la clericalizzazione della scuola e dell'amministrazione, per i finanziamenti concessi alle scuole private confessionali, per le violazioni della costituzione in tema di libertà religiosa sono prive di efficacia, giacché non accenna ad attenuarsi l'autentica persecuzione esercitata ai danni delle minoranze religiose italiane, la cui libertà è impedita mediante il sistematico ricorso alle più illiberali interpretazioni delle disposizioni emanate durante il ventennio fascista.

Viene rinviata nel tempo ogni prospettiva di revisione dei atti lateranensi, nonostante essa fosse stata ritenuta necessaria e urgente, in seno all'assemblea costituente, anche da esponenti del partito democristiano, si accentua sempre più il processo di clericalizzazione della vita pubblica italiana, solo pochi ed isolati intellettuali continuano a sostenere l'esigenza di garantire alla chiesa cattolica e alle altre chiese operanti nello Stato non tanto i privilegi quanto le libertà. Si accende la polemica per le responsabilità da ricollegare alla decisione di confermare lo strumento concordatario del 1929 come base per la disciplina giuridica dei rapporti tra Stato e chiesa cattolica: i comunisti, accusati di aver votato a favore del richiamo nella costituzione dei patti lateranensi, replicano rimproverando ai partiti laici (partito liberale italiano, partito socialdemocratico e partito repubblicano italiano) di non avere mai opposto alcuna resistenza all'azione esercitata dalla democrazia cristiana per ottenere che fosse impedito il processo di laicizzazione dello Stato.

Per un lungo periodo il problema dei rapporti tra Stato e confessioni religiose cessa di costituire un problema oggetto d'attenzione nelle prospettive dei partiti politici e rimane delusa l'aspettativa di quanti speravano che le libertà in materia religiosa riconosciute nella carta costituzionale potessero garantire alle minoranze religiose il libero svolgimento delle loro attività: certamente le

puntuali e circostanziate denunce e proteste per le violazioni della costituzione non sarebbero state sufficienti per mutare la situazione se non fosse entrata in funzione la corte costituzionale, alle cui sentenze, emesse sulla base di numerose questioni di costituzionalità sollevate nel corso dei processi dei giudici comuni in materia penale e civile, deve attribuirsi il merito di avere esercitato una profonda influenza sulla realtà italiana, anche con riferimento al tema dei diritti di libertà in materia religiosa.

La corte costituzionale inizia la sua attività nell'aprile 1956 e due mesi dopo viene resa nota la sua prima sentenza, nella quale la corte afferma la propria competenza a dichiarare illegittime anche le leggi cronologicamente anteriori alla costituzione: l'importanza di tale principio è evidente, poiché con la sua affermazione viene respinta la tesi, sostenuta negli anni precedenti, dal governo e, in giudizio (nel giudizio costituzionale che ha preceduto l'emissione della sentenza n. 1 della corte), dall'avvocatura dello Stato, favorevole ad applicare l'istituto della illegittimità costituzionale alle sole leggi posteriori alla costituzione.

L'opera della corte costituzionale non vale tuttavia a realizzare, nel particolare settore dei diritti attinenti al fenomeno religioso, la modifica del nostro sistema giuridico e l'instaurarsi di un clima coerente con il programma di rinnovamento che la carta costituzionale sembrava imporre con urgenza sin dal momento della sua approvazione, cosicché oggi, a quasi settant'anni dall'entrata in vigore della costituzione, siamo ancora in attesa di quella riforma della legislazione in materia ecclesiastica e religiosa, che appariva come uno degli impegni indilazionabili del legislatore già all'epoca dell'assemblea costituente: una materia nella quale è tuttora in vigore la legislazione emanata durante il ventennio fascista per la disciplina delle confessioni religiose diverse dalla cattolica che non abbiano stipulato intese con lo Stato.

Varie sono certamente le ragioni che spiegano il ritardo nell'attuazione della costituzione in materia religiosa. Se si vuole soltanto accennare, in un esame necessariamente sintetico, ad alcune di tali cause, può dirsi che la circostanza per la quale il sistema giuridico è rimasto per molti decenni legato al passato, nel suo complesso come in molte delle sue singole disposizioni, deriva certamente dalla scarsa attenzione dedicata dalle forze politiche italiane ai problemi di politica ecclesiastica e dal progressivo distacco della nostra classe politica dallo spirito che aveva caratterizzato l'opera del costituente.

Il parlamento non è stato capace di emanare le leggi necessarie per l'attuazione della costituzione e ciò ha portato alla conseguenza che per molti anni, dopo il 1948, sono state applicate nella materia ecclesiastica le norme restrittive dei culti ammessi previste nel 1929-1930, con il sacrificio delle libertà di questi culti di aprire templi, di tenere riunioni senza previa denuncia all'autorità di pubblica sicurezza, di svolgere opera di propaganda. Nei primi anni del secondo dopoguerra si realizza in Italia una pesantissima situazione di intolleranza religiosa e di vera e propria persecuzione nei confronti delle confessioni di minoranza e dei loro fedeli. Fu la lunga notte clericale, l'epoca delle persecuzioni scelbiane contro gli acattolici, il periodo di tempo in cui ogni riunione dei protestanti era sovversiva ed era consentito ai vescovi di ingiuriare i non credenti. L'art. 7 della Costituzione e la cancellazione del 20 settembre dalle festività nazionali [decisa in una seduta alla camera del 25 maggio 1949] sono residui di quell'epoca e di quella mentalità (Basso, 1970, pp. 33-5).

Arturo Carlo Jemolo è stato tra i primi, insieme a Gaetano Salvemini e Giorgio Spini (Lariccia, 2011, p. 93) a esprimere la sua chiara opposizione nei confronti di questa tendenza del potere statale: «La situazione di fatto italiana è assai semplice – scriveva Jemolo nel 1952 –: non sono mai entrati in vigore l'art. 19 della Costituzione [...]; non è mai entrato in vigore l'art. 8 [...]; mai, almeno in questa materia, l'art. 17 [...]. Per il Ministero dell'Interno [...] non esistono che gli articoli 1° e 2° del R.D. 28 febbraio 1930 n. 289 [...] e l'art. 18 del T.U. della legge di pubblica sicurezza 18 giugno 1931 [...]. Noi pensiamo che queste norme siano chiaramente abrogate dalla Costituzione; il Ministero degli Interni ritiene che no, che le riunioni per scopo religioso non possano fruire della libertà di cui fruiscono tutte le altre riunioni [...]. Non c'è cioè in Italia neppure quella libertà di *devotio domestica*, che era largamente accordata alle minoranze religiose già prima della Rivoluzione francese, e di cui almeno gli stranieri fruivano pure nella Roma dei Papi. È questo per molti di noi un argomento penoso, perché non possiamo non considerare che ciò che si verifica in Italia sarebbe impensabile in ogni Paese al di là delle Alpi [...] (Jemolo, 1952, p. 4).

Anche la giurisprudenza (soprattutto quella della Corte di Cassazione), con alcuni suoi indirizzi, per molti anni ha ostacolato una tempestiva attuazione dei principi costituzionali sui diritti di libertà: la distinzione, operata soprattutto negli anni 1948-1956, tra norme costituzionali precettive e programmatiche; il rifiuto della tesi che, a proposito delle leggi anteriori alla entrata in vigore della costituzione, dà la precedenza al giudizio di abrogazione tacita sul giudizio di legittimità costituzionale; l'inattuazione della regola che impegna gli organi giudiziari ad accogliere l'interpretazione conforme alla costituzione, nell'ipotesi in cui determinate disposizioni siano suscettibili di assumere anche significati in contrasto con le norme costituzionali; il tentativo di circoscrivere arbitrariamente l'esercizio della libertà di religione, individuando una serie di limiti inesistenti nella costituzione e non collegabili alla tutela di valori da quest'ultima protetti; la riluttanza della Corte di Cassazione a sottoporre alla Corte Costituzionale questioni la cui manifesta infondatezza è smentita dalle ampie e sottili argomentazioni contenute nelle sentenze; l'opinione sostenuta dalla Corte Costituzionale, favorevole a ritenere costituzionalmente illegittime le sole norme di derivazione pattizia in contrasto con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, anziché con tutti i principi e le norme costituzionali: questi sono alcuni tra gli orientamenti della giurisprudenza che hanno provocato l'effetto di comprimere la sfera di libertà riconosciuta dal sistema costituzionale in materia religiosa.

Talune posizioni assunte dalla dottrina non hanno certo favorito la più ampia tutela delle esigenze spirituali dei cittadini italiani: così lo scarso rilievo attribuito, per molti anni, al principio di uguaglianza sostanziale contenuto nell'art. 3, 2° comma, Cost.; l'eccessiva importanza attribuita all'elemento quantitativo, che ha indotto talora a giustificare il trattamento privilegiato riconosciuto ai gruppi di maggioranza e a dimenticare che uno dei criteri migliori per misurare la vocazione democratica di uno Stato moderno consiste nell'azione svolta dallo Stato a favore delle minoranze operanti nella società; l'esclusione dell'ateismo dall'ambito di protezione della libertà religiosa garantita nell'art. 19 Cost. e il tentativo di attribuire rilievo al solo art. 21, Cost. per la tutela dell'ateismo e degli atei in Italia; l'individuazione di limiti all'esercizio della libertà religiosa che non trovano fondamento nei principi costituzionali.

L'esperienza di sette decenni di vita repubblicana e democratica dimostra che una notevole limitazione all'esercizio dei diritti di libertà ed all'eguaglianza dei cittadini è stata determinata

dall'atteggiamento assunto e dalla prassi seguita dalla burocrazia: quest'ultima infatti, salvo lodevoli eccezioni, ha mantenuto un atteggiamento ostile, miope e ottuso, in sintesi retrivo, nei confronti delle confessioni religiose diverse dalla cattolica e dell'applicazione nei loro riguardi delle norme costituzionali (Peyrot, 1984, pp. 649-50). Tale constatazione, ha ricordato Giorgio Peyrot, trova riscontro in varie circolari ministeriali emanate e nelle conseguenti molteplici manifestazioni di intolleranza verificatesi in ogni parte d'Italia, specie nei primi quindici anni della Repubblica; in certi orientamenti espressi circa le azioni da svolgere nel settore specifico; nel modo in cui sono stati presi certi provvedimenti liberatori, dopo vari interventi e sollecitazioni, nel settore dei "culti ammessi"; nonché nei pareri espressi da alcuni ministeri circa l'intesa conclusasi con la tavola valdese per i rapporti tra lo stato e le confessioni da quest'ultima rappresentate.

Si pose dunque come indilazionabile esigenza quella di diffondere la convinzione che occorreva mutare gli orientamenti che per molti anni avevano rappresentato un ostacolo per l'esercizio dei diritti di libertà delle minoranze religiose: occorreva contribuire ad ogni livello, nell'esercizio dei pubblici poteri riguardanti i procedimenti legislativi, amministrativi e giurisdizionali, per favorire le garanzie della pari dignità e dell'eguaglianza davanti alla legge, senza distinzione di religione (art. 3, 1° comma, Cost.), dell'eguale libertà di tutti i gruppi religiosi (art. 8, 1° comma, Cost.), delle autonomie delle strutture confessionali senza ingerenze statali (art. 8, 2° comma, Cost.). La realizzazione degli obiettivi di pluralismo posti dalla carta costituzionale e le garanzie di libertà per tutte le confessioni religiose, comprese quelle diverse dalla cattolica, sono state affidate all'impegno civile di tutti gli italiani, credenti e non credenti.

Se si valutano oggi le disposizioni costituzionali contenenti le garanzie sulle libertà di religione e sull'eguale trattamento dei cittadini e dei gruppi sociali davanti alla legge, può ritenersi che esse, per l'impegno esercitato nel perseguire l'obiettivo dell'attuazione costituzionale, in molti casi si siano rivelate assai spesso capaci di assicurare il rispetto delle esigenze espresse dalla società democratica con riferimento al fattore religioso. La costituzione italiana, d'altra parte, è una carta elaborata guardando verso l'avvenire — significativa è la norma dell'art. 3, 2° comma, nella quale si pone come meta da raggiungere il pieno sviluppo della persona umana — ed è dunque suscettibile di una interpretazione che storicamente evolve con l'evoluzione dei tempi e con lo sviluppo della vita sociale.

Tuttavia gli orientamenti di politica ecclesiastica sostenuti dalla maggioranza concordataria delineatasi in parlamento negli anni Ottanta dello scorso secolo e tendenti ad attuare, dopo quarant'anni dall'entrata in vigore della costituzione, il principio di bilateralità della produzione legislativa in materia ecclesiastica hanno determinato molte e giustificate preoccupazioni in ordine alle conseguenze che tale tendenza avrebbe determinato per la garanzia dell'uguaglianza dei gruppi religiosi davanti alla legge. Si è infatti sottolineato il pericolo che il riconoscimento, alle diverse confessioni religiose, di regimi di libertà differenziati, fondati sulla tutela di identità, esenzioni, privilegi e immunità potesse (dovesse?) inevitabilmente comportasse un sacrificio del principio di uguaglianza giuridica che, insieme ai diritti di libertà, costituisce anch'esso, un elemento essenziale dei sistemi democratici.

Giuseppe Dossetti, nel discorso pronunciato a Bologna il 22 febbraio 1986, in occasione della cerimonia per il conferimento dell'archiginnasio d'oro 1985, aveva affermato che, con il

trascorrere del tempo, diventavano sempre più importanti «le norme veramente basali e dinamiche dell'art. 8 della Costituzione sulla libertà ed eguaglianza giuridica delle diverse comunità religiose». Sin dal 1986, anno di pubblicazione dell'ultima edizione del mio manuale di *Diritto ecclesiastico*, ho ritenuto che tale osservazione fosse da condividere e che meritasse anche di essere accolto l'auspicio espresso da Dossetti per un'evoluzione del nostro diritto statale sul fenomeno religioso che si facesse, «come l'oggetto per sua natura esige — sempre meno privilegiaria (in senso positivo o negativo), meno politica, sempre meno corporativa e invece [...] sempre più spiritualmente originale e originaria, nel senso di sempre più rispettosa dell'uomo e dei suoi valori più alti che non è lo Stato a fondare, ma che lo Stato può solo riconoscere» (Lariccia, 1986a).

Ho sperato di potere vivere in una comunità nella quale fossero maturate nuove condizioni per il superamento della logica concordataria, che ispira anche la disciplina costituzionale dei rapporti fra Stato e minoranze religiose, e per l'avvento di una società pluralistica nella quale la garanzia delle libertà delle chiese non va ricercata negli accordi di vertice ma nella stessa società. Le scelte della politica ecclesiastica italiana hanno deluso queste aspettative: e ora, dopo tanti concordati, patti e intese, l'esperienza mi induce ad affermare che non è vero, come invece si sostiene nella sentenza della corte, che la mancanza di una nuova intesa non pregiudica il rispetto della pari libertà degli individui e dei gruppi religiosi.

6. Ragioni della politica e ragioni del diritto: una scelta metodologica. Dubbi, nella fattispecie, sul ruolo del parlamento come organo di garanzia che esercita il controllo sul governo

La lettura della sentenza, con l'affermazione che la valutazione delle ragioni della politica ⁴⁰³ (affidata al Consiglio dei Ministri, in tema di intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica) debba prevalere sulla valutazione delle ragioni del diritto (affidata a un giudice terzo e imparziale, al quale eventualmente la confessione religiosa decida di ricorrere) delude le aspettative di chi, come me, più di dieci anni fa, ha aderito al *Manifesto dei giuristi*, sotto l'insegna programmatica di un "ritorno al diritto"; con l'adesione alla proposta elaborata nel 2005 dal caro e appassionato amico Federico Spantigati abbiamo contribuito alla fondazione di una rivista con il titolo *Ritorno al diritto* e il sottotitolo *I valori della convivenza* ⁴⁰⁴. Pur comprendendo le preoccupazioni che, nell'attuale situazione di fatto determinata da continui episodi di terrorismo collegato alle convinzioni religiose, potrebbero indurre ad affidare al solo governo il compito di precludere l'accesso al procedimento di stipulazione di un'intesa tra una confessione religiosa e

⁴⁰³ Nella sterminata bibliografia, cfr. Cammeo 1913; Barile, 1959; Cheli, 1961; Cuocolo, 1963; Sandulli, 1966; Amato, 1970; Cugurra, 1970; Martines, 1971; Cugurra, 1973; Piga, 1981; Garrone, 1987a, b; Dell'Acqua, 1990; Cuocolo, 1991; Franchini, 1992; Dickmann, 2016 e bibliografia ivi citata.

⁴⁰⁴ Cfr. il bel volumetto di Paolo Grossi, 2015, che, nell'introduzione ricorda, con uno specifico riferimento, la proposta di Federico Spantigati e il *Manifesto dei giuristi* sottoscritto nel 2005 (p. VII) e, a p. IX, sottolinea l'importanza che assume «da pelle nuova che ha preso (e sta prendendo) la consistenza di ritorno al diritto, intendendo il ritorno a una visione profondamente diversa da quella moderna troppo segnata dalla predominanza del potere politico sul diritto; con la indefettibile conseguenza del riversarsi su questo dell'arbitrarietà di quello».

lo Stato, credo che non possa accogliersi la tesi consistente nell'escludere l'intervento dei giudici di ogni ordine e grado con riferimento alla legalità del sistema di diritto ecclesiastico; né sembra convincente l'argomento che sussiste in ogni caso il controllo esercitato dal parlamento, perché l'esperienza dello svolgimento delle varie fasi delle trattative tra lo Stato e la chiesa cattolica ha indotto a ritenere che il ruolo del parlamento sia stato praticamente inesistente. Chi infatti consideri obiettivamente la procedura adottata nel corso del negoziato per la stipulazione dell'accordo di revisione del 1984, può difficilmente condividere la tesi secondo la quale, nella fase conclusiva del negoziato, si sarebbe consolidata la prassi della "parlamentarizzazione" della trattativa. La tendenza ad accentuare il ruolo del parlamento nel procedimento di revisione ha certamente caratterizzato in passato la vicenda della revisione concordataria (soprattutto Andreotti, nel 1971, aveva sottolineato l'anomalia della procedura rispetto a quella usuale di stipulazione dei trattati, rilevando che, nel caso del concordato, si tratta di norme che incidono nella stessa coscienza dei cittadini italiani); ma diversa è stata la procedura adottata nel 1984. Come certo potrebbe testimoniare un esperto dell'arte del governare come il mio amico, giudice costituzionale, Giuliano Amato ⁴⁰⁵, che come sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei Ministri esercitò allora un'influenza determinante per l'esito della trattativa "concordataria" fra lo Stato italiano e la santa sede, la decisione di Craxi di stipulare l'accordo (firmato il 18 febbraio 1984) prima che fosse disciplinata la materia dei beni e degli enti ecclesiastici (il relativo protocollo è stato firmato il 15 novembre 1984) e l'iniziativa del governo di chiedere e ottenere l'approvazione del parlamento non *su un testo preliminarmente fatto conoscere all'opinione pubblica e al parlamento* ⁴⁰⁶ ma sui "principi generali" relativi al sistema dei rapporti Stato-chiesa cattolica inducono a ritenere che l'intento di favorire il segreto e il riserbo sui contenuti dell'accordo abbia fatto propendere per l'adozione di una prassi di accentuata "presidenzializzazione" della trattativa, incompatibile con le regole costituzionali che presiedono al corretto rapporto tra esecutivo e legislativo. Altro che garanzia del controllo parlamentare! La Corte, nella sentenza qui commentata ha richiamato una garanzia che sempre meno caratterizza il ruolo del parlamento e l'istituto del controllo parlamentare nel nostro Paese, e non affronto qui il tema, di grande importanza e attualità, del ruolo del parlamento dopo le riforme costituzionali sulle quali verterà il referendum dell'ottobre 2016.

⁴⁰⁵ Nei giorni scorsi ho ricevuto da Andrea Pugiotto l'informazione di un'iniziativa ferrarese "Pagine sul potere", consistente nell'organizzazione di un ciclo di incontri che «si svolgerà a Ferrara, tra aprile e maggio 2016. In un dialogo con i *Costituzionalisti del Dipartimento di Giurisprudenza*, si legge nell'invito per la partecipazione agli incontri, ospiti di lunga esperienza istituzionale e di grande competenza scientifica discuteranno, a partire da un proprio libro, delle diverse manifestazioni del potere politico: *governare* (Giuliano Amato), *scegliere* (Nadia Urbinati), *controllare* (Sabino Cassese), *informare* (Luciano Violante), *leadership* (Mauro Calise). L'iniziativa rientra nella attività formative *post lauream* dell'Ateneo estense e si avvale della collaborazione del Comune di Ferrara, della Scuola Forense di Ferrara, dell'Ordine dei Giornalisti della Regione Emilia Romagna. Trattandosi di un'attività formativa *post lauream*, da svolgersi sotto l'etichetta "Pagine sul potere" (non del solo potere *politico*), ci saranno probabilmente altre iniziative per richiamare l'attenzione dei giovani che hanno conseguito la laurea in giurisprudenza su altre attività, fra le quali emerge per importanza e complessità l'attività del *giudicare*.

⁴⁰⁶ Dopo la visita in Vaticano del presidente Craxi del 1° dicembre 1983, il testo della proposta di nuovo concordato venne sottoposto all'esame della conferenza episcopale italiana, mentre per l'approvazione da parte del parlamento si decise di sottoporre all'esame del parlamento non il testo dell'accordo, bensì quello di una scheletrica e generica nota informativa di quattro pagine nelle quali si riassumevano i "precedenti", si dichiarava costruttiva e soddisfacente l'ultima bozza (si ignorava se questa fosse la sesta o la settima) e si esprimeva l'"impegno" di Craxi di riprendere e condurre "personalmente" la fase finale del negoziato, con l'indicazione di alcuni "principi" cui il documento di sarebbe ispirato.

Proprio nel testo *non fatto conoscere* all'opinione pubblica e al parlamento nel 1984⁴⁰⁷ erano contenute (talora nascoste) le questioni sulle quali il parlamento avrebbe dovuto essere informato per consentire l'esercizio effettivo del controllo parlamentare ed evitare eventuali violazioni delle garanzie costituzionali. Chi conosce quanto è avvenuto in occasione dell'approvazione parlamentare del Patti di Villa Madama del 1984 è indotto a ... sorridere (un sorriso amaro, naturalmente) quando legge, i seguenti passi della sentenza n. 52 del 2016: «negando l'avvio alle trattative, il governo non sfuggirebbe [...] ad ogni imputazione di responsabilità. L'art. 2, comma 3, lettera l) della legge n. 400 del 1988 sottopone alla deliberazione dell'intero Consiglio dei Ministri "gli atti concernenti i rapporti previsti dall'articolo 8 della Costituzione". E poiché tra questi atti è sicuramente ricompresa la deliberazione di diniego di avvio delle trattative, è giocoforza riconoscere che anche di tale decisione il governo risponde di fronte al parlamento, con le modalità attraverso le quali la responsabilità politica dell'esecutivo è attivabile in una forma di governo parlamentare. La riserva di competenza a favore del Consiglio dei ministri, in ordine alla decisione di avviare o meno le trattative, ha l'effetto di rendere possibile, secondo i principi del governo parlamentare, l'effettività del controllo del parlamento fin dalla fase preliminare all'apertura vera e propria delle trattative, controllo che è ben giustificato dalla luce dei delicati interessi protetti dal terzo comma dell'art. 8 Cost.». Come poi si precisa, in una delle ultime affermazioni contenute nella sentenza, l'esercizio della discrezionalità politica del consiglio dei ministri è soggetto al «sempre possibile controllo del Parlamento».

Enfatizzare l'importanza del controllo parlamentare, nei confronti del governo, nella materia della disciplina normativa riguardante la materia religiosa, significa dimenticare che, quando si sono assunte le decisioni più importanti per la disciplina pattizia di tale materia, le procedure adottate nel 1929 e nel 1984 con la stipulazione del concordato lateranense e del Patto di Villa Madama, hanno rivelato la precisa volontà del governo di concludere rapidamente le trattative, senza consentire un reale dibattito in parlamento sulle disposizioni contenute nei due accordi.

Chi è consapevole di quanto evanescente sia stato il controllo esercitato in passato nei confronti del potere esecutivo è indotto ad affermare: meglio un giudice a garanzia dei diritti di libertà ed eguaglianza riconosciuti e protetti dalla Costituzione!

7. 2 aprile 1966: il ricordo di una *giornata particolare* di cinquant'anni fa.

Sono tanti, forse troppi, i ricordi, di fatti, privati e istituzionali, contenuti in questo scritto; e chiedo scusa se aggiungo un ultimo ricordo personale, che spiega la ragione della dedica che ho inserito dopo il titolo: *In ricordo del giudice Luigi Bianchi d'Espinosa.*

⁴⁰⁷ Ricordo, in particolare, la materia del diritto matrimoniale, con specifico riferimento alla questione della giurisdizione in tema di nullità del matrimonio (esigenze processuali della pubblicità, del contraddittorio e del diritto di difesa), il nuovo sistema del sostentamento del clero e la situazione di privilegio assicurata alla chiesa cattolica con la previsione che una parte delle imposte dei contribuenti che non si esprimano a favore della chiesa viene ugualmente devoluta a tale confessioni religiosa, in quanto in caso di scelte non espresse da parte dei contribuenti la destinazione si stabilisce in proporzione delle scelte espresse, le disposizioni sulle libertà delle scuole cattoliche e le nomine dei docenti dell'Università Cattolica del S. Cuore e dei dipendenti istituti, sui programmi di insegnamento della religione cattolica, sulle modalità di organizzazione dell'insegnamento di tale disciplina, sui criteri per la scelta dei libri di testo, sui profili della qualificazione professionale degli insegnanti e su altre questioni per il cui esame rinvio a Lariccia, 1986°a.

Nell'aprile 1966 insegnavo nella facoltà di giurisprudenza di Modena ed ero magistrato della Corte dei Conti, nella quale ero entrato il primo ottobre dell'anno precedente, superando il concorso a Referendario della Corte; un giorno ero nella stazione di Modena, in attesa di un treno che mi riportasse a Roma, dove abitavo con la mia famiglia; a un certo momento annunciarono l'arrivo di un treno proveniente da Roma e diretto a Milano e, anziché attendere il treno per Roma, decisi di cambiare programma e di salire sul treno per Milano, la mia città natale, dove era in corso un processo penale, che avevo seguito con attenzione nei giorni precedenti, nei confronti di tre studenti del liceo milanese Parini, ritenuti colpevoli di reati a seguito di un articolo pubblicato sul giornalino studentesco edito nella scuola, dal titolo *La Zanzara*.

Il giornale, fondato nel 1945, che nella sua storia ebbe giovani redattori, divenuti poi firme importanti nel giornalismo italiano come Walter Tobagi, è noto per uno scandalo scoppiato nel 1966, quando la pubblicazione di un articolo sulla sessualità degli studenti portò alla denuncia e al processo di tre suoi redattori. Il 14 febbraio 1966 *La Zanzara*, organo ufficiale dell'associazione studentesca pariniana, pubblicò un'inchiesta dal titolo *Un dibattito sulla posizione della donna nella nostra società, cercando di esaminare i problemi del matrimonio, del lavoro femminile e del sesso*, a firma di Marco De Poli, Claudia Beltramo Ceppi e Marco Sassano.

Nell'inchiesta emersero le opinioni "moderne" di alcune studentesse del liceo sulla loro educazione sessuale e sul proprio ruolo nella società. L'associazione cattolica *Gioventù Studentesca* protestò immediatamente per «l'offesa recata alla sensibilità e al costume morale comune» in quanto non solo uno degli argomenti trattati (l'educazione sessuale) veniva considerato osceno, ma anche perché le intervistate erano tutte minorenni. Il 16 marzo 1966 i tre redattori vennero accompagnati in Questura e denunciati. Il giudice Pasquale Carcasio invitò i tre studenti, seguendo una legge del 1934, a spogliarsi «per verificare la presenza di tare fisiche e psicologiche». I due ragazzi acconsentirono, invece Claudia Beltramo fece resistenza e in seguito rese noto quanto accaduto.

Il caso de *La zanzara* venne ricordato sulle cronache nazionali di molti quotidiani, dividendo il paese. I partiti della Democrazia Cristiana e del Movimento Sociale Italiano costituirono il "partito della colpevolezza", come venne allora definito, mentre la sinistra e i cattolici progressisti intervennero in difesa degli studenti. Al processo parteciparono oltre 400 giornalisti, molti dei quali provenienti dall'estero. Il 2 aprile 1966 la sentenza, sottoscritta dal presidente Luigi Bianchi d'Espinosa, assolse i tre studenti dall'accusa di stampa oscena e corruzione di minorenni.

Marco de Poli e Claudia Beltramo, studenti borghesi del liceo classico Parini e redattori del giornale scolastico "La Zanzara", ricordarono più tardi i motivi che li spinsero a indagare nel tabù del ruolo femminile e della sessualità: "Ero considerata una corruttrice", ricorda Claudia, "la mia famiglia era cattolica. Mi sentivo in contraddizione con me stessa, ma ritenevo giusto che anche posizioni diverse dalla mia venissero scritte e pubblicate".

La vicenda è stata considerata uno "spartiacque" in materia di diritti sociali e civili dell'intera società italiana, prodromo di quel cambiamento di costumi che avrebbe coinvolto da lì a poco tutta la società civile, e come un sintomo indicatore del malessere giovanile, che sarebbe sfociato nella contestazione del sessantotto (Lariccia, 2011).

Nel corso di quella giornata trascorsa nel palazzo di giustizia di Milano ascoltai le arringhe degli avvocati difensori, "principi del foro" di Milano, tra i quali Gian Domenico Pisapia, che insegnava

Procedura penale a Modena, e partecipai come spettatore alla fase conclusiva del processo che si concluse, il 2 aprile 1966, con la sentenza, sottoscritta dal presidente Luigi Bianchi d'Espinoza, di assoluzione dei tre studenti dall'accusa di stampa oscena e di corruzione di minorenni.

I giudici avevano capito prima e meglio di altri le ragioni dei giovani ingiustamente accusati di pesanti reati. Troppi, nel mondo della scuola, nella burocrazia, negli ambienti politici e amministrativi non si erano accorti che il mondo era cambiato. Ho sempre pensato di avere fatto bene a prendere il treno per Milano, quel giorno di cinquant'anni fa!

Bibliografia

- AA.VV., *Le intese tra Stato e confessioni religiose. Problemi e prospettive*, Milano, Giuffrè, 1978;
- R. Acciai, *La sentenza n. 195 del 1993 della Corte costituzionale e sua incidenza sulla restante legislazione regionale in materia di finanziamento all'edilizia di culto*, in *Giur. cost.*, 1993, pp. 2151 ss.;
- G. Amato, *Nuove tendenze nella formazione degli atti governativi di indirizzo*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 20, 1970, pp. 92-171.;
- A. Barbera, *Articolo 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1975, pp. 50-122;
- L. Barbieri, *Una proposta a geometria variabile*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3 (29 settembre 2014);
- P. Barile, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, 4, 1959, pp. 220-32;
- L. Basso, *Perché chiedo l'abrogazione del Concordato*, in *l'Astrolabio*, 8, 27 settembre, n. 38, 1970, pp. 12-13;
- P. Bellini, *La tentazione concordataria. A proposito del progetto d'intesa con la Chiesa valdo-metodista*, in *il tetto*, 1980, pp. 270 ss.;
- P. Bellini, *Nuova problematica della libertà religiosa individuale nella società pluralistica*, in AA.VV., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 1095 ss.;
- P. Bellini, *Libertà dell'uomo e fattore religioso nei sistemi ideologici contemporanei*, in AA.VV., *Teoria e prassi delle libertà di religione*, Bologna, il Mulino, 1975, pp. 103 ss. e in *Libertà e dogma. Autonomia della persona e verità di fede*, Bologna, il Mulino, 1984, pp. 15 ss.;
- P. Bellini, *Pluralità di scelte sul fatto religioso e oggetto del diritto di libertà religiosa*, in *Annali Facoltà di Giurisprudenza di Macerata (Studi in onore di Attilio Moroni)*, 1982, p. 25;
- P. Bellini, 1987, *Ateismo*, in *Noviss. Dig. It., Discipline pubblicistiche*, I, Torino, Utet, pp. 513 ss.;

- S. Berlingò, *L'affaire dell'UAAR.: da mera querelle politica ad oggetto di tutela giudiziaria*, in www.statoechiese.it, n. 26, 2013;
- F. S. Bertolini, *Obbligo del governo all'intesa con una confessione religiosa?*, in *Quad. cost.*, 2012, pp. 625 ss.;
- J. Birnbaum, *Un silence religieuz. La Gauche Face au Djihadisme*, Seuil, 2016;
- G. Boatti, *Prefirirei di no. Le storie dei dodici professori che si opposero a Mussolini*, Torino Einaudi, 2001;
- N. Bobbio, *Invite au colloque*, in *Comprendre*, n. 3, , pp. 102-12, 1951 tradotto in *Politica e cultura*, Torino, Einaudi, 1955, pp. 15-31 e in Id., *Etica e politica*, a cura di M. Revelli, Milano, Mondadori, 2009, pp. 725-43;
- L. Buscema, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in *Rivista AIC*, n. 1 (21 febbraio 2014), spec. § 4;
- G. Calogero, *Quaderno laico*, Bari, Laterza, 1967;
- F. Cammeo, *Atti di governo politici e atti amministrativi*, in *Giur. it.*, 65, III, 1913, pp. 113 ss.;
- M. Canonico, *La stipulazione di intese con lo Stato: diritto delle confessioni religiose o libera scelta del Governo?*, in www.statoechiese.it, n.12, 2012;
- A. Capitini, *Battezzati non credenti*, Firenze, Parenti, 1961;
- R. Carcano a cura di, *Le voci della laicità*, Presentazione di F. Eckert Cohen, introduzione di S. Lariccia, Roma, Ediup, 2006;
- R. Carcano, A. Orioli, *Uscire dal gregge. Storie di conversioni, battesimi, apostasie e sbattezzati*, Roma, L. Sossella, 2008;
- C. Cardia *Ateismo e libertà religiosa nell'ordinamento giuridico, nella scuola, nell'informazione, dall'Unità ai giorni nostri*, Bari, De Donato, C., 1973;
- C. Cardia, *Religione, ateismo, analisi giuridica*, in Aa.Vv., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano, Giuffrè, 1973b, pp. 1179 ss.;
- C. Cardia, G. Dalla Torre, *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, Torino, Giappichelli, 2015;
- G. Casuscelli, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Milano, Giuffrè, 1974;
- C. Cereti, *Considerazioni su le previe intese con le confessioni religiose (art. 8 u.c. Cost.)*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, II, Padova, Cedam, 1972, pp. 1013 ss.;
- E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961;
- N. Colaianni, *Intese (diritto ecclesiastico)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 698 ss.;
- N. Colaianni, *L'istituto dell'intesa alla prova: il progetto di intesa tra Stato e Chiesa valdo-metodista, Intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica I e II*, ivi, pp. 175 e 253;
- N. Colaianni, *Tutela della personalità e diritti della coscienza*, Bari, Cacucci, 2000;

- N. Colaianni, *A vent'anni dalla prima intesa. Un'analisi economica*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2004, pp. 233 ss.;
- N. Colaianni, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2006;
- N. Colaianni, *Le intese nella società multireligiosa: verso nuove disuguaglianze?*, in www.statoecbiese.it, 2012;
- N. Colaianni, *Ateismo de combat e intesa con lo Stato*, in *Rivista AIC*, n. 4 (6 dicembre 2013);
- F. Corvaja, *Rimedi giuridici contro il diniego di intesa con le confessioni religiose*, in *Quad. cost.*, 2002, pp. 227 ss.;
- A. Cottino, *C'è chi dice no. Cittadini che hanno rifiutato la violenza del potere*, Jesolo, Zambon, 2015;
- V. Crisafulli, *Art. 7 della Costituzione e «vilipendio della religione dello Stato»*, in *Arch. pen.*, II, 1950, p. 415;
- M. Croce, *La nozione di confessione religiosa alla prova dell'ateismo organizzato nel contenzioso U.A.A.R.- Governo in merito alla richiesta di un'intesa ex art. 8, comma 3, Cost. (T.A.R. Lazio, Sezione Prima, sentenza 03 luglio 2014, n. 7068)*, in www.academia.edu, 2014;
- G. Cugurra, *L'annullamento governativo come atto di "alta amministrazione"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 20, 1970, pp. 604 ss.
- G. Cugurra, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, Cedam, 1973;
- F. Cuocolo, *Attività di governo e funzioni dello Stato*, in *Ann. Fac. giur. univ. Genova*, 2, 1963, pp. 159 ss.;
- F. Cuocolo, *Alta amministrazione*, in *Enc. giur.*, 1, 1991, Agg., 5;
- L. D'Andrea, *Eguale libertà ed interesse alle intese delle confessioni religiose: brevi note a margine della sentenza cost. n. 346/2002*, in *Dir. eccl.*, 2, 2004, p. 494 ss.;
- P. A. d'Avack, *Ateismo*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 964 ss.;
- C. Dell'Acqua, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani. Il potere estero tra segreto e politica*, Padova, Cedam, 1990;
- G. Di Muccio, *Atti politici e intese tra lo Stato e le confessioni religiose non cattoliche*, in federalismi.it, 20/2013;
- F. Di Prima, *Le trattative per le Intese con le Confessioni religiose, tra politica e diritto*, in *Nuove autonomie*, 2015, pp. 131 ss., spec. § 3.3 (tale commento è occasionato dall'ord. Corte cost. n. 40 del 2015 che ammette il conflitto di attribuzioni poi risolto dalla sent. Corte cost. n. 52 del 2016 in commento);
- R. Dickmann, *La delibera del Consiglio dei ministri di avviare o meno le trattative finalizzate ad una intesa di cui all'art. 8, terzo comma, Cost. è un atto politico insindacabile in sede giurisdizionale*, in www.forumcostituzionale.it, n. 52, 2016;
- A. Fabbri, *Note sui soggetti capaci di intese ai sensi del III comma dell'art. 8 della Costituzione*, in *Dir. eccl.*, I, 2000, pp. 926 ss.;

- L. Fascio, *Le intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica tra atti politici e discrezionalità tecnica dell'amministrazione. Il caso dell'UAAR (Unione degli atei e degli agnostici razionalisti)*, in *Foro amm. – CdS*, 2012, pp. 1204 ss.;
- P. Fedele, *La libertà religiosa*, Milano, Giuffrè, 1963;
- F. Finocchiaro, *Il concordato del 1984 e le intese. Le confessioni senza intesa*, in AA. VV., *Dalla legge sui cui ammessi al progetto di legge sulla libertà religiosa*, a cura di G. Leziroli, Napoli, Jovene, 2004, pp. 5 ss.;
- F. Finocchiaro, *Art. 7 e 8*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Art. 1-12, Principi fondamentali*, Bologna- Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1975;
- F. Finocchiaro, *Art. 19 e 20*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Art. 13-20, Rapporti civili*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1977, p. 238;
- P. Floris, *Ateismo e religione nell'ambito del diritto di libertà religiosa*, in *Foro it.*, 1981, I, 625 ss.;
- S. Fois, *Garanzia costituzionale delle manifestazioni di pensiero in maniera religiosa*, in AA. VV., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 1215 ss.
- M. Franchini, *La potestà estera*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di G. Santaniello, 22, Padova, Cedam, 1992;
- G. B. Garrone, *Atto di alta amministrazione*, in *Dig. IV, Disc. pubbl.*, 1, 1987a, pp. 538-42;
- G. B. Garrone, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, *Dig. IV, Disc. pubbl.*, 1, 1987b;
- P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma, Laterza, 2015;
- A. Guazzarotti, *Le minoranze religiose tra potere politico e funzione giurisdizionale: bontà e limiti del modello italiano*, in *Quad. cost.*, 2002, pp. 213 ss.
- G. Guzzetta, *Non è l'“eguale libertà” a legittimare l'accesso ai contributi regionali delle confessioni senza intesa*, in *Giur. cost.*, 2002, pp. 2624 ss.;
- A. C. Jemolo, *Libertà religiosa*, in *Il Mondo*, 4, n. 40, 4 ottobre 1952, p. 4;
- S. Landolfi *L'intesa fra Stato e culto acattolico. Contributo alla teoria delle fonti del diritto ecclesiastico italiano*, Napoli, Jovene, 1962;
- S. Lariccia, 1966, *Gruppi sociali ed eguaglianza giuridica*, in *Foro amm.*, III, pp. 117-21 e in www.sergiolariccia.it
- Lariccia S., 1967, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Milano, Giuffrè.
- Lariccia S., 1973, *L'eguaglianza delle confessioni religiose di fronte alla legge*, in AA.VV., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano, Giuffrè, p. 421 ss. e in www.sergiolariccia.it
- Lariccia S., 1975, *La libertà religiosa nella società italiana*, in *Teoria e prassi delle libertà di religione*, a cura di P. Bellini, Bologna, il Mulino e in *Quaderni del Circolo Rosselli, Fede e istituzioni. A trent'anni dall'Intesa tra lo Stato italiano e la Chiesa valdese*, a cura di F. Cadeddu, n. s., 2015, 2, pp. 96-108 (estratto).

- Lariccia S., 1978, *Garanzie costituzionali dei magistrati della corte dei conti e rapporti informativi sulla loro attività*, in *Giur. cost.*, 25, I, pp. 921-36 e in www.statoeChiese.it
- Lariccia S., 1984a, *Storia, ideologia e dogmatica nello studio del diritto ecclesiastico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 13, 657-81 e in www.sergiolariccia.it
- Lariccia S., 1984b, *L'attuazione dell'art. 8, 3° comma, della Costituzione: le intese tra lo Stato italiano e le Chiese rappresentate dalla Tavola valdese*, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 94, I, pp. 467-94 e in *Atti del convegno su "Il nuovo accordo tra Italia e Santa Sede"*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 527-54 e in www.sergiolariccia.it
- Lariccia S., 1984c, *L'insegnamento della religione nella scuola elementare*, in *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele*, Perugia-Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 931-44 e in www.sergiolariccia.it
- Lariccia S., 1984d, *L'intesa tra lo Stato italiano e le Chiese rappresentate dalla Tavola valdese*, in *queste istituzioni*, 12, 1984, n. 65, pp. 174-9 e in www.sergiolariccia.it
- Lariccia S., 1984e, *Costituzione e scuola*, in *Costituzione e scuola. Il 'caso' della religione nella scuola elementare*, suppl. al n. 3, aprile, di *Scuola Notizie*, pp. 5-8 e in www.sergiolariccia.it
- Lariccia S., 1984f, *Gli accordi di Villa Madama sui rapporti fra Stato e Chiesa. Concordato storico o routine politica?*, in *queste istituzioni*, 12, n. 64.1, pp. 8-15 e in www.sergiolariccia.it
- Lariccia S., 1984g, *Identità religiosa e pluralismo giuridico. Le prospettive nella scuola*, in *Quaderni del pluralismo*, in *Raccolta di scritti in memoria di Pietro Gismondi*, II, Milano, Giuffrè e in www.sergiolariccia.it
- Lariccia S., 1985a, *Religione, politica e diritto nel 1985*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, pp. 163-97 e in www.sergiolariccia.it
- Lariccia S., 1985b, *Il problema dell'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali*, in Aa. Vv., *Effetti civili delle sentenze ecclesiastiche in materia matrimoniale*, a cura di S. Berlingò e V. Scalisi, Milano, Giuffrè, pp. 117-22 e in www.sergiolariccia.it
- Lariccia S., 1986a, *Diritto ecclesiastico*, III ed., Padova, Cedam.
- Lariccia S., 1986b, *Il dibattito su scuola, insegnamento, istruzione nei rapporti tra stato e confessioni religiose. Bibliografia (1985-1986)*, in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 96, 1986, n. 2, I, pp. 370-92 e in www.sergiolariccia.it
- Lariccia S., 1986c, *Due sentenze della Cassazione sul problema dell'ostilità razziale nella società italiana*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 31, II, n. 11, pp. 86-90 e in www.sergiolariccia.it
- Lariccia S., 1986d, *Giurisdizione statale e giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale*, in Aa. Vv., *Dalle decisioni della Corte costituzionale alla revisione del Concordato*, Atti della Tavola rotonda (Trieste 23 marzo 1983), Milano, Giuffrè, pp. 41-7 e in www.sergiolariccia.it
- Lariccia S., 1986e, *Diritti civili e fattore religioso in regime repubblicano*, in *Parlamento*, 32, n. 11-12, pp. 42-4, in *Le regole del giuoco nella Costituzione. Disposizioni e attuazioni fra crisi e tramonto*, a cura di E. Cuccodoro, Firenze, Nocchioli, 1987, pp. 227-31 e in *Parlamento*, 32, 1987, pp. 42-44 e in www.sergiolariccia.it

Lariccia S., 1986f, *Il diritto all'onore delle confessioni religiose e dei loro fedeli*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, n. 3, pp. 466-73 e in www.sergiolariccia.it

Lariccia S., 1986g, *Istruzione pubblica e istruzione privata nella Costituzione italiana: i principi, la realtà*, in Aa. Vv., *Stato e scuola oggi: l'opinione laica* a cura della fnism, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1986, 49-62 e in *Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*, 97, 1987 (Raccolta di scritti in onore di Luigi De Luca), n. 2, pp. 687-708 e in www.sergiolariccia.it

Lariccia S., 1986h, *La libertà delle confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in Aa. Vv., *Il pluralismo confessionale nell'attuazione della Costituzione*, Napoli, Jovene, pp. 33-82 e in *Studi in memoria di Mario Condorelli*, I, t. II, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 885-915 e in www.sergiolariccia.it

Lariccia S., 1987a, *Ambiguità del Concordato e ruolo del Parlamento*, in *Per l'alternativa*, n. 24, pp. 13-15 e in www.sergiolariccia.it

Lariccia S., 1987b, *Diritto privato e riforma della legislazione ecclesiastica*, in *Trattato di diritto civile* diretto da P. Rescigno, Torino, Utet, pp. 107-31 e in www.sergiolariccia.it

Lariccia S., 1987c, *La posizione della Repubblica italiana nei confronti della Chiesa*, in Atti del convegno su "Iglesia catolica y regimens autoritarios y democraticos. Experiencia esponola e italiana" (Jerez, 4-5 ottobre 1985), Madrid, Editorial Revista de derecho privado. Editoriales de derecho reunidas, pp. 145-58 e in www.sergiolariccia.it

Lariccia S., 1987d, *La posizione e le attività dell'Istituto per le opere di religione (IOR) e la responsabilità dei suoi dirigenti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 32, II, n. 7, pp. 126-38 e in www.sergiolariccia.it

Lariccia S., 1987e, *Libri e riviste*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 4, pp. 341-65.

Lariccia S., 1989, *Coscienza e libertà. Principi costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, Bologna, il Mulino, p. 150 ss.

Lariccia S., 1990, *Statuti delle confessioni religiose*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, p. 1071 ss. e in www.sergiolariccia.it

Lariccia S., 2000, *Leggi sulla base di intese e garanzie di libertà religiosa*, in *Foro it.*, V, c. 273 s. e in www.sergiolariccia.it

Lariccia S., 2006a, *Diritto amministrativo*, II ed., 1, Padova, Cedam.

Lariccia S., 2006b, *Intese*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, I, Milano, Giuffrè, pp. 3220-27 e in www.sergiolariccia.it

Lariccia S., 2011, *Battaglie di libertà. Democrazia e diritti civili in Italia. 1943-2011*, Roma, Carocci.

Lariccia S., 2015a, *Tutti gli scritti (1959-2015)*, Cosenza, Pellegrini.

Lariccia S., 2015b, *Arturo Carlo Jemolo. Un giurista nell'Italia del Novecento*, Roma, Carocci.

Long G., 1989, *Intese con le Chiese rappresentate dalla Tavola valdese*, in *Enc. giur.*, XVII, p. 1 ss.

Martines T., 1971, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, 21, pp. 134-72.

- Mazzola R., 2014, *Confessioni, organizzazioni filosofiche e associazioni religiose nell'Unione Europea tra speranze disilluse e problemi emergenti*, in www.statoechiense.it, n. 3.
- Messineo D., 2013, *Atti politici, stato di diritto, strumenti di verifica della giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 717 ss.
- Messineo D., 2013, *Atti politici, Stato di diritto, strumenti di verifica della giurisdizione*, in *Dir. amm.*, n. 4.
- Mortati C., 1976, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, IX ed., Padova, Cedam, p. 1179 ss.
- Naso P., 2015, in *Quaderni del Circolo Rosselli, Fede e istituzioni. A trent'anni dall'Intesa tra lo Stato italiano e la Chiesa valdese*, a cura di F. Cadeddu, n. s., 2, pp. 67-75.
- Ocone C., 2016, *Solo il Principe vive di certezze*, in *Il dubbio*, 1, n. 1, 12 aprile, pp. 8-99.
- Oddi A., 2002, *Non c'è privacy senza intesa?*, in *Giur. cost.*, p. 345 ss.
- Onida F., 2011, *Laicità, ateismo, religione*, in *L'ateo*, n. 4 (76), pp. 32-34.
- Onida V., 1978, *Profili costituzionali delle intese*, in *Le intese tra Stato e confessioni religiose. Problemi e prospettive*, Milano, Giuffrè, p. 25 ss.
- Origone A., 1952, *La libertà religiosa e l'ateismo*, in Aa.Vv., *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè, p. 417 ss.
- Pacillo V., 2015, *Le "zone depresse" del principio di bilateralità nei rapporti tra Stato e confessioni diverse dalla cattolica*, in *Quaderni del Circolo Rosselli, Fede e istituzioni. A trent'anni dall'Intesa tra lo Stato italiano e la Chiesa valdese*, a cura di F. Cadeddu, n. s., 2, pp. 53-66.
- Pagano F.F., 2013, *Gli atti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico nella più recente giurisprudenza tra separazione dei poteri e bilanciamenti costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 3, p. 882 ss.
- Parisi M., 2004, *Promozione della persona umana e pluralismo partecipativo: riflessioni sulla legislazione negoziata con le Confessioni religiose nella strategia costituzionale di integrazione delle differenze*, in *Dir. eccl.*, I, p. 389 ss.
- Pasquali Cerioli J., 2012, *Il diritto all'avvio delle trattative per la stipulazione delle intese ex art.8, 3° comma Cost.*, in www.statoechiense.it, n.12.
- Pasquali Cerioli J., 2013, *Accesso alle intese e pluralismo religioso: convergenze apicali di giurisprudenza sulla "eguale libertà" di avviare trattative ex art. 8 Cost., terzo comma*, in www.statoechiense.it
- Peyrot G., 1978, *Significato e portata delle intese*, in Aa. Vv., *Le intese tra Stato e confessioni religiose. Problemi e prospettive*, Milano, Giuffrè, p. 49 ss.
- Peyrot G., 1984, *Condizione giuridica delle confessioni religiose prive di intesa*, in *Dir. eccl.*, I, p. 619 ss..
- Peyrot G., 1967, *La legislazione sulle confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in *La legislazione ecclesiastica*, a cura di P.A. d'Avack, Vicenza, Neri Pozza, p. 519 ss.
- Peyrot G., 1977, *Gli evangelici nei loro rapporti con lo stato dal fascismo ad oggi*, Torre Pellice, Società di Studi valdesi.
- Peyrot G., 1989, *Confessioni diverse dalla cattolica*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., III, p. 355 ss.

- Piga F., 1981, *Attività di alta amministrazione e controllo giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 57, 1981, I, p. 849 ss.
- Pin A., 2016, *L'inevitabile caratura politica dei negoziati tra il Governo e le confessioni e le implicazioni per la libertà religiosa: brevi osservazioni a proposito della sentenza n. 52 del 2016*, in *www.federalismi.it*.
- Poggi A., 2016, *Una sentenza "preventiva" sulle prossime richieste di Intese da parte di confessioni religiose? (In margine alla sentenza n. 52 della Corte costituzionale)*, Editoriale, in *www.federalismi.it*
- Porena D., 2016, *Atti politici e prerogative del Governo in materia di confessioni religiose: note a prima lettura sulla sentenza della Corte costituzionale n. 52/2016*, in *www.federalismi.it*
- Prisco S., 1981, *Reviviment della Corte costituzionale in un'importante sentenza sul giuramento del non credente (brevi osservazioni)*, in *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, a cura A. Ravà, Milano, Giuffrè, p. 1255 ss.
- Quadri G., 1968, *Un presunto caso di legge atipica: la legge che regola i rapporti fra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in *Aa. Vv., Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesauero*, Milano, Giuffrè, p. 555 ss.
- Randazzo B., 2001, *La legge sulla base di intese tra Governo, Parlamento e Corte costituzionale. Legge di approvazione?*, in *Quad. dir. e pol. ecl.*, p. 213 ss.
- Rodotà S., 2016, *La patologia del "sistema" Italia*, in *il manifesto*, 46, n. 86, 12 aprile, p. 15.
- Rotondo D., 2011, *Tutti sono eguali dinanzi ... a Dio*, in *L'ateo*, n. 4 (76), pp. 27-28.
- Ruffini F., 1924, *Corso di diritto ecclesiastico italiano*, Torino, Bocca.
- Ruggeri A., 2016, *Confessioni religiose e intese tra iurisdictione e gubernaculum, ovvero sia l'abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche non giustiziabili* (a prima lettura di Corte cost. n. 52 del 2016), in *Federalismi.it*, n. 7.
- Salvadori M., 2015, *Introduzione a Laicità, fondamentalismi religiosi e diritti delle donne*, n. 15-16 di *Quaderni laici*, aprile-settembre, pp. 7-10.
- Sandulli A.M., 1966, *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 16, p. 737 ss.
- Stammati S., 2000, *Altre due intese tra Stato e confessioni religiose in attesa dell'approvazione*, in *Foro it.*, V, c. 276 ss.
- Villella G., 2008, *Intervento in Poteri pubblici e laicità delle istituzioni*, Giornata di studi in onore di Sergio Lariccia (Roma, 7 novembre 2007), a cura di R. Acciai e F. Giglioni, Roma, Aracne, pp. 327-28.

L'ÉCHEC D'UNE DÉMOCRATIE

par Maria Rosaria Donnarumma *

SOMMAIRE: 1. Introduction. – 2. Le régime semi-présidentiel et son ambiguïté de fond. – 3. Le projet de loi constitutionnelle : a) l'état d'urgence ; b) la déchéance de la nationalité. – 4. Aperçu de la jurisprudence européenne : a) la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ; b) la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. – 5. Considérations conclusives.

1. Introduction

Les attentats du 13 novembre 2015 à Paris, dix mois après ceux de janvier contre Charlie Hebdo et l'Hyper Cacher, ont déclenché des réactions désordonnées de la classe politique et, ce qui est plus inquiétant, un silence assourdissant de l'opinion publique, asservie à la rhétorique du pouvoir.

Plutôt que s'interroger sur ses propres responsabilités, le gouvernement français a réagi par des discours et des déclarations inspirés de la rhétorique la plus obsolète, et avancé des propositions irréfléchies, dont celle d'une révision de la constitution fort critiquable.

De sa part l'opinion publique semble-t-elle avoir approuvé aveuglement l'action du gouvernement, s'il est vrai, selon les sondages, qu'un Français sur deux apprécie la conduite du président de la République et que la popularité de celui-ci et du premier ministre est en hausse après les événements tragiques. Personne, ni parti politique ni citoyen, n'a avancé une demande de démission.

Par ailleurs en France, d'après l'énième exemple fourni par les récentes élections régionales (les 6 et 13 décembre 2015), semble-t-il que la compétition politique, plutôt qu'être centrée sur les programmes, se réduise à un amalgame pour faire barrage au Front national.

2. Le régime semi-présidentiel et son ambiguïté de fond

Avant d'aborder l'analyse du projet de loi constitutionnelle, soumis le 1^{er} décembre pour avis au Conseil d'État, il y a lieu d'examiner rapidement la constitution française et, surtout, la forme de gouvernement, telle qu'esquissée par le texte et ses nombreuses révisions (vingt-quatre), ainsi que par la pratique institutionnelle⁴⁰⁸.

* Professeur des Institutions de droit public et de Droit public avancé.

⁴⁰⁸ V. DONNARUMMA, M. R., « Le régime semi-présidentiel. Une anomalie française », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 93, p. 37 *sg.* ; ID., *Lo Stato di diritto e la V Repubblica in Francia*, Milano, Giuffrè, 1993.

La constitution de 1958 naît de la crise du régime parlementaire moniste, que la France avait expérimenté dans la III^e (à partir de 1879) et dans la IV^e République, avec l'échec dans cette dernière d'une tentative de parlementarisme « rationalisé ».

Elle est le résultat d'un compromis difficile, sinon impossible, entre exigences inspirées à des régimes institutionnels fort différents : le régime parlementaire moniste et le régime présidentiel, d'où son ambiguïté de fond.

Parmi ses nombreuses incohérences une place importante revient à celles liées aux attributions du chef de l'État. Celui-ci, s'il se présente d'une part, selon le texte original de la constitution, dans le rôle typique d'un président en régime parlementaire moniste (*garant super partes* : art. 5 ; élu par le parlement en collège élargi : *ex* art. 6 ; droit de dissolution de l'assemblée nationale : art. 12 ; limitation de la responsabilité au cas de haute trahison : *ex* art. 68), il jouit d'autre part de pouvoirs autonomes (exercés, à savoir, par des actes qui n'ont pas besoin de la contresignature ministérielle : art. 19) très incisifs, dont certains inadmissibles même dans un régime présidentiel : il suffit de se référer aux pouvoirs aux termes de l'article 11 (projets de loi adoptés par référendum), de l'article 12 précité, de l'article 16 (exercice de pouvoirs exceptionnels), qui altèrent une application équilibrée du principe de la séparation des pouvoirs dans un État démocratique de droit.

De Gaulle, aidé par Michel Debré⁴⁰⁹, fut l'architecte principal du texte constitutionnel, dans lequel il traduisit les lignes d'un projet institutionnel, déjà tracées dans son célèbre discours de Bayeux du 16 juin 1946⁴¹⁰ et dans le suivant d'Épinal du 29 septembre. Ce projet, qui avait été

⁴⁰⁹ Michel Debré avait énoncé sa vision de réforme institutionnelle, très semblable à celle de de Gaulle, dans un livre publié sous pseudonyme, en collaboration avec Emmanuel Monick, « *Refaire la France, l'effort d'une génération* », Paris, Plon, 1945. Dans ce livre on soulignait l'exigence de restituer autorité et fonctions au chef de l'État, d'après le modèle de la constitution de 1875, interprétée au sens « orléaniste », ainsi que de « rationaliser » le régime parlementaire par des mécanismes aptes à sauvegarder la différenciation des rôles entre gouvernement et parlement, en freinant l'empiétement de ce dernier et en fournissant au premier des instruments de stabilité et d'action politique efficace. Parmi les mesures suggérées figuraient l'adoption du scrutin majoritaire de liste à un seul tour et l'introduction d'un partage rigoureux des compétences normatives, avec l'attribution au parlement d'un domaine réservé et infranchissable (« notamment les droits essentiels de la personne humaine... ; les problèmes qui intéressent l'existence politique de la nation – organisation des pouvoirs publics, traités avec les puissances étrangères – ; enfin les grandes questions qui touchent au statut économique et social du pays. Hors de ce domaine primordial, il est nécessaire de laisser au gouvernement une large autorité »).

⁴¹⁰ Notamment : a) la séparation effective des pouvoirs, « afin d'empêcher qu'il règne dans les pouvoirs de l'État cette confusion qui les dégrade et les paralyse » ; b) la réévaluation du rôle du chef de l'État auquel revient, par l'attribution de moyens adéquats (investiture des gouvernements, présidence du conseil des ministres, signature des décrets, droit de dissolution de l'assemblée, etc.), « d'assurer au-dessus des partis le fonctionnement régulier des institutions » et les intérêts permanents de la nation, « quoi qu'il arrive » ; c) la restitution au gouvernement de sa fonction, avec l'obligation de garantir la cohésion intérieure et la responsabilité collective devant l'assemblée ; d) le respect rigoureux par le parlement des rôles de législateur et de contrôleur, « sans gouverner lui-même, ni directement ni par personnes interposées. Ceci est un point essentiel » ; e) l'indépendance du pouvoir judiciaire « de toutes influences extérieures, en particulier des influences politiques ». V. le texte du discours in *Année politique*, 1946 et in QUERMONNE, J.-L., CHAGNOLLAUD, D., *Le Gouvernement de la France sous la V^e République*⁴, Paris, Dalloz, 1991, p. 649 sq. Léon Blum, en commentant le projet institutionnel de de Gaulle sur *Le Populaire* du 21 juin 1946, faisait ressortir une des innovations principales inachevées et son évolution inévitable (élection au suffrage direct du chef de l'État), en anticipant lui aussi l'histoire : « Dans ce système, le président de la République sera le chef effectif du Gouvernement et de l'administration, le président du Conseil se trouvant, en revanche, réduit au rôle... d'un homme de confiance, d'un porte-parole vis-à-vis du Parlement. J'ajoute que, pour le chef de l'exécutif ainsi conçu, l'élargissement du collège électoral ne saurait suffire. Toute souveraineté émanant nécessairement du peuple, il faudrait descendre jusqu'à la source de la souveraineté, c'est-à-dire remettre l'élection du chef de l'exécutif au suffrage universel. Là est la conclusion logique du système : là serait aussi le seul moyen de

récusé en 1946, en poussant le général à sortir de la scène politique, fut facilement accepté en 1958, quand la France voyait en de Gaulle la seule personne à même de résoudre la crise algérienne.

Une fois celle-ci conclue avec les accords d'Évian en avril 1962, de Gaulle, soucieux d'orienter le régime en sens présidentiel et de bloquer des glissements possibles vers une lecture en sens parlementaire, considéra prioritaire la modification des articles 6 et 7 de la constitution afin de prévoir l'élection au suffrage universel direct du chef de l'État. Cet objectif fut atteint en excluant le parlement (art. 89), évidemment hostile à une telle réforme, et ayant recours à la procédure de l'article 11 (référendum), malgré les doutes sérieux sur la légitimité d'un recours à une telle procédure pour une révision constitutionnelle⁴¹¹.

Il y a lieu d'ajouter que la pratique institutionnelle, en superposant une constitution matérielle à la constitution formelle, a étendu ultérieurement, dès le début, les attributions du président de la République, en soustrayant au gouvernement le pouvoir de déterminer la politique nationale (art. 20), ainsi qu'en introduisant le principe de la double responsabilité⁴¹² et en légitimant une lecture de la confiance parlementaire (art. 49, al. 1) dans le sens d'une confiance implicite faute d'une motion de censure⁴¹³.

le fonder en droit. » V. BLUM, L., *L'œuvre de Léon Blum, 1945-1947*, Paris, A. Michel, 1958, p. 218 ; DUHAMEL, O., « Les logiques cachées de la Constitution de la Cinquième République », *Revue française de science politique*, 1984, p. 615 *sq.*, en particulier p. 623.

⁴¹¹ Non seulement la doctrine presque unanime et le Conseil d'État contestèrent la légitimité de la procédure, mais dans l'entourage même de de Gaulle il y eut des positions contraires : v. TRICOT, B., « Le processus des décisions », *De Gaulle et le service d'État : des collaborateurs du général témoignent*, Paris, Plon, 1977, p. 156 *sq.* D'ailleurs, une constitution rigide telle que la constitution française, qui prévoit une procédure *ad hoc* pour la révision constitutionnelle sans envisager aucune dérogation ou renvoi à l'article 11, s'accorde mal avec une faculté de révision, quoique décidée en dernier ressort par le peuple, hors de la procédure prévue spécifiquement et dans le cadre d'un équilibre déterminé entre les pouvoirs de l'État. En outre, la lettre de l'article 11 (faculté de soumettre à référendum « tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics »), qui constitua l'argument principal à l'appui de la thèse sur la légitimité, aurait dû être interprétée à la lumière d'une comparaison avec l'article 16, où il est fait référence aux « pouvoirs publics *constitutionnels* » ; il s'ensuit que, faute de cette spécification, l'article 11 concerne l'organisation des pouvoirs publics non réglementés dans la constitution.

⁴¹² D'où les cas fréquents de démission du gouvernement provoquée par le chef de l'État, même en présence d'une confiance très large accordée juste avant par l'Assemblée nationale. Tel fut le cas, par exemple, de Chaban-Delmas, obligé à démissionner le 5 juillet 1972, bien que l'Assemblée lui eût confirmé la confiance, le 23 mai 1972, sur une déclaration de politique générale, avec 368 voix en faveur contre 96. Ainsi Chaban-Delmas acceptait la décision du chef de l'État : « Vous m'avez fait part de votre intention de changer le Gouvernement. J'ai donc l'honneur de vous présenter la démission du Gouvernement. Je vous demeurerai reconnaissant de votre confiance... » (échange de lettres intervenu le 5 juillet 1972). V. MAUS, D., (dir.), *Les Grands Textes de la pratique institutionnelle de la V^e République*, La documentation française, Notes et études documentaires, n° 4864, Paris, 1988, p. 48 ; HOMONT, A. « La démission de J. Chaban-Delmas en juillet 1972 », *Revue du droit public*, 1972, p. 1527 *sq.*

⁴¹³ Cette interprétation s'oppose à une lecture correcte de l'article 49, al. 1, confirmée par les travaux préparatoires. En effet, la rédaction originale de l'alinéa 1 : « Le Premier ministre *peut...* engager... » fut modifiée en « *engage* » à la suite des remarques du Conseil d'État, dans le but évident de rendre obligatoire la soumission du programme ou, au moins, d'une déclaration de politique générale. Pour une ultérieure confirmation, on peut signaler la rédaction différente de l'alinéa 3 du même article : « Le Premier ministre peut... engager... ». La pratique institutionnelle oscille entre cas d'engagement formel de la responsabilité au début du mandat et cas en sens opposé.

Cela au moins dans les périodes de « non cohabitation ». Par ailleurs, le risque d'une « cohabitation » a été réduit sensiblement⁴¹⁴ par la réforme du 2 octobre 2000 (loi constitutionnelle n° 2000-964), qui a introduit le « quinquennat » : durée de cinq ans⁴¹⁵ du mandat présidentiel⁴¹⁶, en coïncidence avec le mandat des représentants à l'assemblée nationale.

Les autres révisions constitutionnelles les plus importantes, avant celle de 2008, ont été : a) les révisions de 1974 (art. 61) et de 1992 (art. 54) conférant un rôle aux oppositions dans la saisine du Conseil constitutionnel, avec les répercussions évidentes sur l'équilibre entre les pouvoirs ; b) celle de 2007 sur la Haute Cour et la redéfinition des limites de responsabilité du chef de l'État (art 67 et art. 68).

La dernière révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, élaborée par le comité Balladur⁴¹⁷, malgré son envergure (trente-neuf articles modifiés et neuf ajoutés) et ses buts ambitieux (« réflexion d'ensemble », « modernisation », et « rééquilibrage des institutions de la V^e République »), n'a pas touché, non plus, l'énorme puissance du chef de l'État et l'ambiguïté de fond du système. Tout en réévaluant sous certains aspects le rôle du parlement (renforcement des instruments de contrôle de l'action du gouvernement, réintroduction de la résolution, réévaluation de la fonction législative et du rôle des commissions parlementaires, restitution aux assemblées d'un rôle adéquat dans la fixation de l'ordre du jour et réévaluation des droits des groupes d'opposition ou minoritaires, limites au recours par le premiers ministre à la procédure de « confiance » sur un texte législatif, réévaluation des attributions du parlement dans le contrôle de la politique européenne, ainsi que des opérations militaires à l'étranger), et ayant le mérite d'avoir finalement introduit le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception⁴¹⁸, elle n'a pas osé supprimer certaines attributions du président de la République (*in primis*, le droit de dissolution de l'assemblée nationale, ainsi que les pouvoirs aux termes des articles 11 et 16), afin de rééquilibrer le système et introduire la séparation nécessaire entre exécutif et congrès.

⁴¹⁴ Un tel risque, réduit par l'introduction du « quinquennat », n'est pas éliminé complètement, car des événements peuvent se vérifier, tels que la démission ou le décès du chef de l'État, la dissolution de l'assemblée nationale et la possibilité de choix politiques différenciés des électeurs en ce qui concerne l'élection du président de la République et celle des députés à l'assemblée nationale. Toujours dans le but de réduire le risque d'une « cohabitation », le comité Balladur avait même proposé de modifier l'article 12, en prévoyant la dissolution de plein droit de l'assemblée nationale en cas de vacance ou empêchement de la présidence de la République ou, encore, la démission obligatoire du chef de l'État à la suite d'un revers politique à l'occasion des élections législatives suivant l'exercice du droit de dissolution. Aucune des deux propositions n'a été accueillie.

⁴¹⁵ En brisant la règle des sept ans, fixée par la loi du 20 novembre 1873 sous la III^e République et confirmée par la suite au nom d'une « tradition républicaine », entendue plus en sens formel que dans un véritable esprit républicain.

⁴¹⁶ La limitation à pas plus de deux mandats consécutifs (actuel art. 6, al. 2) sera introduite seulement par la révision de 2008. Un projet précédent de loi constitutionnelle (mandat de cinq ans, renouvelable une seule fois), à l'initiative du président Pompidou et approuvé par les deux chambres en octobre 1973, s'enlisa puisqu'il ne fut pas transmis au congrès par le chef de l'État, ni soumis au référendum.

⁴¹⁷ V. le décret n° 2007-1108 du 27 juillet 2007, ainsi que la lettre de mission à la même date, par laquelle le chef de l'État Sarkozy confiait la présidence du comité à l'ancien premier ministre Édouard Balladur, les deux publiés en annexe (n° 2) au rapport du comité.

⁴¹⁸ Ce qui représente une véritable révolution, si l'on considère la méfiance de la culture française à l'égard du « gouvernement des juges » et l'échec des tentatives précédentes.

Pour conclure, le régime institutionnel français demeure, malgré nombre de révisions, une forme de gouvernement anormale, sinon incompatible avec un État de droit, par manque d'un système adéquat de *checks and balances*, apte à prévenir le risque d'une dérive autoritaire.

Par ailleurs, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, à laquelle fait solennel renvoi la constitution française dans son préambule⁴¹⁹, affirme que « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Peut-on dire, en donnant de ce principe une interprétation stricte, que la France n'a pas une véritable Constitution ?

3. Le projet de loi constitutionnelle

Dans son discours devant le parlement réuni en congrès à Versailles le 16 novembre 2015 après les attentats, le président François Hollande a annoncé sa décision de soumettre au congrès, avec les souhaits d'une adoption dans les meilleurs délais, un projet de loi constitutionnelle visant non seulement à introduire un état d'exception ultérieur, l'état d'urgence (nouvel art. 36-1), en plus de ceux déjà prévus (art. 16 : exercice de pleins pouvoirs par le chef de l'État ; art. 36 : état de siège), mais aussi la déchéance de la nationalité (nouvel art. 3-1) .

Suite aux réactions critiques d'une frange importante de la majorité socialiste⁴²⁰ et demi-mots, qui avaient amené à considérer le nouvel article 3-1 désormais chu, et surtout après la déclaration, le 22 décembre, du ministre de la justice, Christiane Taubira, à la radio algérienne, chaîne 3, que le projet de loi « ne retient pas » la déchéance de la nationalité, il y a eu un coup de théâtre. Le premier ministre Manuel Valls, qui lui aussi avait exprimé des doutes sur la pertinence d'une telle mesure au cours d'un dîner avec la presse le 15 décembre, a présenté au Conseil des ministres, le 23 décembre 2015, le projet de loi constitutionnelle gardant les deux dispositions, bien que modifiées d'après l'avis du Conseil d'État.

Encore – ce qui confirme, dans un régime tel que celui en vigueur en France, le complet asservissement aux décisions du chef de l'État – le ministre de la justice, après avoir été désavoué de façon éclatante, n'a trouvé meilleure et plus digne manière de réagir que déclarer : « la parole première... la parole dernière est celle du président de la République ».

Ainsi un président et un gouvernement soi-disant de « gauche » font leurs des propositions empruntées à la droite et à l'extrême droite.

⁴¹⁹ Par l'importante et à juste titre célèbre décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel a tranché l'ancienne diatribe sur la valeur du préambule, en reconnaissant au préambule de la constitution de 1958 et, grâce au renvoi opéré par ce dernier, au préambule de la constitution de 1946 la nature de source directe de normes constitutionnelles.

⁴²⁰ Allant jusqu'à menacer une fracture irréversible.

a) L'état d'urgence

Il faut tout d'abord préciser qu'une loi relative à l'état d'urgence existe dans l'ordre juridique français : la loi n° 55-385 du 3 avril 1955⁴²¹. Cette loi a été déclarée par le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, conforme à la constitution de 1958, en particulier compatible avec la prévision de l'état de siège (art. 36), car :

« ... en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ;... dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré » (*cons.* 3) ;

« ... si la Constitution, dans son article 36, vise expressément l'état de siège, elle n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence pour concilier, comme il vient d'être dit, les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public ;... ainsi, la Constitution du 4 octobre 1958 n'a pas eu pour effet d'abroger la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, qui, d'ailleurs, a été modifiée sous son empire » (*cons.* 4).

De sa part le Conseil d'État, en se prononçant en avril 2008 sur le projet de révision constitutionnelle du comité Balladur, qui prévoyait la modification de l'article 36 de la constitution pour y faire figurer aussi l'état d'urgence, s'était exprimé négativement :

« ... l'inclusion de l'état d'urgence dans la Constitution ne s'impose nullement dès lors que, d'une part, le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, a reconnu qu'il appartient au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de prévoir un état d'urgence pour concilier les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public, et que, d'autre part, les conditions de mise en œuvre du régime issu de la loi du 3 avril 1955 ont été précisées par la jurisprudence récente du Conseil d'Etat et notamment par la décision d'Assemblée *Rolin et Boisvert* du 24 mars 2006 ».

Il avait relevé, au surplus, que la disposition envisagée aurait eu pour effet :

« d'abroger implicitement mais nécessairement les régimes particuliers résultant respectivement pour Wallis et Futuna, la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française des lois n° 61-814 du 29 juillet 1961, n° 99-210 du 19 mars 1999 et n° 2004-193 du 27 février 2004, conséquence que le Gouvernement ne recherchait pas ».

À la suite des attentats du 13 novembre 2015, non seulement l'état d'urgence, au sens des articles 1 et 2 de la loi de 1955, a été déclaré par décret en Conseil des ministres (n° 2015-1475) le 14 novembre, mais une loi (n° 2015-1501) a été adoptée le 20 novembre, afin de proroger pour une durée de trois mois, à compter du 26 novembre, l'état d'urgence, ainsi que renforcer l'efficacité des dispositions de la loi de 1955.

Dans son avis du 17 novembre 2015 sur ce projet de loi le Conseil d'État rappelle préliminairement que la loi du 3 avril 1955 est conforme à la constitution selon la décision n° 85-187 DC du Conseil constitutionnel, ainsi que compatible avec la convention européenne des droits de l'homme (art. 15) d'après son arrêt d'assemblée *Rolin et Boisvert* du 24 mars 2006.

⁴²¹ Adoptée pour faire face à l'insurrection et aux attentats perpétrés par le FLN (Front de libération nationale) et sa branche armée ALN (Armée de libération nationale) pour obtenir l'indépendance de l'Algérie.

En se penchant sur les modifications apportées à la loi de 1955 le Conseil contrôle, en proposant aussi des aménagements, que le renforcement prévu des mesures (assignation à résidence ; perquisitions ; dissolution des associations ou groupements pratiquant ou prônant la violence ; voies de recours ; barème des sanctions) soit proportionné aux circonstances exceptionnelles qui sont celles de l'état d'urgence, et donc pas entaché d'une rigueur non nécessaire, ainsi qu'entouré de garanties suffisantes, afin d'opérer une conciliation équilibrée entre la sauvegarde de l'ordre public et le respect des droits et des libertés.

À son tour le Conseil constitutionnel, saisi le 11 décembre 2015, sur renvoi du Conseil d'État, d'une question prioritaire de constitutionnalité (art. 61-1 de la constitution), a déclaré les neuf premiers alinéas de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, dans leur nouvelle rédaction issue de la loi du 20 novembre 2015, conformes à la constitution. Le juge a écarté tous les griefs tirés de la méconnaissance : *a)* de l'article 66 de la constitution (*cons.* 4 à 7) ; *b)* des articles 2 et 4 de la déclaration de droits de l'homme de 1789 et de l'article 34 de la constitution (*cons.* 8 à 14) ; *c)* de l'article 16 de la déclaration de 1789 (*cons.* 15), car, en synthèse, les dispositions contestées, qui ne sont pas entachées d'incompétence négative⁴²², ne portent pas aux droits et libertés une atteinte disproportionnée par rapport à la finalité poursuivie (décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015).

Tel étant les instruments normatifs présents dans l'ordre juridique, ainsi que la jurisprudence du Conseil constitutionnel et les arrêts et avis du Conseil d'État, on peut légitimement douter de la nécessité et opportunité d'introduire un état d'exception ultérieur dans la constitution française.

En exposant les motifs de l'avant-projet de loi (un nouvel article 36-1, dont les deux premiers alinéas reproduisant les articles 1, 2 et 3 de la loi en vigueur sur l'état d'urgence⁴²³ et le troisième prévoyant une sorte de prolongation automatique des mesures pour six mois, une fois les circonstances de l'état d'urgences cessées, mais demeurant le risque d'actes de terrorisme⁴²⁴, alinéa rejeté à juste titre par le Conseil d'État), le premier ministre justifie la nécessité d'inscrire dans la constitution (« graver dans le marbre de la Constitution », insiste-t-il emphatiquement) l'état d'urgence par le but de se garantir contre des abus éventuels

⁴²² En ce qui concerne la possibilité d'invoquer, à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité, l'« incompétence négative », à savoir la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence en faveur du règlement, ce moyen ne peut être invoqué en tant que tel (violation d'une réserve de loi), mais seulement dans le cas où est affecté un droit ou une liberté garantis par la Constitution (v. la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *cons.* 3).

⁴²³ Al. 1 : L'état d'urgence est décrété en conseil des ministres soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'évènements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique. La loi fixe les mesures de police administrative que les autorités civiles peuvent prendre, sous le contrôle du juge administratif, pour prévenir ce péril ou faire face à ces évènements.

Al. 2 : La prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi. Celle-ci en fixe la durée.

⁴²⁴ Al. 3 : Lorsque le péril ou les évènements ayant conduit à décréter l'état d'urgence ont cessé mais que demeure un risque d'acte de terrorisme, les autorités civiles peuvent maintenir en vigueur les mesures prises en application du premier alinéa pendant une durée maximale de six mois. La loi peut permettre, pendant la même durée, aux autorités civiles de prendre des mesures générales pour prévenir ce risque.

perpétrés par le législateur, « sous le choc de circonstances », et confirmer ainsi, en assurant le caractère exceptionnel de l'état d'urgence, que « la démocratie ne combat pas ceux qui nient ses valeurs en y renonçant ».

Mais le premier ministre semble sous-évaluer que tout État de droit, y compris la France, prévoit le contrôle de constitutionnalité des lois, aujourd'hui en France non seulement préventif, mais aussi par voie d'exception⁴²⁵ et, surtout, il semble ignorer que l'article 36-1, al. 3, de l'avant-projet, en donnant une base constitutionnelle à une sorte de prolongation automatique des mesures, peut représenter un risque pour la démocratie et les valeurs que l'on affirme au contraire vouloir défendre contre la barbarie.

Après l'avis nettement contraire du Conseil d'État, cet alinéa a heureusement disparu – sauf un nouveau coup de théâtre – du projet de loi transmis, le 23 décembre, à l'assemblée nationale⁴²⁶.

Le Conseil d'État, en se prononçant le 11 décembre, et tout en gardant substantiellement dans sa proposition de rédaction⁴²⁷ les premiers alinéas de l'article 36-1 (v. § 16 de l'avis), avait fait remarquer l'opportunité de supprimer le dernier alinéa, puisque :

« ... dans l'hypothèse de la persistance d'un péril imminent pour l'ordre public, alors que n'auraient pas été réitérés les faits constitutifs des atteintes graves à l'ordre public à l'origine de la déclaration de l'état d'urgence, comme dans l'hypothèse, non envisagée par le Gouvernement, d'une catastrophe dont la cause aurait cessé, mais dont les conséquences conserveraient le caractère d'une calamité, l'objectif poursuivi pouvait être plus simplement atteint par l'adoption d'une loi prorogeant une nouvelle fois l'état d'urgence, tout en adaptant les mesures susceptibles d'être prises à ce qui est exigé par les circonstances (v. § 14 de l'avis). »

b) La déchéance de la nationalité

C'est la mesure la plus controversée, comme on l'a déjà souligné, surtout parmi les socialistes, étant donné qu'il s'agit d'une proposition soutenue fortement par le Front nationale et encore - ce qui montre les cabrioles idéologiques à quoi se prête la politique pour garder le pouvoir – qualifiée en termes virulents (« absurde », « nauséabonde ») par Manuel Valls, lorsqu'en 2010 une mesure analogue avait été prônée par Nicolas Sarkozy.

Dans le code civil français, article 25, la déchéance de la nationalité est prévue pour les individus l'ayant acquise et condamnés pour des faits très graves⁴²⁸, commis antérieurement à l'acquisition ou dans le délai de dix ou quinze⁴²⁹ ans à compter de cette acquisition (art. 25-1).

⁴²⁵ V. *supra* § 2.

⁴²⁶ Enregistré à la présidence de l'assemblée nationale avec le n° 3381.

⁴²⁷ Avec la seule suppression des mots « *sous le contrôle du juge administratif* », « inutiles s'agissant de mesures de police administrative placées naturellement sous le contrôle du juge administratif » (v. § 11 de l'avis), et la spécification que l'état d'urgence peut être déclaré sur tout ou partie du territoire de la République (v. § 16 de l'avis).

⁴²⁸ Ou s'étant livrés au profit d'un État étranger à des actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France.

⁴²⁹ Le délai est porté à quinze ans lorsque l'individu a été condamné pour un acte qualifié de crime ou délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme.

Cela à condition qu'ils aient une autre nationalité, la création de l'apatridie étant en principe⁴³⁰ interdite par le droit interne, ainsi que par le droit international, car le droit à une nationalité est un droit fondamental de l'individu quelle que soit la gravité des actes commis.

Dans le même code, article 23, est aussi prévue la perte de la nationalité, à certaines conditions (*in primis*, possession ou acquisition d'une autre nationalité), pour les Français d'origine, à la suite d'un choix explicite de l'intéressé (déclaration expresse, exercice de la faculté de répudiation) ou implicite dans les faits (manque de possession d'état et de résidence habituelle), ou bien comme sanction en deux hypothèses : *a*) lorsque le Français « se comporte en fait comme le national d'un pays étranger », à condition qu'il ait la nationalité de ce pays (art. 23-7) ; *b*) lorsque il n'obéit pas à l'injonction du gouvernement de résigner un emploi ou cesser son concours « dans une armée ou un service public étranger ou dans une organisation internationale dont la France ne fait pas partie » (art. 23-8), dans cette hypothèse ne figurant pas non plus la règle contre l'apatridie.

Telles étant les sources normatives, on aurait pu aisément proposer une intégration aux dispositions du code civil visant la perte de la nationalité pour les Français comme sanction à leurs comportements, plutôt que créer une tempête, politique et juridique, en prônant la constitutionnalisation de la déchéance.

Dans son avis du 11 décembre 2015 le Conseil d'État, après avoir dissipé tout doute sur une éventuelle violation du principe d'égalité, la déchéance de nationalité étant déjà prévue pour ce qui ont acquis la nationalité française⁴³¹, énonce les aspects problématiques de l'extension aux binationaux nés en France :

a) atteinte à « un éventuel principe fondamental reconnu par les lois de la République⁴³² interdisant de priver les Français de naissance de leur nationalité » ;

b) conformité douteuse au principe de la garantie des droits proclamé par l'article 16 de la déclaration de 1789, la nationalité française dès la naissance représentant un élément constitutif de la personne ;

c) bien que « la disposition envisagée ne [soit], par elle-même, contraire à aucun engagement international ou européen » de la France, impossibilité d'exclure une décision de la Cour européenne des droits de l'homme pour l'impact négatif de la mesure sur la vie privée et familiale de la personne concernée, ainsi que de la Cour de justice de l'Union pour les effets du retrait de la nationalité sur le statut de citoyen de l'Union, même si peu probable étant donné la gravité des crimes envisagés.

En outre, le Conseil d'État fait remarquer qu'« une telle mesure aurait une portée pratique limitée » et que « la perspective d'une éventuelle déchéance de la nationalité française aurait sans doute peu d'effet dissuasif sur les personnes décidées à commettre les infractions mentionnées par le projet ».

⁴³⁰ Sauf exception (v. art. 23-8 du code civil).

⁴³¹ Même si des doutes peuvent être avancés sur la différence de traitement des Français binationaux par rapport aux Français ayant une seule nationalité, ce qui a amené certains à suggérer la prévision de la sanction pour tout Français, indépendamment de la possession d'une autre nationalité. La conséquence de l'apatridie pour la deuxième catégorie de citoyens peut-elle légitimer la différence de traitement dans un pays qui admet des exceptions (v. art. 23-8 du code civil précité et note 23) ? Encore, on peut faire l'hypothèse, plus d'école que réelle, d'une abrogation de l'article 25 du code civil.

⁴³² Les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (préambule de la constitution de 1946, auquel renvoie le préambule de la constitution de 1958) sont des sources directes de normes constitutionnelles (v. *supra* note 12).

Cela dit, le Conseil d'État n'a pas le courage d'exprimer un avis négatif. En considérant que « pour autant, la mesure proposée répond à un objectif légitime », le Conseil émet un avis en principe favorable, à condition que :

a) le champ des infractions, qui sont susceptibles de justifier la déchéance de la nationalité, et qu'il appartiendra au législateur de préciser, soit limité aux actes criminels (non les délits) « constituant une atteinte grave à la vie de la Nation », la formulation « crime ou délit constituant un acte de terrorisme ou une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation », crimes ou délits tels que définis aux articles 410-1 à 421-1 du code pénal, étant trop large ;

b) le terme « terrorisme » dans la constitution soit exclu ;

c) la disposition proposée soit insérée à l'article 34 (domaine de la loi), alinéa troisième, plutôt que dans le titre premier de la constitution consacré aux grands principes de la souveraineté.

En exposant, dans le texte transmis le 23 décembre 2015 à l'assemblée nationale, les motifs de l'article 2 dans sa nouvelle rédaction d'après les observations du Conseil d'État⁴³³, le président de la République et, pour lui, le premier ministre et le ministre de la justice font appel à l'existence (certaine, non éventuelle comme dans l'avis du Conseil d'État) d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, interdisant la déchéance de la nationalité pour les Français de naissance. Cela, puisque les lois républicaines (du 7 avril 1915 et du 10 août 1927), ainsi que le décret du 12 novembre 1938, ont constamment réservés cette sanction aux binationaux ayant acquis la nationalité française, d'où la nécessité d'une révision constitutionnelle.

« Pour des personnes nées françaises » – on ajoute – « les lois républicaines n'ont jamais retenu la possibilité d'une déchéance de nationalité mais seulement d'une perte de nationalité alors que cette perte résulte normalement d'un acte volontaire ou d'une situation de fait et non d'une sanction ».

Mais, peut-on exclure la nature de sanction aux prévisions des articles 23-7 et 23-8 du code civil ? Encore : s'il existe un principe tel qu'on vient de l'énoncer, et si « la nationalité est, pour une personne née française, un attribut essentiel » – comme l'on tient à le souligner dans les motifs du projet de loi – les dispositions des articles 23-7 et 23-8 sont-elles entachées d'inconstitutionnalité ?

On conclut l'exposé des motifs du projet de loi de façon emphatique selon le style bien connu et accentué après les attentats :

« Donner à l'État les moyens de protéger la Nation contre le terrorisme et le fanatisme, dans la fidélité aux valeurs de la République, est attendu par tous les Français. Pour cela, une modification de la Constitution est aujourd'hui nécessaire. Tous les Français doivent pouvoir se rassembler autour de cette ambition partagée ».

On a vraiment de la peine à comprendre, d'un point de vue juridique et politique, la nécessité d'une telle révision de la constitution, d'autant plus, comme on l'a entendu répéter même par les hommes politiques de l'entourage du président Hollande, qu'il s'agit d'une initiative surtout symbolique ou, par les détracteurs, d'un calcul électoral, qui peut bien se retourner contre les

⁴³³ Telle est la nouvelle rédaction de la disposition : « L'article 34 de la Constitution est ainsi modifié : 1° Le troisième alinéa est remplacé par les dispositions suivantes : « – la nationalité, y compris les conditions dans lesquelles une personne née française qui détient une autre nationalité peut être déchue de la nationalité française lorsqu'elle est condamnée pour un crime constituant une atteinte grave à la vie de la Nation ; ».

prôneurs. On ne combat pas le terrorisme et le fanatisme en introduisant un état d'exception ultérieur dans la constitution française, ni en menaçant de déchéance de nationalité des fanatiques criminels, sur lesquels une telle mesure n'a aucun effet dissuasif, comme d'ailleurs souligné par le Conseil d'État.

4. Aperçu de la jurisprudence européenne

Dans son avis rendu au sens de l'article 39, al. 2, de la constitution le Conseil d'État, en se prononçant sur la déchéance de la nationalité, attire à juste titre l'attention sur les aspects problématiques liés non seulement au droit interne, mais aussi aux engagements internationaux de la France, en particulier au droit européen, et invite donc à sérieusement évaluer la nouvelle disposition à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne.

a) La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Il faut tout d'abord préciser que : a) le droit à la nationalité n'est pas, en soi, un droit conventionnel ; b) l'application de l'article 14 de la convention, interdisant toute discrimination, suppose la violation d'un droit ou liberté reconnu par la convention ; c) l'article 15 de la convention admet des dérogations aux obligations conventionnelles « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation », mais « dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international » (al. 1). Aucune dérogation n'est pourtant autorisée à l'article 2 (droit à la vie), « sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre », et aux articles 3 (interdiction de la torture), 4, al. 1 (interdiction de l'esclavage) et 7 (pas de peine sans loi) (al. 2).

Dans l'arrêt *Daoudi c. France* du 3 décembre 2009 la Cour, en se prononçant pour la violation alléguée de l'article 3 de la convention dans le cas d'expulsion du requérant, M. Kamel Daoudi, vers l'Algérie, confirme les principes généraux de sa jurisprudence, déjà énoncés dans l'arrêt *Saadi c. Italie* du 28 février 2008. Elle réitère encore une fois :

a) le caractère absolu de la prohibition de la torture et de toute autre peine ou traitement inhumain ou dégradant, « quels que soient les agissements de la personne concernée, aussi indésirables et dangereux soient-ils » ;

b) l'impossibilité de mettre en balance le risque d'encourir de tels traitements et le motifs, bien que graves (ex.: lutte antiterroriste), invoqués pour l'expulsion, afin d'exclure la responsabilité de l'État y procédant ;

c) le caractère non déterminant de l'existence d'un droit interne conforme et d'engagements internationaux acceptés par l'État de destination, lorsque des sources fiables font état de comportements incompatibles, pratiqués ou tolérés par les autorités de cet État.

L'arrêt *Genovese v. Malta* du 11 octobre 2011 concerne une autre, et très importante, interférence des questions liées à la nationalité avec la convention : le droit au respect de la vie privée et familiale, prévu par l'article 8.

S'agissant d'un cas de refus d'octroyer la nationalité à cause de la naissance hors mariage et, donc, d'une discrimination, la Cour doit tout d'abord se prononcer sur l'admissibilité de la requête, le droit à la nationalité, en soi, n'étant pas garanti par la convention et l'article 14 n'ayant pas une existence indépendante. C'est l'article 8, dont le juge réitère une interprétation très large, qui permet à la Cour d'appliquer l'article 14 et conclure pour sa violation

Selon la Cour de Strasbourg (v. § 30 de l'arrêt) :

« ... the concept of “private life” is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person. It can therefore embrace multiple aspects of the person's physical and social identity... The provisions of Article 8 do not... guarantee a right to acquire a particular nationality or citizenship. Nevertheless,... an arbitrary denial... might in certain circumstances raise an issue under Article 8... because of the impact of such a denial on the private life of the individual ».

Et le juge ajoute (v. § 33) :

« ... even in the absence of family life ».

Comme l'on constate, c'est un concept très large et très flexible de « vie privée » et des implications de son respect que la Cour adopte, et qui prête à des contentieux avec les États en matière d'acquisition et de déchéance de la nationalité.

b) La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

D'après le droit de l'Union européenne, les règles concernant l'acquisition ou la perte de la nationalité relèvent de la compétence des États membres, étant seulement interdite « toute discrimination fondée sur la nationalité » (art. 21, al. 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne).

Toutefois, le traité de Maastricht de 1992 ayant institué une citoyenneté de l'Union pour les nationaux des États membres, entraînant des droits et des devoirs prévus par les traités (*ex art. 17 CE, actuel art. 20 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*), les règles relatives à la nationalité ne sont pas sans effet sur le droit de l'Union et, par conséquent, n'échappent pas au contrôle de la Cour de justice.

Dans l'arrêt *Rottmann c. Bayern*, Grande Chambre, du 2 mars 2010, à la suite d'une demande de décision préjudicielle introduite par le Bundesverwaltungsgericht allemand, la Cour réitère sa jurisprudence sur la compétence des États membres en matière d'acquisition et de perte de la nationalité, conformément aussi au droit international (v. arrêts *Micheletti et autres c. Delegación del Gobierno en Cantabria* du 7 juillet 1992, § 10 ; *État belge c. Fatna Mesbah* du 11 novembre 1999, § 29 ; *Zhu and Chen v. Secretary of State for the Home Department* du 19 octobre 2004, § 37), mais en même temps souligne que « le fait qu'une matière ressortit à la compétence

des États membres n'empêche pas que, dans des situations relevant du droit de l'Union, les règles nationales... doivent respecter ce dernier » (v. § 41 de l'arrêt).

En ce qui concerne plus particulièrement la possession d'une nationalité d'un État membre et, par conséquent, le droit à la citoyenneté de l'Union, la Cour précise que, comme elle l'a relevé à plusieurs reprises (v. arrêts *Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale* du 20 septembre 2001, § 31 ; *Baumbast et R v. Secretary of State for the Home Department* du 17 septembre 2002, § 82), « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres » (v. § 43 de l'arrêt).

En l'espèce (cas de retrait de la naturalisation à un citoyen de l'Union, M. Janko Rottmann, l'ayant acquis au moyen d'une conduite frauduleuse et risquant l'apatridie) la Cour subordonne la légitimité du retrait à deux conditions :

a) la décision de retrait doit correspondre à un motif d'intérêt général. Tel peut être considérée l'acquisition de la nationalité à la suite d'une conduite frauduleuse, car le rapport de solidarité et de loyauté entre un État et ses ressortissants, ainsi que la réciprocité des droits et des devoirs sont le fondement du lien de nationalité. Cette conclusion est corroborée par les dispositions pertinentes de deux convention internationales : l'article 8, al. 2, de la convention sur la réduction des cas d'apatridie et l'article 7, al. 1 et al. 3, de la convention européenne sur la nationalité (v. § 51 et § 52 de l'arrêt) ;

b) la décision de retrait doit respecter le principe de proportionnalité, eu égard à la gravité de l'infraction commise, au temps écoulé entre l'acquisition de la nationalité et la décision de retrait, à la possibilité pour l'intéressé de recouvrer sa nationalité d'origine, ainsi qu'aux conséquences sur la situation de la personne concernée et des membres de sa famille d'une éventuelle perte du statut de citoyen de l'Union (v. § 55 et § 56 de l'arrêt).

Aussi cette jurisprudence, comme celle de la Cour de Strasbourg, est susceptible d'une interprétation plus ou moins stricte et peut, donc, engendrer des contentieux avec les États.

Pour faire un exemple citons l'arrêt *Pham v. Secretary of State for the Home Department*, prononcé par la Cour suprême britannique le 25 mars 2015. Le juge, en énonçant les lignes directrices pour la juridiction de renvoi, met l'accent sur la compétence étatique en matière de nationalité, bien qu'encadrée par le droit international, et se montre peu favorable à une interprétation extensive du statut de citoyen de l'Union européenne, dont il souligne le caractère subsidiaire.

5. Considérations conclusives

D'après l'article 89, al. 3, de la constitution française, un projet de loi de révision, que le président de la République décide de soumettre au parlement convoqué en congrès, en excluant la procédure du référendum (al. 2), « n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés ». Tel est le cas de la procédure de révision en cours.

Face aux fractures de la gauche, surtout sur la constitutionnalisation de la déchéance de la nationalité pour les Français binationaux, et à la difficulté d'atteindre la majorité requise, la classe politique au gouvernement offre un spectacle bien triste dans le chevauchement de propositions d'amendement au texte, tout aussi irréflechies, à la recherche d'une impossible

quadrature du cercle, apte à recueillir les suffrages des parlementaires de gauche et de droite. Ainsi, un projet de révision, dicté par l'émotion dans l'affolement des premières réactions aux attentats ou, ce qui est pire, par un calcul politique, se retourne contre ses auteurs, tombés dans un piège par eux-mêmes construit.

Encore, ayant renoncé à insérer dans le nouvel article 36-1 du projet de loi constitutionnelle le dernier alinéa de l'avant projet, légitimant la prolongation pour six mois des mesures envisagées en état d'urgence⁴³⁴, le gouvernement vient de soumettre pour avis au Conseil d'État un projet de réforme de la procédure pénale, introduisant une sorte d'état d'urgence permanent (exercice de pouvoirs renforcés par la police administrative sans l'autorisation des magistrats du siège).

L'état d'urgence, autorisé jusqu'au 26 février 2016, sera prorogé⁴³⁵, car la France est « en guerre », selon la maladroite expression employée par le président de la République à la suite des attentats du 13 novembre et réitérée maintes fois, dernièrement par le premier ministre au forum de Davos le 20 janvier 2016⁴³⁶.

Si les mots ont un poids, d'autant plus dans une situation si grave, et prononcés par des hommes politiques au plus haut niveau, on risque de reconnaître la stature d'État à un mouvement criminel qui, bien que redoutable, n'a pas droit à une telle qualification.

Malheureusement on constate en France une dérive vers des positions semblables à celles assumées aux États-Unis lors des attentats du 11 septembre 2001, y compris la dérive vers un *Patriot Act*, tristement fameux comme exemple d'une loi adoptée pour faire face à un état d'exception et devenue permanente par la suite⁴³⁷

On comprend bien qu'on ne combat pas le terrorisme et la vision obscurantiste de l'Islam qui l'inspire, en ouvrant la porte à des dérives autoritaires, contre les mêmes valeurs que l'on déclare vouloir sauvegarder, ni en introduisant dans la constitution des « symboles » (tel a été définie la disposition sur la déchéance de nationalité). Cela, d'autant plus qu'il s'agit d'une constitution prévoyant déjà des états d'exception (art. 16 et art. 36) et dépourvue d'un système adéquat de *checks and balances* entre les pouvoirs. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a déclaré la loi de 1955 sur l'état d'urgence compatible avec la constitution (décision précitée n° 85-187 DC), et l'article 34 de la constitution attribue déjà à la compétence du législateur de fixer les règles sur la nationalité.

À quoi l'exigence d'une révision constitutionnelle ? Il semble qu'on oublie que la Constitution est une charte fondamentale, qui doit énoncer les principes et les lignes directrices pour fonder et organiser une société politique, dans une perspective de longue durée.

La France et sa culture, si exaltée, sont-elles dans une si profonde décadence ?

⁴³⁴ V. *supra* note 17.

⁴³⁵ François Hollande l'a annoncé le 22 janvier, en précisant que le projet de loi sera présenté au conseil des ministres le 3 février prochain.

⁴³⁶ Un autre changement de cap de la gauche : la participation au forum économique mondial, le « club des riches ».

⁴³⁷ Le *Patriot Act* a été adopté par le congrès des États-Unis le 25 octobre 2001 (promulgué le 26 octobre par George W. Bush) et il est encore en vigueur, bien qu'avec des aménagements (en 2006, 2011, 2015). Parmi les clauses les plus critiquées, car susceptibles d'une interprétation plus ou moins flexible, il y a celle interdisant « the material support to terrorists » (v. la section 2339B de l'*Anti Terrorist Act* de 1996, renforcé par le *Patriot Act* de 2001), qui a fait l'objet d'une interprétation extensive par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Holder v. Humanitarian Law Project* du 21 juin 2010. Cette décision a été stigmatisée en tant qu'« an attack on freedom of speech guaranteed by the First Amendment » à la constitution.

La “tardiva” attuazione legislativa dell’art. 49 cost. nell’eclissi della funzione di rappresentanza dei partiti politici

di Mario Gorlani *

SOMMARIO: 1. La “parabola” dei partiti politici nello Stato costituzionale: da elementi essenziali della rappresentanza a soggetto in crisi. – 2. Verso una disciplina giuridica dei partiti politici. Luci ed ombre delle proposte di legge Guerini e Sposetti. – 3. La crisi della funzione costituzionale dei partiti politici: crisi di legalità o crisi di legittimazione?

1. La “parabola” dei partiti politici nello Stato costituzionale: da elementi essenziali della rappresentanza a soggetto in crisi

Nella storia degli ordinamenti statuali contemporanei la posizione costituzionale dei partiti politici disegna una “parabola”, che li ha visti, dapprima, fronteggiare la diffidenza - se non l’ostilità – delle istituzioni nei loro confronti ⁴³⁸; in seguito, con l’avvento della democrazia di massa conseguente all’introduzione del suffragio universale, divenire uno strumento essenziale di integrazione del corpo elettorale nelle istituzioni e assurgere così ad “effettivi detentori del potere politico nella vita dello Stato” ⁴³⁹; per poi andare incontro, negli ultimi decenni, ad una crisi di legittimazione e di capacità di mobilitazione che ne ha messo seriamente in discussione il ruolo di ingranaggi necessari e quasi esclusivi della funzione di rappresentanza ⁴⁴⁰.

All’apice di questa parabola, che coincide con il secondo “dopoguerra”, tra democrazia rappresentativa e partiti politici si è instaurato un rapporto di necessaria presupposizione, tale per cui la prima non poteva funzionare correttamente – o, addirittura, non poteva neppure essere immaginata - senza i secondi ⁴⁴¹.

Ai partiti è toccato di dare ordine alla magmaticità, eterogeneità e contraddittorietà delle opinioni e delle inclinazioni politiche individuali, organizzando le aspirazioni delle diverse classi sociali e convogliandole all’interno delle istituzioni, mediante la definizione di un’ideologia di riferimento, l’elaborazione di un programma politico-legislativo, la selezione di una classe dirigente.

* Professore associato di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l’Università degli Studi di Brescia.

⁴³⁸ Per un’analisi dei diversi approcci dello Stato moderno e contemporaneo nei confronti dei partiti politici si veda H. Triepel, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlin, 1930², pp. 12 ss.

⁴³⁹ Cfr. P. Ridola, *Partiti politici (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, p. 66.

⁴⁴⁰ Una sintesi efficace di tale “percorso” si legge in A. Barbera, *Costituzione della Repubblica*, voce, in *Annali Enc. Dir.*, VIII, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 295 ss.

⁴⁴¹ Su questo si veda G. Leibholz, *Stato dei partiti e democrazia rappresentativa*, in Id., *La rappresentazione nella democrazia*, a cura di S. Forti, Milano, Giuffrè, 1989.

L'estensione del suffragio all'intera popolazione ha reso indispensabile tali funzioni, non essendo praticabili nelle società contemporanee né forme di democrazia diretta né, in alternativa, forme di democrazia "polverizzata" e frammentaria, nella quale ciascun elettore potesse liberamente esprimere la propria idea politica o proporsi come rappresentante di altri elettori, al di fuori di un'organizzazione di partito⁴⁴². Tale funzione è stata agevolata da una divisione della società in classi con rivendicazioni e interessi affini, così che è risultato naturale immaginare di "costruire" la competizione politica come un confronto vivace e dialettico tra partiti dotati di eguali chances, ciascuno esprimente una diversa proposta politica e un diverso modello di società.

Il processo di integrazione tra partiti politici e istituzioni si è spinto al punto che l'assetto dei partiti, i loro rapporti e il grado di reciproca legittimazione, le modalità del loro agire, sono divenuti, negli anni, una chiave privilegiata di descrizione delle forme di governo e, più in generale, della qualità della democrazia rappresentativa da essi incarnata⁴⁴³.

Se i lavori dell'Assemblea costituente e i primi due decenni di esperienza repubblicana hanno segnato l'apice del ruolo dei partiti nel nostro ordinamento costituzionale, dall'inizio degli anni '60 essi hanno cominciato a misurarsi con due critiche di segno opposto, ma convergenti in una più generale polemica "antipartitica"⁴⁴⁴.

Da un lato, è divenuta sempre più insistente la critica contro la "partitocrazia", ovvero il predominio dei partiti in ogni settore della vita pubblica, la loro sempre crescente ingerenza sul funzionamento del governo e dell'amministrazione, l'alterazione del corretto rapporto tra gli organi costituzionali, ridotti a sedi di registrazione delle decisioni prese dai partiti stessi⁴⁴⁵.

Dall'altro lato, con l'irrigidimento e la burocratizzazione degli apparati di partito, si è scoraggiata una motivata partecipazione della società civile alla vita delle istituzioni, tradendo la vocazione dell'art. 49 Cost. a favore di una concentrazione della decisione politica in strutture oligarchiche e autoreferenziali.

Con la crisi dei primi anni '90 la parabola è sembrata sul punto di compiersi definitivamente. Spazzati via i partiti del cosiddetto "arco costituzionale", si sono affermate nuove formazioni politiche eterogenee rispetto a quelle tradizionali⁴⁴⁶, tanto che quasi nessuno, sintomaticamente, con la sola eccezione del Partito Democratico, conserva nel nome la denominazione di "partito".

⁴⁴² Cfr. E. Rossi e L. Gori, in *Prefazione* al volume *Partiti politici e democrazia*, Pisa, ed. Plus, 2011, definiscono lo "Stato dei partiti alla stregua di un surrogato della democrazia diretta ovvero quale forma razionalizzata di «democrazia plebiscitaria». La realizzazione di siffatta prospettiva è soggetta a diverse condizioni: tra esse, la capacità dei partiti di essere – insieme «tra i cittadini e dentro le istituzioni», in una posizione che richiede loro di assumere un ruolo di intermediazione tra Stato-comunità e Stato-apparato, sull'incerta linea di confine che separa la forma di governo dalla forma di Stato".

⁴⁴³ Secondo la nota elaborazione di L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc.dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 638 e di M. Duverger, *I partiti politici*, Milano, Comunità, 1971, p. 431, secondo cui "chi conosce il diritto costituzionale classico e ignora la funzione costituzionale dei partiti politici, ha un'idea sbagliata dei sistemi politici contemporanei; chi conosce la funzione dei partiti e ignora il diritto costituzionale classico ha un'idea incompleta ma esatta dei regimi politici contemporanei".

⁴⁴⁴ Cfr. G. Maranini, *Il tiranno senza volto*, Milano, Bompiani, 1963.

⁴⁴⁵ Cfr. P. Ridola, *Op. ult. cit.*, pp. 78-79.

⁴⁴⁶ Cfr. M. Calise, *Dopo la partitocrazia*, Torino, Einaudi, 1994. Per una ricostruzione storica delle vicende dei partiti politici nell'Italia repubblicana possono consultarsi il classico volume di P. Scoppola, *La Repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico (1945-1996)*, Bologna, il Mulino, 1997, e i due volumi di M. Cermel, *La democrazia nei partiti*, Padova, Cedam, 2003.

Le nuove formazioni politiche hanno numeri di iscritti – e ancor più di militanti che frequentano le sezioni (laddove esistono) ⁴⁴⁷ - drasticamente ridotti; ricorrono a modalità di comunicazione e di definizione della linea politica e della scelta dei candidati ⁴⁴⁸ radicalmente diverse dal passato, sempre più basate sulla personalizzazione della leadership o su modalità affidate al web e ai *social network*; sono contrassegnate da una marcata de-ideologizzazione e da un'indistinzione programmatica, che coincide con la loro istituzionalizzazione e che li induce alla lotta politica per il potere, unico, a ben vedere, motivo ispiratore della loro azione ⁴⁴⁹, più che ad un confronto-competizione per l'affermazione di progetti, proposte, se non di ideologie ⁴⁵⁰. Come è stato osservato, “il tradizionale partito di massa, ovvero la più grande innovazione politico-organizzativa della politica del Novecento, sopravvive nella mente e nel cuore di alcuni come modello ideale, ma è oggi morto e sepolto, poiché siamo entrati in una fase storica che non ha nulla a che vedere con quella che ne aveva consentito la nascita, lo sviluppo e l'affermazione” ⁴⁵¹. La questione non riguarda solo il numero di aderenti, sebbene il dato quantitativo non possa non incidere sulla funzione di rappresentanza che i partiti svolgono nel sistema costituzionale.

La questione attiene soprattutto al fatto che partiti così strutturati sono diventati strettamente “ancillari” del leader che di volta in volta scelgono: anche a causa delle trasformazioni istituzionali ed elettorali degli ultimi anni - caratterizzate dall'introduzione di forme ad elezione diretta del vertice dell'esecutivo (per il livello regionale e locale) e da una marcata personalizzazione della competizione elettorale anche a livello nazionale – i partiti hanno tramutato la missione costituzionale di aggregare i cittadini per “concorrere alla determinazione della politica nazionale” quasi esclusivamente nello sforzo di scegliere i candidati alle varie cariche istituzionali dotati di maggiore capacità comunicativa; demandando poi al leader - e, comunque, agli eletti - la definizione della linea politica, affidata così alla sua intuizione più che ad un dibattito interno.

A questo quadro di marginalizzazione dei partiti politici si aggiungono, poi, vicende evidenziate dalla cronaca, che raccontano di malversazioni, utilizzo improprio di denaro pubblico, potentati locali che operano in modo spregiudicato senza alcun controllo democratico, prima che giudiziario.

La crisi dei partiti alla luce del paradigma costituzionale va dunque considerata non solo come un problema di legalità e di controlli delle risorse a disposizione dei partiti, ma in una prospettiva centrata soprattutto sul fatto che il partito conserva un ruolo essenziale nell'ingranaggio elettorale e nel funzionamento delle istituzioni, avendo perso però, da un lato, la capacità di mobilitazione e di inclusione effettiva dei cittadini nei suoi processi interni e, dall'altro lato, la forza effettiva di

⁴⁴⁷ I dati sul numero degli iscritti ai partiti politici sono pubblicati dall'Istituto Cattaneo, consultabili su www.cattaneo.org.

⁴⁴⁸ Cfr. G. Sartori, *Homo videns. Televisione e post-pensiero*, Bari, Laterza, 2007.

⁴⁴⁹ Secondo G. Guarino, *La classe politica come istituzione*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà (Studi in onore di Paolo Barile)*, Padova, Cedam, 1990, pp. 357 ss., si è prodotta una omologazione che rende giustificato parlare di “classe politica”, diventata essa stessa un'istituzione.

⁴⁵⁰ Nel suo saggio C. Mortati, *Concetto e funzione dei partiti politici*, in *Quaderni di Ricerca*, 1949, p. 3, sottolinea che uno dei tratti essenziali che distingue il partito politico da altre formazioni è “il perseguimento di principi programmatici di politica generale, che li differenzia dalle fazioni, o da raggruppamenti diretti a sostenere determinate persone”.

⁴⁵¹ Cfr. P. Ignazi, *Forza senza legittimità: il vicolo cieco dei partiti*, Bari, Laterza, 2012

indirizzare le decisioni politiche in un contesto sempre più globalizzato e condizionato da fattori esterni e non controllabili ⁴⁵².

Sono, d'altro canto, venute meno le tradizionali *cleaveges* che avevano consentito ai diversi partiti di definire una precisa ideologia capace di parlare soprattutto all'una o all'altra classe sociale. Oggi, ai tradizionali temi della diseguaglianza economica e della redistribuzione del reddito e delle opportunità sociali – che storicamente hanno segnato la linea di demarcazione tra le forze politiche - si sono affiancati nuove suggestioni – legate alle questioni etiche, ai rapporti internazionali, a temi come l'ordine pubblico, la sicurezza, l'immigrazione - che interessano trasversalmente le forze politiche e impediscono l'elaborazione di ideologie compiute e coerenti; così che, una volta di più, finisce per assumere un ruolo determinante la personalità del leader, il suo carisma, la sua capacità di adattarsi alle molteplici suggestioni quotidiane, più che una visione organica della società e delle sue possibili trasformazioni.

2. Verso una ulteriore disciplina giuridica dei partiti politici: luci ed ombre delle proposte di legge Guerini e Sposetti

Pur riconoscendo l'essenzialità del ruolo dei partiti nel meccanismo della rappresentanza politica e nel funzionamento delle istituzioni, ogni ordinamento ha assunto, nei loro confronti, un approccio diverso: la Costituzione della IV Repubblica francese e la Costituzione di Weimar hanno ignorato il fenomeno (pur senza negarlo), mentre l'art. 21 della Grundgesetz lo ha regolamentato come fattore essenziale di integrazione costituzionale.

Com'è noto, l'Italia, con l'art. 49 Cost., ha optato per una "soluzione intermedia": menziona la funzione costituzionale dei partiti politici, ma la colloca nel titolo IV della I parte della Costituzione, dedicato ai "rapporti politici", anziché nella II parte dedicata all' "Ordinamento della Repubblica", mettendo così in luce la natura ambivalente del partito e la sua appartenenza più alla sfera della società che a quella dei poteri costituzionali.

L'art. 49 Cost. ha lasciato aperta, peraltro, la possibilità di una loro eventuale regolamentazione giuridica: il riferimento al "metodo democratico" – su cui si è discusso a lungo se si riferisse solo all'attività "esterna", anziché all'organizzazione "interna" - consente, senza imporlo, di introdurre una disciplina positiva della vita interna del partito, volta ad assicurarne appunto il carattere democratico, la correttezza delle procedure, il controllo dell'utilizzo delle risorse raccolte. Per decenni, però, è prevalsa una qualche diffidenza verso "forme di regolamentazione legislativa dei partiti"⁴⁵³, motivata, per un verso, dalla preoccupazione che esse potessero risolversi in uno strumento di oppressione delle opposizioni ⁴⁵⁴ e, per altro verso, dalla scelta di accentuarne la

⁴⁵² C. Galli, *Il disagio della democrazia*, Torino, Einaudi, 2011, p. 39, sottolinea che "l'odierna esasperazione antipartitica – che dà spazio al populismo o all'antipolitica – si spiega non solo col loro declino di fatto ma anche con la percezione oscura, frustrante e non concettualizzata, dei limiti che il loro agire necessariamente incontra, e che nelle condizioni attuali sono più evidenti che mai". Cfr. anche S. Lieto, *La crisi dei partiti politici nella duplicità paradigmatica globale e locale*, in *www.rivistaaic.it*, n. 4/2012.

⁴⁵³ Cfr. P. Ridola, *Op. ult. cit.*, p. 79.

⁴⁵⁴ Cfr. C. Esposito, *I partiti nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 243.

prospettiva privatistica e perciò spontanea e libera nelle forme del suo agire e della sua organizzazione ⁴⁵⁵.

Di una disciplina legislativa dei partiti politici si è tornati a parlare in tempi recenti ⁴⁵⁶, giungendo anche all'approvazione di leggi ⁴⁵⁷ che, nel ridefinire (fino a cancellarlo) le modalità del finanziamento pubblico, hanno colto l'occasione per abbozzare una disciplina organica dell'organizzazione interna in senso democratico, fino a questo momento ignorata dal legislatore e affidata a dinamiche prettamente privatistiche e associative. La normativa italiana si inserisce in una tendenza più ampia, comune alla stessa Unione europea ⁴⁵⁸, che ritiene ormai superate le antiche riserve sulla regolamentazione giuridica della vita interna dei partiti e che dà prevalente rilievo ad esigenze di trasparenza e di controllo, onde contrastare le spinte delegittimanti prodotte da gestioni accentrate ed oligarchiche se non da episodi di vere e proprie malversazioni e distrazioni di risorse ⁴⁵⁹.

In particolare, il decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149 convertito con modificazioni nella legge n. 13 del 2014, si basa sul presupposto che, se si vuole accedere a forme di contribuzione volontaria o a forme di contribuzione indiretta, il partito politico deve darsi un ordinamento interno trasparente: la scelta di un ordinamento interno “democratico” – assicurato da uno statuto che abbia i contenuti minimi fissati dall'art. 2 del d.l. 149 del 2013 – diventa quindi una condizione e non un obbligo, per il partito che voglia beneficiare di forme di contribuzione diretta o indiretta. La conformità dello statuto alle regole di legge è verificata da un'apposita “Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici”, composta da cinque componenti, di cui uno designato dal Primo presidente della Corte di cassazione, uno designato dal Presidente del Consiglio di Stato e tre designati dal Presidente

⁴⁵⁵ Come osserva K. Hesse, *La posizione costituzionale dei partiti politici nello Stato moderno*, a cura di G. Grasso, Seregno, Herrenhaus 2012, p. 18, “i partiti politici ubbidiscono anche, se non addirittura in modo predominante, a leggi diverse da quelle del diritto. In particolare è il potere autoregittimante della politica che si fa valere in questo ambito”.

⁴⁵⁶ Cfr. A. Ruggeri, *Note minime in tema di democrazia interna dei partiti*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2011. E. Rossi, *La democrazia interna nei partiti politici*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2011, ricorda che “se fino a qualche anno fa prevalenti erano le ragioni di prudenza che miravano a ritenere non opportuno un intervento legislativo in siffatta materia, un recente convegno dell'Associazione Italiana dei costituzionalisti ha fatto registrare un mutamento generalizzato di clima: quasi unanime è stata la richiesta di una disciplina legislativa sui partiti, e sostanziale condivisione è registrabile anche sui contenuti di essa”.

⁴⁵⁷ Mi riferisco, in particolare, alla legge 6 luglio 2012, n. 96, intitolata “Norme in materia di riduzione dei contributi pubblici in favore dei partiti e dei movimenti politici, nonché misure per garantire la trasparenza e i controlli dei rendiconti dei medesimi. Delega al Governo per l'adozione di un testo unico delle leggi concernenti il finanziamento dei partiti e dei movimenti politici e per l'armonizzazione del regime relativo alle detrazioni fiscali”; e al successivo decreto-legge n. 149 del 2013, convertito con modificazioni nella legge n. 13 del 2014, intitolato “Abolizione del finanziamento pubblico diretto, disposizioni per la trasparenza e la democraticità dei partiti e disciplina della contribuzione volontaria e della contribuzione indiretta in loro favore”.

⁴⁵⁸ L'Unione Europea ha disciplinato l'organizzazione dei partiti politici europei con il Regolamento UE 1141 del 2014, raccogliendo la sollecitazione dell'art. 191 del Trattato Ce e dell'art. 12 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione: cfr., in tema, G. Rizzoni, *Demos europeo e partiti politici: l'Europa alla ricerca di un regolamento*, in *www.archivio.rivistaaic.it*. Cfr. anche G. Grasso, G. Tiberi, *Il finanziamento dei partiti politici europei*, in *Il finanziamento dei partiti politici*, a cura di F. Biondi, G. Tarli Barbieri, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

⁴⁵⁹ Come ricorda S. Merlini, *I partiti politici ed il metodo democratico*, relazione tenuta al Convegno AIC di Alessandria nel 2008, consultabile in *www.archivio.rivistaaic.it*, p. 26 del *paper*, “nelle ultime legislature si sono moltiplicate le proposte di legge provenienti da parlamentari singoli o associati che hanno cercato di dare una risposta ad una pressione dell'opinione pubblica che si manifesta sempre più critica nei confronti dell'attuale democrazia dei partiti”.

della Corte dei conti. Tutti i componenti sono scelti fra i magistrati dei rispettivi ordini giurisdizionali con qualifica non inferiore a quella di consigliere di cassazione o equiparata. Conformemente alla prospettiva comunitaria, la verifica del carattere “democratico” degli statuti è quindi affidata ad un organismo indipendente, nell’intento di sottrarre al controllo politico l’attribuzione della personalità giuridica. L’art. 9 dello stesso d.l. 149, inoltre, penalizza con una riduzione della contribuzione indiretta le forze politiche che non assicurino una presenza in lista dei due generi per almeno il 40% ciascuno.

Nonostante il poco tempo trascorso dall’entrata in vigore delle recenti novità normative, sono state depositate nei due rami del Parlamento nuove proposte di legge che, pur con non trascurabili differenze, tendono ad obiettivi più ambiziosi.

La proposta di legge Guerini (AC 3147), infatti, rende obbligatoria l’acquisizione della personalità giuridica quale condizione per l’accesso ai benefici del decreto-legge 149 del 2013 (detrazioni per le erogazioni liberali e destinazione del 2 per mille Irpef) e – vera novità della proposta – per la presentazione di liste di candidati per l’elezione alla Camera dei deputati.

Anche la proposta di legge Sposetti (AS 1852) rende automatica l’acquisizione della personalità giuridica a seguito dell’iscrizione nel registro nazionale dei partiti politici di cui all’art. 4 del d.l. 149 del 2013. Essa, però, obbliga i partiti a ricorrere alle elezioni primarie – sia pure lasciando a ciascun partito la determinazione delle modalità di svolgimento – per la scelta delle candidature per l’elezione dei membri del Parlamento europeo, del Parlamento nazionale, dei Consigli regionali nonché per la carica di Presidente della Giunta regionale, pena la riduzione fino al 50% della contribuzione volontaria del 2 per mille e la sua devoluzione agli altri partiti che invece celebrino le primarie. La proposta, infine, esonera i partiti, riconosciuti e costituiti in gruppi parlamentari o aventi almeno un rappresentante presso il Parlamento europeo o presso un Consiglio regionale, dalla raccolta di firme per la presentazione delle liste di candidati in occasione delle consultazioni elettorali.

Come si vede, le due proposte di legge si propongono di regolare in termini giuridici sempre più stringenti la democraticità e la trasparenza della vita interna dei partiti. Le soluzioni non sono però coincidenti. La proposta Sposetti, infatti, ribadisce il carattere premiale dell’acquisizione della personalità giuridica, della registrazione e del ricorso alle primarie, sanzionandone la mancanza soltanto con una riduzione della contribuzione finanziaria.

La proposta Guerini va ben oltre, rendendo obbligatorio l’acquisto della personalità giuridica anche per la partecipazione alla competizione elettorale; con il rischio di “burocratizzare” ulteriormente le possibilità di accesso alla competizione elettorale, già oggi abbastanza complesse dal punto di vista formale per le forze politiche non dotate di apparati strutturati; in un periodo in cui la dinamica dei processi politici è talmente veloce da imporre per la presentazione delle liste elettorali tempi davvero ristretti.

Ma la vera questione di fondo della proposta Guerini è un’altra: ha ancora senso riservare in via esclusiva ai partiti la funzione di rappresentanza dei cittadini in seno alle istituzioni, quando la legittimazione politica segue vie diverse, difficilmente riconducibili ai paradigmi tradizionali ⁴⁶⁰?

⁴⁶⁰ L. Carlassare, *Principi costituzionali, sistema sociale, sistema politico*, in www.costituzionalismo.it, 2008, dubita che “la Costituzione pensasse ai partiti come protagonisti esclusivi della politica: attori principali, di certo, non esclusivi”.

Ha ancora senso dare ai partiti l'esclusiva della competizione elettorale, se quasi ogni giorno si annuncia la discesa in campo di imprenditori o manager o giornalisti o magistrati "di successo", sospinti solo dalla propria notorietà e, non secondariamente, dalle disponibilità economiche che riescono a raccogliere; se la pubblica opinione sulle tematiche politiche si forma nei social network; se i partiti non elaborano più programmi di politica nazionale, ma solo liste di candidati più o meno competitivi?

3. La crisi della funzione costituzionale dei partiti politici: crisi di legalità o crisi di legittimazione?

Se, dunque, la crisi dei partiti politici va declinata non solo come crisi di legalità interna, ma, più in generale, come crisi di legittimazione, intesa come ridotta capacità di coinvolgimento dei cittadini e di determinazione dell'indirizzo politico nazionale ⁴⁶¹, è lecito dubitare della necessità/opportunità di una regolamentazione legislativa della vita interna dei partiti che vada oltre la normativa vigente, secondo quanto ipotizzano le due proposte di legge esaminate ⁴⁶².

Sicuramente procedure interne più democratiche e trasparenti potrebbero aiutarli a superare, almeno in parte, il discredito accumulato in questi anni; ma, sotto questo punto di vista, la disciplina vigente pare già più che idonea allo scopo. D'altro canto, per quel che si è detto, un'accentuata istituzionalizzazione dei partiti – mediante la formalizzazione delle procedure interne - rischia di indebolire ulteriormente quel tratto di spontanee aggregazioni tra cittadini accomunati da una visione comune della società che ne rappresenta, da sempre, la principale peculiarità all'interno dell'ordinamento costituzionale.

Discutere, oggi, di come regolare giuridicamente la vita interna di partiti ormai ampiamente "disertati" dai loro protagonisti (i cittadini) è, a dir poco, tardivo e fuori tempo massimo. L'art. 49 Cost. pone un ben più stringente interrogativo: il recupero del ruolo originario del partito quale strumento a disposizione dei cittadini per l'elaborazione della politica nazionale e per la trasformazione di una "democrazia di investitura" - come quella basata sui soli meccanismi elettorali - in una democrazia "continua" e "partecipe" nell'arco dell'intera legislatura ⁴⁶³; e, quindi, di legittimazione delle stesse istituzioni rappresentative. Sotto altro aspetto, ci si deve chiedere se tale ruolo possa ancora essere rivendicato esclusivamente dai partiti o debba essere condiviso anche con strumenti e canali alternativi, che la società contemporanea ha ampiamente

⁴⁶¹ P. Marsocci, *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, p. 49, analizza il fenomeno dei "movimenti", e ne individua la ragion d'essere nella "incapacità (ed anche il disinteresse!), rispetto al passato, di partiti politici e istituzioni rappresentative nazionali e dell'U.E. nel ridurre le diseguaglianze sociali e nel prospettare un diverso modello di sviluppo, contrapponendosi in modo efficace agli effetti della globalizzazione neoliberista, che è considerata da chi protesta la sua principale causa".

⁴⁶² Tutti i partiti politici, peraltro, si sono dotati di uno statuto che ricalca, sostanzialmente, il contenuto dell'art. 3 del d.l. 149 del 2013. Gli statuti sono consultabili sul sito internet di ciascuna forza politica.

⁴⁶³ C. Esposito, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1953, pp. 10-11, muoveva dalla constatazione che "in un regime 'meramente' rappresentativo nel quale fosse concesso ai cittadini il solo potere di votare, tali cittadini sarebbero schiavi per lunghi anni e ... liberi e sovrani nel solo giorno della libera scelta dei loro rappresentanti". Infatti, "il contenuto della democrazia non è che il popolo costituisca la fonte storica o ideale del potere, ma che abbia il potere ... E che non abbia la nuda sovranità (che praticamente non è niente) ma l'esercizio della sovranità (che praticamente è tutto)".

sperimentato e che l'ordinamento giuridico dovrebbe perciò assecondare, più che scoraggiare con discipline giuridiche limitative.

Tali domande intersecano il dibattito sulla legge elettorale, da tempo al centro dello scontro politico e oggetto di continue modifiche, sfociate da ultimo nell'approvazione della legge 6 maggio 2015, n. 52 (il c.d. *Italicum*). Da anni, infatti, il dibattito politico – ma anche scientifico – nel nostro Paese non ha esitato ad attribuire alla pessima qualità delle leggi elettorali (il cosiddetto *Porcellum*: legge 270 del 2005; ma anche le manipolazioni a cui si è prestato il *Mattarellum*: leggi 276 e 277 del 1993) lo scadimento della funzione di rappresentanza esercitata dai partiti politici, descritti come oligarchie di “nominati” autoreferenziali e chiuse ad un autentico confronto e scambio con la società che dovrebbero rappresentare.

Si è cioè teorizzato un opinabile rovesciamento del rapporto di causa ed effetto, secondo cui sarebbero state le leggi elettorali ad accentuare la decadenza dei partiti, e non invece la degenerazione dei partiti a compromettere il funzionamento delle leggi elettorali (e, di conseguenza, della forma di governo). Mentre l'esperienza comparata insegna che, in un sistema dei partiti ben strutturato e funzionante, qualunque legge elettorale – purché rispettosa di requisiti minimi di razionalità e di coerenza con gli obiettivi che si propone – è in grado di produrre il risultato sperato di assicurare stabilità delle maggioranze di governo e adeguata rappresentatività delle assemblee legislative.

Se è vero questo assunto, il tema della riqualificazione delle forme e degli strumenti di partecipazione dei cittadini alla determinazione della politica nazionale assurge a snodo decisivo e preliminare di qualunque progetto di riforma costituzionale o elettorale.

È un tema che ci porterebbe lontano e che non può essere affrontato nel breve spazio di questo intervento. Ma non si può non riconoscere anche in questa sede il carattere per certi versi paradossale di questo dibattito: da un lato, è in atto nel nostro ordinamento una tendenza alla semplificazione del processo democratico a favore di una leaderizzazione della decisione politica e di una sua maggiore efficienza; mentre non ci si avvede, dall'altro lato, che questo processo rende inesorabilmente deboli, fino al loro esautoramento, i partiti politici e la loro funzione costituzionale⁴⁶⁴. Spostando consapevolmente verso il vertice dell'esecutivo, eletto direttamente dai cittadini attraverso meccanismi istituzionali o attraverso investiture primarie o altrimenti plebiscitarie, il cuore della decisione politica, e assecondando l'idea che gli organi che si possono confrontare con il vertice dell'esecutivo, dentro le istituzioni (Parlamento, Consigli regionali, Consigli comunali dentro le istituzioni) e al di fuori di esse (sezioni e organismi di partito), non devono “disturbare il manovratore”, perché spetta a quest'ultimo il compito e la responsabilità di captare gli umori della sua comunità di riferimento, si imbocca più o meno consapevolmente la strada - probabilmente inevitabile per un lato, irreversibile per altro lato - che porta allo svuotamento della funzione costituzionale dei partiti, sostituiti da surrogati più o meno improvvisati, ma comunque lontani dal modello immaginato dai Costituenti.

⁴⁶⁴ L. Carlassare, *Principi costituzionali, sistema sociale, sistema politico*, cit., ricorda che “l'art. 49 ben esprime il carattere strumentale dei partiti: il soggetto della proposizione sono i *cittadini* che «hanno il diritto di associarsi liberamente in partiti *per concorrere* con metodo democratico *a determinare la politica nazionale*”; e che “già per questo (e non solo per un'interpretazione del «metodo democratico») i partiti-vertice dovrebbero essere esclusi: non adempiendo allo scopo per il quale sono stati previsti, allo stesso modo dei partiti personali”.

Si vuol dire, in altre parole, che la prima medicina per curare il “grande malato” (il sistema dei partiti) e restituirgli l’essenziale ruolo a cui è chiamato nell’ordinamento costituzionale va cercata nel ritorno ad una architettura istituzionale che, pur con le necessarie razionalizzazioni, attribuisca agli organi più direttamente rappresentativi del corpo elettorale la responsabilità della decisione politica. Soltanto così, a mio parere, si può pensare di rimotivare i cittadini ad una presenza attiva all’interno di formazioni politiche a cui venga riconosciuta l’effettiva capacità di incidere sulle scelte delle istituzioni. Diversamente, sarà difficile fermare il “piano inclinato” verso forme di democrazia plebiscitaria.

Senza rosa e senza pugno? considerazioni giuridico-simboliche sulla presenza elettorale dei radicali in italia

di Gabriele Maestri*

Abstract

Without Rose and Without Fist? Legal and Symbolic Considerations about the Electoral Presence of the Radicals in Italy

Two lists of candidates called “Radicali” will take part in the next local elections in Milan and Rome, in a very delicate period for the Radicals in Italy: nobody of them has been elected to the European or the Italian Parliament and there is a conflict among the members of the radical associations about the political and electoral actions to pursue.

First of all, this paper analyzes the evolution of the statute of the Italian Radical Party, of its organization and its transformation in the Nonviolent Radical Party Transnational and Transparty, with the creation of a “radical galaxy” of associations (including the political movement called Italian Radicals and the Pannella List, the “electoral” subject most employed by the Radicals). This is also the occasion to examine the party symbols and the electoral ones used by the Radicals, trying to consider their chronological evolution and their ownership, dealing also with confrontations and litigations about them (especially referring to “the Rose in the Fist” and to the use of the word “Radicali” when it is established that radical associations “as such” do not take part in elections).

SOMMARIO: 1. Introduzione (e *casus reflectionis*). – 2. Il partito e la “galassia” radicale: *excursus* giuridico-associativo. – 2.1. Dal Partito radicale al trasparente. – 2.2. “Soluzioni creative”: liste e galassie. – 3. Presenza elettorale radicale e vicende simboliche. – 3.1. Dalle origini al trasparente. – 3.2. Dagli anni '90 in poi: aggiustamenti e “biodegradabilità”. – 4. Il presente e il (possibile) futuro politico-elettorale dei radicali: riflessioni sulla forma giuridica. – 5. *Tavola riassuntiva dei simboli citati*.

* Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate. Borsista e cultore di Diritto dei partiti italiano e comparato, Dipartimento di Scienze politiche - Università di “Roma Tre”. L'autore è grato all'archivio elettorale del Ministero dell'Interno, nonché ai dirigenti e militanti radicali che, con fiducia e pazienza, hanno fornito informazioni, conoscenze e ricordi sufficienti a ricostruire, con un dignitoso margine di precisione, le vicende qui analizzate.

1. Introduzione (e *casus reflectionis*)

Il turno di elezioni amministrative previsto per il 5 giugno 2016, interessante sotto vari profili dal punto di vista politico e politologico, offre spunti di analisi e riflessione anche sul piano giuridico; tra questi, merita di essere considerata con attenzione la presenza di liste dichiaratamente radicali nelle consultazioni relative a Milano e Roma.

Si tratta di un evento significativo – sebbene non certo “nuovo” – per almeno due ordini di motivi. Da una parte, negli ultimi due anni la presenza elettorale dei radicali in Italia (con proprie liste, chiaramente identificabili e magari contenenti l’aggettivo «radical*») è apparsa ridotta rispetto al passato, per cui la partecipazione al prossimo turno elettorale nelle due città maggiori d’Italia acquista un certo peso; dall’altro lato, è innegabile come quell’area politica stia vivendo un periodo decisamente delicato e complesso – segnato tra l’altro dalle precarie condizioni di salute del *leader* storico Giacinto Marco Pannella – nel quale la visibilità scarseggia, anche per l’assenza – dal 2013 – di rappresentanti radicali in Parlamento e, per giunta, non sembra registrarsi un’unità di intenti all’interno del gruppo dirigente e degli stessi militanti, quanto all’azione politica (ed eventualmente elettorale) a breve e medio termine ⁴⁶⁵. Lo stesso emblema scelto per queste elezioni, del resto, denota una discontinuità grafica non trascurabile: ciò, secondo alcuni, a fronte di una continuità ideale almeno parziale, potrebbe essere segno di un “cambio di passo” che vada al di là delle soluzioni visive adottate.

Il tentativo di comprendere meglio cosa stia accadendo nell’area radicale dà l’occasione, a chi studia le forme (giuridiche e organizzative) dell’offerta politico-elettorale, di tentare di ripercorrere gli strumenti associativi con cui i militanti hanno agito e si sono proposti agli elettori. Il lavoro non è semplice: il quadro si è oggettivamente complicato negli ultimi trent’anni e talvolta l’accesso a documenti scritti e “ufficiali” si è rivelato difficile o impossibile, diventando necessario riferirsi anche a testimonianze orali, non sempre di prima mano. La ricostruzione che seguirà, dunque, non ha pretese di completezza o di esattezza: si tratta semplicemente di un tentativo di mettere ordine alle notizie e al materiale disponibile, per dare a tutto ciò un inquadramento giuridico corretto o, per lo meno, plausibile.

2. Il partito e la “galassia” radicale: *excursus* giuridico-associativo

Il Partito radicale (d’ora in poi anche Pr), come formazione politica che per anni è stata in prima linea nelle battaglie per i diritti civili, ha assunto la sua conformazione più nota agli italiani nella seconda metà degli anni ’60, avendo come punto di svolta il III congresso straordinario del partito

⁴⁶⁵ Lo indicano gli articoli dedicati alla presentazione delle liste radicali – v. A. Trocino, *Radicali in campo a Roma e Milano con nuovo simbolo (e senza Pannella)*, in *Corriere.it*, 1° aprile 2016, leggibile su http://www.corriere.it/politica/16_aprile_01/radicali-campo-roma-milano-nuovo-simbolo-senza-pannella-e735e8b8-j7j8-11e5-b848-7bd2j7c41e07.shtml (consultato il 26 aprile 2016) e F. Liuzzi, *Elezioni, cosa faranno i Radicali a Roma e Milano*, in *Formiche.net*, 2 aprile 2016, leggibile su <http://formiche.net/2016/04/02/elezioni-cosa-faranno-radicali-roma-e-milano/> (consultato il 26 aprile 2016) – e, ancora di più, il documento *Per il Partito Radicale dello Stato di Diritto e i Diritti umani*, sottoscritto da un centinaio di militanti radicali, divulgato il 3 aprile 2016 (leggibile, tra l’altro, su <http://www.radicalifvg.org/wp/2016/04/03/elezioni-per-il-partito-radicale-dello-stato-di-diritto-e-i-diritti-umani/> – consultato il 26 aprile 2016).

(Bologna, 12-14 maggio 1967). Quell'assise, in particolare, vide l'approvazione del nuovo statuto, imperniato su alcuni elementi chiave, come la struttura federale – articolata in partiti regionali, con finalità e ordinamenti democratici del tutto autonomi, ai quali partecipano le associazioni radicali locali – l'iscrizione al soggetto politico senza che ciò comportasse per l'aderente o per l'eletto il rispetto di alcuna disciplina di partito e men che meno prevedesse l'irrogazione di sanzioni (cosa che consentì, tra l'altro, la contemporanea iscrizione a un altro soggetto politico, il cd. istituto della “doppia tessera”), i congressi a cadenza annuale per eleggere tra l'altro segretario e tesoriere, l'autofinanziamento da parte dei militanti e la pubblicità dei bilanci ⁴⁶⁶.

A dispetto della svolta appena descritta, il Partito radicale - profondamente modificato nel 1967 - risulta in piena continuità giuridica con il soggetto politico collettivo che ha iniziato la propria storia sessant'anni fa, tra l'11 gennaio 1955 (come frutto essenzialmente di un recesso collettivo, una scissione dunque, dal Partito liberale italiano) ⁴⁶⁷ e il 5 febbraio 1956 (giorno conclusivo del primo consiglio nazionale) ⁴⁶⁸. La prima fase ⁴⁶⁹ si chiuse sostanzialmente nel 1962, con la fuoriuscita di un gruppo consistente di iscritti, lasciando alla componente di sinistra – della quale era parte Marco Pannella – l'onere di proseguire la gestione del partito; l'anno successivo si aprì un periodo transitorio, con lo stesso Pannella membro di un “triumvirato” di segreteria, che guidò il gruppo fino alla nuova assise congressuale, quella già citata del 1967.

Da quel momento la “forma partito” rimase sostanzialmente invariata fino al 1988, anno in cui la natura e l'assetto di quel soggetto politico e giuridico mutarono profondamente. Il XXXIV congresso (Bologna, 2-6 gennaio 1988), infatti, ritenendo «ormai non più rinviabile la costruzione di una forza politica transnazionale, unico strumento adeguato per affermare gli ideali e i valori e per raggiungere gli obiettivi che hanno costituito per trent'anni la ragione stessa del Partito radicale e delle sue lotte politiche», scelse di «portare a compimento la propria trasformazione in soggetto politico transnazionale [...] anche nella concretezza della sua realtà associativa», proponendosi come «strumento di organizzazione politica, oltre ed attraverso le frontiere nazionali, aperto alla partecipazione anche di appartenenti a diversi partiti nazionali». Diretta conseguenza di tale decisione fu la scelta in base alla quale «[i]l Partito radicale in quanto tale non parteciperà [...] alle competizioni elettorali nazionali» ⁴⁷⁰.

La trasformazione del soggetto – anche in questo caso, nella piena regolarità statutaria e continuità giuridica – proseguì con il XXXV congresso, il primo svolto all'estero (Budapest, 22-

⁴⁶⁶ La mozione generale approvata dal congresso si legge all'indirizzo <http://www.radicalparty.org/it/content/mozione-generale-approvata-dal-iii-congresso-straordinario-del-pr-bologna-12-13-14-maggio-19>; lo statuto approvato nell'assise si legge all'indirizzo http://old.radicali.it/search_view.php?id=44564 (link consultati il 26 aprile 2016); da qui in avanti, gran parte dei documenti citati risulta tuttora consultabile attraverso la messa in rete dell'archivio storico radicale, accessibile attraverso il sito <http://old.radicali.it>.

⁴⁶⁷ In origine la denominazione era Partito radicale dei democratici e dei liberali italiani.

⁴⁶⁸ Lo statuto provvisorio del Partito radicale, approvato proprio in quel giorno, si può tuttora leggere all'indirizzo http://old.radicali.it/search_view.php?id=44170&lang=IT&cms; il testo definitivo dello statuto venne approvato alla fine del I congresso nazionale (Roma, 27 febbraio – 1° marzo 1959) e può essere consultato sempre nell'archivio radicale *online*, all'indirizzo http://old.radicali.it/search_view.php?id=44264&lang=IT&cms (link consultato il 29 aprile 2016).

⁴⁶⁹ Fase dominata da figure quali Leopoldo Piccardi, Mario Pannunzio, Ernesto Rossi, Leo Valiani, Guido Calogero, Giovanni Ferrara, Paolo Ungari ed Eugenio Scalfari, oltre che Marco Pannella.

⁴⁷⁰ Le citazioni sono tratte dalla mozione generale approvata dal congresso, che si può leggere all'indirizzo http://old.radicali.it/search_view.php?id=49582; la scelta della trasformazione in senso transnazionale, peraltro, era stata anticipata dal XXXII congresso – II sessione (Roma, 26 febbraio – 1° marzo 1987), la cui mozione generale si legge all'indirizzo http://old.radicali.it/search_view.php?id=49307&lang=IT&cms (link consultati il 29 aprile 2016).

26 aprile 1989)⁴⁷¹, adottando nella pratica prima che nel nome la dicitura di «Partito radicale transnazionale» (d'ora in poi anche Prt), fino ad assumere ufficialmente nel 2007 la denominazione tuttora in uso di «Partito radicale non violento, transnazionale e transpartito» (in breve, Prntt)⁴⁷². Il cammino sarebbe proseguito con non poche difficoltà – essenzialmente di ordine organizzativo, economico e finanziario – ma anche ottenendo risultati di valore, come il riconoscimento – il 20 giugno 1995 – dello *status* di Organizzazione non governativa di primo livello nel Consiglio economico e sociale dell'Onu: da quel momento il partito si è fatto portavoce (in particolare presso la commissione Diritti umani dell'Onu) di vari soggetti individuali e collettivi in tema di promozione e difesa di diritti civili e politici e ha dato un contributo determinante, tra l'altro, all'istituzione del Tribunale penale internazionale (obiettivo raggiunto nel 1998) e all'adozione della Risoluzione per una moratoria universale delle esecuzioni da parte dell'Assemblea Generale dell'Onu.

2.2. “Soluzioni creative”: liste e galassie

Accanto a tutto ciò, tuttavia, negli aderenti al progetto radicale c'era la consapevolezza che la deliberata assenza del Prt (e, in seguito, del Prntt) «in quanto tale» dalle elezioni nazionali non dovesse comportare in automatico la completa assenza dei radicali dal voto, come elettori e soprattutto come candidati: già la mozione generale del XXXIV congresso del 1988, infatti, aveva precisato che «[i]l Partito radicale, nel momento in cui decide di rinunciare anche e in primo luogo in Italia alle competizioni elettorali, consegna ai radicali la responsabilità di perseguire con il massimo di iniziativa la promozione di nuovi soggetti politici riformatori e di aggregazioni politiche ed elettorali capaci di prefigurare una forza laica di alternativa che possa governare la trasformazione democratica delle istituzioni».

Una proposizione simile, se da un lato non escludeva – stante anche la citata assenza di disciplina di partito – la candidatura di singoli esponenti in liste presentate da altri partiti, qualora fosse stata ritenuta utile per portare avanti gli obiettivi del Prt, dall'altro rendeva possibile per lo stesso scopo la formazione di liste *ad hoc* («soggetti politici riformatori») da parte di iscritti radicali. Se, in vista delle elezioni europee del 1989 – prima consultazione a livello nazionale seguente alla trasformazione del Partito radicale – la prima strada fu perseguita da vari esponenti di spicco del partito⁴⁷³, la seconda portò alla nascita, con tanto di atto costitutivo e statuto nella forma dell'atto

⁴⁷¹ Lo statuto, dopo gli interventi del XXXIV e del XXXV congresso, risultò modificato nel testo leggibile all'indirizzo http://old.radicali.it/search_view.php?id=49577&lang=IT&cms (consultato il 29 aprile 2016). Va peraltro segnalato che lo statuto mantiene anche il «preambolo» concepito da Marco Pannella e inserito prima delle disposizioni statutarie dal XXIII congresso straordinario del Pr (Roma, 7-9 marzo 1980), la cui mozione generale può essere letta all'indirizzo http://old.radicali.it/search_view.php?id=47031&lang=&cms (consultato il 30 aprile 2016); unica proposizione abbandonata nel tempo è quella relativa all'abbrunamento del simbolo (di cui si dirà nel paragrafo successivo), anche in considerazione del cambio di emblema che nel frattempo era avvenuto e dell'impossibilità di presentarlo alle elezioni.

⁴⁷² Il cambio di nome era stato deciso dal Consiglio generale del partito a Bruxelles (7-9 dicembre 2006); la mozione approvata si legge all'indirizzo <http://old.radicali.it/newsletter/view.php?id=78656&numero=4757&title=NOTIZIE%20RADICALI>. La decisione è stata ratificata dal Senato del Prt riunitosi a Roma il 9 agosto 2007: la delibera dell'organo si legge all'indirizzo <http://www.radicalparty.org/it/content/delibera-del-senato-del-partito-radicale-riunito-roma-il-9-agosto-2007> (link visitati il 30 aprile 2016).

⁴⁷³ Marco Pannella fu candidato ed eletto con la cd. Federazione laica (che univa gli emblemi di Pli e Pri), nelle cui liste erano schierati pure candidati di pregio come Bruno Zevi, Massimo Teodori e Gianfranco Dell'Alba; il Psdi candidò Giovanni Negri, Leonid Plusc, Domenico Modugno, Gaetano Azzolina, Antonio Stango e Lorenzo Strik Lievers; i Verdi Arcobaleno inserirono in lista tra gli altri Adelaide Aglietta (eletta), Adele Faccio, Francesco Rutelli, Francesco Corleone ed Emilio Vesce.

pubblico, dell'associazione Antiproibizionisti sulla droga – Contro la criminalità politica e comune, base giuridica per costituire poi l'omonima lista che partecipò all'appuntamento elettorale ricordato ⁴⁷⁴.

Iniziò dunque nel 1989 la prassi di costituire nuovi soggetti giuridici per prendere parte alle elezioni senza l'impegno diretto del Prt-Prntt, avendo peraltro sempre alla base un pronunciamento degli organi dello stesso sul tema della partecipazione elettorale. Con questo precedente, si ritenne anche possibile proporre attraverso le liste «concrete storie politiche e civili attraverso i nomi di coloro che ritengano, a torto o a ragione, di averle incarnate e di poterle proseguire», questo per ovviare a elezioni «farsesche e indecenti, se giudicate sul piano della democraticità e della legittimità», vista l'impossibilità per i cittadini «di giudicare “programmi”, degni di tale nome, che dovrebbero essere loro sottoposti in forma di contraddittorio, seriamente e lungamente, dalla stampa e dal sistema radio-televisivo» ⁴⁷⁵.

Quest'istanza di “personalizzazione” delle liste, in senso dichiaratamente anglosassone, trovò concretezza con la costituzione – nel 1992 – dell'Associazione politica nazionale «Lista Marco Pannella», soggetto politico-giuridico tuttora esistente, che negli anni è stato lo strumento principale per la partecipazione alle elezioni (e, in second'ordine, per la relativa riscossione delle provvidenze pubbliche) di chi si è riconosciuto di volta in volta nell'area radicale ⁴⁷⁶. Anche in questo caso, l'associazione si pose come antecedente e base giuridica per la presentazione di liste con il contrassegno della “lista Pannella” e, a dispetto del nome decisamente centrato su un'unica persona – quasi nel tentativo di anticipare la “svolta uninominale” che sarebbe arrivata tra il 1993 e il 1994, con l'approvazione e la prima applicazione del nuovo sistema elettorale – fu frutto di una scelta presa all'interno del partito, valutando il contesto politico in cui la proposta si inseriva ⁴⁷⁷.

Nel 1994, vigenti le nuove leggi elettorali (ll. 4 agosto 1993, nn. 276 e 277), si decise di presentare di nuovo la lista Pannella nella quota proporzionale, schierando una nuova associazione denominata Riformatori, costituita proprio in quell'anno da soggetti chiaramente riconducibili all'area radicale ⁴⁷⁸ per contraddistinguere «l'aggregazione dei candidati in tutti i collegi

⁴⁷⁴ L'atto costitutivo – datato 27 aprile 1989 – fu firmato da Sergio Rovasio, Mario Antonino Rodolfo De Stefano, René Andreani e Maria Teresa Di Lascia; la durata dell'associazione era stata stabilita in dieci anni, anche forse per tenere aperta la possibilità – in caso di elezione di almeno un candidato – di ripresentare alla consultazione del 1994 la stessa lista o, per lo meno, lo stesso simbolo senza dover ricorrere alla raccolta delle firme. Tra gli esponenti radicali candidati nella lista, vanno ricordati Marco Taradash (eletto), lo stesso Rovasio, Angelo Pezzano, Salvatore Samperi, Laura Arconti, Andrea Valcarengi, Vincenzo Gallo (Vincino), Gaetano Dentamaro e Miranda Martino.

⁴⁷⁵ Tratto dal comunicato stampa *Pannella: meglio se anche altri decidessero di “personalizzare” il prossimo confronto elettorale. mi preparo a farlo*, leggibile all'indirizzo http://old.radicali.it/search_vien.php?id=158635&lang=IT&cms (consultato il 30 aprile 2016).

⁴⁷⁶ L'atto costitutivo – datato 21 febbraio 1992 – è stato sottoscritto, oltre che da Marco Pannella, da Marco Taradash, Maurizio Turco, Rita Bernardini, Laura Arconti, Aurelio Candido e Vittorio Pezzuto. Col tempo, Taradash e Pezzuto sono «decaduti» dalla qualità di soci fondatori, come dichiarato da Turco in una lettera a Marco Pannella, datata 7 febbraio 2014 e leggibile all'indirizzo http://www.radicalparty.org/file/2014_02_07_%20senato_pr_%20lettera_a_pannella.pdf (consultato il 30 aprile 2016): la decadenza è stata verosimilmente provocata dal mancato rispetto di una previsione dell'art. 4, inserita in un secondo momento, in base alla quale «[a] partire dall'assemblea del 21 febbraio 2000, decadono dalla qualità di soci fondatori i soci che sono assenti ingiustificati per tre assemblee ordinarie e/o straordinarie consecutive».

⁴⁷⁷ Nella stessa lettera, Turco ricordò come «[i]n vista delle elezioni del 5/6 aprile 1992 nel corso delle consuete riunioni allargate che si tengono in vista delle elezioni in cui si decide per *consensus*, viene deciso che, visto il contesto, l'unico simbolo che avrebbe potuto consentirci un qualche risultato poteva essere la presentazione di una lista denominata “Marco Pannella”».

⁴⁷⁸ L'atto costitutivo dell'Associazione politica nazionale «Riformatori» – datato 9 febbraio 1994 – è stato sottoscritto da Sergio Rovasio, Giuseppe Calderisi, Sergio Augusto Stanzani Ghedini (segretario), Giovanni Betto.

uninominali, collegati alla lista Pannella e alle altre forze che condivideranno gli stessi obiettivi di riforma»⁴⁷⁹. Per molti anni, dunque, sono stati essenzialmente questi due soggetti giuridici – ma soprattutto la lista Pannella, sia pure con la presentazione di contrassegni diversi, come si vedrà nel paragrafo seguente – a consentire la presentazione di liste direttamente riconducibili all'area radicale; unica eccezione di rilievo, se si vuole, è rappresentata dall'esperienza della Rosa nel Pugno (relativa alle elezioni politiche del 2006), che però merita di essere considerata a parte, nella sezione del contributo dedicata ai simboli.

Anche dopo la trasformazione del Pr in un soggetto transnazionale che non si presentava alle elezioni, tuttavia, si era avvertita la necessità di un soggetto – politico, prima che giuridico – che coordinasse a dovere le attività dei vari soggetti dell'area radicale italiana, specie quelle di rilevanza politica (dalle campagne elettorali della Lista Pannella alle raccolte di firme per i *referendum* abrogativi). Una prima risposta arrivò con il Movimento dei Club Pannella-Riformatori, giuridicamente attivi tra il 1994 e il 1997, ma il cui primo nucleo risale già al 1992, pochi mesi dopo le elezioni politiche⁴⁸⁰: la forma non appare ben definita nei primi mesi dell'anno, fino a quando – tra il 29 luglio e il 1° agosto 1994 – un'assemblea costituente definì lo statuto⁴⁸¹ del movimento, con la contestuale elezione di una segreteria e di Marco Pannella alla presidenza. Nello statuto fu inserita la previsione espressa, in base alla quale l'associazione poteva «decidere di prendere parte, in quanto tale, con proprie liste e propri candidati, alle elezioni politiche o amministrative, partecipare a intese elettorali», potendo anche «sostenere direttamente liste o candidati – iscritti o no al Movimento – promosse o proposti da altri». Il Movimento dei Club Pannella-Riformatori, peraltro, è tra le poche realtà giuridiche radicali che risultano essersi sciolte: la decisione è stata presa dal III congresso (Roma, 13 luglio 1997), che ha preso atto «dell'avvenuto compimento del mandato⁴⁸² e del conseguimento delle ragioni associative e costitutive del Movimento»⁴⁸³.

Chiusa quell'esperienza, alla fine degli anni '90, l'esigenza anzidetta si era fatta più forte. A gennaio del 1999 era nato allo scopo il «Comitato di coordinamento dei radicali per gli Stati Uniti d'Europa e la Rivoluzione liberale», trasformato nell'associazione omonima alla fine del 2000 per

⁴⁷⁹ Citazione tratta dal comunicato stampa n. 1 dei Riformatori, datato 11 febbraio 1994 e leggibile per intero all'indirizzo http://old.radicali.it/search_view.php?id=144930&lang=IT&cms (consultato il 30 aprile 2016).

⁴⁸⁰ Poco dopo le elezioni sorsero, per iniziativa del *leader* radicale, i primi Club Marco Pannella; al termine di un seminario della lista (Sabaudia, 7-8 settembre 1992), si costituì un comitato promotore del «Movimento dei Club Marco Pannella, di lotte civili, ambientaliste e per la riforma», per «dare vita ad un'organizzazione politica di stampo anglosassone, basata su una leadership precisa (Marco Pannella), per un tempo determinato (la durata della legislatura), fra persone con storie politiche diverse fra loro o caratterizzate dal non impegno politico», verificando la possibilità di raccordarsi «con un "movimento" per l'uninominalità secca che ritiene indispensabile la riforma democratica di tipo anglosassone, federalista e federalista europea, ecologista, nonviolenta della politica e delle istituzioni italiane» (v. il comunicato della Lista Pannella leggibile all'indirizzo http://old.radicali.it/search_view.php?id=159201&lang=IT&cms, nonché il comunicato del comitato promotore del 5 ottobre 1992, all'indirizzo http://old.radicali.it/search_view.php?id=159277&lang=IT&cms – link consultati il 30 aprile 2016). Membri del comitato furono Gabriella Fanello, Rita Bernardini, Gianni Betto, Jolanda Casigliani, Emilio Vesce, Valeria Ferro, Anna Maria Boano, Carla Rossi, Carlo Romeo, Luciano Fabiani.

⁴⁸¹ Lo statuto si trova all'indirizzo http://old.radicali.it/search_view.php?id=19382&lang=IT&cms; il testo è stato poi modificato dal I congresso nel 1995 (http://old.radicali.it/search_view.php?id=76157&lang=IT&cms) e nuovamente dal II congresso nel 1996 (http://old.radicali.it/search_view.php?id=146393&lang=IT&cms) (link consultati il 30 aprile 2016).

⁴⁸² Mancando nello statuto indicazioni sugli scopi del movimento, si può fare riferimento alle mozioni approvate al I congresso (http://old.radicali.it/search_view.php?id=76144&lang=IT&cms) e al II congresso dello stesso movimento (http://old.radicali.it/search_view.php?id=146377&lang=IT&cms) (link consultati il 30 aprile).

⁴⁸³ La mozione si legge all'indirizzo http://old.radicali.it/search_view.php?id=88686&lang=IT&cms (consultato il 30 aprile 2016).

«potenziare l'efficacia dell'azione politica e l'efficienza organizzativa del Comitato stesso con una precisa identità formale»⁴⁸⁴; nel 2001, alcuni mesi dopo le elezioni politiche – le prime, a partire dal 1976, a non vedere eletti radicali – una deliberazione dello stesso comitato mutò il soggetto nel movimento «Radicali italiani»⁴⁸⁵, che da quel momento può dirsi attivo e operante sulla scena politica italiana.

Fin dall'inizio, Radicali italiani (d'ora in avanti anche Ri) è qualificato come «movimento liberale, liberista, libertario», caratterizzato anch'esso dall'istituto della “doppia tessera” e «aderente al Partito radicale transnazionale». Come strumento politico “naturale” delle battaglie radicali in Italia, infatti, Ri è tra i soggetti costituenti del Prt (poi Prntt), assieme ad altre realtà associative: Lista Pannella, Associazione Luca Coscioni, Nessuno Tocchi Caino, Non c'è Pace senza Giustizia, Certi Diritti, Associazione radicale “Esperanto” (Esperanto Radikala Asocio), Associazione Anticlericale.net, Lega internazionale antiproibizionista⁴⁸⁶. Tutti questi soggetti – che condividono la sede romana di Via di Torre Argentina, n. 76⁴⁸⁷ – sono comunemente noti come “galassia” radicale, essendo evidentemente legati sul piano ideale, ma restano distinti tra loro sul piano giuridico: ciò comporta, tra l'altro, che ognuno dei soggetti è autonomo statutariamente, ha soci e organi propri⁴⁸⁸ e tiene un proprio bilancio.

Pur avendo curato iniziative politiche e referendarie, Radicali italiani dalla sua costituzione non ha mai partecipato a elezioni politiche o europee⁴⁸⁹. Di più, nel 2012 il congresso di Ri modificò lo statuto⁴⁹⁰, aggiungendo l'attuale art. 1, comma 3: «Radicali italiani in quanto tale e con il proprio simbolo non si presenta a competizioni elettorali». La modifica discese da una proposta del segretario uscente (riconfermato) Mario Staderini⁴⁹¹: questi ricordò «il ruolo di garanzia – non solo per i radicali, in un sistema antidemocratico – della lista Marco Pannella», rivestito da questa nei precedenti vent'anni sul piano elettorale, nonché il sostegno di Radicali italiani, nei suoi undici anni di vita, a ogni progetto politico-elettorale dell'area radicale, pur senza concorrere direttamente alle consultazioni, ma partecipando alle scelte politiche. Su tali basi, anche per smentire le voci di un impegno elettorale diretto di Ri in quella che lui stesso definì una «fase di

⁴⁸⁴ Interrogando la banca dati dell'archivio storico radicale, si ritrova un “atto costitutivo” con relative “norme transitorie” all'indirizzo <http://old.radicali.it/view.php?id=28026> (consultato il 30 aprile 2016); non risulta tuttavia – ovviamente salvo errore – che quell'atto abbia visto in qualche modo l'intervento di un notaio.

⁴⁸⁵ Sempre nell'archivio storico radicale *online* si trova una «riforma dell'atto costitutivo», collocata all'esito della manifestazione nota come «Comitato lungo un mese» e leggibile all'indirizzo <http://old.radicali.it/view.php?id=27244> (consultato il 30 aprile 2016); anche in questo caso – salvo errore – non risulta l'intervento di un notaio.

⁴⁸⁶ L'elenco dei soggetti dell'area radicale, aggiornato all'inizio del 2014 (stilato in occasione di un comitato di Radicali italiani) si trova all'indirizzo <http://www.radicali.it/contenuto/tabelle-tesoreria> (consultato il 30 aprile 2016).

⁴⁸⁷ Per completezza, è giusto ricordare che l'Associazione politica nazionale «Lista Marco Pannella», in origine e per molti anni, ha avuto sede a Roma, in Via della Panetteria, n. 36 (indirizzo che coincide con il domicilio di Marco Pannella); da alcuni anni, peraltro, anche la lista Pannella risulta avere sede in Via di Torre Argentina, n. 76.

⁴⁸⁸ È peraltro appena il caso di rilevare che in parte gli elenchi degli iscritti coincidono, per la possibilità di iscrizioni “a pacchetto”, cioè con una quota di 590 euro (maggiorata rispetto a quella minima di 200 euro e a quella consigliata di 365 euro, l'equivalente di “un caffè al giorno”) che comprende l'adesione a tutti i soggetti dell'area radicale.

⁴⁸⁹ Uniche eccezioni (come si vedrà), la presenza ad alcune elezioni amministrative, sempre in abbinamento alla Lista Pannella.

⁴⁹⁰ Lo statuto di Radicali italiani venne approvato al I congresso (Roma, 4-7 luglio 2002; il testo originale si trova all'indirizzo <http://web.archive.org/web/20020808121634/http://www.radicali.it/organi/statuto.html>) ed è stato modificato più volte negli anni successivi. Il testo vigente si legge all'indirizzo <http://www.radicali.it/statuto> (link consultati il 30 aprile 2016).

⁴⁹¹ Si può ascoltare la relazione di Mario Staderini all'XI congresso di Radicali italiani (Roma, 1-4 novembre 2012) su Radio Radicale, all'indirizzo <https://www.radioradicale.it/scheda/364364/uscire-dalla-flagranza-criminale-ammistia-e-stati-uniti-deuropa-subito-xi-congresso-di> (consultato il 30 aprile 2016): la parte che interessa ha inizio al minuto 54.06.

antidemocrazia»⁴⁹², Staderini propose di inserire nello statuto la non presentazione alle elezioni del movimento «in quanto tale» come elemento costitutivo dell'essere radicale, rinviando la decisione su come presentarsi alle elezioni politiche 2013 alle scelte da condividere con il resto della galassia radicale.

La proposta Staderini fu “tradotta” in un emendamento a prima firma dell'allora tesoriere, Michele De Lucia⁴⁹³: questi riteneva che la modifica statutaria proposta fosse logica conseguenza dell'istituto della “doppia tessera” (su cui Radicali italiani è «ontologicamente fondato»), nonché coerente con la previsione statutaria del Prntt (di cui Ri è soggetto costituente), oltre che con l'effettivo comportamento del movimento stesso, che appunto non si era mai presentato ad appuntamenti elettorali.

L'esito del voto non era scontato, essendosi registrate diverse voci critiche. I dubbi si concentravano innanzitutto sull'impossibilità di ritenere incompatibile la partecipazione alle elezioni con la “doppia tessera”⁴⁹⁴ (introdotta nel 1967 come negazione di una disciplina di partito, mentre il Pr ha continuato a presentare liste per vent'anni); alcuni ritenevano poi inopportuno precludere la partecipazione elettorale a Ri, unico soggetto politico dell'area radicale cui chiunque poteva iscriversi, delegando in sostanza ogni possibilità di concorrere alle elezioni – fino alla nascita di eventuali altri soggetti – alla Lista Pannella, che statutariamente e nei fatti si mostra meno aperta alla partecipazione di soggetti diversi dai fondatori⁴⁹⁵, potendosi dunque porre le basi per un “deficit democratico” all'interno dell'area radicale.

Coloro che insistevano per introdurre nello statuto la non partecipazione alle elezioni, invece, rivendicavano la coerenza di quella previsione con quella contenuta nello statuto del Partito

⁴⁹² Lo stesso Staderini aveva rivendicato per Radicali italiani l'ambizione a «un progetto, a una riforma americana delle istituzioni con dei confronti, con i collegi maggioritari». La proposta dell'emendamento, peraltro, era stata vista da alcuni come una soluzione temporanea, per tenere unito il movimento, dopo che una mozione approvata al comitato nazionale del 12-14 ottobre 2012 (<http://www.radicali.it/comunicati/20121014/comitato-nazionale-radicali-italiani-mozione-generale-approvata> – consultato il 30 aprile 2016) con cui si proponeva di predisporre nell'immediato «liste radicali» aveva provocato reazioni discordanti nel gruppo politico (di recente ha ricordato questo passaggio Gianfranco Spadaccia, al comitato nazionale di Ri dell'8-10 aprile 2016: lo si può ascoltare all'indirizzo <http://www.radioradicale.it/scheda/471716/comitato-nazionale-di-radicali-italiani-seconda-giornata> – consultato il 30 aprile 2016, dal minuto 2.10.27) – salvo darsi la possibilità di ridiscutere sul punto in un secondo tempo, una volta che la Lista Pannella avesse “concluso il proprio ciclo” (sul concetto di “biodegradabilità” dei soggetti politici e dei loro emblemi, si veda il paragrafo successivo).

⁴⁹³ Il dibattito sull'emendamento statutario a prima firma De Lucia, svoltosi nell'ultima giornata del congresso radicale (4 novembre 2012) si può seguire su Radio Radicale all'indirizzo <https://www.radioradicale.it/scheda/364367/uscire-dalla-flagranza-criminale-ammistia-e-stati-uniti-deuropa-subito-xi-congresso-di> (consultato il 30 aprile 2016), seconda parte del video, dal minuto 2.33.13. L'illustrazione dell'emendamento fu dello stesso De Lucia, gli interventi a favore furono di Sergio D'Elia, Marco Beltrandi ed Emma Bonino, quelli contro di Francesco Spadaro, Lorenzo Strik Lievers e Lorenzo Lipparini.

⁴⁹⁴ Al contrario, per Strik Lievers, sostenere che la partecipazione elettorale sia incompatibile con la “doppia tessera” significa ammettere, per assurdo, che l'eventuale presentazione di liste obbligherebbe gli iscritti a seguire la linea del partito.

⁴⁹⁵ L'art. 4 dello statuto della Lista Pannella – il testo vigente si legge all'indirizzo <http://www.radicali.it/contenuto/statuto-lista-marco-pannella> – inizia così: «Sono soci dell'associazione quelli che, sottoscrivendo l'atto costitutivo, acquistano la qualifica di “fondatori” e quelli che vi aderiscono annualmente, denominati “soci ordinari” previa loro ammissione da parte dell'assemblea dei soci». Maurizio Turco, intervistato mesi fa – G. Maestri, *Turco: «Partito radicale, 500mila euro di debiti ma non vogliamo chiudere*, in *Termometro Politico*, 2015 (13 luglio), leggibile su http://www.termometropolitico.it/1182273_intervista-turco-partito-radicale-500mila-euro-di-debiti-ma-non-vogliamo-chiedere.html (link consultati il 30 aprile 2016) – ha confermato l'assenza (in quel momento) di soci ordinari; aggiunse che, considerando il regime dei «partiti registrati secondo le nuove regole di “democrazia interna” previste dal decreto-legge 149 [...], in tutti i partiti è previsto che si debba presentare una richiesta di adesione e la stessa cosa accade con la nostra lista». In realtà, l'art. 3, comma 2, lett. d) del d.l. n. 149/2013 chiede solo che lo statuto indichi, tra l'altro, «i diritti e i doveri degli iscritti e i relativi organi di garanzia; le modalità di partecipazione degli iscritti all'attività del partito»; è vero, però, che l'ammissione dell'aspirante iscritto da parte di un organo interno non è vietata dalle norme vigenti ed è prevista, anche solo implicitamente, in alcuni statuti ritenuti *secundum legem* dall'apposita Commissione di garanzia (si veda, ad esempio, quello dei Popolari per l'Italia, recentemente approvato).

radicale nonviolento, transnazionale e transpartito, mentre una scelta diversa avrebbe messo a rischio la natura “transpartitica” che emerge anche dallo statuto di Radicali italiani, all’art. 2, comma 2 ⁴⁹⁶; gli stessi soggetti, peraltro, ritenevano che la modifica statutaria non impedisse ai radicali di trovare altre “soluzioni creative” per vivere le elezioni come una scadenza d’iniziativa politica (attenta, dunque, alle lotte democratiche da condurre e pubblicizzare, più che al risultato elettorale da ottenere), anche eventualmente presentando candidature sotto altre forme, diverse da quelle di Ri.

Alla fine, l’emendamento fu approvato con una maggioranza strettissima ⁴⁹⁷ e tuttora lo statuto di Radicali italiani contiene al proprio interno la disposizione che preclude al movimento «in quanto tale e con il proprio simbolo» la partecipazione elettorale: così è stato certamente fino a tutto il 2015, mentre alle scelte relative alle elezioni dell’anno in corso sarà dedicato l’ultimo paragrafo di questo contributo.

3. Presenza elettorale radicale e vicende simboliche

Tracciata per sommi capi una storia delle formazioni radicali che hanno agito sulla scena politico-elettorale, è tempo di analizzare le loro scelte in tema di segni distintivi, un ambito che – come si vedrà – ha conosciuto un’evoluzione assai più articolata rispetto a quella giuridica analizzata in precedenza.

3.1. Dalle origini al transpartito

La prima partecipazione elettorale del Partito radicale risale al voto amministrativo del 1956 (27-28 maggio) ⁴⁹⁸: già in quell’occasione, il contrassegno scelto fu una «testa di donna con berretto frigio» (nota anche come “Dea della Libertà” ⁴⁹⁹), figura ben presto conosciuta anche come “Marianna”, essendo chiaro il riferimento – per l’uso del medesimo copricapo e il rinvio all’idea di libertà – alla *Marianne*, simbolo della Repubblica francese ⁵⁰⁰. L’immagine rimase per circa un ventennio il “marchio” politico delle attività dei radicali in Italia: venne accantonata soltanto nel 1958, anno in cui i radicali presentarono alle elezioni politiche liste unitarie con il Partito repubblicano italiano, aggiungendo la denominazione «Partito radicale» al tradizionale simbolo dell’edera.

⁴⁹⁶ In proposito, Marco Beltrandi nel proprio intervento al congresso aveva segnalato come, nel periodo in cui i Radicali italiani avevano costituito La Rosa nel Pugno assieme allo Sdi e ad altri soggetti, tra i tesserati a Ri fossero venuti meno vari iscritti contemporaneamente dotati di tessere di altri partiti (con particolare riferimento a chi era tesserato con formazioni di centrodestra e non aveva rinnovato l’affiliazione a Radicali italiani, vedendo forse messa a rischio la “transpartiticità” di Ri).

⁴⁹⁷ In particolare, l’emendamento ottenne 103 voti favorevoli e 100 contrari, a fronte di 19 astensioni.

⁴⁹⁸ F. Morabito, *La sfida radicale. Il Partito Radicale da Pannunzio a Pannella*, Milano, SugarCo, 1977, p. 62 parla di una presenza «in diciotto capoluoghi, compresi anche Torino e Napoli», talvolta in abbinamento con altre forze.

⁴⁹⁹ V. ad esempio M. Del Bosco, *I Radicali e “il Mondo”*, Torino, Eri, 1979, 26; l’autore ricorda pure che si trattava dello stesso emblema «che i rivoluzionari napoletani avevano reso popolare nel 1799».

⁵⁰⁰ Attribuisce direttamente la paternità del disegno – negli anni immutato, se non per il colore del berretto, prima bianco, poi campo di nero – a Mario Pannunzio F. Morabito, *La sfida radicale*, cit., pp. 61-62.

L'emblema si conservò pure dopo la mutazione subita dal Pr negli anni '60: il pesante intervento sullo statuto operato dal III congresso straordinario del 1967 – di cui si è detto nel paragrafo precedente – non solo non impose cambi d'immagine, ma addirittura “consacrò” la scelta simbolica fatta in passato, introducendo all'art. 5.1 il principio in base al quale «[i]n tutte le elezioni cui partecipa con le proprie liste (comunali, provinciali, regionali, politiche) il partito si presenta con la denominazione “Partito Radicale” e con simbolo “testa di donna con berretto frigio recante la dicitura Partito Radicale”».

La svolta “emblematica” per i radicali arrivò con il 1976, anno in cui alle elezioni ottennero i loro primi quattro parlamentari. Sulla scheda, tuttavia, per la prima volta non finì la Marianna⁵⁰¹, bensì quella che negli anni sarebbe diventata familiare come la “rosa nel pugno”, raffigurante una stilizzazione del fiore, con corolla e due foglie, stretta alla base in un pugno chiuso in posizione poco realistica. Il segno politico era sostanzialmente nuovo per l'Italia, ma l'origine era chiaramente da ricercare all'estero: l'immagine, nota con il nome “*le poing et la rose*” o anche come “*la rose au poing*”, venne disegnata nel 1969 dall'illustratore Marc Bonnet su richiesta del grafico e militante socialista Yann Berriet. Utilizzata per le prime affissioni all'inizio del 1970 dalla federazione parigina del Parti Socialiste e impiegata in modo più massiccio a marzo dell'anno successivo alle elezioni municipali nella capitale francese, a settembre del 1971 la rosa nel pugno venne ufficialmente adottata come emblema dal Ps di François Mitterrand – diventato segretario dopo il congresso del partito svoltosi in giugno a Épinay-sur-Seine, che aveva visto la confluenza della mitterrandiana Convention des institutions républicaines nello stesso Ps e aveva preparato un cammino comune per socialisti e radicali – e, a partire dai mesi successivi, divenne metonimia del rinnovato Partito socialista francese e dei suoi successi⁵⁰².

Il segno – che univa comunque due segni tradizionali della sinistra, la rosa rossa e il pugno chiuso – fu importato in Italia per conto del Partito radicale proprio da Marco Pannella, che aveva stabilito un rapporto con Mitterrand: lui stesso ha raccontato in più di un'occasione come fosse stato lo stesso *leader* socialista francese a concedergli l'uso del simbolo, dopo un incontro al quale partecipò anche il segretario socialista Giacomo Mancini, ugualmente interessato all'emblema ma privo del necessario sostegno dell'intero Psi⁵⁰³, ancora legato ai suoi emblemi tradizionali (falce e martello, libro, sole).

⁵⁰¹ Il vecchio simbolo fu ugualmente depositato per precauzione, onde evitare spiacevoli tentativi di copie.

⁵⁰² La storia dell'emblema, della sua nascita e del suo uso (in Francia e all'estero) è tracciata da F. Cépède, «*Le poing et la rose*», *la saga d'un logo*, in *Vingtième Siècle, revue d'histoire*, 1996, pp. 18-30.

⁵⁰³ Ricorda così l'episodio A. Landolfi, *Giacomo Mancini. Biografia politica*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008, pp. 206-207: «Erano le fasi d'avvio di un disegno più vasto che Mancini perseguiva fin dalla fine degli anni Sessanta, e che culminò nell'episodio di un incontro a Parigi di Mancini e di Pannella con Mitterrand, che il leader radicale ha più volte rievocato nei suoi discorsi anche negli anni più recenti. In quell'incontro Mitterrand caldeggiò una saldatura anche in Italia [...] tra la cultura socialista e quella radicale, che considerava inevitabile per una ripresa del socialismo mediterraneo nel suo complesso [...]. E offrì, a tal fine, agli esponenti dei due partiti italiani la concessione del nuovo simbolo scelto per l'unità realizzata in Francia: la Rosa nel Pugno. Mancini si disse d'accordo su quella prospettiva, ma ne condizionò l'accettazione al consenso del psi nel suo complesso, mentre Pannella, alla testa d'un partito più piccolo e più consonante con i suoi intenti politici, accettò l'offerta del simbolo senza nessun condizionamento. Tornato in Italia, Mancini si consultò con gli altri dirigenti del psi, ma mentre trovò un consenso caloroso da parte dei dirigenti autonomisti, con in testa Loris Fortuna e ovviamente dei manciniani, s'incontrò invece con dubbi e obiezioni da parte della corrente di Lombardi e di quella di De Martino. [...] Il Segretario del partito allora non poté che rappresentare a Mitterrand e a Pannella questa situazione: e Pannella invece fu in grado di prendere il simbolo della Rosa». Le circostanze di quei contatti, però, non sono state definite con precisione: lo stesso Landolfi in passato aveva collocato l'offerta del simbolo non a Parigi, ma a Epinay, al congresso del Ps (giugno 1971); Pannella ha invece parlato della partecipazione sua e di Mancini alla chiusura della campagna elettorale di Mitterrand «nel '71 o nel '70», dando per

Dopo una prima fase di alcuni anni, in cui il disegno venne utilizzato dai radicali italiani solo per certe campagne politiche o per illustrare le tessere del partito, peraltro reinterpretando il tema grafico⁵⁰⁴, nel 1976, a distanza di pochi mesi, prima il Pr decise di depositare presso il Ministero dell'Interno il nuovo simbolo «del pugno e la rosa»⁵⁰⁵, con l'intenzione di presentare liste autonome alle elezioni del 20 e 21 giugno⁵⁰⁶, poi il XVII congresso del partito (Napoli, 31 ottobre – 4 novembre 1976) decise di modificare il sopra ricordato art. 5.1 dello statuto: avendo rilevato «la necessità [...] di sostituire nello statuto il vecchio simbolo del partito con il nuovo adottato nelle recenti elezioni», l'assise deliberò, tra l'altro, «[d]i sostituire nello statuto il simbolo del partito “testa di donna con berretto frigio” con la dicitura “Partito radicale”, con il simbolo della “rosa nel pugno” con la dicitura “Partito radicale”»⁵⁰⁷.

La situazione rimase pressoché immutata nel 1979, anche se di quella tornata elettorale va ricordato soprattutto il tentativo, da parte dei radicali, di far ammettere un gran numero di emblemi (ben 17, oltre a quello ufficiale e ammesso) nel tentativo di proteggere la titolarità degli stessi e tenersi aperta la possibilità di più alleanze⁵⁰⁸. Pur mancando ancora un divieto esplicito

possibile anche la presenza di Landolfi (<https://www.radioradicale.it/scheda/193487/marco-pannella-ricostruisce-la-vicenda-attraverso-la-quale-il-partito-radicale-entro> – consultato il 30 aprile 2016). Circola, tuttavia, almeno un'altra versione – più folkloristica – circa l'incontro con Mitterand e la cessione della *rose au poing* al solo Pannella, che si baserebbe tra l'altro su una sua dichiarazione trasmessa a Radio Radicale (purtroppo non ancora ascoltabile): la si può leggere in G. Maestri, *Per un pugno di simboli. Storie e mattane di una democrazia andata a male*, Roma, Aracne, 2014, pp. 53-54.

⁵⁰⁴ Si pensi, ad esempio, alla campagna *Otto referendum contro il regime - Per abrogare le leggi autoritarie clericali militariste* (1974) e alle tessere del Pr per gli anni 1974, 1975 e 1976 (anno in cui non compare ancora la *rose au poing* ufficiale, non ancora adottata né come contrassegno elettorale, né come simbolo ufficiale del partito), con le grafiche tutte curate da Piergiorgio Maoloni.

⁵⁰⁵ L'espressione, calco del francese *le poing et la rose*, viene dalla nota Pr: *liste autonome*, in *Notizie radicali*, 10, 1976 (17 maggio), leggibile all'indirizzo http://old.radicali.it/search_view.php?id=45659&lang=IT&cms (consultato il 30 aprile 2016). È tra l'altro il caso di segnalare che il Partito radicale, proprio in quell'anno, decise di depositare anche una variante dello stesso contrassegno, con il nome «Partito radicale» scritto anche in tedesco (Radikale partei): l'ipotesi non era espressamente prevista dalla normativa allora in vigore, così come non è mai stata regolata in seguito dal legislatore. La Direzione centrale dei servizi elettorali ha però sempre ammesso contemporaneamente la versione in lingua italiana, quanto quella multilingue e ha continuato a farlo anche dopo l'emanazione del d.P.R. 5 gennaio 1994, n. 14 (il cui art. 1 vieta il deposito di più di un contrassegno da parte della stessa persona, così come vieta a un soggetto di dare mandato a depositare più di un emblema): ciò nel rispetto della tutela delle minoranze linguistiche e in base alla considerazione “pratica” per cui, pur in presenza delle descritte varianti linguistiche (che lasciano inalterato il resto della grafica), si è di fronte a un unico simbolo.

⁵⁰⁶ Non è inutile ricordare che le elezioni politiche del 1976 – ancora governate dal principio *prior in tempore potior in iure* per la determinazione dell'ordine dei contrassegni sulla scheda – furono precedute, per la prima volta, da scontri (anche fisici) tra i militanti radicali, il cui “presidio” davanti alle sedi delle Corti d'appello per assicurare e conservare il primo posto ai presentatori delle liste del Pr era iniziato fin dal mese di aprile, e gli iscritti al Partito comunista italiano, che tradizionalmente erano riusciti a ottenere la posizione “in alto a sinistra” mettendosi in fila alcuni giorni prima e non volevano perdere il privilegio di quella collocazione riconoscibile. Ai litigi e alle aggressioni di quei giorni, i radicali risposero presentando una proposta di legge – A.P. Camera dei Deputati, VII legislatura – disegni di legge e relazioni, n. 2032, firmatari Pannella, Bonino, Mellini e Faccio – poi reiterata nelle legislature successive, per ottenere che l'ordine delle liste sui manifesti e sulle schede elettorali (valido anche per l'assegnazione degli spazi per la propaganda) fosse determinato da un sorteggio. Detto risultato fu ottenuto, con oltre dieci anni di ritardo, con l'approvazione della legge 21 marzo 1990, n. 53 (art. 13, comma 1).

⁵⁰⁷ La decisione non si trova nella mozione generale, ma in quella «organizzativa», presentata da Silvio Pergameno: entrambe si leggono all'indirizzo http://old.radicali.it/search_view.php?id=45768&lang=IT&cms (consultato il 30 aprile 2016).

⁵⁰⁸ Oltre agli emblemi relativi ad alleanze del Pr con altre forze di sinistra (Psi, Dp e Pdup), vennero depositati quelli della donna col berretto frigio, del “lambda” greco (segno dei movimenti di liberazione omosessuale degli anni '70), lo specchio di Venere, il simbolo della pace, il *Tajitu* taoista bianco e nero, il messaggio «nuclere? No grazie» e il ricordo dei referendum su divorzio e legge Reale; ancora, vanno aggiunti tutti i segni compositi che univano alla rosa nel pugno altri emblemi a “pulce” (lo scudo coi quattro mori sardi, gli stessi mori posti in fila con lo *slogan* «liberazione sardista», l'alabarda di Alternativa triestina, l'indicazione «Trieste Europa», il Movimento Friuli e un tondo con la scritta «336» per indicare le battaglie per estendere ai dipendenti privati la legge che agevolava gli ex combattenti). M. Gusso, *Il partito radicale. Organizzazione e leadership*, Padova, Cleup, 146 ricorda che nel 1979 «restò sospesa, per espressa decisione del leader, la definizione del “simbolo elettorale”, per cui «ai candidati vennero fatte firmare due distinte accettazioni di candidatura, una per il simbolo rosa nel pugno, e una seconda per un simbolo più complesso comprendente la stessa rosa nel pugno e, nel campo bianco, due circoletti racchiudenti le “teste

di presentare più contrassegni, i funzionari del Viminale ritennero di non poter ammettere il deposito degli emblemi successivi al primo, per contrarietà allo spirito della legge elettorale che parlava di «contrassegno» al singolare ⁵⁰⁹.

Una modifica grafica si ebbe nel 1980: il XXIII congresso straordinario del partito (Roma, 7-9 marzo 1980), nell'introdurre il "preambolo" allo statuto, diede un segno tangibile della partecipazione del Pr alla lotta contro lo sterminio per fame e guerra perseguito dai «signori della guerra» e dai «potenti del mondo e d'Italia»: la mozione stabilì – fino alla sconfitta di detta politica di sterminio – «a testimonianza di pietà, di umana consapevolezza e civile dignità», che l'emblema del partito fosse «corretto in modo da risultare "abbrunato" in segno di lutto, onde contrapporlo al rifiuto decretato dal potere dei partiti e della repubblica [...] di almeno onorare con un qualsiasi segno ufficiale l'immensa parte dell'umanità in questi anni [...] sterminata» ⁵¹⁰. La decisione comportò l'inserimento, in tutte le versioni del simbolo, di una banda nera diagonale ascendente, che copriva in parte il segno della rosa nel pugno.

Proprio quell'elemento grafico, tuttavia, era finito nel frattempo al centro di un contenzioso davanti al Tribunale di Roma: l'autore della *rose au poing* Marc Bonnet, infatti, nel 1979 aveva citato il Partito radicale, il quale avrebbe adottato e utilizzato il disegno (oggetto di deposito internazionale in data 14 agosto 1974) «senza alcuna preventiva autorizzazione», chiedendo che fosse inibita la continuazione dell'uso e che fosse disposto un risarcimento danni a carico del Pr ⁵¹¹.

I giudici, due anni dopo l'inizio del procedimento, accolsero le domande di Bonnet ⁵¹²: secondo costoro, il disegno dell'autore, come opera dell'ingegno e creazione artistica, era certamente proteggibile come «espressione della personalità dell'autore» (artt. 1 e 2, legge 22 aprile 1941, n. 633; art. 2575 del codice civile). In particolare, il collegio ritenne sussistente il requisito della creatività, intesa come «individualità della rappresentazione» e «capacità di sentire e di esprimere in modo personale [...] un sentimento, un'idea, un fatto, un qualsiasi aspetto della vita»: in quel caso, pur non essendo nuovo e originale il soggetto della rosa stretta in un pugno ⁵¹³, la creatività della soluzione grafica adottata ⁵¹⁴ produceva «un effetto estetico singolare, assolutamente originale, che non trova riscontro in alcun precedente» ed era certamente frutto del "gusto"

di moro" sardiste e il numero "336". L'autore attribuiva la «complicazione [...] ad accordi in corso poi sfumati o, nel caso della legge 326, a determinati "impegni elettorali"».

⁵⁰⁹ La scena si ripeté nell'*iter* verso le prime elezioni dirette del Parlamento europeo, con una decina di emblemi bocciati (compreso quello del Partidu radicale sardu, con la *rose au poing* nel mezzo di una catena spezzata e la Sardegna sullo sfondo).

⁵¹⁰ Il testo della mozione generale può essere letto all'indirizzo http://old.radicali.it/search_view.php?id=47031&lang=c&cms (consultato il 30 aprile 2016).

⁵¹¹ Nell'atto di citazione, notificato il 6 novembre 1979, si legge che il disegno della *rose au poing* «era stato adottato da vari partiti socialisti europei, cui esso istante ne aveva ceduto l'utilizzazione» e che per l'uso ritenuto indebito del Partito radicale «il Partito socialista italiano non aveva potuto adottarlo come simbolo, a simiglianza di quanto avevano fatto altri partiti d'Europa» (il *casus belli* fu forse il congresso socialista di Torino del 1978: Bettino Craxi avrebbe voluto utilizzare la rosa, ma dovette ripiegare sul garofano, disegnato da Ettore Vitale), senza dunque che Bonnet potesse percepire dal Psi i diritti d'uso del segno. Proprio nel 1979, tra l'altro, l'Internazionale socialista adottò la rosa nel pugno come proprio emblema.

⁵¹² Trib. Roma, 27 aprile 1981, pres. Amatucci, est. Metta, Bonnet c. Partito radicale italiano, in *Foro it.*, 1981, I, pp. 2059-2060; *Giust. civ.*, 1981, I, 2761-2763; *Dir. aut.*, 1982, pp. 220-223.

⁵¹³ Del resto, sulla non coincidenza della creatività con l'originalità e la novità, requisiti tipici dei segni distintivi, v. Cass., sez. I civ., 27 settembre 1977, n. 4625, Perrera c. Amm. Finanze, in *Giust. civ.*, 1978, I, pp. 500 ss.

⁵¹⁴ Così i giudici descrissero l'opera di Bonnet: «è un disegno plastico e stilizzato allo stesso tempo; le linee sono grossi tratti essenziali, semplificate al massimo; l'insieme è armonico e rende con tutta evidenza, con la chiusura delle linee di una mano irreali e la rotondità dei tratti della rosa, il contrasto fra la robustezza della mano e la delicatezza del fiore».

dell'autore. Proprio quel disegno fu «usato – completo di firma – dal Partito socialista francese fin dal 1971», prima cioè che iniziasse l'uso da parte dei radicali italiani (in proprie pubblicazioni, prima ancora che come simbolo), per cui non ci furono dubbi sulla novità dell'opera, creata alla fine degli anni '60 e utilizzata dai committenti con l'accordo dell'autore⁵¹⁵.

Su queste basi, l'uso del disegno della *rose au poing* fatto dal Pr risultò in violazione tanto del diritto morale dell'autore (non è mai stata riportata la firma, così come invece aveva fatto il Ps francese), quanto del suo diritto patrimoniale (l'impegno della rosa da parte dei radicali impediva a Bonnet «di trarre profitto dalla sua opera, in quanto già utilizzata e divulgata abusivamente da altri», ovviamente con riguardo al territorio italiano)⁵¹⁶; non mutò la situazione il fatto che il disegno fosse stato impiegato come emblema politico-elettorale da un partito, non consentendo la legislazione elettorale «di usurpare i diritti altrui» o di far prevalere l'uso «di un'espressione artistica altrui sul diritto del privato».

Le conclusioni tratte dai giudici possono ritenersi corrette e fondate, valutando giuridicamente i fatti, solo se si accetta l'idea che l'accordo stretto con Mitterrand nei primi anni '70 – non è dato sapere se di natura solo politica o anche economica – non aveva compreso anche un accordo con l'autore per l'uso del disegno, in cambio di un corrispettivo; diversamente, ben avrebbe potuto il Pr opporre il contratto di acquisto dei diritti d'uso per l'Italia. Il fatto che, negli anni seguenti (a partire dalle elezioni politiche del 1983), il Partito radicale abbia continuato a presentare candidature con il simbolo della *rose au poing*, d'altra parte, fa concludere che, una volta emessa la sentenza, il Pr e Marc Bonnet abbiano raggiunto un accordo esplicito per la cessione dell'uso dell'opera a titolo oneroso: circostanza, questa, ribadita più volte in varie occasioni dai dirigenti radicali, pur con riferimento a date che non sembrano corrette⁵¹⁷.

⁵¹⁵ Il collegio ritenne irrilevante, dal punto di vista dell'inizio della tutela, il fatto che il deposito internazionale del disegno fosse avvenuto solo nel 1974 (evidentemente dopo i primi usi fatti dai radicali in Italia), dal momento che il diritto alla protezione dell'opera si acquista al momento della creazione.

⁵¹⁶ Non rilevava, dunque, il fatto che l'uso della *rose au poing* da parte del Pr non avesse – a detta dei resistenti – natura strettamente economica (per i giudici non occorre per forza «un'attività concretamente volta alla persecuzione del lucro»).

⁵¹⁷ Oltre alle testimonianze di Marco Pannella, v. la dichiarazione – del 29 giugno 1996 – di Olivier Dupuis e Danilo Quinto, segretario e tesoriere del Prt, in risposta alla possibilità che il Partito democratico della sinistra, eventualmente rinominato «Partito democratico del socialismo europeo», sostituisse la “pulce” del vecchio Pci con la rosa nel pugno dell'Internazionale socialista: «La “Rosa nel pugno”, simbolo del socialismo europeo, è stato il simbolo del Partito Radicale fino al gennaio del 1988, quando il Partito Radicale [...] decise nel suo Congresso di Bologna di trasformarsi in transpartito politico transnazionale [...]. Il simbolo della “Rosa nel pugno” rimane legalmente di proprietà del Partito Radicale, in Italia. Lo è dal 1975, in base ad un contratto scritto» (v. l'indirizzo http://old.radicali.it/search_view.php?id=125776&lang=IT&cms – consultato il 30 aprile 2016); la data del 1975, alla luce della sentenza vista poc'anzi, risulta poco credibile, a meno che essa si riferisca ad altri atti diversi da quello stipulato con Marc Bonnet. Anche Maurizio Turco, tesoriere del Prntt, nella citata intervista a *Termometro Politico* del 13 luglio 2015 ha confermato l'esistenza di un accordo in due tempi (prima politico, poi economico con l'autore) per l'uso del fregio, dietro pagamento di un consistente corrispettivo («La cifra esatta non la ricordo, qualcosa come 50 o 60 milioni di lire»).

Con la *rose au poing* listata a lutto, il Partito radicale partecipò alle elezioni politiche del 1983⁵¹⁸, alle europee del 1984 e di nuovo alle politiche del 1987⁵¹⁹; con la decisione del 1988 del Pr «in quanto tale e con il proprio simbolo» di non partecipare più alle elezioni, le disposizioni dello statuto (e anche del preambolo) relative agli emblemi del partito vennero eliminate. Ciò nonostante, da una parte il Prt adottò un nuovo emblema più consono alla sua natura nonviolenta e transnazionale, ossia un ritratto del Mahatma Gandhi formato dalle parole «Partito Radicale» scritte in 18 lingue⁵²⁰; dall'altra, pur non utilizzandola più, il Partito rimase titolare anche dei diritti sulla *rose au poing* per l'Italia. Per questo motivo, per lungo tempo è toccato al Prt-Prntt concedere, di volta in volta, l'uso di quel segno alle liste che se ne sono fregiate per i motivi più diversi, verosimilmente in forza di scritture private stipulate di volta in volta. La situazione, tuttavia, sembra essere mutata a partire dal 2011, con il passaggio di quei diritti in capo all'associazione Lista Pannella, di cui si dirà tra non molto.

3.2. Dagli anni '90 in poi: aggiustamenti e “biodegradabilità”

Il primo soggetto cui il Prt evidentemente concesse l'uso del disegno della rosa nel pugno fu la lista Antiproibizionisti sulla droga – Contro la criminalità politica e comune, i cui candidati in gran parte provenivano dall'area radicale⁵²¹: l'atto permise alla lista di essere riconoscibile, ma consentì soprattutto che si presentassero candidature senza la necessità di raccogliere le sottoscrizioni richieste dalla legge⁵²².

⁵¹⁸ Alle elezioni politiche di quell'anno, peraltro, depositò contrassegni anche l'Associazione radicale per la Costituzione contro la partitocrazia (facente riferimento tra gli altri a Giuseppe Calderisi), il cui contenuto era in linea con lo “sciopero del voto” deciso dal Pr – che pure si presentava – per quelle elezioni. Gli emblemi depositati furono quattro: uno con la dicitura manoscritta «Scheda di proposta», uno con la scritta stampata «Scheda bianca», un altro con l'espressione «Scheda nulla» e l'ultimo costituito dalla “bicicletta” di «Scheda nulla» e «Scheda bianca». Il Ministero dell'interno ammise il primo, mentre bocciò gli altri, sia per il problema già visto del deposito multiplo di emblemi, sia per questioni di illogicità (la scheda bianca, per il Viminale, è solo quella che non presenta alcun segno così come quella nulla non contiene segni regolari, mentre votare uno di questi contrassegni produrrebbe un voto valido, rischiando di trarre in errore chi vota). Al di là della particolarità del caso, è giusto segnalare questo episodio come uno dei primi esempi di associazioni radicali create *ad hoc* per le elezioni.

⁵¹⁹ Dal 1976, peraltro, si pose in varie occasioni il problema dell'eventuale presentazione di liste radicali alle elezioni locali, la cui fattibilità in concreto non era chiarissima a livello statutario: sul punto v. M. Gusso, *Il partito radicale*, cit., 146-148.

⁵²⁰ Il nuovo emblema – per la prima volta di forma ottagonale – venne seguito nella sua nascita soprattutto da Bruno Zevi, all'epoca presidente del Prt, e fu realizzato da Paolo Budassi; la presentazione del simbolo si può ascoltare all'indirizzo <http://www.radioradicale.it/scheda/27882/presentazione-del-nuovo-simbolo-del-partito-radicale> (consultato il 30 aprile 2016). Sul punto, Maurizio Turco ricostruisce così la nascita del segno: «Ricordo che chiedemmo di realizzare l'emblema ad Aurelio Candido, che ha sempre fatto i nostri manifesti in quegli anni (prima avevamo Piergiorgio Maoloni, poi passato al *manifesto*): lui fece vari disegni con il volto di Gandhi chiaramente visibile. Bruno Zevi, che era nel Partito radicale, era contrario a mettere l'immagine di una persona in un simbolo, come se fosse una deificazione: parlò lui con un architetto, Paolo Budassi, e fu questo a disegnare il simbolo su nostra commissione» (G. Maestri, *La vera storia della rosa nel pugno, secondo Maurizio Turco*, leggibile su <http://www.isimbolidelladiscordia.it/2015/07/la-vera-storia-della-rosa-nel-pugno.html> - consultato il 30 aprile 2016). Si badi che oggi il sito www.radicalparty.org parla di «oltre 50 lingue».

⁵²¹ A scopo precauzionale, peraltro, erano stati depositati anche i tre emblemi di cui era titolare il Prt: la Marianna, la rosa nel pugno abbrunata e – per la prima e, che se ne sappia, unica volta – il disegno con Gandhi elaborato da Budassi per il Prt.

⁵²² Va detto che, nel 1989, l'esenzione dalla raccolta delle firme era prevista solo per «i partiti o gruppi politici costituiti in gruppo parlamentare nella legislatura in corso al momento della convocazione dei comizi anche in una sola delle Camere o che nell'ultima elezione abbiano presentato candidature con proprio contrassegno e abbiano ottenuto almeno un seggio in una delle due Camere», oltre che per quelli rappresentati al Parlamento europeo. Il Pr(t) sarebbe stato nella seconda e nella terza condizione, ma Antiproibizionisti sulla droga era un soggetto diverso e non era ancora prevista l'esenzione (introdotta

L'elezione di Marco Taradash al Parlamento europeo ebbe conseguenze simboliche rilevanti a più livelli. Innanzitutto favorì la presentazione, alle elezioni regionali, provinciali e comunali del 1990 di varie liste antiproibizioniste con la stessa rosa, sempre per evitare la raccolta delle firme⁵²³, aumentando la presenza radicale negli organi assembleari locali; soprattutto, però, consentì l'operazione di esenzione dalle sottoscrizioni più singolare che si sia mai vista nella storia delle elezioni italiane.

Nel 1992, infatti, parte dei radicali⁵²⁴ costituì, insieme a Massimo Severo Giannini, la cd. «Lista Referendum», mentre negli ultimi giorni precedenti il deposito dei simboli emerse l'idea di presentare la Lista Marco Pannella⁵²⁵: l'emblema⁵²⁶, oltre alla dicitura «Lista Marco Pannella», conteneva la “pulce” integrale della lista Antiproibizionisti sulla droga, così da poter evitare di raccogliere le firme per sostenere le liste. A deposito dei contrassegni già aperto, tuttavia, la stessa Lista Referendum, quasi certa di non riuscire a ottenere le sottoscrizioni necessarie nei pochi giorni rimasti, chiese e ottenne dal Prt di poter inserire nel proprio emblema un elemento che richiamasse il simbolo con cui il Partito radicale aveva ottenuto parlamentari nel 1987⁵²⁷, ossia la *rose au poing* abbrunata.

Si produsse dunque una situazione da caso di scuola⁵²⁸, per cui un unico simbolo, inteso come disegno grafico, produsse due diversi contrassegni, utilizzati in tempi e livelli diversi (la rosa nel pugno listata a lutto nel 1987 per il Parlamento italiano, la rosa senza pugno nel 1989 per il Parlamento europeo) ma entrambi in grado di sollevare dall'onere della raccolta firme due liste concorrenti; i radical-referendari, alla fine, inserirono nel loro emblema una miniatura della sola corolla della rosa (senza foglie e gambo), per evitare che il Ministero ravvisasse rischi di confondibilità (con conseguente bocciatura del fregio).

con l. n. 53/1990) per una lista «contraddistinta da un contrassegno composito, nel quale sia contenuto quello di un partito o gruppo politico esente» dall'onere di raccogliere le sottoscrizioni. Evidentemente, a presentare la lista dev'essere stato un soggetto incaricato dal legale rappresentante del Prt (il quel momento, il segretario Sergio Stanzani), diversamente il beneficio non sarebbe potuto scattare. Il fatto che tre anni dopo a fruire dell'esenzione dalla raccolta firme grazie all'emblema degli Antiproibizionisti sia stata proprio la Lista Marco Pannella non fa che avvalorare la tesi esposta poc'anzi.

⁵²³ La presentazione diffusa del simbolo sfruttò il disposto dell'art. 1, comma 1, lett. b) del d.l. 3 maggio 1976, n. 161: esso prevedeva anche per le elezioni regionali, provinciali e comunali l'esenzione dalla raccolta firme per le forze rappresentate in Parlamento. Di più, la novella apportata dalla l. n. 53/1990 (oltre ad estendere la rappresentanza “esentante”, tra gli altri, anche alle forze politiche rappresentate al Parlamento europeo), precisò che l'esenzione valeva anche qualora i partiti o gruppi politici presenti in Parlamento (italiano o europeo) avessero usato «i loro contrassegni o simboli tradizionali integrati da nuovi motti o sigle ed anche se affiancati ai simboli o alla denominazione di altri partiti o movimenti».

⁵²⁴ Nel contrassegno a sfondo arancione – quelle elezioni furono le prime a prevedere la riproduzione degli emblemi a colori – spiccava un grande «SI» bianco. Tra i nomi in lista, Massimo Teodori, Giovanni Negri e Giuseppe Calderisi.

⁵²⁵ Oltre a quelle citate prima, risulta interessante la testimonianza di Francesco Pasquariello, resa all'assemblea degli iscritti al Prntt del 23-24 aprile 2016 (<http://www.radioradicale.it/scheda/473175/il-partito-dello-stato-di-diritto-e-dei-diritti-umani-assemblea-degli-iscritti-al/> - consultato il 30 aprile 2016: seconda parte del filmato, minuto 2.28.38): «All'inizio degli anni '90 eravamo impegnati a sostenere la battaglia per la riforma elettorale uninominale mediante il sistema anglosassone del turno unico [...]. Come abbiamo sempre fatto usammo le elezioni come strumento per comunicare questa nostra battaglia, quindi il simbolo presentato conteneva all'interno il nome di Pannella per spiegare agli elettori cos'era il sistema elettorale uninominale, dove lo scontro avveniva sulla storia dei singoli candidati e non sul simbolo del partito che li ospitava».

⁵²⁶ La grafica, volutamente esagerata (e nata quasi per scherzo dopo molte proposte bocciate, senza che l'autore immaginasse seriamente un uso di quel disegno) fu curata da Aurelio Candido, che da questo momento in poi si occupò praticamente di tutte le realizzazioni simboliche. Il cognome di Pannella, enorme e curvo, spiccava sul fondo giallo (colore dei liberali europei, che l'area radicale avrebbe conservato) dividendolo in senso curvilineo: la struttura era quella del *Tajitu*, anche grazie alla presenza di due forme tonde, ossia il segno della pace e la miniatura degli Antiproibizionisti sulla droga.

⁵²⁷ Si legga, in proposito, il comunicato *Lista Referendum Giannini: le forche caudine della nuova legge elettorale*, visibile all'indirizzo http://old.radicali.it/search_view.php?id=158665&lang=IT&cms (consultato il 30 aprile 2016).

⁵²⁸ Situazione frutto di un ragionamento tanto ingegnoso, quanto estremo e ai limiti dell'accettabilità.

Come si è anticipato nel paragrafo 2, la Lista Pannella per oltre vent'anni è stata – e potenzialmente lo è tuttora – il soggetto giuridico attraverso il quale i radicali hanno partecipato alle elezioni politiche ed europee (nonché il soggetto che, nei casi in cui ne ha avuto diritto, ha goduto delle provvidenze pubbliche legate agli appuntamenti elettorali, nelle varie forme che queste hanno avuto dal 1992 in poi), senza mettere in gioco le insegne del Prt-Prntt. A dispetto della conservazione del soggetto giuridico (e del suo stesso nome), tuttavia, negli anni si è assistito a un'estrema variabilità degli emblemi utilizzati – o anche solo depositati a scopo precauzionale – a volte con piccoli aggiustamenti, in altri casi con modifiche sostanziali.

A monte di questo fenomeno – e, non di rado, anche a valle, dopo osservazioni *ex post* – è stato identificato ed enunciato spesso, soprattutto da Marco Pannella ed Emma Bonino, un principio: la “biodegradabilità” dei soggetti politici e dei loro simboli. L'idea di fondo è che, in area radicale, le scadenze elettorali e le dinamiche politiche non sono viste come situazioni in cui raccogliere voti e consenso, ma essenzialmente come occasioni e scadenze per proporre battaglie politiche, per far conoscere agli elettori questioni, problemi, temi che diversamente sfuggirebbero all'attenzione dei più: gli stessi spazi di propaganda elettorale, in questo senso, più che strumenti per favorire l'elezione dei candidati sono considerati mezzi ulteriori, rispetto al consueto, per divulgare gli argomenti su cui ci si impegna.

I “contenitori politici” e i loro emblemi rientrano nella stessa logica, dovendo essere posti in funzione della politica da attuare e non viceversa: le idee da perseguire, le persone che le portano avanti e le loro storie contano di più delle strutture in cui queste operano. Per questo, partiti, movimenti e liste hanno un ciclo vitale “naturale” e occorre accettare che questo possa finire: nella migliore delle ipotesi, questo comporta la necessità di adattare il simbolo o il contrassegno elettorale alle battaglie più urgenti del momento; nella peggiore, occorre rendersi conto che un “contenitore politico” ha fatto il suo tempo e occorre crearne un altro, destinando quello precedente ad altro scopo o lasciare che si estingua ⁵²⁹.

Alla luce di quanto si è detto poco fa, si può interpretare tanto quanto è stato detto nel paragrafo 2.1., a proposito della costituzione di nuovi soggetti politici e giuridici di area radicale, così come le loro evoluzioni simboliche quasi frenetiche. Alle elezioni politiche del 1994, ad esempio, la Lista Pannella (senza più il nome) subito sotto al cognome riportò la dicitura «Per il partito democratico», per evocare la battaglia per un diverso “modello democratico”, di stampo statunitense (e un conseguente partito “liberale” di massa) portato avanti in quel periodo dall'area radicale ⁵³⁰; a mantenere il legame con il passato provvide la rosa nel pugno, inserita integrale e in miniatura ⁵³¹, evidentemente dietro concessione del Partito radicale transnazionale. Il tema

⁵²⁹ Si può ad esempio leggere il discorso di Emma Bonino del 29 luglio 2007, al comitato nazionale straordinario di Radicali italiani: il testo si trova all'indirizzo <http://old.radicali.it/view.php?id=101711> (consultato il 30 aprile 2016).

⁵³⁰ Risulta interessante l'appello della Lista Pannella lanciato a Sabaudia dal nascente Movimento dei Club Marco Pannella il 1° settembre 1993: «Esiste in Italia un'esigenza diffusa e una domanda crescente di regole e di contenuti politici tipici di un chiaro, forte, classico “modello democratico” che occorre organizzare e sostenere. Un progetto referendario e di iniziative di leggi popolari attorno ai temi di una secca legge maggioritaria, del presidenzialismo, dell'antistatalismo, della giustizia e dell'informazione, sono oggi necessari sia per favorire la crescita e l'affermazione di questo modello, sia per la costituzione attorno ad esso del Partito Democratico. Le liste Pannella dovranno costituire anche il nucleo promotore e anticipatore di questo partito» (http://old.radicali.it/search_view.php?id=144762&lang=IT&cms – consultato il 30 aprile).

⁵³¹ La rosa era circondata da una corona rossa, con la dicitura «Antiproibizionisti laici verdi liberali socialisti», come a voler ampliare il campo delle persone in lista rispetto a quello strettamente radicale. La conservazione sostanziale dell'emblema del

della rosa fu ripreso pure dall'emblema pannelliano schierato nei collegi uninominali della Camera, quello dei Riformatori ⁵³²; al Senato si presentò un contrassegno composito che univa i due gruppi, sempre secondo la struttura grafica del *Tajitu*, stavolta bicolore ⁵³³.

È peraltro curioso notare come, da un comunicato dell'epoca, fosse il Movimento dei Club Pannella a risultare titolare tanto del simbolo della Lista Pannella, quanto di quello dei Riformatori ⁵³⁴: in mancanza di altri riscontri documentali, si deve presumere che entrambe le associazioni avessero ceduto al (nascituro) movimento i loro emblemi in uso, ma solo per quanto riguardava la presentazione delle candidature (i contrassegni, infatti, erano stati depositati dalle rispettive associazioni). La cessione, in ogni caso, dev'essersi ripetuta, se si considera che lo statuto del Movimento, così come modificato dal I congresso del 1995, aveva come allegato la «Carta costitutiva dell'Unione dei riformatori» (soggetto politico mai effettivamente nato, che avrebbe dovuto nascere promosso dal Movimento dei Club e grazie all'impegno di «organizzazioni politiche che, perseguendo proprie finalità di riforma liberale e di diritto, convengono di impegnarsi per il conseguimento di obiettivi comuni»), il cui art. 7 recitava: «Il Movimento dei Club Pannella-Riformatori mette a disposizione dell'Unione il simbolo elettorale recante la dizione “Riformatori” e quello recante la dizione “Lista Pannella-Riformatori”» ⁵³⁵.

Alle elezioni europee del 1994 si decise di presentare l'emblema composito coniato poche settimane prima per il Senato, avendo cura di aggiungere una connotazione europea, inserendo il tutto in una corona circolare blu con dodici stelle; lo stesso simbolo, senza stelle, apparve anche sulle schede delle elezioni regionali del 1995. Anche nel 1996 la variazione fu minima, almeno dal punto di vista grafico: al posto della parola «Riformatori», infatti, fu inserito il cognome di Vittorio Sgarbi, avendo il critico d'arte in una prima fase condiviso il progetto politico-elettorale della Lista Pannella ⁵³⁶.

Nel 1997, come si è detto nel paragrafo 2.2., il III congresso del Movimento dei Club Pannella-Riformatori scelse la via dello scioglimento: la mozione generale che lo deliberò ⁵³⁷, tra l'altro, affidò «all'Associazione Politica Nazionale “Lista Marco Pannella” l'utilizzo e la tutela, anche in sede giudiziaria, del proprio simbolo, della propria immagine e della propria reputazione». Volendo aderire strettamente al dato letterale, la cessione avrebbe dovuto riguardare esclusivamente l'emblema dei club (non potendo riguardare, evidentemente, quello della Lista Pannella, di cui l'associazione costituita nel 1992 era già titolare); certo è che il “marchio politico” dei Club era pressoché identico a quello composito usato alle elezioni del 1994, pertanto la Lista

1992 non servì a evitare la raccolta delle firme, dal momento che le leggi elettorali approvate nel 1993 non avevano previsto alcuna forma di esenzione: la situazione rimase immutata per tutte e tre le elezioni politiche in cui si adottò quel sistema.

⁵³² Anche in questo caso la realizzazione fu di Aurelio Candido, autore di quella rosa piuttosto schiacciata; l'emblema, peraltro, fu accolto con qualche malumore a sinistra poiché risultava simile, nella struttura e parzialmente nella resa grafica, a quello dei Progressisti (mentre i Riformatori affiancarono il loro emblema a quelli del Polo di centrodestra).

⁵³³ La parte alta, a fondo giallo, era occupata dalla Lista Pannella, con il segno della pace; la parte inferiore, a fondo bianco, conteneva la parola «Riformatori», con la rosa schiacciata sostituita dalla rosa nel pugno “coronata” della Lista Pannella.

⁵³⁴ Il comunicato del 16 febbraio 1994 si trova all'indirizzo http://old.radicali.it/search_view.php?id=144933&lang=IT&cms (consultato il 30 aprile 2016).

⁵³⁵ Il testo della Carta si legge all'indirizzo http://old.radicali.it/search_view.php?id=76157&lang=IT&cms (consultato il 30 aprile 2016), in fondo alla pagina.

⁵³⁶ Sgarbi, peraltro, venne poi candidato ed eletto nelle liste di Forza Italia, senza che ci fosse più la possibilità di mutare il contrassegno.

⁵³⁷ Il testo si legge all'indirizzo http://old.radicali.it/search_view.php?id=88686&lang=IT&cms (consultato il 30 aprile 2016).

Pannella finì per essere titolare dell'uso anche dell'espressione «Riformatori». Restava invece nelle mani del Partito radicale transnazionale il segno della rosa nel pugno, presente nel contrassegno dei Club Pannella solo in virtù di espressa concessione.

Sempre nel 1997, peraltro, iniziò una rapida serie di modifiche del contrassegno della Lista Marco Pannella (a fronte di un nome mai variato nel tempo), proprio per quel discorso di adattamento dell'emblema alle battaglie di volta in volta portate avanti. In quell'anno, in aprile, per le elezioni suppletive della Camera fu presentato un contrassegno con la *rose au poing* in evidenza: sotto, la scritta «Lista Pannella» e, tutt'intorno, la dicitura «Liberali liberisti libertari», che da sempre caratterizza i militanti dell'area radicale⁵³⁸. Solo pochi mesi dopo, in ottobre, venne presentata una nuova variante dell'emblema composito varato nel 1994, immutato nella parte superiore, mentre quella bassa conteneva, oltre a una miniatura della rosa nel pugno, la scritta «Antiproibizionista e referendaria» e – in secondo piano, ma ben riconoscibile – una foglia stilizzata di *cannabis*, per richiamare le azioni di disobbedienza civile in tema di legalizzazione delle “droghe leggere” e le campagne di raccolta firme per i *referendum*: quel simbolo fu utilizzato alle elezioni comunali di fine 1997 (comprese quelle di Roma) e fu presentato anche alle politiche suppletive dell'anno successivo.

Nel 1999, in occasione delle elezioni europee, si ebbe un cambiamento molto importante, destinato a conservarsi anche negli appuntamenti elettorali successivi: la Lista Marco Pannella, infatti, decise di presentarsi agli elettori con un simbolo del tutto rinnovato, mantenendo la corona esterna con le stelle e colorando tutto il fondo di giallo, ma inserendo il nome di Emma Bonino (con il cognome in grande evidenza, come era accaduto in passato con Pannella), oltre che il simbolo della pace⁵³⁹. Bonino in quei mesi era il personaggio più apprezzato dell'area radicale anche tra gli elettori di altri schieramenti, anche per il suo buon operato da commissaria europea uscente: al di là della possibilità di attirare voti grazie a lei, i radicali scelsero di mettere solo il suo nome – senza nemmeno la parola «lista» – per dare sostegno ad alcune battaglie legate, anche solo indirettamente, alla sua figura⁵⁴⁰.

Quella scelta “simbolica” pagò, poiché la Lista Marco Pannella con l'indicazione «Emma Bonino» nel 1999 ottenne l'8,45% e sette seggi: per tutta risposta, l'emblema non si “decompose” e rimase sostanzialmente in vita fino al 2004, sia pure con minori risultati. Alle elezioni politiche del 2001,

⁵³⁸ Alle elezioni del 1° giugno 1997, peraltro, la Lista Pannella non presentò alcun candidato.

⁵³⁹ Si noti che il cambio di emblema non fece venire meno l'esenzione dalla raccolta firme: l'art. 12, comma 4 della legge n. 18/1979, infatti, sollevava dall'onere partiti e gruppi che «nell'ultima elezione [avessero] presentato candidature con proprio contrassegno ed [avessero] ottenuto almeno un seggio al Parlamento europeo». Indubbiamente la Lista Marco Pannella si era presentata alle elezioni europee del 1994, ottenendo due eletti: i requisiti di legge erano pienamente rispettati, non essendo richiesta – in questo caso – anche la coincidenza sostanziale del contrassegno. Assieme al simbolo con la dicitura «Emma Bonino» fu depositata anche la variante del primo contrassegno del 1997, Liberali liberisti libertari, stavolta senza l'indicazione «Lista Pannella» (l'emblema però fu respinto, a detta delle fonti giornalistiche dell'epoca per mancanza di una delega espressa dei titolari della rosa nel pugno, cioè del Prt).

⁵⁴⁰ Le ragioni sono state ricordate assai di recente da Francesco Pasquariello all'assemblea degli iscritti al Prntt del 23-24 aprile 2016 (<http://www.radioradicale.it/sebada/473175/il-partito-dello-stato-di-diritto-e-dei-diritti-umani-assemblea-degli-iscritti-al/>) - consultato il 30 aprile 2016: seconda parte del filmato, minuto 2.32.06): da una parte, si volle richiamare l'attenzione sulla forma di governo e, in particolare, sull'opzione presidenzialista, dunque con l'elezione diretta del capo dello Stato (carica cui i radicali stessi avevano “candidato” Emma Bonino nei mesi precedenti, anche con un certo riscontro nell'opinione pubblica) e – di nuovo – sull'opportunità di votare direttamente una persona e non il simbolo di un gruppo politico; dall'altra, si voleva sottolineare il ruolo svolto da Bonino come commissaria europea e far sapere che rischiava seriamente di non essere riconfermata nella futura Commissione a probabile (e confermata) guida di Romano Prodi.

peraltro, ci fu un intervento circoscritto ma significativo: al nome e cognome di Bonino (su tracciato sempre curvilineo, ma stavolta ascendente) e al segno della pace si aggiunse la stringa «www.radicali.it». Non si trattò solo della prima indicazione di un sito *web* su un contrassegno elettorale ⁵⁴¹: fu soprattutto il ritorno, dopo quasi quindici anni, dell'espressione «radicali» su un emblema di quell'area politica (*nulla quaestio* però sul piano giuridico, visto che a concorrere alle elezioni non era stato il Prt ma la Lista Pannella, dunque non c'era stata alcuna violazione statutaria), in un momento in cui non c'erano forze politiche dichiaratamente radicali (Radicali italiani sarebbe nato poche settimane dopo il voto del 2001) e, contemporaneamente, aperte alle adesioni (cosa che non sembrava essere la Lista Marco Pannella).

Nel 2005, dopo la mancata presentazione di liste alle elezioni regionali ⁵⁴², il movimento Radicali italiani, fino a quel momento impegnato soprattutto in battaglie su argomenti specifici, iniziò a lavorare a un'alleanza di matrice laica e riformista con i Socialisti democratici italiani (con i quali aveva condiviso, tra l'altro, la campagna referendaria in tema di procreazione medicalmente assistita), contando anche sul contributo dell'Associazione Luca Coscioni e della Federazione dei giovani socialisti. Quel progetto si concretizzò con la costituzione dell'associazione «La Rosa nel Pugno – Laici liberali socialisti radicali» ⁵⁴³, logico presupposto di una lista da presentare alle elezioni politiche ed, eventualmente, di un progetto federativo da sviluppare meglio in futuro.

Se politicamente il progetto in questione fu portato avanti dai quattro soggetti ricordati poc'anzi, dall'atto costitutivo risulta tuttavia che a far sorgere l'associazione, accanto a due rappresentanti dello Sdi, siano stati due persone designate dal rappresentante legale della Lista Marco Pannella e non espressione diretta di Radicali italiani: sebbene lo statuto di Ri non prevedesse ancora la “rinuncia alle elezioni”, non conteneva nemmeno riferimenti a possibili consultazioni elettorali ⁵⁴⁴, così è significativo che Radicali italiani – come soggetto giuridico – non abbia partecipato alla fondazione dell'associazione e, dunque, tecnicamente non abbia partecipato nemmeno alle elezioni politiche del 2006 ⁵⁴⁵.

Sul piano simbolico, come indica il nome stesso dell'associazione, si scelse di adottare come elemento caratterizzante del contrassegno la *rose au poing* nella sua versione originale, comparsa sulle schede per l'ultima volta – per intero e come unico elemento grafico di un emblema – nel 1987 (tra l'altro listata a lutto) ⁵⁴⁶. Del segno, naturalmente, era ancora titolare il Partito radicale

⁵⁴¹ L'area radicale, del resto, aveva iniziato a curare prestissimo la propria presenza in Rete, anche come spazio di accesa discussione tra i militanti.

⁵⁴² È doveroso ricordare che non andò in porto la presentazione di liste «Radicali-Luca Coscioni» alle elezioni regionali, per il rifiuto esplicito di entrambi gli schieramenti politici.

⁵⁴³ L'atto costitutivo – datato 7 dicembre 2005 – fu firmato da Giuseppe Albertini e Rapisardo Antinucci (Sdi), Maurizio Turco e Maria Cecilia Angioletti (Lista Marco Pannella).

⁵⁴⁴ Il testo dello statuto vigente al momento della stipulazione dell'alleanza alla base della Rosa nel Pugno si trova all'indirizzo <http://web.archive.org/web/20060111210904/http://www.radicali.it/view.php?id=38> (consultato il 30 aprile 2016).

⁵⁴⁵ La Lista Marco Pannella, invece, partecipò ancora una volta – sia pure in forma mediata – alle elezioni politiche: proprio quella partecipazione e l'elezione di alcuni rappresentanti, anzi, le consentirono di ricevere provvidenze pubbliche a titolo di “rimborso elettorale” fino al 2011.

⁵⁴⁶ Fu l'allora segretario di Radicali italiani, Daniele Capezzone, a proporre – durante la sua relazione al IV congresso di Ri (Riccione, 29 ottobre – 1° novembre 2005) di adottare quell'emblema: «A me, e credo non solo a me ma a tanti di noi, piacerebbe che il simbolo del nuovo soggetto fosse quello che è un simbolo socialista per antonomasia (come socialisti sono Blair e Zapatero, e come lo era Loris Fortuna), quello che è il simbolo dell'Internazionale socialista, e dei Partiti socialisti spagnolo, tedesco, francese: la gloriosa “rosa nel pugno”, inutilizzata in Italia da ben 19 anni (dal 1987), e che – vorrei dire – è stata custodita per questo appuntamento. La rosa riformatrice e il pugno che non colpisce, ma la offre, e lotta, rinnova la sua lotta antica offrendo – appunto – un fiore. E per queste stesse ragioni, mi piacerebbe che “Rosa nel pugno” fosse anche il

(nonviolento, transnazionale e transpartito), come dimostra lo statuto allegato all'atto costitutivo: all'art. 7, secondo paragrafo precisa che, ai fini dell'uso elettorale, «il simbolo, con separato atto, viene concesso in uso all'associazione dal Partito Radicale sino al 31/12/2011»⁵⁴⁷, specificando che «[p]er tale periodo resterà [...] nella esclusiva disponibilità dell'associazione e solo dall'associazione stessa potrà essere in ogni modo utilizzato con particolare riferimento alla possibilità di deposito in occasione della presentazione di liste per elezioni amministrative, politiche, europee nonché per eventuali competizioni referendarie».

Altro elemento significativo del contrassegno della Rosa nel Pugno (d'ora in poi anche Rnp) fu la *parte testuale*: il nome del soggetto politico e giuridico, infatti, conteneva la parola «radicali», citata per la prima volta dopo molti anni in un emblema elettorale (se si esclude, come si è detto prima, l'inserimento del sito *web* nell'emblema usato nel 2001 e nel 2004). Volendo valutare la legittimità giuridica dell'uso di quel termine nel fregio elettorale (e non conoscendo l'esatto contenuto della scrittura privata tra il Prntt e la nuova associazione), si potevano immaginare due diverse ricostruzioni. Poiché lo statuto parlava di concessione in uso del «simbolo» e lo statuto con quel termine si riferiva al contrassegno tutto intero (e non, ad esempio, della sola parte grafica), si poteva pensare che la “concessione in uso” riguardasse tutto l'emblema, comprensivo dunque degli elementi testuali: in questo caso, pure l'impiego del termine «radicali» poteva in via estensiva essere ricompreso in ciò che era stato concesso alla nuova associazione. Qualora invece la concessione avesse riguardato soltanto la grafica della rosa ⁵⁴⁸, l'inserimento della parola «radicali» in un contrassegno elettorale avrebbe al più potuto provocare, in via solo teorica, la reazione di chi “radicale” nel nome lo era già, come appunto il Prntt e Radicali italiani: tuttavia sarebbe stato alquanto improbabile un comportamento simile da parte di soggetti che avevano in qualche modo partecipato all'operazione della Rosa nel Pugno, quando non risulta che gli stessi si siano poi opposti – né lo ha fatto la stessa Rosa nel Pugno – all'ammissione del contrassegno dei Riformatori liberali di Benedetto Della Vedova (fuoriuscito da Radicali italiani) che conteneva la dicitura «Radicali per la libertà» ⁵⁴⁹.

La partecipazione della Rnp alle elezioni politiche del 2006, nella coalizione di centrosinistra (l'Unione), fu meno fortunata del previsto, anche a causa di un certo numero di ostacoli ravvisati nella nuova normativa elettorale (legge 21 dicembre 2005, n. 270) ⁵⁵⁰. Nei mesi successivi, il

nome, oltre che il simbolo, di questo nostro nuovo soggetto. È cosa forte, che non dà il senso della bicicletta, della piccola avventura elettorale; ed è cosa che appartiene al vissuto di tanti, e che richiama immagini, ragioni e sentimenti pienamente socialisti, pienamente liberali, pienamente laici, pienamente radicali». Il testo della relazione si legge all'indirizzo <http://old.radicali.it/vien.php?id=44533> (consultato il 30 aprile 2016).

⁵⁴⁷ Il «separato atto» di cui parla lo statuto della Rosa nel Pugno, peraltro, per diretta testimonianza di chi ha partecipato all'amministrazione, sarebbe una semplice scrittura privata tra il Prntt e l'associazione La Rosa nel Pugno.

⁵⁴⁸ Questo anche per evitare che, concedendo contemporaneamente nome e simbolo a un soggetto terzo, qualche iscritto al Prntt potesse eccepire che, sia pure indirettamente, il partito aveva partecipato a una competizione elettorale.

⁵⁴⁹ Anzi, tanto la Rosa nel Pugno quanto i Riformatori liberali hanno dovuto affrontare l'opposizione all'ammissione dei loro contrassegni alle elezioni politiche del 2006 da parte della Federazione dei liberali, che contestava l'uso del termine «liberali»: in entrambi i casi – Ufficio elettorale centrale nazionale, decisioni del 3 marzo 2006, opposizioni nn. 6 e 7 – le opposizioni sono state respinte, essendo tra l'altro stato negato che la parola «liberali» abbia «un valore qualificante esclusivo», designando invece «un'ideologia che può essere comune a più partiti politici».

⁵⁵⁰ Il riferimento è innanzitutto alla disciplina sulle esenzioni dalle firme: con la nuova legge potevano beneficiarne i partiti costituiti in gruppi parlamentari (in entrambe le Camere, dall'inizio della legislatura), quelli rappresentativi di minoranze linguistiche che avessero eletto almeno un parlamentare e – specie per quanto interessa qui – le formazioni coalizzate con almeno due liste esentate per la rappresentanza parlamentare e aventi almeno un seggio al Parlamento europeo, purché avessero usato lo stesso emblema rappresentato a Strasburgo. La Rosa nel Pugno, pur avendo i requisiti dell'alleanza con le

progetto politico comune mostrò seri limiti, specialmente per l'idea dei socialisti di trasformare il “cartello” elettorale in un partito radicato sul territorio, presente nelle assemblee locali, non propriamente condivisa invece dai radicali; tra i problemi sollevati in quella fase – prima nella direzione nazionale della Rosa nel Pugno (Roma, 22 settembre) ⁵⁵¹ e poi al V congresso di Radicali italiani (Padova, 2-5 novembre 2006) ⁵⁵² – si pose il problema della titolarità dell'emblema, esemplificato dai dubbi espressi dai vertici dello Sdi (in particolare da Enrico Boselli e Roberto Villetti), per i quali non era possibile «fare un partito insieme con un simbolo che per alcuni è di proprietà e per altri è in affitto». In quell'occasione, fu Marco Pannella a ricordare i termini dell'accordo alla base della nascita della Rosa nel Pugno e, in particolare, tanto la concessione in esclusiva dell'uso del simbolo da parte del Partito radicale fino alla fine del 2011 – previsione che, evidentemente, era legata a un orizzonte di legislatura – quanto il necessario mutuo accordo per l'uso del contrassegno, sancito dalla regola dell'unanimità delle decisioni tra i soci fondatori dell'associazione. Nei mesi successivi, il progetto si esaurì del tutto e quell'emblema finì per “degradarsi”, nell'attesa che scadessero i termini per nuovi utilizzi elettorali della *rose au poing*. Nel 2008 i radicali scelsero di non presentare liste ⁵⁵³, ma decisero comunque di depositare al Ministero dell'interno due contrassegni per precauzione: Radicali italiani presentò per la prima volta il proprio emblema ⁵⁵⁴, mentre la Lista Pannella depositò un logo che ricordava quello del

liste rappresentate congruamente nelle Camere e della presenza al Parlamento europeo, quando la legge elettorale fu approvata aveva già deciso di utilizzare un contrassegno diverso dalla Lista Bonino, con cui aveva ottenuto due seggi nel 2004. Formulò – *ex post* – un giudizio severo sulla disciplina C. Fusaro, *Presentazione delle liste ed esenzione dalla raccolta firme. Una buffonata di cui vergognarsi*, in *Forum Quad. cost.*, 2008, disponibile su www.forumcostituzionale.it. La Rosa nel Pugno sollevò conflitto d'attribuzione nei confronti delle Camere che avevano approvato le modifiche alla legge elettorale, ma fu dichiarato manifestamente inammissibile dall'ordinanza della Corte costituzionale del 22-24 febbraio 2006, n. 79: i partiti, non essendo organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà di un potere statale, non erano legittimati a sollevare il conflitto. Sul punto v. A. Mannino, *La «Rosa nel pugno» davanti alla Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2006, pp. 564 ss.; P. Ridola, *La legittimazione dei partiti politici nel conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato: organamento dei soggetti del pluralismo o razionalizzazione dei principi costituzionali del processo politico?*, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 668 ss.; F. Ghera, *Partiti politici e conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 1629 ss.; S. Curreri, *Non varcate quella soglia! (prime considerazioni sull'ordinanza n. 79/2006 della Corte costituzionale circa l'inammissibilità del conflitto di attribuzioni sollevato da un partito politico)*, in *Forum Quad. cost.*, 2006, disponibile su www.forumcostituzionale.it; A. Ridolfi, *La Corte costituzionale nega ai partiti politici la possibilità di sollevare conflitti di attribuzione*, in *Rivista Aic - Cronache*, 2006, disponibile su <http://archivio.rivistaaic.it>.

Alla difficoltà di essere di fatto la sola forza rappresentata in Parlamento a dover raccogliere le firme, si aggiunse poi un problema relativo alla ripartizione dei seggi al Senato, in particolare sull'applicazione della soglia di sbarramento del 3% in caso di mancato raggiungimento del 55% dei seggi da parte della coalizione prevalente: la Rosa nel Pugno rivendicò l'assegnazione di 8 seggi (finiti ad altre forze dell'Unione), negati in sede di proclamazione degli eletti, verdetto “confermato” dalla Giunta delle elezioni e delle immunità. Sulla vicenda si vedano, in particolare, i *dossier* messi a disposizione dalla *Rivista Aic* (http://archivio.rivistaaic.it/dossier/legge_elettorale/), con particolare riguardo ai contributi di F. Lanchester (*I diritti di partecipazione politica nell'innovazione istituzionale incrementale italiana*), G. Vassalli (*Parere*) e M. Patrono (*Sui seggi contestati ha ragione la Rosa nel Pugno*), nonché dal sito di Radicali italiani (<http://www.radicali.it/view.php?id=58422>), con particolare riguardo ai contributi di M. Ainis, M. Patrono, F. Lanchester, G. Guzzetta, F. S. Marini e alla nota di undici giuristi sulla decisione assai tardiva della Giunta (<http://old.radicali.it/view.php?id=115361> – link consultati il 30 aprile 2016).

⁵⁵¹ L'audio si può ascoltare all'indirizzo <http://www.radioradicale.it/scheda/207355/direzione-nazionale-de-la-rosa-nel-pugno> (consultato il 30 aprile 2016).

⁵⁵² L'audio si può ascoltare all'indirizzo <http://www.radioradicale.it/scheda/210127/v-congresso-di-radicali-italiani-seconda-giornata-plenaria> (consultato il 30 aprile 2016): in particolare si ascoltino gli interventi di Enrico Boselli (seconda parte dell'audio, minuto 3.20.00) e di Marco Pannella (seconda parte dell'audio, minuto 6.14.55).

⁵⁵³ Un gruppo di radicali era comunque presente nelle liste del Partito democratico.

⁵⁵⁴ Si tratta di una grafica curata da Aurelio Candido, che in un cerchio racchiude una R modificata come una “chiocciola”, la corolla di rosa rossa già utilizzata per la lista Riformatori (ma meno schiacciata) e la parola «radicali».

1992 (con tanto di “pulce” inutile degli Antiproibizionisti sulla droga)⁵⁵⁵, ma con la dicitura «Lista Bonino per Pannella presidente». Una sorta di ibrido di questi due contrassegni, nella forma grafica del *Tajitu*, con «Lista Bonino» in alto su fondo giallo e «Radicali» - con tanto di logo - in basso su fondo bianco, si presentò alle elezioni amministrative dello stesso anno, in particolare a Roma.

Nel 2009 ancora la Lista Pannella provò a concorrere per le elezioni del Parlamento europeo, ripresentando l'emblema del 2004 («Emma Bonino www.radicali.it») all'interno di un contrassegno sempre a fondo giallo scuro che riportava, dopo oltre dieci anni, la dicitura «Lista Marco Pannella»: la presenza all'Europarlamento consentì la presentazione di liste in tutta l'Italia, ma l'introduzione della clausola di sbarramento al 4% non permise ai radicali di ottenere eletti; lo stesso emblema fu presentato in seguito alle regionali (2010) e in alcuni turni di amministrative (2011), ottenendo qualche eletto.

Nel 2011, peraltro, si svolse il XXXIX congresso del Partito radicale nonviolento, transnazionale e transpartito (Chianciano Terme, 17-20 febbraio 2011) – l'ultimo che si sia tenuto fino a oggi – del quale merita di essere ricordato un passaggio. Nella sua relazione iniziale, il tesoriere e vicepresidente vicario Maurizio Turco⁵⁵⁶, segnalando la grave situazione finanziaria del Prntt e dopo avere spiegato che negli ultimi anni si è fatto fronte alle spese e ai debiti grazie ai contributi della Lista Pannella – che, in quel modo, di fatto ha impegnato la maggior parte delle proprie entrate, fino a quando le ha avute – ha aggiunto: «Nel contempo [il Prntt] ha ceduto alla Lista Pannella i diritti relativi a simboli elettorali nella disponibilità del partito, essendo peraltro in base allo Statuto inutilizzabili dal partito in quanto tale».

Ciò significa che attualmente la Lista Marco Pannella è titolare tanto dei diritti per l'Italia della *rose au poign* di Marc Bonnet, sia del nuovo emblema del partito transnazionale raffigurante Gandhi. L'espressione «ha ceduto i diritti relativi a simboli elettorali», in realtà, poteva dare adito a letture non univoche, per la sua genericità (poteva applicarsi alla proprietà, come ai soli diritti di sfruttamento economico); nel 2015, tuttavia, nel corso del dibattito scatenatosi sulla situazione finanziaria grave del Partito radicale nonviolento, transnazionale e transpartito, lo stesso Turco ha avuto modo di precisare che «il simbolo è stato ceduto» e che la cessione risale allo stesso anno⁵⁵⁷, presumibilmente con effetto dal 1° gennaio 2012, visto il contenuto dell'atto notarile che costituì la Rosa nel Pugno.

Tra la fine del 2012 e l'inizio del 2013⁵⁵⁸ la Lista Marco Pannella decise di partecipare alle elezioni politiche (e anche alle regionali e amministrative del 2013), ma mettendo al centro del contrassegno la battaglia più urgente da divulgare tra gli elettori in quel momento, quella per

⁵⁵⁵ Non era ovviamente possibile per la Lista Pannella servirsi, anche solo come “pulce”, del contrassegno della Rosa nel Pugno per evitare la raccolta delle firme, visto il mancato accordo con lo Sdi (soggetto nel frattempo “abbandonato” dai socialisti del centrosinistra, dopo la scelta di costituire il Partito socialista).

⁵⁵⁶ L'intervento di Turco si può vedere all'indirizzo <http://www.radioradicale.it/scheda/321533/liberta-e-nonviolenza-ovunque-390-congresso-del-partito-radicale-nonviolento> (consultato il 30 aprile 2016), in particolare dal minuto 44.53.

⁵⁵⁷ Si veda, oltre alla già citata intervista rilasciata da Turco a *Termometro Politico*, la sua lettera di risposta ad Alessandro Capriccioli, segretario di Radicali Roma, che gli aveva pubblicamente posto vari interrogativi legati all'area radicale, chiedendogli anche conto della titolarità del simbolo della rosa nel pugno (il testo della lettera di risposta si legge all'indirizzo <https://drive.google.com/file/d/0BwTLne447j9RVVNZWGp1azqfQUk/view> – consultato il 30 aprile 2016).

⁵⁵⁸ Il verbale di assemblea che interessa è datato 4 gennaio 2013.

ottenere dal Parlamento un'amnistia che intervenga per rendere meno disumane le condizioni degli istituti di pena italiani, così da «interrompere la flagranza di una violenza criminale letale ed assassina da parte dello Stato nei confronti del popolo»⁵⁵⁹. La base grafica, con alcune modifiche⁵⁶⁰, era quella del simbolo della “lista Bonino”, con il nuovo nome e almeno la corolla della rosa (che, a quel punto, poteva essere inserita nel contrassegno senza dover ottenere alcuna autorizzazione), senza gambo e senza pugno. L'operazione non ebbe gli effetti sperati, risultando quel contrassegno il meno votato della storia radicale, così fu presto abbandonato: a novembre, alle elezioni regionali in Basilicata, venne presentata di nuovo la Rosa nel Pugno, stavolta con la dicitura «Ecologisti laici democratici liberali credenti», senza citare i radicali. Per quanto se ne sa – salvo errore, ovviamente – si è trattato delle ultime partecipazioni alle elezioni, per lo meno fino al turno di elezioni amministrative ormai alle porte.

4. Il presente e il (possibile) futuro politico-elettorale dei radicali: riflessioni sulla forma giuridica

Come si è detto in apertura di questo contributo, la riflessione contenuta in queste pagine è stata originata dalla presentazione, in vista delle elezioni amministrative a Roma e a Milano, di liste che nel proprio contrassegno contengono la parola «radicali». L'annuncio è stato dato il 1° aprile, nel corso di una conferenza stampa nella sede di Via di Torre Argentina n. 76, da Riccardo Magi, Marco Cappato e Valerio Federico, rispettivamente segretario, presidente e tesoriere di Radicali italiani⁵⁶¹, unitamente a Emma Bonino. Come si è notato all'inizio, l'emblema scelto per queste elezioni è piuttosto diverso rispetto a quelli utilizzati in tutti gli anni precedenti⁵⁶²: in particolare si tratta del primo contrassegno in cui manca ogni riferimento grafico alla *rose au poing* o ai due *leader* – Marco Pannella ed Emma Bonino – che nel tempo hanno legato profondamente i loro nomi alle battaglie elettorali radicali.

Proprio quella decisione, tuttavia, ha creato consensi e dissensi all'interno dell'area radicale – in un momento in cui Pannella, per il suo stato di salute, non può svolgere un ruolo di “sintesi” – al punto che un gruppo di militanti del Partito radicale nonviolento, transnazionale e transpartito ha ritenuto prioritario divulgare un documento – intitolato *Per il Partito Radicale dello Stato di Diritto*

⁵⁵⁹ Citazione tratta dalla nota *La lista con uno scopo chiaro, l'unica*, pubblicata su <http://www.radicali.it/contenuto/lista-con-uno-scopo-chiaro-l-unica> (consultato il 30 aprile 2016).

⁵⁶⁰ Dopo un'evoluzione grafica di alcuni giorni – in cui si pensò di tenere lo sfondo giallo, il nome al centro scritto in blu, in basso la rosa (col pugno seminascosto, perché debordante dal cerchio) e il segno della pace – si optò per il fondo giallo con intorno una corona circolare blu con dodici stelle, ma stavolta disegnata come un nastro che iniziava dentro al cerchio interno, con l'estremità “a coda di rondine”; il testo fu poi riportato in nero, all'infuori di «Lista» scritta in rosso e corsivo.

⁵⁶¹ Magi e Cappato sono anche consiglieri comunali uscenti, rispettivamente a Roma e a Milano: il primo si presenterà come capolista nella formazione radicale a sostegno del candidato sindaco Roberto Giachetti, il secondo si è personalmente candidato a sindaco, sostenuto dalla propria lista.

⁵⁶² Il simbolo è costituito da una circonferenza gialla, fondo bianco con al centro la parola «radicali» scritta in nero e sottolineata a pennellate in blu, rosso, giallo e verde; in basso si leggono in blu le parole «Federalisti Laici Ecologisti».

e i *Diritti umani* e presentato in conferenza stampa il 3 aprile, giusto due giorni dopo la presentazione dell'iniziativa elettorale ⁵⁶³ – per esprimere il proprio dissenso rispetto alla scelta di candidarsi alle elezioni. Un'assemblea (informale) degli iscritti al Prntt, convocata gli scorsi 23 e 24 aprile per fare il punto sulle battaglie radicali internazionali e sulla difficile situazione economica e organizzativa del partito ⁵⁶⁴, ha inevitabilmente visto molti interventi concentrarsi (e scontrarsi) sulla questione delle liste da presentare.

Chi dissente pone soprattutto due riflessioni alla base della propria posizione. Secondo la prima, più generale, in Italia – «regime [...] anti-Stato di Diritto, anti-democratico, anti-liberale» – mancherebbero le condizioni minime perché si possano tenere elezioni davvero democratiche (in particolare quanto all'informazione sulle candidature effettivamente in campo), di conseguenza non ci sarebbe nemmeno spazio per presentare candidature, a qualunque livello territoriale (come proprio la storia politica di Marco Pannella avrebbe dimostrato).

Il secondo ragionamento ⁵⁶⁵, più specifico e legato al “metodo”, mette in discussione questo specifico progetto di partecipazione elettorale. Pur riconoscendo che la partecipazione al voto è in linea con l'orientamento risultato prevalente all'ultimo congresso di Radicali italiani ⁵⁶⁶, si stigmatizza una scarsa condivisione – e discussione – all'interno dell'area (o della “galassia”) radicale del proposito di presentare liste, si lamenta la carenza di una visione “coerente con la storia radicale” della scadenza elettorale come scadenza politica per proporre innanzitutto contenuti – legati in particolare alla transizione verso lo Stato di diritto e per l'affermazione del diritto umano alla conoscenza – e si censura l'uso del termine «radicali» nel contrassegno, specie ora che anche lo statuto di Ri contiene il disposto sulla non partecipazione alle elezioni del movimento «in quanto tale» (quando a presentare l'iniziativa sono state proprio le persone che ricoprono le tre cariche fondamentali all'interno di Radicali italiani).

I promotori delle liste ⁵⁶⁷, per contro, sostengono di avere discusso la “questione liste” nei luoghi formali di area radicale che ancora si riuniscono (le direzioni e i comitati di Ri) ⁵⁶⁸, dopo avere costruito innanzitutto con le associazioni radicali operanti sul territorio la possibilità di presentare le candidature; allo stesso tempo, i vertici di Radicali italiani rivendicano di avere condotto e di portare avanti tuttora battaglie che dovrebbero proseguire o trovare compimento (anche) con la partecipazione al voto e sono del tutto compatibili con il cammino verso lo Stato di diritto. Quanto alla questione del nome «Radicali», gli artefici delle liste rivendicano quella scelta come la

⁵⁶³ Per il link che consente di leggere il documento, v. la nota n. 1; la conferenza stampa può essere seguita all'indirizzo <http://www.radioradicale.it/scheda/471317/conferenza-di-presentazione-del-documento-per-il-partito-radicale-sullo-stato-di> (consultato il 30 aprile 2016).

⁵⁶⁴ Dopo l'ultimo congresso del 2011, l'assise del partito non è più stata convocata e lo stesso segretario si è reso irreperibile, dunque l'attuazione dell'azione politica è curata dal Senato (composto dalle due massime cariche di ciascuno dei soggetti costituenti il Prntt). Di più, nella sua relazione il tesoriere Maurizio Turco ha evidenziato la pesantissima situazione debitoria in cui versa il Prntt, che ne rende assai difficile l'attività e ne minaccia addirittura la sopravvivenza.

⁵⁶⁵ Si vedano, in particolare, le posizioni espresse da Maurizio Turco e Rita Bernardini.

⁵⁶⁶ La mozione generale approvata dal XIV congresso di Radicali italiani (Chianciano Terme, 29 ottobre – 1° novembre 2015) impegnava gli organi dirigenti, tra l'altro, «a predisporre entro tre mesi un documento che raccolga le azioni politiche Radicali già poste in essere a livello locale ed esprima un progetto di governo a partire dal quale verificare la percorribilità di iniziative popolari e di presenze politiche alle prossime elezioni amministrative». Il testo si legge all'indirizzo <http://www.radicali.it/mozione-generale-2016> (consultato il 30 aprile 2016).

⁵⁶⁷ Il riferimento è, in particolare, alle posizioni di Riccardo Magi e Marco Cappato.

⁵⁶⁸ Ciò senza negare la dimensione principalmente “informale” delle discussioni che hanno portato alle liste; i promotori, tuttavia, insistono sul fatto che questa “informalità” ha in fondo sempre caratterizzato le scelte in materia elettorale.

sola che – nel breve periodo di una campagna elettorale amministrativa imminente – avrebbe permesso un’identificazione e riconoscibilità sufficiente per gli elettori; riconoscono tuttavia che l’adozione di un simbolo come quello pensato per il voto a Roma e a Milano, immaginata come “approdo” e soluzione di lungo periodo, metterebbe in crisi il concetto della transpartitività, dunque occorre trovare soluzioni alternative (diverse dall’inerzia sulla scena politico-elettorale). La riflessione sul contesto di scarsa democrazia elettorale, evidentemente, non può trovare spazio in un contributo come questo. Non è questa nemmeno la sede per valutare la coerenza dell’azione di un partito o dei suoi dirigenti con la storia di quella formazione o di una tradizione politica: si tratta pur sempre di giudizi politici o di coerenza politica che, se sono preclusi a un giudice ⁵⁶⁹, dovrebbero esserlo anche agli interpreti. Ci si può invece occupare – ovviamente da un punto di vista giuridico – delle procedure decisionali interne e della scelta del contrassegno elettorale.

Entrambi i punti (soprattutto il primo) rientrano inevitabilmente in una questione più ampia, quella della “democrazia interna” ai partiti, intesi come soggetti collettivi che – a norma dell’art. 49 della Costituzione – consentono ai cittadini di «concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale». Com’è noto, l’analisi del livello di democrazia interna discende, prima ancora che dalla prassi seguita da ogni singolo partito o movimento, dal contenuto delle regole interne che i “fondatori” hanno concordato tra loro (mettendole per iscritto) e sulle quali uno o più organi sono eventualmente intervenuti in seguito. In un parola, discende dallo *statuto* della singola associazione politica.

È altrettanto noto che fino alla fine del 2013, l’ordinamento italiano è stato privo di una qualunque norma in materia di democrazia infrapartitica che attuasse la citata disposizione costituzionale. Proprio in questo contesto di “sregolatezza” ⁵⁷⁰ (senza che, questa volta, il termine voglia avere connotazioni negative) il Partito radicale ha potuto compiere il suo percorso politico e giuridico così come delineato nel paragrafo 2.1.: prima il passaggio a una struttura federale, del tutto priva di disciplina di partito con la possibilità della “doppia tessera” (1967), poi la trasformazione – del tutto inedita per il nostro paese – in un soggetto dalla vocazione dichiaratamente transnazionale e transpartitica (1987-1988) sono stati possibili proprio perché a nessun soggetto giuridico che in Italia volesse qualificarsi come «partito» è stato chiesto, nei primi sessantacinque anni di vita repubblicana, di rispettare determinate regole formali e organizzative. Questo depone a favore della creatività dell’area radicale e dello stesso Marco Pannella, ma non si tratta certamente della condizione migliore per poter applicare, richiedere o pretendere *standard* di democrazia interna universalmente riconosciuti, a partire dalle regole decisionali interne.

In alcuni casi, la stessa qualificabilità di determinati soggetti politici come «partito» in senso “tecnico” sembra essere in discussione. La questione vale innanzitutto per l’attuale assetto del Prntt, specie dopo il riconoscimento del suo *status* di Organizzazione non governativa di primo livello presso il Cse dell’Onu, ma qualche perplessità può sorgere anche con riguardo a Radicali italiani, sotto vari punti di vista che saranno considerati nelle prossime righe.

⁵⁶⁹ Il principio venne esposto con chiarezza nell’ordinanza del Tribunale civile di Roma del 26 aprile 1991, n. 9043, in *Corr. giur.*, 1991, pp. 842 ss., vale a dire la prima pronuncia di rilievo in materia di segni distintivi politici contesi in seguito a recesso collettivo (*i.e.* a scissione) relativo a un partito per ragioni ideologiche.

⁵⁷⁰ L’espressione è chiaramente debitrice di F. Lanchester, *Il problema del partito politico: regolare gli sregolati*, in *Quad. cost.*, n. 3, 1988, pp. 437-458.

Iniziando con una questione più teorica che pratica, si può considerare la scelta statutaria dei due soggetti politici radicali a partecipazione diffusa (Prntt e Ri) di non partecipare alle competizioni elettorali «in quanto tal[i] e con il proprio simbolo». Il concorso alle elezioni non è ovviamente obbligatorio per una forza politica, restando nella sua piena discrezionalità decidere il proprio comportamento; certo è che l'idea di un partito (o di un soggetto collettivo che si qualifichi come tale) che scientemente decida di non partecipare mai con proprie candidature espresse alle competizioni elettorali e addirittura inserisca tale proposizione nel proprio statuto rappresenta un'ulteriore anomalia all'interno del sistema politico-partitico. Tale probabilmente sarebbe parsa a Costantino Mortati (per lo meno, tralasciando gli ultimi anni della sua vita): se questi aveva sottolineato che «è nei partiti che si selezionano gli uomini che rappresenteranno la nazione nel Parlamento»⁵⁷¹ ritenendo opportuno, in tema di candidature, «affidare la facoltà di presentazione non a gruppi formati occasionalmente, bensì a partiti organizzati»⁵⁷², inevitabilmente la presentazione di candidati diventava un'attività fondamentale dei partiti immaginati dall'illustre costituzionalista⁵⁷³, un'attività la cui osservazione riesce a comunicare molto dell'identità della singola forza politica⁵⁷⁴. La rinuncia deliberata all'attività elettorale col proprio simbolo, allora, può essere carattere distintivo di una particolare esperienza politica (cosa che di certo poteva e può dirsi soprattutto per il Partito radicale transnazionale), ma il carattere di anomalia resta. L'osservazione fatta è tanto più valida se si considera che, proprio per la scelta di non partecipare direttamente al voto, per oltre trent'anni – sia pure con intensità diversa – la presenza alle competizioni elettorali dell'ara radicale è stata ottenuta mediante l'impiego di un soggetto giuridico terzo – la Lista Marco Pannella – che nei fatti non si presenta particolarmente aperto alle iscrizioni dei soci ordinari (la situazione ovviamente può essere modificata) e per vari anni si è avvalso di un simbolo di cui non era titolare, dovendo ogni volta ricevere espressa autorizzazione in tal senso⁵⁷⁵, almeno fino alla cessione dei diritti sulla rosa nel pugno nel 2011. Si tratta ovviamente di una soluzione legittima, pur rappresentando più l'eccezione della regola. Al di là dell'aspetto prettamente elettorale, bisogna notare che al momento nessuno dei soggetti politici dell'area radicale sarebbe nelle condizioni di chiedere l'iscrizione al Registro dei partiti politici: in base ai requisiti indicati dal d.l. n. 149/2013, infatti, i loro statuti risultano carenti su alcuni punti. Innanzitutto – per chiudere la questione della partecipazione alle elezioni – non è scontato che la disposizione in base alla quale il soggetto politico «in quanto tale e con il proprio simbolo non si presenta a competizioni elettorali» sia rispettosa dell'obbligo di indicare «le

⁵⁷¹ Assemblea Costituente, seduta di giovedì 22 maggio 1947 (resoconto stenografico), 4159-4160.

⁵⁷² C. Mortati, *Concetto e funzione dei partiti politici*, in *Quaderni di Ricerca*, s.n., 1949, ora in *questa rivista*, 2015, spec. p. 13.

⁵⁷³ Ritiene del resto che Mortati abbia confermato «l'importanza della regolazione delle funzioni pubblicistiche (selezione dei candidati) svolte dai partiti» F. Lanchester, *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 165. Ma vedi anche Id., *Il problema del partito politico*, cit., 439, quando definisce i partiti come «gruppi di individui che presentano candidati a cariche pubbliche».

⁵⁷⁴ Qualcosa di simile si ritrova in L. Elia, *I partiti italiani visti attraverso i loro Statuti*, in *Cronache sociali*, n. 3, 1948, pp. 8-11, spec. p. 10: la possibilità per gli iscritti a un partito di «influire sulla designazione dei candidati», assieme alla «concezione della disciplina in rapporto ai diritti e doveri degli iscritti», erano da considerarsi «principi generali [che] caratterizzano in modo inconfondibile la fisionomia istituzionale e politica di un partito».

⁵⁷⁵ Negli ultimi anni, per la verità, si è avuto almeno un altro esempio noto di concessione di simbolo ad uso politico elettorale, con riferimento alle vicende della Fondazione Alleanza nazionale e della concessione in uso del logo di An a favore di Fratelli d'Italia: sulla vicenda v. G. Maestri, *Ritorni di fiamma: la disputa sull'uso del simbolo di Alleanza Nazionale, tra fondazioni e scissioni*, in *federalismi.it*, n. 6, 2015.

modalità di selezione delle candidature per le elezioni [...]» (è da vedere, dunque, se a quell'obbligo si possa adempiere semplicemente dicendo “non ci si presenta alle elezioni” o se occorra specificare diversamente).

In tutti e tre gli statuti – compreso quello della Lista Marco Pannella – mancano poi, per esempio, disposizioni per promuovere la parità dei sessi (negli organismi collegiali e nelle cariche elettive) e la presenza delle minoranze negli organi collegiali. Nei soggetti diversi da Radicali italiani, poi, sembrano mancare i contenuti richiesti in materia di trasparenza sulla gestione economico-finanziaria e rispetto della vita privata e dei dati personali. Per queste e altre ragioni, ogni tentativo di chiedere l'iscrizione del Prntt, di Ri o della Lista Marco Pannella al Registro dei partiti politici andrebbe incontro certamente a un diniego, per lo meno in prima battuta: conseguenza di ciò, al momento, è certamente l'impossibilità per quei tre soggetti di accedere ai benefici previsti dal d.l. n. 149/2013 (a partire dalla contribuzione volontaria agevolata e dalla destinazione volontaria del 2 per mille dell'Irpef), cui potrebbero aggiungersi limitazioni in tema di presentazione di candidature, in base all'*iter* dei disegni di legge che completano l'attuazione dell'art. 49 della Costituzione⁵⁷⁶.

Quanto alle questioni legate alla presentazione del simbolo alle elezioni amministrative, occorre fare alcune riflessioni. Innanzitutto, salvo novità ora non prevedibili, da coloro che non hanno condiviso la scelta di concorrere al voto amministrativo non dovrebbero arrivare azioni di “disturbo”: nel documento presentato nei primi giorni di aprile si legge che quella iniziata con il congresso del 2015 e proseguita con queste azioni è «una svolta che non condividiamo ma che abbiamo non contrastato a Chianciano e non contrasteremo oggi a Roma o a Milano nelle sue derivate elettorali» e tanto dovrebbe bastare per evitare di immaginare battaglie in tribunale o questioni simili.

Nel corso dell'assemblea degli iscritti al Partito radicale nonviolento, transnazionale e transpartito, tuttavia, il tesoriere Maurizio Turco ha etichettato l'operazione come «travestitismo elettorale»⁵⁷⁷, rilevando un sostanziale contrasto con la disposizione statutaria sulla non partecipazione alle elezioni di Radicali italiani «in quanto tale e con il proprio simbolo», per la presenza della parola «radicali» nel contrassegno, per la presentazione dell'iniziativa operata dalle tre figure di vertice di Ri e per il sostegno che la stessa ha ricevuto da parte del comitato nazionale

⁵⁷⁶ Il testo unificato dei progetti di legge presentato il 3 maggio 2016, intitolato «Disposizioni in materia di disciplina dei partiti politici. Norme per favorire la trasparenza e la partecipazione democratica», tuttavia, non prevede più la ricusazione delle liste da parte di chi non avesse ottenuto per tempo l'iscrizione nel Registro dei partiti politici (così come è sparita l'attribuzione della personalità giuridica per i partiti, come invece chiedevano più parti). Il testo si può leggere all'indirizzo <http://www.camera.it/leg17/824?tipo=A&anno=2016&mese=05&giorno=03&view=&commissione=01#data.20160503.com01.allegati.all00010> (consultato il 6 maggio 2016).

⁵⁷⁷ L'espressione usata da Turco era tratta da uno scritto di Gianfranco Spadaccia dell'11 marzo 1988, di poco successivo al congresso che aveva sancito la trasformazione del Pr e aveva introdotto la disposizione statutaria sulla non partecipazione alle elezioni: «Sul terreno elettorale, quella del Partito radicale deve essere considerata come una sorta di «disarmo unilaterale, con l'avvertenza che siamo non dei pacifisti rinunziatari, ma dei nonviolenti attivi, che quindi l'iniziativa politica può e deve essere portata avanti in altra forma e con altre armi che quelle delle liste di partito. Io vorrei escludere operazioni banali di travestitismo elettorale (il partito non si presenta, ma si presentano liste radicali). Ed escludo anche, allo stato dei fatti, operazioni di confluenza meccanica in altre liste -per esempio nelle liste verdi o nelle liste socialiste. Siamo interessati ad iniziative politiche: siamo interessati a contribuire a dar vita sul terreno politico ed elettorale a degli elementi, magari circoscritti, di novità, non a collocazioni elettorali in questa o quella lista» (il testo intero si può leggere all'indirizzo http://old.radicali.it/search_view.php?id=49690&lang=IT&cms – consultato il 6 maggio 2016).

del movimento. Sarebbero sufficienti questi elementi per parlare di un'elusione politica dello statuto, se non anche una sua violazione giuridica.

Sul primo punto, ossia l'uso della parola «radicali», bisogna notare che, su un piano squisitamente tecnico, «radicali» è cosa diversa da «Radicali italiani»; di più, «radicali», tra l'altro con la lettera minuscola, è un aggettivo generico, legato a una tradizione politica su cui nessuno può invocare diritti esclusivi, ma certamente – e logicamente – utilizzabile da chi ha nel proprio nome il termine «radicale» o «radicali»⁵⁷⁸. Certamente la disposizione statutaria non consente la presentazione dell'emblema “ufficiale” di Radicali italiani (dunque quello con la R “a chiocciola” e la corolla di rosa), mentre il contrassegno, come si è detto, è decisamente diverso rispetto a quello di Ri: sarebbe del tutto impossibile confonderli, né una qualche commissione elettorale potrebbe ravvisare la minima ipotesi confusoria. Non trattandosi del simbolo ufficiale e tradizionale del movimento, di cui dunque nessuno deve concedere l'uso, la presentazione della lista a Roma e Milano a tutti gli effetti non ha alcun legame con Radicali italiani, se non il fatto che alcuni dei candidati sono iscritti a Ri (ed, eventualmente, al Prntt), ma tutti costoro – anche qualora abbiano posizioni di vertice nel movimento – agli occhi della legge agiscono *uti singuli*.

Esaurita la questione del simbolo, resterebbe la questione della presentazione elettorale di Radicali italiani «in quanto tale». Si è detto che il gruppo di candidati a Roma e Milano contiene certamente degli iscritti a Ri (liberi da sempre di candidarsi dove credono in base al principio della mancanza di disciplina di partito), ma non per questo si ha un'automatica coincidenza tra il gruppo-lista (composto al massimo da 48 persone) e movimento; in questa occasione, tuttavia, non è stata costituita un'associazione *ad hoc* (come fu per gli Antiproibizionisti, la Lista Marco Pannella, i Riformatori o La Rosa nel Pugno) che scindesse e tenesse distanti senza alcun dubbio le due realtà (lista e Ri), non essendo previste provvidenze pubbliche o altri istituti che richiedessero la nascita di un soggetto giuridico che certamente dovrebbe essere diverso da Radicali italiani (diversamente si avrebbe una sicura violazione dello statuto).

Radicali italiani, dunque, non ha presentato le liste, è però vero che l'iniziativa è stata comunicata dalle figure di vertice di Ri e che della stessa c'è stato un “riconoscimento” politico mediante la riunione di aprile del comitato nazionale: questo potrebbe far ritenere, a costo di qualche forzatura, che in quell'occasione si siano create le condizioni per una partecipazione elettorale di Radicali italiani «in quanto tale». Su questa base, tutt'al più, qualche iscritto al movimento potrebbe avere interesse a impugnare in sede civile l'unica delibera che verrebbe in considerazione, cioè la mozione generale approvata a maggioranza nel comitato nazionale svoltosi tra l'8 e il 10 aprile 2016, limitatamente alla parte in cui si riferisce alle liste a Roma e Milano e al sostegno dato alle stesse; sarebbe però quasi impossibile sostenere la tesi della violazione dell'art. 1, par. 3 dello statuto, dal momento che mancherebbe il requisito della partecipazione «con il proprio simbolo» - e sarebbe un elemento indefettibile, vista la «e» prevista dalla proposizione statutaria – né un procedimento di questo tipo potrebbe invalidare una

⁵⁷⁸ Si veda, in proposito, la copiosa serie di decisioni dell'Ufficio elettorale centrale nazionale presso la Suprema Corte di Cassazione, con cui negli anni si è legittimato l'uso di espressioni ideali generiche come «liberale», «comunista» o «destra» (ritenendo che non fosse per ciò solo foriero di confondibilità). Oltre alle due già viste alla nota n. 84, v. ad esempio Ufficio elettorale centrale nazionale, decisione del 3 marzo 2006 su opposizione n. 1 (sul termine «comunista») e decisione del 8 marzo 2008 su opposizione n. 12 (sul termine «destra»). V. anche il parere del Consiglio di Stato, sez. I, del 19 febbraio 1992, n. 281, analizzato in G. Maestri, *I simboli della discordia. Normativa e decisioni sui contrassegni dei partiti*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 199-203.

procedura elettorale (in corso o conclusa), qualora tutti i requisiti della normativa elettorale – *lex specialis* rispetto ad altre discipline applicabili – fossero rispettati.

Al di là delle valutazioni giuridiche, la frattura emersa in queste settimane mostra che – obiettivamente – dev’essere mancata una effettiva ed efficace fase di condivisione e discussione dell’iniziativa elettorale, più che all’interno di Radicali italiani, nell’ambito dell’intera area o della “galassia” radicale, che ha fatto emergere o ha esasperato determinate differenze di posizione. Il problema, come si vede, è innanzitutto e soprattutto politico e come tale merita di essere considerato, affrontato e – possibilmente – risolto. Di certo, fermi restando il valore e l’importanza le battaglie che il Partito radicale nonviolento, transnazionale e transpartito sta conducendo a livello soprattutto internazionale, le forme della presenza politica radicale in Italia meritano un’attenta riflessione per il futuro (già a medio-breve termine), così da consentire a quell’area – che indubbiamente ha contribuito all’evoluzione della società italiana – di avere ancora spazio e voce.

5. *Tavola riassuntiva dei simboli citati*

1963 – Partito radicale



1968 – Partito radicale



1972 – Partito radicale



1976 – Partito radicale (rose au poing in bianco e nero)



1976 – Partito radicale (bilingue)



1979 – Simboli ricusati



1983 – Partito radicale



1983 – Associazione radicale per la Costituzione contro la partitocrazia (ammesso)



1983 – Associazione radicale per la Costituzione contro la partitocrazia (bocciati)



1988 – Partito radicale transnazionale



1989 – Antiproibizionisti sulla droga



1992 – Lista Marco Pannella



1992 – Lista Referendum



1994 – Lista Pannella per il partito democratico



1994 – Riformatori



1994 – Lista Pannella Riformatori (Elezioni Politiche)



1994 – Lista Pannella Riformatori (Elezioni Europee)



1994 – *Club Pannella*



1996 – *Lista Pannella-Sgarbi*



1997 – *Lista Pannella-Liberali, Liberisti, Libertari*



1997 – *Lista Pannella Antiproibizionista*



1998 – *Liberali, Liberisti, Libertari*



1999 – Lista Pannella-Emma Bonino



2001-2004 – Lista Pannella



2004 – Riformatori



2006 – La Rosa nel Pugno



2008 – Lista Bonino per Pannella Presidente



2008 – Radicali Italiani



2008– Lista Bonino-Radicali



2009 – *Lista Bonino*



2013 – *Lista Amnistia Giustizia Libertà (Elezioni politiche)*



2013 – *Rosa nel Pugno (Basilicata – Elezioni Regionali)*



2016 – *Radicali (Roma)*



2016 – *Radicali (Milano)*



Giudizio di uguaglianza davanti al suffragio e discrezionalità legislativa: riflessioni a partire dalla sentenza del *conseil* sulla *loi* NOTRe

di Nausica Palazzo *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La pronuncia del *Conseil* sulle modalità di elezione del Consiglio della *métropole du Grand Paris* e la “forbice” del 20 per cento. – 3. L’introduzione di una formula numerica nel giudizio di compatibilità costituzionale della soglia minima per l’attribuzione del premio di maggioranza: una proposta della dottrina italiana. – 4. Analisi comparata dei sistemi che prevedono uno scrutinio giudiziale del ritaglio delle circoscrizioni. – 5. Alcune riflessioni finali.

1. Introduzione

La sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale italiana ha sollevato numerose questioni di diritto elettorale, sulle quali gli studiosi hanno avuto modo di cimentarsi. È stata di recente avanzata una soluzione per rendere maggiormente prevedibile un eventuale giudizio di costituzionalità del premio di maggioranza (individuando la soglia minima “matematicamente corretta” per la sua attribuzione)⁵⁷⁹. Il presente studio si pone l’obiettivo di analizzare l’opportunità di introdurre, appunto, una formula numerica nel giudizio di compatibilità costituzionale riguardante la soglia minima. Il percorso argomentativo prenderà le mosse da una recente sentenza del *Conseil constitutionnel*, preceduta da un’analisi di contesto indicante le linee essenziali della *loi* NOTRe, legge al vaglio del Consiglio. Una volta chiariti i termini della proposta della dottrina italiana sulla soglia minima, si procederà a un’analisi comparata delle giurisprudenze costituzionali di alcuni Paesi – quali l’Inghilterra, il Giappone, gli Stati Uniti, la Corea del Sud. Attraverso una comparazione “per differenze” il tentativo sarà quello di formulare delle riflessioni di sintesi sull’utilità di introdurre un criterio matematico nel contesto del giudizio di costituzionalità della soglia minima.

2. La pronuncia del *Conseil* sulle modalità di elezione del Consiglio della *métropole du Grand Paris* e la “forbice” del 20 per cento

La *loi* NOTRe⁵⁸⁰, acronimo di «*loi portant nouvelle organisation territoriale de la République*», si diceva, è stata interessata da una pronuncia del *Conseil*⁵⁸¹ riguardante un tema abbastanza marginale, se se ne

* Dottore di ricerca, Dipartimento di Studi Giuridici Angelo Saffa – Università Bocconi di Milano.

⁵⁷⁹ Si ricorderà che la necessità di introdurre una soglia minima per l’attribuzione del premio è stata manifestata dalla Corte costituzionale italiana proprio nella sentenza n. 1/2014.

⁵⁸⁰ Il testo è divenuto legge a seguito di pubblicazione nel Giornale ufficiale della Repubblica francese lo scorso 8 agosto 2015.

⁵⁸¹ Cons. const., 6 août 2015, décision n° 2015-717 DC.

considera l'impianto complessivo: le modalità di elezione dei consiglieri della *métropole du Grand Paris* («MGP»). Non si tratta di una sanzione di costituzionalità della legge, per la seguente ragione: l'oggetto della pronuncia *Conseil* è stato circoscritto alle disposizioni riguardanti l'elezione della MGP; ne consegue che nuove questioni di legittimità costituzionale potranno essere sollevate in futuro. Ad ogni modo la pronuncia dà il senso di ciò che intendeva il giurista Jean Rivero quando, a proposito del *Conseil*, parlava di una Corte in grado di filtrare la zanzara e lasciar passare il cammello⁵⁸².

Una delle più rilevanti novità introdotte dalla legge riguarda la soppressione della clausola di competenza generale⁵⁸³ per le regioni e i dipartimenti. L'unico ente territoriale a competenza generale rimane dunque il comune, cui si riconosce conseguentemente la capacità di intervento in tutti i domini di interesse pubblico locale.

Ancora, le regioni vedono aumentare le possibilità di intervento nei seguenti campi: sviluppo economico e supporto alle imprese, da una parte, e pianificazione del territorio⁵⁸⁴, contenimento dell'inquinamento, rifiuti e energia, dall'altra. Quanto ai dipartimenti, non scompaiono del tutto, come inizialmente annunciato, preservando le c.d. *compétences de proximité* – salvo la gestione dei trasporti scolastici, ora in capo alle regioni – e, a talune condizioni, la competenza nel settore portuale⁵⁸⁵. Si tratta di un dato di non poco rilievo quello della sopravvivenza dei dipartimenti; dato che ha spinto i primi commentatori parlare di una riforma “*brouillonne*”, “farlocca”, simulacro di se stessa.

L'ultimo versante interessato dalla riforma è quello concernente le forme di cooperazione intercomunale, che ne escono complessivamente rafforzate. Gli EPCI a fiscalità propria («*établissements publics de coopération intercommunale*») potranno d'ora in avanti essere costituiti su aree di almeno 15.000 abitanti (e non più 5.000). La soglia minima di 5.000 abitanti potrà essere mantenuta solo ove ragioni geografiche e geomorfologiche lo richiedano. La possibilità di raggrupparsi su un'area più vasta dev'essere salutata positivamente in un Paese, come quello francese, in cui si contano circa 36.000 comuni⁵⁸⁶.

⁵⁸² Per inquadrare il contesto in cui l'A. ricorre al proverbio «*filtrer le moustique et laisser passer le chameau*», si veda: J. Rivero, *Le Conseil Constitutionnel et les libertés*, Paris, PUAM, 1984, 101.

⁵⁸³ Sulla base della clausola di competenza generale, una collettività territoriale può intervenire in tutti gli ambiti che la legge non riserva a un dato livello di amministrazione territoriale. L'opportunità della sua abolizione è stata largamente dibattuta; sul punto: M. Verpeaux, *Pavane pour une notion défunte. La clause de compétence générale*, *Revue Française de droit administratif*, 2014/3, pp. 457 ss.

⁵⁸⁴ La competenza in materia risulta particolarmente rafforzata grazie all'attribuzione della gestione del trasporto collettivo, sia riguardante tratte dipartimentali sia scolastico.

⁵⁸⁵ Per una ricognizione delle competenze spettanti ai dipartimenti prima della riforma, vedi: J. Martin, *Le département en droit français*, in *Il rilievo della provincia nel diritto comparato*, G.F. Ferrari (cur.), Torino, Giappichelli, 2013, pp. 3 ss.

⁵⁸⁶ La «polverizzazione della dimensione comunale», mutuando un'espressione di M. Cartabia, è frutto della scelta effettuata in sede costituente di preferire municipi di ridotte dimensioni, secondo la linea Mirabeau, per evitare che questi costituissero una minaccia per il potere centrale e l'indivisibilità della Repubblica. Ne consegue che, tra i comuni censiti, più di 22.000 abbiano meno di 500 abitanti e più di 32.000 non abbiano una popolazione superiore ai 2000 abitanti. Il dato si comprende meglio se, ad esempio, si considera che in Italia nel 2015 sono stati censiti 8047 comuni. Se è vero infatti che la superficie dell'Italia è meno della metà della superficie della Francia (metropolitana e d'oltre mare), il numero di comuni francesi è comunque superiore al quadruplo di quelli italiani. Per una panoramica degli enti territoriali in Italia, vedi: ISTAT (2015), *I codici dei comuni, delle province e delle regioni italiane e le variazioni territoriali e amministrative al 30 gennaio 2015*, disponibile qui: <www.istat.it/it/archivio/6789>. Per la Francia, vedi: INSEE (2015), *Régions, départements et villes de France*, disponibile qui: <www.insee.fr/fr/themes/theme.asp?theme=1& sous_theme=2>.

Infine, a partire dal primo gennaio 2016 sarà creata la *métropole du Grand Paris*, e dal primo gennaio 2018 la Corsica diventerà una collettività a statuto speciale.

Nel complesso si tratta di un decentramento “*souple*”, posto che il legislatore si limita a ridisegnare il quadro delle competenze e a depotenziare alcuni enti a tutto vantaggio di altri, sempre nell’ambito di un decentramento saldamente amministrativo – non già politico⁵⁸⁷ – e di un contesto giuspolitico retto dal dogma dell’indivisibilità della Repubblica e del potere legislativo.

Il processo di decentramento, soprattutto nella sua fase più recente – c.d. terza ondata –, non ha seguito una traccia sempre coerente e ha anzi invertito l’“ordine naturale delle cose” nell’introdurre prima una riorganizzazione degli enti territoriali e soltanto dopo una riorganizzazione delle missioni dello Stato; prima una riforma del calendario elettorale degli enti locali e dopo – con la *loi NOTRe* – una riorganizzazione delle competenze degli enti medesimi, con la conseguenza di eleggere candidati all’oscuro delle funzioni da esercitare⁵⁸⁸. La riforma non sembra, inoltre, aver chiarito il riparto di competenze, prendendo atto del fatto che si tratti di competenze viepiù “*partagées*”⁵⁸⁹. Parrebbe scaturirne addirittura un rafforzamento dello «Stato nel territorio»⁵⁹⁰, e dunque dei prefetti regionali, come l’acronimo della legge farebbe involontariamente presagire.

Venendo ora al promovimento del giudizio costituzionale, basti ricordare che è stato attivato con *saisine* da un gruppo di senatori e deputati appartenenti al Partito dei repubblicani e all’Unione dei democratici e degli indipendenti. Nel mirino l’art. 59 della legge, recante disposizioni relative alla *métropole du Grand Paris*, un articolo piuttosto lungo ed articolato.

Il Consiglio non solleva altre questioni⁵⁹¹ e accoglie le sole censure riguardanti le disposizioni relative alla modalità di elezione dei consiglieri della metropoli, dichiarando incostituzionali l’ultimo alinea del comma 9°, paragrafo II e l’intero paragrafo XX dell’articolo 59. Nella decisione n° 2015-717 DC si chiarisce che le disposizioni dichiarate incostituzionali manifestano una incompatibilità con il principio di uguaglianza davanti al suffragio. L’ulteriore contrasto con il principio di uguaglianza nell’accesso alle cariche pubbliche e con il fine di rilevanza costituzionale della chiarezza e intellegibilità della legge, pur prospettato dai ricorrenti, è invece dichiarato assorbito.

Un breve riepilogo: la *loi NOTRe* modifica il Codice delle collettività territoriali, così come a sua volta modificato dalla legge n° 2014-58 del 27 gennaio 2014, recante una disciplina derogatoria per la composizione del consiglio della metropoli parigina rispetto ai restanti enti infracomunali. Il testo consolidato prevedeva che i seggi consiliari attribuiti al comune di Parigi dovessero essere ripartiti tra i vari *arrondissements* (“aree”) del comune in funzione della relativa popolazione, secondo il criterio della ripartizione proporzionale e delle più alte medie, riconoscendo a ciascun *arrondissement*

⁵⁸⁷ M. S. Giannini, *Autonomia pubblica*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959. Secondo l’A., il fulcro dell’autonomia politica consiste nell’attribuzione (o riconoscimento *ab origine*) ad un ente territoriale di potere legislativo, assente nel caso francese. Parla di deconcentrazione amministrativa anche il principale studioso italiano dell’ordinamento francese: M. Calamo Specchia, *Un nuovo “regionalismo” in Europa. Il decentramento territoriale della Repubblica francese*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁵⁸⁸ H. Pauliat, *Loi NOTRe : pourquoi faire ?*, JPC A 2015, 2264.

⁵⁸⁹ Si veda in proposito la competenza sullo «sviluppo economico», assegnata alla regione, ma comunque rientrante, insieme all’occupazione, tra le missioni fondamentali dello Stato.

⁵⁹⁰ H. Pauliat, *Loi NOTRe*, cit.

⁵⁹¹ Cons. const., 6 août 2015, décision n° 2015-717 DC, consid. 11. Il gruppo di parlamentari, si noti, ha deferito alla Corte l’intera legge in via precauzionale, nella speranza che questa sollevasse d’ufficio altre questioni.

almeno un seggio ⁵⁹². In maniera non dissimile, il XX paragrafo dell'art. 59, prevedeva una disciplina transitoria consistente nell'attribuzione di un seggio al consiglio comunale e nella distribuzione dei restanti seggi tra le varie circoscrizioni in funzione della popolazione locale, sempre sulla base del criterio della ripartizione proporzionale e delle più alte medie, con contestuale riconoscimento di almeno un seggio per circoscrizione.

In ambo i casi la Corte denuncia che il vizio consiste in ciò, che, se da una parte il riconoscimento di almeno un consigliere per *arrondissement* risponde a ovvie esigenze di rappresentatività, dall'altra la combinazione di tale criterio con quello proporzionale e delle più alte medie porta a una sovrarappresentazione o sottorappresentazione del I, II, IV, V, VII e IX *arrondissement* «manifestamente sproporzionata» ⁵⁹³. Il rapporto tra il numero di consiglieri riconosciuti all'*arrondissement* e il numero della popolazione dell'area presenta uno scarto rispetto alla media rilevata a Parigi superiore alla soglia di tollerabilità individuata dal *Conseil*, di cui ora si dirà. Ad esempio, se si considera la scarsa densità abitativa del centro città si capisce come il I, II e IV *arrondissement* risultino ampiamente sovrarappresentati, dovendosi ad essi riconoscere almeno un seggio. Per contro, al X *arrondissement* è sottratto un seggio ⁵⁹⁴.

Conviene ora interrogarsi sul significato del principio di uguaglianza davanti al suffragio. Nella decisione n° 2015-717 DC si legge:

«... ces dispositions conduisent à ce que dans les I^{er}, II^{ème}, IV^{ème}, V^{ème}, VI^{ème}, VII^{ème} et IX^{ème} *arrondissements*, le rapporte du nombre des conseillers métropolitains à la population de l'*arrondissement* s'écarte de la moyenne constatée à Paris dans une mesure qui est manifestement disproportionnée».

La giurisprudenza francese recepisce con alcune peculiarità l'insegnamento kelseniano secondo cui «l'influenza che ciascun elettore esercita sul risultato finale delle elezioni deve essere uguale a quella che esercita ogni altro elettore» ⁵⁹⁵. L'uguaglianza davanti al suffragio si presenta come un principio speciale del più generale principio di uguaglianza, in grado perciò di trarre direttamente fondamento nel primo alinea dell'art. 2 della Costituzione e nell'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino ⁵⁹⁶. Il primo articolo dà risalto all'uguaglianza (formale) dinanzi alla legge, senza distinzioni di origine, razza o religione, con una formulazione tipica delle Costituzioni del secondo

⁵⁹² Il riferimento è all'ultimo alinea del co. 9°, paragrafo II e al paragrafo XX dell'articolo 59, *loi NOTRe*. La specificità parigina consiste dunque nel rilievo attribuito agli *arrondissements* nella formazione del consiglio della metropoli. L'elezione avviene conseguentemente a livello non comunale, bensì infracomunale.

⁵⁹³ Cons. const., 6 août 2015, décision n° 2015-717 DC, consid. 7. Più specificamente, si tratta degli *arrondissements* I, II, IV, V, VI, VII e IX nel caso dell'ultimo alinea del comma 9 del paragrafo II, e degli *arrondissements* I, II, IV, V, VII, IX e X nel caso del paragrafo XX.

⁵⁹⁴ M. Verpeaux, *La loi portant nouvelle organisation territoriale de la République devant le Conseil constitutionnel : une nouvelle illustration de la parabole du moustique et du chameau* : JPC A 2015, 2265, p. 4.

⁵⁹⁵ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 1994.

⁵⁹⁶ Cons. const., décision n° 85-196 DC, 8 août 1985. Il fondamento costituzionale si amplia ove ad essere in gioco siano le elezioni all'Assemblea nazionale e al Senato, in guisa da ricomprendere anche l'art. 24 Cost.: «*les députés à l'Assemblée nationale sont élus au suffrage direct*»; «*le Sénat est élu au suffrage indirect. Il assure la représentation des collectivités territoriales de la République. Les Français établis hors de France sont représentés au Sénat*». Cfr: Cons. const., décision n° 86-208 DC, 2 juillet 1986. La giurisprudenza successiva pare inoltre momentaneamente abbandonare il fondamento del principio di uguaglianza ancorando le proprie decisioni alla democraticità-rappresentatività delle elezioni. Ad ogni modo, non si può ritenere superato, ma soltanto sfumato (“*nuance*” si direbbe oltralpe) l'originario fondamento del principio di uguaglianza.

ciclo, mentre il secondo eterna tale principio con largo anticipo, consegnando alla storia una legge uguale per tutti, «*soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse*».

La peculiarità consiste nell'aver accostato il principio di uguaglianza di fronte al suffragio, secondo cui gli organi democratici devono essere eletti su «basi essenzialmente demografiche», a un criterio matematico. Secondo la giurisprudenza costituzionale, la base demografica della circoscrizione non può presentare uno scarto superiore al 20 per cento, in difetto o in eccesso, rispetto alla popolazione media delle circoscrizioni, calcolata a livello nazionale. Non si tratta di un criterio inderogabile e tuttavia, se è vero che il legislatore può tener conto di imperativi di interesse generale suscettibili di attenuarne la portata, la deroga non può che avvenire in misura limitata⁵⁹⁷. Tra i motivi imperativi la dottrina ha censito, ad esempio, una valorizzazione del legame che intercorre tra elettore ed eletto, la morfologia del territorio, ragioni di solidarietà⁵⁹⁸. Trattasi in ogni caso di motivi da apprezzare in concreto.

In base al criterio del “delta 20 per cento” la Corte ha dichiarato nel 1986 la non conformità a Costituzione della legge relativa all'elezione dei deputati dell'Assemblea nazionale, nella parte in cui prevedeva l'elezione di almeno due deputati per dipartimento, facendo leva non sul principio di uguaglianza, bensì su quello della sovranità popolare, *ex art. 3 Cost.*, e sull'art. 24 Cost.⁵⁹⁹ La disposizione appariva in contrasto con la regola dell'elezione su basi essenzialmente demografiche, creando uno scostamento tra la popolazione del dipartimento e la popolazione media dei dipartimenti superiore al 20 per cento, e quindi alla soglia massima di tollerabilità.

La regola, ormai acquisita⁶⁰⁰ alla coscienza dei giudici e arricchita del fondamento giuridico del principio di uguaglianza, è successivamente applicata alle elezioni su base locale. L'organo deliberante di regioni e dipartimenti – e implicitamente di ogni altro ente territoriale –, al pari di un organo nazionale, deve essere eletto su basi essenzialmente demografiche⁶⁰¹. In maniera analoga, la Corte ha applicato la regola descritta all'elezione del Parlamento europeo⁶⁰², del Consiglio comunale di Marsiglia⁶⁰³, dell'Assemblea della Polinesia francese⁶⁰⁴, del Consiglio comunale di Parigi, ritenendo manifestamente sproporzionata, in quest'ultimo caso, l'attribuzione di almeno tre consiglieri per *arrondissement*⁶⁰⁵; successivamente agli EPCI⁶⁰⁶.

Ad ogni buon conto, nella decisione n° 2015-717 DC la Corte neppure scomoda il criterio ricordato, limitandosi a definire le modalità di elezione del consiglio metropolitano manifestamente sproporzionate, senz'altro aggiungere. È pur vero che si tratta di un criterio comunemente accettato, che con ogni probabilità è parso superfluo richiamare.

⁵⁹⁷ Cons. const., décision n° 86-208 DC, cit., consid. 20.

⁵⁹⁸ Per una ricognizione completa, si veda: C. Castor, *L'égalité devant le suffrage*, *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/2, n° 90, pp. 1-34.

⁵⁹⁹ Ai sensi del secondo comma dell'articolo, «[i] deputati all'Assemblea Nazionale sono eletti a suffragio diretto».

⁶⁰⁰ Cons. const., décision n° 2008-573 DC, 8 janvier 2008; décision n° 2010-602 DC, 18 février 2010.

⁶⁰¹ Cons. const., décision n° 2010-608 DC, 9 décembre 2010, consid. 38.

⁶⁰² Cons. const., décision, n° 2003-468 DC, 3 avril 2003, consid. 43-44.

⁶⁰³ Cons. const., décision n° 1987-227 DC, 7 juillet 1987.

⁶⁰⁴ Cons. const., décision n° 2000-438 DC, 10 janvier 2001, consid. 3 et 4.

⁶⁰⁵ Cons. const., décision n° 2013-667 DC, 16 mai 2013, consid. 48-51.

⁶⁰⁶ Cons. const., décision n° 2014-405 QPC, 20 juin 2014.

3. L'introduzione di una formula numerica nel giudizio di compatibilità costituzionale della soglia minima per l'attribuzione del premio di maggioranza: una proposta della dottrina italiana

L'utilizzo di una formula numerica nella costruzione di un sistema elettorale non è cosa nuova. Simili formule possono essere impiegate in fasi diverse nella costruzione del sistema stesso. Le si può impiegare nel ritaglio delle circoscrizioni (e nel momento logicamente complementare dell'attribuzione di un certo numero di seggi per circoscrizione); li si può impiegare, in questo caso tipicamente nel giudizio costituzionale, per giudicare la compatibilità a costituzione di una soglia di sbarramento o di una soglia minima per l'attribuzione del premio di maggioranza. Possono poi essere un prodotto del formante legislativo (ed essere rintracciati nella legge elettorale) o del formante giurisprudenziale (saranno qui tipicamente il frutto di un'elaborazione della Corte o Tribunale costituzionale). Ciò è virtualmente possibile, ma presenta una serie di problemi pratici di tutto rilievo (v. *infra*, para. 5).

Il giudizio di costituzionalità francese si è contraddistinto per l'utilizzo di una formula numerica per il ritaglio delle circoscrizioni e l'assegnazione dei seggi per circoscrizione. In Italia, più di recente, la dottrina si è sforzata di elaborare una formula⁶⁰⁷ per giudicare la conciliabilità a Costituzione della soglia minima necessaria all'attribuzione del premio di maggioranza. Nella sentenza n. 1/2014, infatti, la Corte costituzionale è perentoria nel richiedere l'individuazione di una soglia minima per l'attribuzione del premio di maggioranza; premio che non potrebbe essere riconosciuto a "qualsiasi" partito, ma soltanto a quel partito i cui consensi siano sufficientemente consistenti da rendere accettabile un sacrificio in termini di rappresentatività.

D'altra parte, la sentenza n. 1/2014 non indica parametri certi per l'individuazione di una soglia che possa dirsi al riparo dalla scure di successive pronunce di incostituzionalità⁶⁰⁸, rischiando di risultare inservibile al di fuori delle ipotesi di scuola di manifesta irragionevolezza. Certamente è irragionevole non prevedere alcuna soglia minima per l'attribuzione del premio o una soglia davvero trascurabile, ma quando nel vasto mare che separa il manifestamente irragionevole dal manifestamente ragionevole la soglia comincia ad essere ragionevole non è dato sapere⁶⁰⁹.

Si intende qui dar conto del contributo dello studioso Scaccia, secondo cui sono illegittimi i premi di maggioranza volti ad attribuire ai voti della coalizione vincente un peso in uscita più che doppio rispetto a quello degli altri voti. In altre parole, «i risultati in termini di seggi ottenuti devono comunque dipendere più dal numero di voti ottenuti che dal premio. E ciò implica, in termini

⁶⁰⁷ Si vedano in tal senso: G. Scaccia, *La legge elettorale "Italicum" fra vincoli sistemici ed equilibri costituzionali*, in *Questione giustizia*, n. 1/2015; G. Lodato, S. Pajno, G. Scaccia, *Quanto può essere distortivo il premio di maggioranza? Considerazioni costituzionalistico-matematiche a partire dalla sent. n. 1/2014*, in *federalismi.it*, n. 9/2014.

⁶⁰⁸ Senza entrare nel merito, la decisione rimarca come non vi sia un sistema elettorale costituzionalmente imposto e che la più ampia discrezionalità del legislatore debba essere assicurata nel disegnare il sistema elettorale. Ciò non significa però che non vi siano limiti esterni all'esercizio di tale potere, che saranno diversi a seconda del sistema prescelto: in altre parole, la Corte si riserva di verificare che il mezzo (sistema) adoperato per raggiungere il fine (rappresentatività nel proporzionale e governabilità nel maggioritario) sia congruo, attraverso un test di proporzionalità e ragionevolezza. Il test di verifica degli effetti distortivi della soglia minima e del premio di maggioranza sarà tanto più severo quanto più fotografici saranno gli effetti che il legislatore si prefigge di raggiungere. Per cui in un sistema dichiaratamente proporzionale i meccanismi volti a favorire una maggiore governabilità (come i premi) saranno assoggettati a uno scrutinio stretto di ragionevolezza.

⁶⁰⁹ Il problema è risalente e si pose di tempi della "legge truffa". Più di recente, vedi: B. Caravita - M. Luciani, *Oltre la "Democrazia bloccata": ipotesi sui meccanismi elettorali*, in *Democrazia e diritto*, n. 6/1982, p. 103.

matematici, che il rapporto tra la valenza individuale del voto espresso in favore di chi consegue il premio e quello espresso in favore di chi non lo consegue si mantenga sempre e comunque inferiore a 2»⁶¹⁰. Partendo da tali premesse l'autore ritiene conforme a Costituzione il premio di maggioranza del 15 per cento (calcolato a partire dai 340 seggi attribuiti alla coalizione vittoriosa), riconosciuto alla coalizione che abbia ottenuto almeno il 35 per cento dei voti validi (nell'attuale legge elettorale pari invece al 40 per cento). E ciò perché se i voti della coalizione vincente peserebbero 1,375, quelli della coalizione sconfitta lo 0,75, derivandone un rapporto pari a 1,8 e dunque inferiore a 2. L'elettore della coalizione vincente non arriverebbe in sostanza ad esprimere 2 voti, e ciò basti a far salvo un sistema così congegnato. Non è chiaro a chi scrive, tuttavia, se la formula debba essere adottata in via legislativa o dal giudice nel giudizio di costituzionalità. Si formulerà pertanto un'ipotesi, senza la quale sarebbe impossibile spingersi oltre nella trattazione. Per ipotesi, si tratta di una formula elaborata dal giudice costituzionale e applicata all'interno del giudizio di costituzionalità delle leggi.

4. Analisi comparata dei sistemi che prevedono uno scrutinio giudiziale del ritaglio delle circoscrizioni

È pacifico che le elezioni servono a designare organi politicamente rappresentativi e che la sproporzione tra i voti espressi e i seggi riconosciuti pregiudicherebbe la rappresentazione politica, impedendo all'elezione di raggiungere il suo scopo⁶¹¹. Si tratta di una questione di misura, misura che impedisce di distorcere gli effetti del voto al punto da pregiudicare la rappresentanza degli eletti. Si è dunque visto, da una parte, che il Consiglio costituzionale francese ha adottato un limite numerico (del 20 per cento) oltre il quale non è più possibile tollerare una differenza nel peso *strutturale* del voto del cittadino; dall'altra, che alcuni studiosi italiani hanno suggerito l'adozione di un criterio numerico per l'individuazione della soglia minima da raggiungere per l'attribuzione premio di maggioranza, in assenza di indicazioni in tal senso del giudice costituzionale.

La differenza non è da poco. Non lo è soprattutto se si tiene a mente la distinzione tra uguaglianza del voto in entrata e uguaglianza del voto in uscita. Come è stato notato, «[i]l principio di eguaglianza del voto ... richiede che ciascun voto abbia pari peso nel momento in cui si determinano gli *inputs* elettorali, non invece nel momento in cui se ne producono gli *outputs*»⁶¹². Se la prima attiene alla manifestazione, la seconda attiene direttamente al risultato, richiedendo che il peso del voto preservi la sua tendenziale uguaglianza indipendentemente da che si scelga un elettore vincente o perdente, il che è molto – probabilmente troppo, se portato alle sue estreme conseguenze, in quanto contraddice allo scopo stesso della competizione elettorale.

⁶¹⁰ G. Scaccia, *La legge elettorale "Italicum"*, cit., p. 18.

⁶¹¹ P. Pinna, *Il premio di maggioranza alla prova dell'uguaglianza del voto*, in *Diritto @ Storia*, n. 11/2013. Pur in assenza di una formale costituzionalizzazione del criterio proporzionale, riconosce l'esistenza di un limite negativo che impedisce di introdurre meccanismi che selezionino troppo duramente o escludano le minoranze dalla ripartizione dei seggi M. Volpi, *Ingegneria elettorale e crisi di rappresentatività*, in *Democrazia e diritto*, n. 6/1982, p. 139.

⁶¹² M. Luciani, *Il voto e la democrazia*, Roma, 1991, p. 36.

La garanzia dello *status activae civitatis* non si spinge ormai a ricomprendere il secondo dei due aspetti dell'uguaglianza del voto ⁶¹³. Se si eccettuano talune esperienze, quali quella tedesca ⁶¹⁴ e in parte la recentissima italiana, la tutela del diritto di voto si concentra massimamente nel momento della manifestazione del voto: è necessario infatti che i cittadini siano messi nelle condizioni di esprimere un suffragio uguale (“*one man one vote*”). Il che equivale non semplicemente a reiterare il divieto di voto multiplo e plurimo, ma a evitare che nel ritaglio delle circoscrizioni si creino disparità tali da rendere strutturalmente “debole” il voto di taluni e “forte” quello di altri. È ciò che è accaduto nel caso francese, dove il legislatore, se avesse voluto conservare la previsione di almeno un seggio per *arrondissement*, avrebbe dovuto ritagliare diversamente le circoscrizioni (non sembrano esservi soluzioni alternative).

Una duplice premessa: a) non è scontato l'intervento *giudiziale* sulla correttezza del ritaglio delle circoscrizioni (e, a cascata, del rapporto voti-seggi); b) neppure scontata è l'adozione di una formula numerica nei giudizi di costituzionalità sul riparto, in luogo di criteri più elastici. Tali premesse acquisiranno rilievo in seguito poiché, trovandoci ora nel perimetro operativo dell'uguaglianza in ingresso, ciò che non è scontato qui lo sarà ancor meno per l'uguaglianza in uscita.

Dunque, non è scontato l'intervento giudiziale e anzi la maggior parte dei Paesi non contempla alcun ruolo giudiziale nella delimitazione delle circoscrizioni ⁶¹⁵. Tra queste, il Pakistan e la Tanzania prevedrebbero addirittura un esplicito divieto di intervento giudiziale in materia ⁶¹⁶.

Dall'altra, anche qualora sia previsto un intervento dei giudici, la deferenza nei confronti del margine di apprezzamento del legislatore o della commissione indipendente a ciò preposta ⁶¹⁷ è ampia. I Paesi (e sono la maggior parte) che riconoscono tale margine di apprezzamento non utilizzano formule numeriche nel giudizio di costituzionalità del ritaglio delle circoscrizioni.

Tra questi rientrano il Regno Unito e il Giappone. Nel Regno Unito, quando i laburisti denunciarono una violazione del principio di uguaglianza scaturita dall'attribuzione di un solo seggio tanto all'Isola di White (95.000 elettori all'epoca) quanto ad un sobborgo di Londra (Surbiton, 48.000 elettori), la Corte rigettò la questione alla luce dell'ampio margine di apprezzamento da riconoscersi alla Commissione (*Boundary Commission*) ⁶¹⁸. In tale occasione la Corte operò un controllo estrinseco del bilanciamento operato dalla Commissione, limitandosi a riscontrare che avesse tenuto in debito conto le finalità indicate dalla legge (*considerations*), senza sentenziare il peso attribuito a dette finalità. Il Giappone rappresenta una via intermedia: rientra tra quei Paesi che prevedono un sindacato giudiziale del ritaglio delle circoscrizioni, ma, rispetto al caso precedente, non sono mancate sporadiche dichiarazioni di incostituzionalità. La Corte si contraddistingue per uno scarso attivismo

⁶¹³ Almeno questa pareva essere la posizione della Corte costituzionale italiana fino alla nota sentenza n. 1/2014, in cui si attribuisce un rilievo maggiore anche all'*output* del voto, ingiustamente vulnerato dalla previsione dell'attribuzione di un premio di maggioranza alla lista vincente senza che sia al contempo prevista una soglia minima “di voti o di seggi”. Così: M. D'Amico - S. Catalano, *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano, FrancoAngeli, 2014, p. 48.

⁶¹⁴ C. Fusaro, *Rappresentare e governare: Da grande regola a tallone d'Achille del governo parlamentare*, Firenze, Firenze University Press, 2015, pp. 55 ss.

⁶¹⁵ Fonte: AceProject (2012), *The ACE Encyclopaedia: Boundary Delimitation*, disponibile qui: <<http://aceproject.org/ace-en/topics/bd/bdb/bdb06>>.

⁶¹⁶ *Ibid.*

⁶¹⁷ Si tratta in genere di una Commissione che ha il compito di emanare delle raccomandazioni/linee guida sulla cui base il legislatore procederà al ritaglio vero e proprio delle circoscrizioni.

⁶¹⁸ Court of Appeal England and Wales decision, *R.v. Boundary Commission for England Ex parte Foot* [1983] QB 600.

anche in materia elettorale ⁶¹⁹. La deferenza dimostrata nei confronti del legislatore, anche alla luce dell'esistenza di un Ufficio legislativo del Governo che svolge un controllo preventivo ed endoprocedimentale di costituzionalità ⁶²⁰, comporta una certa riluttanza nei confronti di dichiarazioni di incostituzionalità. Quand'anche la Corte decide di dichiararla, poi, non si spinge sino a invalidare il risultato elettorale.

Il criterio utilizzato dalla Corte è conosciuto come «livello di ineguaglianza costituzionalmente estremo». Tale livello fu ritenuto superato nel caso *Kurokawa* ⁶²¹, sorto dalle elezioni parlamentari del 1976, dove si posero a confronto il distretto “meglio” rappresentato (Quinto distretto di Hyōgo) con il “peggio” rappresentato (Terzo distretto di Osaka), riscontrando un rapporto di 1:4.99; tuttavia, alla dichiarazione di incostituzionalità non si accompagnò l'invalidazione delle elezioni – e qui più che altrove è evidente l'eco della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco – in virtù del principio di diritto amministrativo della «decisione di circostanza» (*jjō hanketsu*), che consente alle corti di dichiarare illegittima una legge senza invalidarla. Più di recente, la Corte rintracciò nuovamente una violazione nel marzo 2011 (elezioni generali), riscontrando un rapporto di 1:2, e nell'ottobre 2012 (elezioni della Camera alta), riscontrandone uno di 1:5 ⁶²². Anche le elezioni del 2014 furono celebrate in uno stato di incostituzionalità, ancora una volta accertata e accompagnata da un monito rivolto al legislatore di intervenire entro un ragionevole lasso di tempo, ma non da un'invalidazione della competizione elettorale ⁶²³.

Infine, si guardi all'esperienza degli Stati Uniti, che dalla celebre pronuncia *Baker v. Carr* de 1962 hanno dedicato una costante attenzione al tema. Nonostante vi è chi ritiene – impropriamente – che la Corte suprema abbia adottato un limite massimo nelle deviazioni consentite pari allo 0,7 per cento della popolazione a partire da *Karcher*⁶²⁴, in tale pronuncia i giudici rifiutarono esplicitamente un criterio numerico in favore di un più flessibile criterio di tipo qualitativo:

«Kirkpatrick ⁶²⁵ *squarely rejected a nearly identical argument. “The whole thrust of the ‘as nearly as practicable’ approach is inconsistent with adoption of fixed numerical standards which excuse population variances without regard to the circumstances of each particular case.” ... If state legislators knew that a certain de minimis level of population differences was acceptable, they would doubtless strive to achieve that level rather than equality. ... Furthermore, choosing a different standard would import a high degree of arbitrariness into the process of reviewing apportionment plans. ... In this case, appellants argue that a maximum deviation of approximately 0.7% should be considered de minimis. If we accept that argument, how are we to regard deviations of 0.8%, 0.95%, 1%, or 1.1%?»*

⁶¹⁹ D Law, *Why has judicial review failed in Japan?*, 88 Wash U L Rev (2011), 1425.

⁶²⁰ J Satoh, *Judicial Review in Japan: An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court's Constitutional Oversight*, 41 Loy LA L Rev 603 (2008), at 605.

⁶²¹ *Kurokawa v. Chiba Election Commission*, 30 Minshū 223 (Sup. Ct., G.B., Apr 14, 1976), tradotta in inglese in: H. Itoh - L. W. Beer, *The Constitutional Case Law of Japan, 1970 through 1990*, Washington, University of Washington Press, 1996, p. 335.

⁶²² Per una rassegna analitica, vedi: W. Chang, L. Thio, K. YL Tan, J. Yeh, *Constitutionalism in Asia: Cases and Materials*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 467 ss.

⁶²³ T. Osaki, *Supreme Court says December election ‘in state of unconstitutionality,’ but won’t nullify results*, in *The Japan Times*, 25.11.2015.

⁶²⁴ *Karcher v. Daggett* (462 U.S. 725 (1983)).

⁶²⁵ Il riferimento è al precedente *Kirkpatrick v. Preisler* (394 U.S. 526 (1969)).

Un ulteriore indice dell'elasticità del giudizio consisteva nella previsione di possibili deroghe al principio di uguaglianza per mantenere le circoscrizioni compatte, rispettare i confini comunali, preservare il nucleo di una precedente circoscrizione, etc.

Una formula in termini percentuali è stata semmai impiegata dalla Corte ai fini della ripartizione dell'onere probatorio. A partire dal 1977⁶²⁶, la Corte Suprema ha infatti chiarito che le deviazioni⁶²⁷ contenute entro i limiti del 10 per cento potevano essere ritenute *prima facie* conformi a Costituzione. Il criterio si consolida a partire poi da *Brown v. Thomson*⁶²⁸. Ivi si precisa che, una volta che il ricorrente è in grado di dimostrare una deviazione superiore al 10 per cento desumibile dal piano statale di redistribuzione, l'onere della prova si trasferisce in capo allo Stato. Nella più recente giurisprudenza si chiarisce inoltre che tale criterio non può costituire un “*safe harbor*” e che, conseguentemente, deviazioni inferiori al 10 per cento non inibiscono il controllo di costituzionalità della Corte Suprema⁶²⁹.

L'esperienza americana, si caratterizza, dunque, al pari delle precedenti per la presenza di uno scrutinio giudiziale del ritaglio circoscrizionale e per l'assenza di una formula numerica fissa impiegata dai giudici, se non a fini probatori; a differenza delle precedenti, tuttavia, la Corte mostra minore deferenza nei confronti della discrezionalità del legislatore: emblematico in tal senso proprio il caso *Karcher*, in cui si è dichiarata non conforme a Costituzione una deviazione pari allo 0,7 per cento rispetto al quoziente medio della popolazione.

All'estremo opposto si trovano, invece, quei Paesi che, come la Francia, ammettono un intervento del giudice e contemplano una formula numerica dotata di relativa fissità per giudicare le violazioni all'uguaglianza dinanzi al suffragio. Invero, non troppi.

Tra questi rientra la Corea del Sud. Al pari del Giappone, i distretti coreani erano stati tratteggiati in modo da valorizzare la componente rurale, maggiormente conservatrice, della popolazione. La Corte costituzionale coreana fissò nel 1995 un limite massimo di disproporzionalità a 1:4, ribadendolo in quattro successive decisioni⁶³⁰. Non si tratta qui, tuttavia, di un criterio immutabile: in una decisione resa nel 1996⁶³¹ fissò il criterio del 33,3 per cento, mentre il più lasco criterio del 50 per cento fu adottato in una decisione del 2001⁶³². Se la prevedibilità del giudizio di costituzionalità costituisce una nota di merito dell'esperienza francese e sudcoreana, dall'altra vi è chi non manca di notare alcuni difetti della formula: il suo riferirsi ad esempio alla popolazione

⁶²⁶ *Connor v. Finch* (431 U.S. 407 (1977)).

⁶²⁷ Le deviazioni cui fa riferimento la letteratura statunitense sono calcolate in maniera diversa da quelle canadesi o del Regno Unito. Mentre questi ultimi fanno riferimento al delta che separa il distretto *x* dal distretto “ideale”, gli Stati Uniti sommano la percentuale di scostamento in eccesso del distretto più ampio (rispetto al distretto ideale) alla percentuale di scostamento in difetto del distretto di minore ampiezza (sempre rispetto al distretto ideale). In Canada, se una circoscrizione presenta una variazione in eccesso del 25 per cento rispetto al distretto ideale, la deviazione sarà appunto del 25 per cento. Negli Usa, invece, se il distretto più ampio si scosta del 20 per cento (in eccesso) e il distretto meno ampio del 10 per cento (in difetto), ambedue rispetto a un distretto ideale, la deviazione sarà del 30 per cento (20+10).

⁶²⁸ *Brown v. Thomson* (462 U.S. 835, 842-43 (1983)).

⁶²⁹ *Larios v. Cox* (542 U.S. 974 (2004)).

⁶³⁰ Vedi in tema: T. Ginsburg, *Confucian Constitutionalism? The Emergence of Constitutional Review in Korea and Taiwan*, in *Law & Social Inquiry*, Vol. 27, No. 4 (Autumn, 2002), p. 784.

⁶³¹ Const. Court of South Korea, *Excessive Electoral District Population Disparity* case, 95 hun-Ma224, 27 Dec 1995, commentata nel seguente report della Corte costituzionale sudcoreana: Constitutional Court of Korea (2001), *The First Ten Years of the Korean Constitutional Court*, pp. 176-179.

⁶³² Const. Court of South Korea, *National Assembly Election Redistricting Plan* case, 2000HunMa92, 25 Oct 2001, tradotta in inglese in: W. Chang, L. Thio, K. YL Tan, J. Yeh, *Constitutionalism in Asia*, cit. pp. 472-473.

anziché al numero degli elettori ⁶³³; differenza non da poco se si considera che lo scarto tra popolazione ed effettivo numero degli elettori costituisce a sua volta un ulteriore elemento di distorsione degli effetti del voto.

Tornando all'ipotesi iniziale, si è scartata l'opzione di un'adozione in via legislativa della formula, perché il ragionamento condotto ne guadagnerebbe in completezza, ma non di certo in chiarezza. Non mancano, tuttavia, casi in cui il legislatore abbia inserito all'interno della legge elettorale una banda di oscillazione indicata in termini percentuali per limitare l'arbitrio nel ritaglio delle circoscrizioni. Sia consentito un rapido riferimento a due esperienze. La prima è quella della Repubblica federale di Germania. Secondo la Legge elettorale federale del 1956, §3(3) lo scostamento ammesso dalla media statistica della popolazione non poteva superare 1/3 (33,3 per cento circa) per difetto o eccesso⁶³⁴. Similmente, in Canada la popolazione del distretto elettorale (c.d. *riding*) può discostarsi in eccesso o in difetto al massimo del 25 per cento dal quoziente provinciale, in armonia con quanto prescritto dall'*Electoral Boundaries Readjustment Act* (EBRA). Nella §15(2) della legge citata sono elencate invece le circostanze che consentono di superare eccezionalmente tale limite.

Non è stato riscontrato invece l'utilizzo di una formula numerica nel giudizio di costituzionalità sulla soglia minima per l'attribuzione del premio, o su altri aspetti concernenti la fase "in uscita" dell'uguaglianza, né all'interno di una legge elettorale – seppur ciò non equivalga a dire che un simile utilizzo non esista in assoluto.

5. Alcune riflessioni finali

Queste brevi considerazioni di diritto comparato ci consentono di affermare che l'utilizzo di una formula numerica per giudicare la compatibilità a Costituzione di singoli aspetti del sistema elettorale è piuttosto infrequente. Tale utilizzo, se riscontrato, non riguarda il momento concettualmente e cronologicamente successivo dell'uguaglianza in uscita (es., soglie di sbarramento o soglie minime per l'attribuzione del premio di maggioranza).

Laddove, invece, è riscontrato un uso di formule numeriche (gli esempi qui riportati sono due, Francia e Corea del Sud, ma non hanno una pretesa di esaustività), si tratta sempre di ipotesi riguardanti il ritaglio delle circoscrizioni, momento in cui si assegna un peso strutturale al voto – peso che non dipende dall'esito elettorale, e cioè dall'aver scelto il candidato vincente o perdente. Momento, si diceva, collocato nel perimetro concettuale dell'uguaglianza in entrata.

Si riprenda l'ipotesi formulata in precedenza: il criterio matematico proposto dalla dottrina italiana, in ipotesi, è elaborato da una Corte o Tribunale costituzionale. L'esperienza non consente di rintracciare tali formule.

⁶³³ L'impostazione qui descritta si rinviene anche nella celebre giurisprudenza americana sul *gerrymandering*, in parte citata. *Ex multis: Baker v. Carr* (369 US 186 (1962)); *Reynolds v. Sims* (377 US 533 (1964)).

⁶³⁴ L'articolo ha superato il vaglio di costituzionalità. In tale occasione il giudice ebbe modo di riconoscere un ampio margine di discrezionalità al legislatore nell'interpretare il principio dell'eguale popolazione. La formula parve dunque un buon compromesso tra detto principio e la necessità di tener conto delle peculiarità geografiche, amministrative e demografiche dei territori: 16 *BverGE* 130, 140-141.

All'opposto, muovendoci nello steccato dell'uguaglianza in entrata è stato riscontrato quanto segue con riferimento al ritaglio delle circoscrizioni (che rappresenta l'aspetto più significativo nella costruzione del sistema che "precede" il voto): a) alcuni Paesi prevedono un esplicito divieto di scrutinio giudiziale del ritaglio delle circoscrizioni; b) la maggior parte, pur in assenza di esplicito divieto, non contemplano uno scrutinio giudiziale del ritaglio delle circoscrizioni; c) tra i Paesi che lo prevedono, è tendenzialmente assicurato un ampio margine di discrezionalità in favore del legislatore o della Commissione indipendente preposta; in ogni caso i giudici costituzionali di tali Paesi non adottano formule matematiche per giudicare la costituzionalità del riparto; d) gli esempi di Paesi che adottano una formula numerica sono assai ridotti, e tra questi rientrano la Francia e la Corea del Sud.

Sulla base di quanto precede si intende revocare in dubbio l'utilità di proporre una formula numerica, dotata quindi di fissità, per giudicare la soglia minima per l'attribuzione del premio di maggioranza. La conclusione non deriva direttamente dall'assenza di esperienze che abbiano adottato una simile soluzione, perché ciò significherebbe negare in radice la possibilità di adottare soluzioni originali. Essa deriva piuttosto dall'indiscussa ampiezza del margine di discrezionalità che si è soliti riconoscere al legislatore in materia elettorale. Discrezionalità non assoluta, ma che, d'altra parte, la prudenza suggerisce di non piegare a una formula dotata di fissità, sia nel caso in cui sia elaborata dal giudice costituzionale sia ancor più nel caso in cui sia contenuta in una legge elettorale.

Prove tecniche di dissoluzione della democrazia liberale: Polonia 2016

di Jan Sawicki *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le maggioranze per eleggere i giudici costituzionali. – 3. Le fonti per la disciplina della giustizia costituzionale. – 4. Le motivazioni della sentenza K 47/15. La giustificazione della capacità di giudicare – 4.1. Il giudizio nel merito della legge. – 5. Il parere 833/2015 della Commissione di Venezia. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Da più di una parte si sono fatti paragoni con la celeberrima *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)⁶³⁵. Non giustifica certamente un tale accostamento la mera constatazione che si tratti di decisioni di svolta per la giustizia costituzionale. Ma anche a volerle accomunare per alcune similarità nei fatti oggetto delle decisioni – la nomina di giudici, (mancate) notifiche o (mancati) giuramenti come presupposto per l’assunzione dell’incarico –, molto diverse, insieme all’epoca storica, sono le conseguenze delle due pronunce giurisdizionali. Nel caso della sentenza americana, celebrata in tutti i manuali mondiali di diritto pubblico comparato o anche interno, la Corte suprema, mentre rinunciava, in quanto non previsto dalla Costituzione, a un potere tutto sommato marginale assegnatole dalla legge federale, in via giurisprudenziale se ne autoattribuiva (o riconosceva) uno di tali dimensioni e conseguenze da espanderne il ruolo a dismisura, pur se in modo non immediato e non scontato. La sentenza del Tribunale costituzionale polacco, in causa K 47/15, del 9 marzo 2016, nel migliore dei casi – e non è affatto detto che ciò accada – riuscirà a proteggere quest’organo e fargli preservare almeno in parte la posizione che le era stata attribuita per volontà espressa e chiara del potere costituente, e che una maggioranza politica del momento ha tentato, con seri rischi di successo, di menomare in frode palese alla Costituzione⁶³⁶.

Prima di analizzare alcuni passaggi della sentenza K 47/15, e dell’immediatamente successivo e strettamente correlato parere, n. 833/2015, emesso dalla Commissione di Venezia, si vuole fare un passo indietro nel tempo per trarre due semplici conclusioni con pretesa di essere teoriche a partire da altrettante osservazioni empiriche. La prima conclusione è che, se i giudici di una Corte costituzionale devono essere in tutto o in parte di scelta parlamentare, è bene che questa scelta, al di là degli elevati requisiti di competenza richiesti e delle restanti garanzie approntate, sia rimessa a maggioranze qualificate, superiori a quella politica in grado di reggere un Governo. Se

* Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate, docente a contratto nell’Università cattolica di Milano
⁶³⁵ A. Śledzińska-Simon, *Midnight Judges: Poland’s Constitutional Tribunal Caught Between Political Fronts*, *VerfBlog* 2015/11/23 (verfassungsblog.de); T. T. Koncewicz, “Emergency Constitutional Review”: *thinking the unthinkable? A Letter from America*, 29 Mrz 2016, *VerfBlog* (verfassungsblog.de). Ma si v. anche i richiami contenuti nei par. 101 e 135 del parere 833/2015 della Commissione di Venezia.

⁶³⁶ Ragion per cui c’è da chiedersi se il parallelo storico più appropriato, anziché con il Nord America di inizio Ottocento, non sia quello con l’Austria degli anni Trenta del XX secolo o, nel migliore dei casi, con il *court-packing* americano del 1937, che però, come ben noto, fallì per la fortuna di quell’ordinamento costituzionale.

l'affermazione può apparire oggi di una banalità sconcertante, uno sguardo un po' più attento su ciò che è accaduto in Polonia negli ultimi mesi aiuterà a considerare sotto più aspetti concreti fino a che punto una tale apparente ovvietà meriti di essere ancora apprezzata per comparazione con le derive più oscure e remote in cui può essere trascinato un ordinamento che abbia compiuto una scelta di segno contrario, o che per inerzia intellettuale abbia ommesso di compiere la diversa scelta qui positivamente apprezzata.

La seconda osservazione verte intorno al fatto che, nel momento in cui si prende una decisione di natura costituente o di fondamentale revisione costituzionale, qual è quella di consolidare (non già istituire *ex novo*) un sistema di giustizia costituzionale, non è prudente affidarne la quasi integrale attuazione alla legge ordinaria, vale a dire abbandonare tale attuazione, e le successive rivisitazioni o ri-attuazioni, alla signoria illimitata delle successive maggioranze politiche.

2. Le maggioranze per eleggere i giudici costituzionali

Ora si darà ragione in sintesi dei motivi che hanno condotto alla prima di queste considerazioni. Non vi sarebbe stato lo scontro politico che si è prodotto⁶³⁷, tramutatosi poi nella più grave tra le crisi costituzionali in uno dei paesi di più recente adesione all'Unione europea, o in un paese dell'UE *tout court*, se almeno a far data dall'inizio della transizione democratica in Polonia, all'inizio del 1989, la selezione dei giudici costituzionali fosse stata differenziata e, anche nell'ambito di quelli di estrazione parlamentare, fosse stata imposta una maggioranza più elevata di quella relativa. Semplicemente non si sarebbe data la causa possibile e immediata del contendere (anche se forse non i motivi soggettivi scadenti in pretesti per avviare una controversia purchessia). In presenza di un quorum ragionevolmente più elevato, come potrebbe essere anche quello che culmina nei tre quinti dei componenti dell'assemblea, la precedente maggioranza parlamentare PO-PSL, sullo scadere della legislatura formalmente spirata lo scorso 12 novembre, non aveva infatti a disposizione i voti necessari per scegliersi in autosufficienza i successori ai giudici il cui mandato scadeva entro il 2015. E da questo punto di vista non avrebbe avuto alcun senso sfruttare l'occasione derivante dal fatto che da tempo era in fase di elaborazione una nuova legge di attuazione sul Tribunale costituzionale; e cercare di forzare quest'ultima, approvata in via definitiva nel giugno 2015 (dopo oltre due anni di esame), come invece si è fatto – con l'incriminato art. 137 inserito tra le disposizioni transitorie – al fine di consentire alla stessa maggioranza di eleggere non solo i tre giudici che avrebbero dovuto sostituire quelli il cui mandato scadeva entro lo spirare della legislatura in corso, la cui selezione avrebbe dovuto essere alla sua portata, ma di arrogarsi anche l'indicazione di quelli (due) che inequivocabilmente sarebbe spettato alla successiva legislatura (e alla successiva maggioranza politica) di nominare. Anzi, nella prospettiva di un rinnovo dell'organo collegiale a maggioranza qualificata, la stessa circostanza che nell'anno di elezioni politiche generali, nell'anno cioè di cesura tra una legislatura e l'altra – e, ciò che è più importante, tra una maggioranza politica e un'altra – scadesse una parte consistente dei quindici membri del Tribunale

⁶³⁷ Una ricostruzione dei fatti è disponibile sulle *cronache costituzionali (Polonia)*, nei nn. 3/2015 e 1/2016 di questa *Rivista*. In alternativa A. Angeli, *Polonia. Prosegue lo scontro tra le più alte istituzioni dello Stato in assenza di un accordo tra le principali forze politiche del paese*, in www.dirittocomparati.it; Id., *Poland. The Venice Commission Warns Over the Amendments to the Act on the Constitutional Tribunal*, in www.dipeo.unimi.it.

costituzionale, avrebbe presentato, per la situazione di cui ora si discute, un rilievo piuttosto marginale se non privo di consistenza.

Né, per converso, la maggioranza entrante con il Parlamento di nuova elezione avrebbe avuto i numeri per consumare un attentato ancora, e di gran lunga, più violento all'impalcatura costituzionale del 1997, con il credere di poter invalidare con effetti retroattivi – sia pure consentiti da una leggina approvata *ad hoc* – l'elezione dei cinque giudici scelti poche settimane addietro, negli ultimi giorni della precedente legislatura, e di scegliersi in luogo di quelli altri cinque candidati di proprio gradimento, senza neanche attendere la sentenza dello stesso Tribunale costituzionale del giorno successivo, con la quale si è stabilita la legittimità della norma di legge già contestata nella sola parte in cui consentiva l'elezione da parte del vecchio *Sejm* di soli tre candidati, con ciò implicitamente riconoscendo che tre elezioni avvenute lo scorso ottobre erano pienamente legittime e da tutti avrebbero dovuto essere riconosciute. È pur vero infatti che, per la prima volta da quando la democrazia parlamentare è stata ripristinata, un singolo partito ha ottenuto in Polonia la maggioranza assoluta (con il benevolo concorso di numerose fortuite circostanze, tra cui una dispersione di voti senza precedenti), e precisamente il partito che ha trionfato lo scorso 25 ottobre. Ma è vero altresì che esso è rimasto ben al di sotto di quei tre quinti che sono l'ipotesi di partenza qui assunta, come soglia minima dalla quale abusi ai danni di una fondamentale garanzia costituzionale diventano più difficili da compiere, perché richiedono se non altro una complicità tra forze contrapposte che è più difficile da immaginare.

Ancora, non si sarebbe prodotta una conseguenza se possibile ancor più grave, quella per cui il Presidente della Repubblica Duda non solo ha pervicacemente rifiutato di accettare il giuramento da parte di tutti e cinque i giudici eletti dalla coalizione uscente l'8 ottobre, compresi quelli che secondo il Tribunale costituzionale erano stati eletti legittimamente; ma ha poi fatto giurare immediatamente i cinque eletti dal nuovo *Sejm*, ignorando la sentenza [K 34/15](#)⁶³⁸ pronunciata il 3 dicembre, in cui si affermava tra l'altro che la cerimonia con cui viene prestato il giuramento dei giudici legittimamente eletti è nient'altro che un atto dovuto da parte del Capo dello Stato, in quanto previsto dalla [legge del 25 giugno 2015](#) (come del resto da quella precedente del 1997, coeva alla Costituzione). Per inciso, la menzione che la legge ordinaria dà di questa formalità (art. 21) non lascia il benché minimo varco ermeneutico per supporre che si tratti di un fatto nel quale il Presidente della Repubblica giochi un ruolo politico esercitando una sua discrezionalità, nulla che lasci trapelare l'intento di conferirgli una compartecipazione decisionale⁶³⁹, in conformità del resto con la Costituzione, che all'art. 194 parla solo di elezione da parte della Dieta. Ora, per quanto si possa speculare sulla propensione di un Capo di Stato a violare la Costituzione, e fare lamentazioni al riguardo, o evocare futuribili sanzioni nei suoi confronti previste dallo stesso ordinamento, sarebbe stata preferibile la strada di soluzioni istituzionali che per lo meno non favorissero sviluppi in questo senso.

Il Tribunale costituzionale non arriva in Polonia con la rinascita della democrazia parlamentare nel 1989 né è il portato di una 'condizionalità' europea, ma nasce qualche anno addietro, come concessione liberalizzatrice all'opposizione democratica. In questo contesto, è possibile che le

⁶³⁸ Su cui ampiamente A. Bień-Kacala, *Polish Constitutional Tribunal: a Systemic Reform or a Hasty Political Change*, in *DPCE Online 2016-1*, pp. 3-ss.

⁶³⁹ *A contrario*, il terzo comma dell'art. 21 dispone come unico rimedio estremo la decadenza per il giudice eletto che rifiuti di prestare giuramento, a conferma di come circostanze diverse da questa non fossero contemplate in quanto non contemplabili. In tal senso anche la citata sent. K 34/15 nel punto 8.3 della motivazione, tradotta come *Statement of reasons*.

modalità di elezione dei giudici costituzionali in Polonia abbiano continuato a risentire di una forma di deferenza nei confronti dell'assemblea legislativa ⁶⁴⁰ – come cascama indelebile del passato sistema – di cui le successive forze costituenti e legislative non hanno saputo sbarazzarsi, con ciò dimostrando un sorprendente conservatorismo che stride ancor più dinanzi al fatto che la stessa decisione di intaccare il dogma dell'unitarietà del potere statale, e di introdurre, come sottolineatura di questa discontinuità, un modello di sindacato di costituzionalità estraneo all'assemblea, e neanche 'politico', ma dagli accentuati aspetti giurisdizionali, era stata appunto presa dai titolari monopolisti del potere sotto quello stesso passato sistema, sia pure nella sua fase terminale, nel segno di un parziale compromesso con le forze dell'opposizione democratica o come concessione verso la stessa, e in ogni caso con diversi e non secondari accorgimenti per prevenire fughe in avanti troppo azzardate ⁶⁴¹. È possibile, invece, che la determinazione a preservare tali modalità sia stata dettata dal desiderio delle nuove forze politiche di assicurarsi una posizione di privilegio in tale selezione, per non perdere il controllo della transizione verso un modello di ispirazione democratica e liberale ⁶⁴².

Ma resta il fatto che tali forze costituenti hanno mostrato qualche limite di lungimiranza. Esse non hanno considerato, per esempio, che il significato di qualunque maggioranza – relativa, semplice, qualificata – non è affatto lo stesso in un'assemblea di fatto monopartitica per definizione, e in un Parlamento il cui pluralismo partitico costituisce la più ovvia tra le premesse della rottura con il passato. La recente esperienza polacca serve tra l'altro a mettere in rilievo che una valida ragione per eleggere cariche di garanzia a maggioranza qualificata non sta tanto, o non solo, nel fatto che il differenziale a favore di voti ricevuti, di cui tali soggetti si possono fregiare, sia di per sé maggiore

⁶⁴⁰ Proprio a questo proposito discute di «un diffuso *metus* nei confronti del potere giudiziario e in genere dei giudici», come «retaggio particolarmente vivo in alcune nuove democrazie dell'Europa centro-orientale» L. Pegoraro, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 75.

⁶⁴¹ Un interessante studio interdisciplinare, capace di ibridare diritto costituzionale e scienza politica, aiuta a comprendere il peso che il passato può esercitare sul futuro, specie sul futuro di un'istituzione quale la corte costituzionale di un ordinamento socialista prossimo a una radicale trasformazione della forma di stato. R. Alberski, *Trybunał Konstytucyjny w polskich systemach politycznych* [Il Tribunale costituzionale nei sistemi politici polacchi], Wrocław, Wydawn. Uniw. Wrocławskiego, 2010, p. 128, ricorda opportunamente come nel testo della legge ordinaria di attuazione del Tribunale costituzionale del 1985, rimasto formalmente in vigore fino al 1997, i giudici eletti, all'atto del giuramento, erano tenuti a dichiarare fedeltà non solo, genericamente, alla Costituzione socialista del 1952, ma anche «ai principi dell'ordinamento politico e socioeconomico dello Stato socialista». Essi, qualora vi avessero contravenuto, erano anche soggetti a un potere di revoca da parte della Dieta. Tale potere, invero, non è mai stato utilizzato. Dopo aver ricordato come il vero motivo dietro l'istituzione dell'organo fosse il desiderio del potere costituito di cercare una maggiore legittimazione facendo del diritto uno strumento di governo non fittizio, la tesi originale del libro si incentra sulla constatazione che il ruolo in concreto esercitato dal Tribunale costituzionale, negli anni finali del socialismo, fu in sostanza quello di abbattere, o almeno svuotare tacitamente, alcuni principi fondamentali di cui in teoria avrebbe dovuto essere fedele custode. Valori, procedure, istituti giuridici introdotti in via giurisprudenziale erano in realtà estrapolati da un'altra forma di stato, e tra questi le funzioni di *veto player* a vantaggio delle opposizioni organizzate a un sistema ormai post-totalitario.

⁶⁴² Un'interessante ricostruzione della *ratio* sottostante al metodo di elezione dei giudici è contenuta in uno scritto piuttosto risalente di un giudice costituzionale emerito. Il contributo è tanto più significativo quanto più lontano nel tempo, e prossimo invece al momento in cui certe scelte furono compiute, il che aiuta a renderle più intelligibili. Se ne riportano alcuni passi. M. Wyrzykowski, *La réforme du Tribunal Constitutionnel Polonais*, in *Droit polonais contemporain/Polish Contemporary Law*, 1-4 (113-116)/1997, p. 90: «Dans les projets de Constitution présentés, ainsi que durant les travaux constitutionnels, il avait été proposé d'attribuer le choix de certains juges à d'autres pouvoirs publics constitutionnels. L'objectif était d'augmenter le niveau d'indépendance des juges et en particulier d'empêcher qu'une majorité parlementaire se reflète dans celle des juges. Etait également invoqué l'argument de l'inopportunité de l'élection des juges par l'organe dont les actes sont précisément contrôlés par le Tribunal. Certains propositions suggéraient que participent aussi à la procédure d'élection des juges, le Sénat, le Président de la République ou encore le Conseil National de la Magistrature considéré sains raison comme un organe d'autogestion des juges. Finalement, on a maintenu la procédure d'élection des juges par la Diète. La doctrine en droit constitutionnel accorde à cette solution une pleine justification sur la base des principes fondamentaux du régime de l'Etat démocratique de droit».

garanzia oggettiva di una loro specchiata imparzialità⁶⁴³ (fino a tempi recenti il Tribunale costituzionale polacco ha goduto di opinioni positive sotto questo aspetto, così come per quello che attiene alla preparazione di molti suoi membri); piuttosto essa si rinviene soprattutto nel fatto che diventano più difficili – non si vuol dire impossibili – contestazioni così plateali, e dozzinali nei possibili rimedi, rispetto alla inesorabile questione di una minima accettabilità sul piano democratico, seppur indiretto, della sua composizione⁶⁴⁴. O almeno diventa molto difficile cedere a tentazioni di voti a colpi di stretta maggioranza (politica), e quel che è ancora peggio, operare manomissioni distruttive, anche come forma di vendetta non dichiarata, ad opera dei successori. Nel caso specifico della Polonia, il difetto originale della scelta compiuta era stato a lungo compensato con la casuale circostanza del funzionamento di una democrazia acerba. Si riscontrava cioè che di elezione in elezione la maggioranza politica uscente risultava sconfitta, e spesso in proporzioni superiori alla media europea, mentre spesso balzavano in auge formazioni nuove e prive di precedente radicamento istituzionale. Questo continuo mutamento del quadro politico, questa irregolarità non scritta, faceva in modo che il voto a maggioranza relativa per eleggere i giudici del Tribunale costituzionale non fosse causa di sedimentazione di una prassi per cui un singolo partito, o una coalizione, fossero in grado di assicurarsi, per accumulazione progressiva, una maggioranza di giudici impropriamente ‘sensibili’ alle proprie cause, al proprio indirizzo politico⁶⁴⁵. Anzi, la composizione dell’organo è stata plurale nel corso dei lustri proprio come conseguenza di quelle ininterrotte alternanze, e ha contribuito con il proprio lento e parziale aggiornamento a mitigare i cambiamenti tumultuosi della scena politica, anche in considerazione della maggior durata del mandato dei giudici (nove anni contro i quattro dei parlamentari)⁶⁴⁶. Ma questo stato di cose, in effetti, è durato solo fino a poco tempo fa. Il fatto che per due legislature di seguito (dal 2007 al 2015) un partito, la Piattaforma civica, abbia dominato la coalizione di governo, combinato con il criterio di elezione dei giudici costituzionali, ha reso possibile alterare questo singolare equilibrio per cui ogni successiva maggioranza parlamentare poteva scegliersi i ‘suoi’ giudici e però nessuna di esse era automaticamente in grado di riprodurre se stessa in una sorta di impropria ‘maggioranza’ all’interno del collegio giurisdizionale. E sul finire della passata legislatura la Piattaforma civica pare

⁶⁴³ Secondo G. Zagrebelsky – V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 128, con riferimento ovviamente ai cinque giudici costituzionali italiani di scelta parlamentare, «[l]e maggioranze qualificate anzidette, richiedendo vasti accordi parlamentari, rispondono all’esigenza costituzionale di svincolare i giudici, così eletti, dai partiti che li hanno proposti». Ad avviso di A. Ruggeri – A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014⁴, p. 43, «[l]’alto quorum richiesto per l’elezione dei giudici si dovrebbe spiegare con l’intento di eleggere personalità qualificate e altamente rappresentative, tali comunque da risultare slegate dal gioco *partitico*. In ogni caso, di fronte a consolidate tradizioni di spartizioni partitiche di tali cariche, è difficile negare il carattere *politico* delle scelte parlamentari». Al riguardo è il caso di ricordare l’opportuna decisione di elevare il quorum ad opera della l. cost. n. 2/1967 (art. 3) rispetto a quanto precedentemente disposto dall’art. 3 della l. n. 87/1953. Due terzi dei componenti per i primi tre scrutini, seguiti da tre quinti dei componenti dallo scrutinio successivo, hanno così sostituito i quorum precedenti, che erano fissati in tre quinti dei componenti ai primi due scrutini seguiti da tre quinti dei presenti dallo scrutinio successivo.

⁶⁴⁴ Come le contestazioni e i ‘rimedi’ che sono stati appunto adoperati in Polonia negli ultimi mesi del 2015.

⁶⁴⁵ La politicizzazione del processo di designazione ed elezione dei giudici costituzionali, inizialmente molto contenuta, si è accentuata dal 2005 in poi, secondo R. Alberski, *Trybunał Konstytucyjny*, cit., p. 197 (non a caso in concomitanza con la prima vittoria del partito attualmente ritornato al governo), anche se la maggioranza relativa non ha impedito che occasionalmente alcuni eletti conseguissero risultati individuali particolarmente alti (M. Wyrzykowski fu eletto nel 2001 con 378 voti su 438 espressi e 460 membri della Dieta, *Ibidem*, p. 191).

⁶⁴⁶ In ogni caso segnala la Commissione di Venezia, nei par. 110-ss. del citato parere, come a ridosso delle elezioni politiche del 1997 la maggioranza politica uscente, pur in procinto di essere sconfitta, demandò alla successiva legislatura l’elezione di tre giudici in scadenza. Parve così che si fosse creato un *constitutional custom* che avrebbe dovuto essere rispettato, anche se la stessa Commissione si interroga in merito alla forza di tali *customs*, concludendo un po’ enigmaticamente che essi «*develop mostly in older constitutions and evolve over time, reflecting the actions and normative perceptions of the political actors*» (par. 111).

abbia cominciato a prendere coscienza di questo stato di cose e della possibilità di sfruttare i difetti del meccanismo elettivo dei giudici nel tentativo di conquistare una composizione a sé amichevole, o quanto meno favorevole, entro l'organo.

Il fatto, già criticabile in sé, diventa ancora più grave se si considera la possibilità che una maggioranza dominata da un partito di potere, anche se appesantito da anni di commistione con la gestione della cosa pubblica, ma pur sempre rispettoso delle libertà civili e dell'ordinamento costituzionale, venga sostituita da una formazione che nella Costituzione in vigore si riconosce, per così dire, in modo limitato e condizionato. Anche questa è un'eventualità che forse, in tempi più recenti, sarebbe stato meglio mettere in conto. Certo si potrebbe sempre argomentare che, se forze eversive dell'ordine democratico prendono il potere, se questo accade perché così vuole il corso della storia, esse trovano comunque il proprio alveo come un fiume in piena. L'argomento va oltre i limiti di questo contributo, che deve, o in ogni caso si vuole limitare a individuare accorgimenti legali per non facilitare il passo a questo tipo di involuzioni o a tentare di spiegare come errori legali remoti abbiano agevolato il compito agli attuali eversori.

D'altra parte sarebbe irrealistico attendersi che in un ordinamento democratico-rappresentativo, che non può fare a meno dei partiti, questi siano disinteressati rispetto alla composizione di un organo di garanzia come una corte costituzionale, specie nella parte in cui il collegio sia di selezione parlamentare. In ciascuno di questi paesi, nella zona grigia che si inserisce tra politica e diritto costituzionale, si sono formate delle più o meno tacite convenzioni che inseriscono l'intermediazione dei partiti nelle procedure apparentemente asettiche per la copertura degli incarichi⁶⁴⁷, riempiendole di significati aggiuntivi anche se non necessariamente in contraddizione con le premesse.

Il tema dell'elezione parlamentare di candidati a cariche di garanzia potrebbe essere rappresentato secondo i termini di un'ideale rappresentazione grafica, che prenda il percorso di un'iperbole. In essa, sull'asse delle ascisse si può rappresentare la facilità dell'elezione (nel senso di basse maggioranze), e su quello delle ordinate il livello di legittimazione. Quanta più legittimazione sia richiesta, tanto meno facile l'elezione e dunque più elevata la maggioranza su cui è necessario raggiungere un accordo. Più sono bassi sono i requisiti di consenso, più facile è portare a termine con successo l'atto elettivo, ma aumentano anche i rischi di contestazione, che possono superare livelli di guardia pericolosi specie in situazioni di recesso, temporaneo o definitivo, della vigilanza sui valori democratici. Perciò, secondo la soggettiva valutazione di chi scrive, nella scelta difficile tra le due opzioni è soprattutto l'esperienza che deve far propendere per quorum ragionevolmente alti. Essa ci mostra come persino l'eventualità che, in mancanza soprattutto di accordi tra le forze politiche, si crei una situazione di stallo, quand'anche prolungato⁶⁴⁸, appare comunque da preferirsi

⁶⁴⁷ Anche nell'esperienza della Germania federale, riuscita e per molti aspetti paradigmatica, la questione delle convenzioni partitiche necessarie per applicare le maggioranze prescritte dalla legge nella selezione dei membri del Tribunale costituzionale federale si è posta, non senza critiche sotto il profilo della compatibilità con il principio democratico e contestazioni anche culminate in veri casi giurisprudenziali, come ricorda M. Heidebach, *The Election of the German Federal Constitutional Court's Judges – A Lack of Democracy?*, in *Ritsumeikan Law Review*, No. 31, 2014, pp. 154-ss. (www.ritsumei.ac.jp).

⁶⁴⁸ Il riferimento è ai frequenti 'stalli' nell'elezione dei giudici costituzionali italiani, sulle cui dannose conseguenze si è tanto diffusa la dottrina italiana. *Ex multis*, E. Malfatti – S. Panizza – R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2013⁴, p. 47, analizzano la convenzione tra partiti che si era formata alle origini per durare fino ai primi anni Novanta, e che non sembra essere stata mai sostituita da qualcosa di paragonabile da allora in poi, onde le attuali frequenti, e deplorate, situazioni di paralisi; L. Pesole, *Composizione della Corte costituzionale e autonomie territoriali*, in *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere. Atti del Seminario (Roma, 14 marzo 2003)*, a cura di A. Anzon, G. Azzariti, M. Luciani, Torino, Giappichelli, 2004,

rispetto alle conseguenze irreparabili che possono derivare, in situazioni estreme, dalla scelta contraria.

3. Le fonti per la disciplina della giustizia costituzionale

Come si era accennato, un'altra facilitazione prestata all'opera di demolizione della giustizia costituzionale può derivare dal sistema prescelto delle fonti normative. Al termine di una lunga transizione costituzionale chiamata a chiudere una complessa disciplina provvisoria, la Costituzione polacca del 1997 rigetta ogni categoria di fonte statale intermedia tra sé e la legge ordinaria, e respinge ipotesi di leggi costituzionali, o fornite delle consimili denominazioni come 'organiche', 'cardinali', che invece sarebbe stato opportuno ammettere, anche allo scopo di integrare un testo già sufficientemente appesantito con norme di immediata attuazione che lo potessero alleggerire possedendo nel contempo una protezione e uno status giuridico a sé quasi paritario. La Costituzione respinge tutto ciò in modo poco riflessivo pur avendo la transizione polacca conosciuto, e anche di recente adoperato con esito proficuo, le leggi costituzionali quale strumento di mutazione graduale e incrementale degli aspetti fondamentali dell'ordinamento, sia per dare una disciplina provvisoria della forma di governo, sia per introdurre un procedimento costituente secondo i dettami voluti da un ordine costituito.

Invece vi è qualche ragione per ritenere che l'inserimento di una fonte di diretta integrazione della Costituzione, o ad essa immediatamente subordinata ma superiore alla legge ordinaria, sarebbe stato opportuno in un testo che peraltro è stato apprezzato per aver voluto dedicare uno specifico capitolo al tema delle fonti normative positive. Un nuovo motivo per asseverare tale considerazione si presenta da tempi recentissimi, proprio in considerazione di quanto è stato fatto con la novella legislativa di dicembre 2015 sul Tribunale costituzionale. Va infatti osservato che la nuova maggioranza governativa è riuscita nell'obiettivo di attentare alla Costituzione, operando uno svuotamento di uno dei maggiori istituti preposti alla sua garanzia, sfruttando silenzi dovuti alla natura necessariamente scarna delle relative disposizioni relative, dovuta alla natura stessa del testo. Insomma, la minaccia alla garanzia del controllo di costituzionalità si è consumata più con l'abilità nel riempire spazi vuoti che tramite una palese violazione di ciò che nella Costituzione viene detto (sebbene, a onor del vero, qualcosa sia stato fatto anche sotto questo profilo).

La Costituzione del 1997, a parte una significativa apertura al diritto internazionale, e indirettamente a quello europeo, ha scontato per il resto una visione tradizionalista e conservatrice delle fonti, privilegiando il criterio gerarchico e riservando nel suo ambito una posizione di rilievo per la legge parlamentare. Si è persa così occasione, come invece sarebbe stato opportuno specie in una giovane e ancora non sicura democrazia, per mantenere la categoria delle leggi costituzionali, a integrazione della Costituzione e con posizione ad essa parificata, almeno di massima, specie per la disciplina di organi o l'attuazione di specifiche garanzie, come quella di cui qui si discute ⁶⁴⁹; o in alternativa per

p. 25. Secondo A. Ruggeri – A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 43, «a conti fatti, è più facile essere eletti Presidente della Repubblica che giudice costituzionale».

⁶⁴⁹ «La «riserva di legge costituzionale», così prevista, trova giustificazione nella necessaria indipendenza della Corte dalle maggioranze di governo, rispetto a cui potrebbe, in relazione ai suoi compiti, venir di volta in volta ad assumere posizioni autonome ed anche, eventualmente, conflittuali (a tutela ad es. delle minoranze)», secondo A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, Giuffrè, 2012⁶, p. 42. L'A., che qui si riferisce ovviamente all'esperienza italiana, ricorda anche come – ad analogo

sviluppare quella delle leggi organiche, con qualche aspetto di privilegio rispetto alle ordinarie, come si è riscontrato in diversi orientamenti a partire dalla paradigmatica esperienza francese.

In tal modo la disciplina di istituti di garanzia decisivi, come quello della giustizia costituzionale, è stata affidata in primo luogo a enunciazioni necessariamente per principi fondamentali e generici, come quelli che sono contenuti nella legge fondamentale (pur se abbastanza analitiche, in una panoramica comparativa); e per il resto abbandonata alla mercé delle procedure semplici, agevolmente maneggiabili da una qualsiasi maggioranza parlamentare, della legge ordinaria statale. Se fonti come quelle sopra menzionate fossero state previste, e adoperate nelle fasi immediatamente successive all'adozione della Costituzione, approfittando del momento storico in cui alcuni valori sembravano avere un sufficiente livello di condivisione tra le forze politiche prevalenti, allora qualche punto fermo avrebbe potuto essere stabilito a presidio ulteriore di alcune garanzie come quella di cui qui si discute. Ciò vale indifferentemente per aspetti come la posizione di gerarchia o di competenza assegnata a tali fonti, in varia misura ma in ogni caso prevalente rispetto alla legge ordinaria, in modo da poter formare addirittura parametro di giudizio rispetto a questa; o per il procedimento di approvazione o modifica aggravato, che è l'unica barriera dinanzi alla quale l'attuale maggioranza politica si è arrestata, quando ha dovuto constatare di non avere, almeno per il momento, forze sufficienti a portare a compimento modificazioni della Costituzione formale scritta.

La comparazione può offrire esempi ormai innumerevoli di riflessione sul tema. Certamente l'attuazione che in Italia si è data della giustizia costituzionale è intricata, tra Costituzione, leggi costituzionali, legge ordinaria, autonomia regolamentare interna ⁶⁵⁰. Ma forse una differenziazione tra fonti non si dimostra così ingiustificata, dato che alcuni aspetti dell'istituto da un lato sono garantiti al punto da costituire potenziale parametro di giudizio, per altro sono rafforzati da aggravamenti di procedimento ⁶⁵¹. Si potrebbe discutere sul merito delle scelte compiute, sull'opportunità di affidare alcuni argomenti alla maggiore protezione della legge costituzionale e lasciarne altri alla discrezionalità delle mutevoli maggioranze politiche, ma quella che si è concretizzata testimonia di una sensibilità spiccata per l'argomento e ha presentato un'utilità che forse si potrebbe apprezzare soltanto facendo l'esperienza alternativa.

4. Le motivazioni della sentenza K 47/15. La giustificazione della capacità di giudicare

La sentenza [K 47/15](#), del 9 marzo, consiste insieme alle motivazioni di 187 pagine a stampa ⁶⁵². È il frutto del ricorso diretto di cinque soggetti, nell'ordine il primo presidente della Corte suprema, organo apicale del giudiziario polacco, di due distinti gruppi di deputati, del Difensore dei diritti

scopo – in Assemblea costituente Calamandrei ipotizzasse una disciplina della Corte esclusivamente mediante leggi costituzionali, come poi fu escluso dallo stesso art. 137.

⁶⁵⁰ A. Ruggeri - A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 35, criticano la confusione creata dalla molteplicità delle fonti che regolano la materia in Italia, «una vera e propria *accozzaglia* di disposizioni non sempre armonizzate». Prima, però, gli stessi A., sottolineano – ed è ciò che rileva per quanto si tratta qui – l'esistenza di un «*potere minimo di autonormazione*», di cui ogni organo costituzionale non può non disporre, addirittura derivante da una sorta di diritto naturale, e che la Corte italiana in ipotesi «potrebbe difendere anche di fronte a una legge costituzionale».

⁶⁵¹ Ed è cosa interessante che proprio il quorum per l'elezione dei giudici costituzionali, di cui si è detto in precedenza, non solo sia stato modificato al rialzo, ma soprattutto sia stato costituzionalizzato, o riattratto nell'orbita di un tale rango normativo, nel passaggio dalla l. 87/1953 alla l. cost. 2/1967.

⁶⁵² Accompagnate da un'ampia [press release](#) in inglese.

civili o *ombudsman*, del Consiglio nazionale della magistratura (unico organo di rilevanza costituzionale, in Polonia, dichiaratamente ispirato al modello italiano) contro la novella del 22 dicembre 2015 alla legge sul Tribunale costituzionale adottata il precedente 25 giugno.

Il Tribunale costituzionale ha introdotto la parte motiva della propria sentenza (parte III delle motivazioni) con l'argomento che esso in ogni occasione e circostanza ha il dovere di esercitare le funzioni che gli sono proprie per decisione costituente. Tra queste rientra il giudizio di legittimità delle leggi, dal cui novero non possono essere escluse le leggi che riguardino la stessa attuazione della giustizia costituzionale, che tocchino cioè la funzione per cui è stato previsto un suo monopolio. Rispetto a queste leggi, anzi, diventa prioritario accertare se esse non siano scritte in modo tale da pregiudicare la capacità operativa dello stesso organo, e ciò tenendo a mente non tanto quella ora sotto esame, quanto tutte le altre cause presso di lui pendenti. A conferma della propria giurisprudenza recente ⁶⁵³ il Tribunale precisa inoltre di ritenere plenaria la composizione con cui si pronuncia (III.1.10), atteso che essa comprende tutti i giudici eletti secondo quanto prescritto da legge e Costituzione, e che nel rispetto di entrambe siano stati ammessi all'organo collegiale anche per la necessaria collaborazione di altri soggetti istituzionali ⁶⁵⁴.

Si affronta poi un punto nevralgico dell'intera controversia (III.1.3-III.1.9). La legge del 22 dicembre, ancor prima di formare oggetto di giudizio, dovrebbe essere necessariamente applicata, e ciò in una serie di disposizioni che – come si vedrà –, se applicate in maniera scrupolosa, e per il solo fatto di esserlo state, non potrebbero che produrre conseguenze tanto sui tempi (evidentemente tardivi) in cui la pronuncia sarebbe resa, quanto sul merito o sull'esito della stessa decisione, fino al punto da determinare risultati tangibilmente differenziati, in ordine alle sorti della stessa legge, rispetto a quelli che si sarebbero avuti in un giudizio non solo astratto ma anche preventivo, ove ciò fosse stato consentito da un controllo *a priori* attivato dal Presidente della Repubblica (art. 122.3 Cost.), o in alternativa dall'esistenza di una congrua *vacatio legis*. Il collegio giudicante si trova dunque nella situazione di dover accertare in che misura i tempi e la concatenazione di condizioni preliminarmente necessarie per pronunciarsi, insieme ad altre condizioni previste dalla legge, sarebbero capaci di condizionare e alterare il merito del proprio giudizio. Esso deve valutare in congruo anticipo se l'applicazione anche solo temporanea e provvisoria di queste norme processuali e sostanziali non sia capace di arrecare conseguenze comunque in seguito irreparabili per il controllo di costituzionalità in senso lato. E la sua conclusione è che le conseguenze sarebbero irreparabili.

È inaccettabile – secondo parole testuali della motivazione – che ad essere oggetto di controversia dinanzi al Tribunale costituzionale siano disposizioni che formano al tempo stesso base, sul piano

⁶⁵³ La sentenza [K 34/15](#).

⁶⁵⁴ Ciò significa che il plenum è costituito dai giudici che, ad un tempo, siano stati validamente eletti dalla Dieta, e abbiano potuto assumere le proprie funzioni in quanto messi in condizione di farlo dopo aver potuto prestare giuramento dinanzi al Presidente della Repubblica, come prescritto dalla sola legge. Mentre – sebbene nella motivazione ciò non sia detto espressamente – non sono considerati parte del plenum tanto i tre giudici legittimamente eletti a ottobre, dei quali il Presidente ha rifiutato di accogliere il giuramento (e che per questo non fanno parte del Tribunale costituzionale), quanto i tre che, eletti nella legislatura successiva in luogo di quelli – da intendersi, in maniera illegittima; o per meglio dire, in base a una norma dichiarata in questa parte illegittima – nondimeno sono stati ammessi al giuramento, e che il presidente del Tribunale, Andrzej Rzepliński, ha accolto presso l'istituzione con lo status di «dipendenti», assegnando loro anche un ufficio, ma che non ha ammesso ad esercitare funzioni giudicanti. Un'interpretazione e una composizione che, inutile dire, governo, capo dello Stato e maggioranza parlamentare respingono *in toto*, considerandola illegale.

processuale e materiale, per poter risolvere la controversia stessa ⁶⁵⁵. Al termine di questa parte preliminare del proprio percorso argomentativo, il collegio esprime così la convinzione che un'eventuale sua decisione in merito all'illegittimità della legge, se avvenisse usando la stessa come parametro – anche solo per aspetti processuali – finirebbe per paradossale con l'essere travolta da sospetti e contestazioni di invalidità, sarebbe screditata in quanto fondata sull'utilizzo di parametri normativi di legge che vengono applicati dapprima per essere subito dopo dichiarati incostituzionali. La sentenza, insomma, rischierebbe di essere considerata a sua volta invalida. Ancora: accertato in via preliminare che l'applicazione della legge sarebbe capace, per molti aspetti, di alterare il contenuto di molte sue future pronunce (fino alla stessa capacità o meno di pronunciare l'invalidità di una legge, con tutte le conseguenze sul piano dei diritti individuali, dei seguiti processuali per i cittadini), si deve poi tenere a mente il carattere *erga omnes* e definitivo delle sentenze del Tribunale costituzionale, come stabilito dall'art. 190.1 Cost., e l'impossibilità di adoperare in questa situazione istituti previsti dal processo civile, pur ammessi per la giustizia costituzionale in casi non previsti dalla legge (e non è questo il caso). La declaratoria di illegittimità della legge dopo aver applicato la legge stessa, dunque, anche se fosse ben accolta, superando le obiezioni di cui si è appena detto, travolgerebbe un buon numero di altre sentenze rese nel frattempo (cioè dalla data di entrata in vigore della legge fino all'eventuale sentenza sull'invalidità della stessa, secondo l'ordine cronologico da essa imposto) e al tempo stesso però si scontrerebbe con l'impossibilità di rinnovare i procedimenti nelle relative cause, determinando per ulteriore paradossale una situazione di giustizia costituzionale sistematicamente vanificata e quindi denegata. Si rende pertanto indispensabile risolvere i dubbi di costituzionalità della legge *prima* che le sue disposizioni trovino applicazione. Il Tribunale riconosce la straordinarietà di una tale situazione ⁶⁵⁶. La considera allora una situazione idonea a consentire che siano adoperati strumenti forse eccezionali, che il costituente polacco del 1997 non ha lasciato inespressi ma ha tradotto in diritto positivo (con una lungimiranza difficile da apprezzare appieno, se fosse diretta solo a colmare lacune ovvero a coprire anche situazioni come questa), integrandoli però tra le basi concettuali dello stato di diritto costituzionale, senza relegarli nello stato di eccezione. Un tale strumento è rinvenuto nell'art. 195.1 *in fine*, dove si afferma che «[i] giudici costituzionali, nell'esercizio del proprio ufficio, sono indipendenti e soggetti solo alla

⁶⁵⁵ Un *vicious circle* secondo le parole di A. Radwan, *Chess-Boxing Around the Rule of Law: Polish Constitutionalism at Trial*, VerfBlog 23 Dez 2015 (verfassungsblog.de).

⁶⁵⁶ Nell'ordinamento polacco non è prevista tra l'altro l'efficacia *ex tunc* delle pronunce di incostituzionalità delle leggi. Anzi, l'art. 190.3 sembra prevedere il contrario dove afferma che «[l]a sentenza del Tribunale costituzionale entra in vigore il giorno della sua pubblicazione», per poi prevedere addirittura un termine differito, nel senso di successivo, per la perdita di efficacia dell'atto colpito (non oltre comunque i diciotto mesi), e così rafforzare ulteriormente il carattere non retroattivo di tali sentenze. Questa impostazione ha risentito di influenze austriache nel modello di controllo di costituzionalità, pur se ha comportato l'esplicita previsione (art. 190.4) che procedimenti giurisdizionali o amministrativi siano riassunti in caso di una pronuncia di incostituzionalità anche in seguito a una sentenza o decisione amministrativa definitiva. Il logico e filosofo del diritto Jan Woleński, tuttavia, ha sostenuto di recente in sede pubblicistica che non può non essere connaturata al giudizio di (in)costituzionalità delle leggi la constatazione di un vizio che doveva esistere fin dall'inizio. Secondo questo autore, il citato terzo comma dell'art. 190 serve solo a distinguere il concetto di costituzionalità di una legge da quello efficacia della sentenza in merito ad essa, come dimostrerebbe il fatto che il possibile differimento nel tempo non funge certo da sanatoria della dichiarazione di illegittimità. Le basi del giudizio di legittimità costituzionale sono contenute solo nell'art. 188, che non esclude affatto la possibilità di retroagire. Così J. Woleński, *Trybunał Konstytucyjny. Temat aktualny* [Il Tribunale costituzionale. Un tema attuale], *Polityka*, 6 maggio 2016, <http://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/kraj/1660376,1,trybunal-konstytucyjny--temat-aktualny.read>. Occorre dire però che si tratta di una posizione piuttosto isolata.

Costituzione». Si ricava da questa enunciazione ⁶⁵⁷ la possibilità, in casi straordinari, di negare in termini espliciti l'osservanza di una legge in vigore ⁶⁵⁸, quando ciò sia indispensabile per proteggere valori coessenziali al costituzionalismo. Negli stessi casi, tale soggezione alla Costituzione, comportante una sorta di insubordinazione alla legge ordinaria, in anticipo sullo stesso giudizio in merito alla legge, può essere estesa anche ad aspetti di diritto processuale costituzionale, come quelli che riguardano i criteri con cui vengono fissate le udienze o le camere di consiglio ⁶⁵⁹.

Di conseguenza il Tribunale disapplica – prima di entrare nel merito della loro legittimità – le disposizioni che fissano il quorum strutturale per deliberare in tredici membri (il collegio è attualmente composto da dodici); che stabiliscono in due terzi dei voti il quorum funzionale per deliberare sulla costituzionalità di una legge nella maggioranza dei casi (e ciò in applicazione diretta dell'art. 190.5 Cost., per cui «[l]e sentenze del Tribunale costituzionale sono adottate a maggioranza dei voti», dove tale maggioranza deve intendersi per relativa); che impongono di tenere udienze pubbliche o a porte chiuse secondo l'ordine cronologico con cui le singole cause sono state iscritte a ruolo; che impongono un termine non minore di tre mesi, o – a seconda dei casi – non minore di sei mesi tra la notifica dell'udienza alle parti del processo e l'udienza stessa ⁶⁶⁰.

4.1. Il giudizio nel merito della legge

Nel merito di tutti i ricorsi presentati, il Tribunale precisa che giudicherà la legge sia sotto il profilo del procedimento usato per approvarla sia per diversi aspetti di contenuto. In effetti, afferma, sarebbe sufficiente ad acclararne l'invalidità la constatazione di violazioni della Costituzione consumate nella fase della sua formazione. Ma anche un esame di numerosi aspetti di merito è necessario, per indicare al legislatore difetti che non potrebbero essere superati neanche con una rinnovata approvazione più rispettosa delle norme sul procedimento.

Lunghi passi delle motivazioni (III.3) sono dedicati all'analisi del procedimento legislativo, formalmente su iniziativa di alcuni deputati della maggioranza, che in appena nove giorni dal deposito originario del progetto ha condotto all'adozione finale della legge del 22 dicembre. A parte considerazioni di opportunità, per cui le due camere parlamentari – e in particolare la Dieta, o *Sejm*, nettamente prevalente – non solo hanno compresso oltremodo i diritti delle minoranze, ma hanno ignorato sistematicamente pareri provenienti da numerose istituzioni esterne, e anche degli stessi servizi legislativi parlamentari, con ciò aggirando diverse disposizioni regolamentari; il Tribunale costituzionale rileva che è stato sostanzialmente violato il requisito delle tre letture (art. 119), contraddicendo tra l'altro una sua cospicua giurisprudenza al riguardo, per il fatto di aver introdotto emendamenti tra la prima e la seconda lettura tali da qualificare di fatto una nuova proposta di legge,

⁶⁵⁷ Anche per distinzione dall'art. 178.1 Cost., secondo cui tutti i restanti giudici «sono soggetti solo alla Costituzione e alle leggi». A questo proposito, si stabilisce un parallelo con la possibilità per i giudici comuni, proprio in quanto soggetti alla legge, di non applicare al caso concreto disposizioni di fonti secondarie, senza con questo pronunciarsi in via definitiva sulla loro validità.

⁶⁵⁸ Nel rispetto della presunzione di costituzionalità, però, il Tribunale non accoglie la richiesta formulata da alcune parti ricorrenti di applicare le disposizioni della legge di giugno abrogate dalla novella di dicembre, rilevanti nel caso.

⁶⁵⁹ E sebbene, a onor del vero, per l'art. 197 «L'organizzazione e le modalità di procedimento presso il Tribunale costituzionale sono stabilite dalla legge».

⁶⁶⁰ Dal punto di vista tecnico vi sono qui delle similitudini con il problema dell'eventuale non applicazione della legge in questione di costituzionalità sollevata in sede di provvedimento urgente: va applicata o meno la legge nelle more del giudizio di costituzionalità? Per indicazioni di giurisprudenza italiana (che ammettono la soluzione qui usata dalla Corte polacca), si v. A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 145-ss.

e osserva che la frequenza e l'intensità con cui sono state violate norme regolamentari che formano attuazione diretta di altrettante previsioni costituzionali determinano lesione dell'art. 7 Cost., che vincola tutti gli organi del pubblico potere al rispetto della legalità in senso lato.

L'immediata entrata in vigore dell'atto, con assenza di *vacatio legis*, è censurata (III.4) in quanto incompatibile con il principio dello stato di diritto espresso nell'art. 2, sviluppato sotto questo aspetto specifico dalla già menzionata legge del 2000 sulla pubblicazione degli atti normativi. Utilizzando tale legge, ritenuta pienamente conforme ai principi costituzionali, come uno sviluppo degli stessi, o quasi come una sorta di norma interposta, il Tribunale costituzionale rileva come sia compito del legislatore operare un bilanciamento tra necessità straordinarie, che possono imporre la riduzione del termine ordinario di quattordici giorni ai fini dell'entrata in vigore di una legge – ed eccezionalmente l'istantanea entrata in vigore –, necessità che devono essere motivate in modo adeguato, ed esigenze dei principi dello stato di diritto democratico, che in situazioni particolari, specie quando vengono introdotte leggi di riforma sistematica di un settore normativo o disciplinanti istituti di garanzia, richiedono al contrario la fissazione di termini anche molto più ampi delle due settimane ⁶⁶¹. L'entrata in vigore immediata è illegittima per contrasto con i parametri indicati soprattutto in relazione al fatto che, mentre imponeva la presenza di tredici giudici come quorum strutturale, non ha tenuto conto che nel momento in cui la legge era discussa e approvata appena dieci dei suoi membri erano in grado effettivamente di giudicare ⁶⁶²; e lo è per l'assenza di disposizioni transitorie, che costringe a modificare le procedure per 174 cause pendenti al momento in cui le motivazioni vengono scritte, comportando conseguenze non solo per il funzionamento interno dell'organo ma anche a carico dei cittadini.

Viene poi demolita l'intera disciplina concernente le modalità di adozione delle decisioni (III.5), a cominciare dalla composizione dei collegi giudicanti. A questo proposito, occorre ricordare che nel sistema adottato in Polonia, fin dalle origini, si era previsto che solo su alcune controversie di primaria importanza il Tribunale costituzionale dovesse pronunciarsi nella sua composizione plenaria, mentre numerose altre questioni potevano essere affidate a collegi ristretti composti di tre o di cinque giudici per volta. Una tale scelta, per quanto possa apparire discutibile – ma si tenga conto che il Tribunale è anche tenuto a decidere sulla legalità o costituzionalità di regolamenti dell'esecutivo –, era giustificata da ragioni di speditezza ed 'economicità' del processo decisionale, e in ogni caso comportava la possibilità di richiamare uno stesso caso al plenum, ove se ne ravvisasse la necessità.

La legge del 25 giugno 2015 non incideva su tali aspetti. La modifica del 22 dicembre invece introduce diverse alterazioni. Innanzitutto dispone la partecipazione di almeno tredici giudici alle sentenze che devono essere pronunciate nella composizione plenaria, ciò che determinerebbe l'inoperatività nel caso in cui almeno due giudici dovessero autoescludersi o essere ricusati (eventualità possibile), nel caso di problemi di salute; e ciò che già ora, come sopra accennato, nello stato di fatto impedisce all'organo di pronunciarsi validamente per legge o gli consente di farlo a

⁶⁶¹ Persino la legge per la prima attuazione del Tribunale costituzionale, in tempi di tardo socialismo, approvata il 29 aprile 1985 entrò in vigore il 1 gennaio dell'anno successivo.

⁶⁶² Qui, al di là delle motivazioni, si può tranquillamente affermare che in realtà il legislatore, e concretamente il partito di maggioranza, era del tutto consapevole di questa circostanza. Lo ha fatto apposta. O il Tribunale avrebbe accettato di piegarsi al ricatto dei giudici eletti per così dire 'in sovrannumero', e immediatamente ammessi al giuramento, ovvero esso sarebbe stato ridotto al silenzio a tempo indeterminato, magari in attesa di soluzioni anche più radicali, semplificate nella giustificazione dal fatto che il tempo ormai trascorso invano lo avrebbe trasformato in un ente inutile.

condizioni che lo costringerebbero a stracciare la sua recentissima giurisprudenza. Quel che è peggio, la modifica dispone una distinzione del tutto irragionevole tra i casi che dovrebbero essere decisi in composizione plenaria e altri in cui sarebbe sufficiente un collegio composto di sette su quindici giudici. Sottolinea il Tribunale che, se mai si potesse stabilire una sorta di gerarchia nell'importanza delle controversie di natura costituzionale, al vertice di tale costruzione dovrebbero trovarsi quelle cause che riguardano direttamente situazioni giuridiche di cittadini, le quali, una volta risolte, hanno di norma un seguito presso le giurisdizioni penale, civile, amministrativa, o anche al cospetto della pubblica amministrazione: e tra queste, in Polonia, rientrano le c.d. «questioni giuridiche» (*pytania prawne*), l'equivalente della questione di legittimità incidentale in Italia, e i ricorsi diretti sul modello della *Verfassungsbeschwerde* (che pure in Polonia hanno una disciplina piuttosto restrittiva). Ebbene, sono proprio questi – insieme alla verifica di conformità delle leggi statali agli accordi internazionali ratificati con legge – i casi per cui la legge di dicembre ammette una composizione ristretta di sette giudici. Invece le procedure nei ricorsi astratti avviati dai numerosi soggetti indicati nell'art. 191 dovranno essere considerate sempre dal plenum, anche se riguardassero aspetti di legalità di regolamenti dell'esecutivo (che possono essere disapplicati da giudici comuni spesso in composizione monocratica). Il quorum di tredici giudici è peraltro invocato nelle motivazioni della legge – discutibilmente – con la necessità di «garantire qualità e obiettività delle sentenze» in contrapposizione alla norma precedente che ne imponeva nove: con ciò riconoscendosi implicitamente che le sentenze adottate in una camera di consiglio di sette giudici non sarebbero tenute ad assicurare qualità e obiettività.

Proprio questa circostanza, insieme alla successiva criticità, quella che impone di esaminare i casi secondo l'ordine cronologico con cui sono stati iscritti a ruolo, è incostituzionale per contrasto con l'art. 45.1, che sancisce il diritto di ognuno «a un giusto e pubblico esame della causa senza immotivati indugi da parte del tribunale competente, terzo, imparziale e indipendente»: una norma che non può non essere riferita anche alle questioni di legittimità in via incidentale e ai ricorsi diretti presso il Tribunale costituzionale. Qui il contrasto è anche con il preambolo della Costituzione, che si impegna ad assicurare «affidabilità ed efficacia» all'attività delle istituzioni pubbliche. L'obbligo di esaminare i casi secondo ordine cronologico è del tutto irragionevole non solo per l'assunto di partenza, quello per cui essi presenterebbero tutti lo stesso grado di complicazione (quando ad es. una sola disposizione di una legge sia impugnata o lo sia l'intera legge; quando in un giudizio incidentale occorra anche studiare la giurisprudenza accumulata su una certa norma), non solo perché rende inattuabile l'art. 224.2 Cost., collocato nel titolo sulle finanze pubbliche, il quale impone al Tribunale l'obbligo di giudicare entro il termine di due mesi dal suo deposito un ricorso preventivo del Presidente della Repubblica sulla legge di bilancio, mettendo così a rischio l'efficiente gestione della finanza statale; esso è assurdo anche per porsi in contrasto con altra disposizione della legge del 25 giugno 2015 – in questo non modificata – che consente al Tribunale, come del resto si era sempre fatto in passato, e come spesso si rende necessario, di riunire più cause incentrate sulle medesime disposizioni di legge (con il rischio aggiuntivo che le stesse disposizioni potrebbero dover essere esaminate, oltre che in tempi diversi, da collegi diversamente composti). Il Tribunale afferma di non essere titolato a effettuare un raffronto 'orizzontale' tra più disposizioni di una stessa legge; ma quando il contrasto tra esse diventi così palese da non poter essere sanato in via interpretativa, non può farsi a meno di constatare un'evidente incostituzionalità per assoluto difetto di razionalità. Essa va in ogni caso ad aggiungersi a quella direttamente derivante dalla limitazione

all'autonomia e indipendenza di ogni organo con funzione giurisdizionale, corollario indispensabile della separazione dei poteri.

Considerazioni analoghe sono quelle che valgono a dichiarare incostituzionale la previsione di un lasso temporale minimo tra la notifica alle parti di un'udienza e lo svolgimento dell'udienza stessa, segnatamente un minimo di tre mesi nei casi delle questioni incidentali e dei ricorsi diretti, e di sei mesi per tutti i restanti casi. L'introduzione del requisito di un lungo 'intervallo' tra instaurazione di un caso e udienza sullo stesso non tiene conto del carattere unico di alcune controversie. Un ritardo considerevole sulle cause che sono giunte a maturazione per decidere, ove non ci sia ragionevole giustificazione a suo sostegno, deve essere considerato come un'inammissibile interferenza del Parlamento nelle funzioni giurisdizionali del Tribunale, tale da violarne l'indipendenza e la separatezza dai restanti poteri, garantita dall'art. 10 Cost. Esso comporta altresì una lesione del diritto dei cittadini a ottenere giustizia in tempi ragionevoli.

La maggioranza di due terzi dei voti, per emettere una sentenza in seduta plenaria, è una violazione dell'art. 190.5 della Costituzione, che stabilisce che «le sentenze del Tribunale costituzionale sono adottate a maggioranza dei voti». A parte che la modifica legislativa di dicembre non dice nulla sulle maggioranze decisionali nei collegi composti da sette giudici, ciò che di per se è illogico, va rilevato che quando la Costituzione stabilisca delle maggioranze qualificate, essa lo afferma esplicitamente, come avviene in diversi casi.

Qui come altrove le motivazioni si incentrano su aspetti legali della controversia, evitando accuratamente aspetti politici. Ciò che il Tribunale non può dire è che la maggioranza di due terzi per pronunciarsi non è una questione di logica nell'interpretazione, ma una deliberata iniziativa volta a elevare un ostacolo che si frapponga alla sua funzionalità, nell'aspettativa che, con i successivi rinnovi parziali, il partito di maggioranza riesca a crearsi una minoranza di blocco sufficiente entro il collegio. In aggiunta, vi è nella previsione dei due terzi una reminiscenza, non è dato sapere quanto voluta, degli anni di esordio del Tribunale costituzionale, dal 1985 in poi, quando le sue sentenze, volte a invalidare una legge (pur adottate a maggioranza semplice), potevano essere cassate dal *Sejm* con la maggioranza di due terzi dei voti. Tale stato di cose oltrepassò addirittura i primi anni della svolta democratica, protraendosi fino all'approvazione della Costituzione del 1997. Anche se tecnicamente è ovvio che si tratta di due cose diverse, la decisione presa dal Parlamento nel dicembre 2015 rimanda con la memoria a quel passato, quasi a voler sottolineare un difetto originale dell'istituzione. Anche se i simboli non dovrebbero avere una diretta pertinenza giuridico-formale, è nota l'ostilità del partito di maggioranza a quest'istituzione, in parte dovuta al fatto che per conformazione ideologica, paradossalmente speculari al socialismo, esso è insofferente all'idea del controllo di costituzionalità come ingombro alla volontà illimitata della *puissance* legislativa; in parte però da ricollegare al fatto che, innegabilmente, il Tribunale costituzionale con questa denominazione e nella sua soggettività giuridica è venuto alla luce in Polonia negli anni del socialismo, sia pure nella fase finale di quel sistema – come si è detto in precedenza –, e di conseguenza, nella visione di alcuni esponenti del partito, che non hanno esitato a definirlo un «relitto del comunismo»⁶⁶³, sembra dover scontare questo vizio di origine, non rilevando il fatto che nel frattempo è mutato il tipo di ordinamento che esso è chiamato a proteggere e ne sono

⁶⁶³ È curioso destino come proprio tale anticomunismo giurato, che si manifesta nell'ostilità per un'istituzione che in quel (tardo) sistema affonda le radici, trovi con lo stesso sistema un punto di contatto nel ripristino del potere di revoca dei membri del Tribunale ad opera dell'assemblea politica.

mutate la forza e la composizione. Non avendo ancora la forza numerica per sopprimerlo o depotenziarlo con una revisione costituzionale, non è rimasta altra via che quella intrapresa con queste scelte.

Infine, la censura è totale per quel che riguarda le procedure disciplinari individuate dalla legge di dicembre. Contrasta con l'indipendenza e la separatezza di tutti gli organi giudiziari (art. 173 Cost.) la facoltà attribuita al Presidente della Repubblica e al ministro della giustizia di richiedere l'avvio di un procedimento disciplinare nei confronti di un giudice costituzionale. Non rileva qui che siano previsti dei filtri in seno al collegio per valutare l'ammissibilità di simili richieste. Quello che conta è che già una simile previsione può intimidire un giudice, affievolendo la percezione della sua indipendenza. Contrasta frontalmente con la separazione dei poteri (prevista in linea generale già dall'art. 10 Cost.) la sottrazione all'adunanza dei giudici del Tribunale costituzionale della facoltà di disporre la decadenza di uno dei membri per alcuni gravi motivi di indegnità, come forma più solenne di sanzione disciplinare, e l'attribuzione dello stesso potere al *Sejm*, espressione del legislativo. Anche qui, e per i motivi già detti, non rileva che la richiesta al *Sejm* debba essere formulata dalla stessa adunanza.

5. Il parere della Commissione di Venezia

È stata un'iniziativa del governo polacco, nella persona del ministro degli esteri, a sollecitare la Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, nota come Commissione di Venezia, all'emanazione di un parere sulla legge del 22 dicembre 2015. L'iniziativa, presa già verso la fine dell'anno, è stata contestata negli stessi ambienti governativi e del partito di maggioranza come segno di debolezza. In realtà non vi sono dubbi sul fatto che l'allarme internazionale sollevato sul caso, considerata la sua gravità, avrebbero in ogni caso attirato le attenzioni di tutte le istituzioni europee di cui la Polonia è parte, tanto quelle euro-comunitarie quanto quelle euro-convenzionali. In quanto organo consultivo del Consiglio d'Europa, è certo che la Commissione sarebbe stata prima o poi coinvolta nel caso, come ha fatto con il [parere n. 833/2015](#).

Esso è stato annunciato e poi diramato nei giorni immediatamente successivi alla sentenza K 47/15 del Tribunale costituzionale. Svoltata una succinta ricostruzione dei fatti, la Commissione entra subito nel 'cuore' del problema, giuridico e politico al tempo stesso. Essa rammenta come già in pareri precedenti, resi nei confronti ad altri paesi, aveva paventato il rischio che si creassero situazioni di *non liquet* da parte delle corti costituzionali, se alcune condizioni si fossero avverate. Nella data in cui il parere è pubblicato, la Commissione fa in tempo appena ad essere messa a conoscenza del dispositivo della sentenza del 9 marzo, ma le conclusioni cui perviene sono quasi identiche, muovendo da un'argomentazione che si potrebbe ritenere complementare con quella operata dal Tribunale costituzionale polacco, sulla cui autorità poggia una larga parte della propria argomentazione.

È però molto più sintetica di quest'organo (per non dire più sbrigativa), la Commissione di Venezia, nel giustificare la disapplicazione di una legge statale prima di giudicarla. Si può qui riportare testualmente il par. 41: «A simple legislative act, which threatens to disable constitutional control, must itself be evaluated for constitutionality before it can be applied by the court. Otherwise, an ordinary law, which simply states “*herewith, constitutional control is abandoned – this law enters into force*

immediately”, could be the sad end of constitutional justice. The very idea of the supremacy of the Constitution implies that such a law, which allegedly endangers constitutional justice, must be controlled – and if need be, annulled – by the Constitutional Tribunal before it enters into force» (il corsivo è degli estensori). Ricorre ben due volte, nel breve passo qui riprodotto, il termine *before*. Il problema però è che la legge in questione era appunto *già* entrata in vigore nel momento in cui il Tribunale è stato chiamato a pronunciarsi sul testo, come sopra ci si è dilungati a sottolineare. Va poi rilevato che nei casi precedenti esaminati dalla Commissione, e da essa richiamati in quanto in qualche misura assimilabili a quello presente ⁶⁶⁴, solo una volta si era posto il problema preciso di dover giudicare una legge possibilmente incostituzionale dovendo nel contempo darle applicazione, né il tema in sé era stato così dirimente rispetto alla soluzione, o alla stessa possibilità di risolvere la controversia. In ogni caso, la Commissione si era già pronunciata nel senso che neanche in una legge riguardante la giustizia costituzionale, e nemmeno nella sua parte più specificamente indirizzata agli stessi giudici, si potessero trovare spazi immuni dal giudizio di costituzionalità. Ciò è senz’altro di conforto e appoggio per il Tribunale costituzionale polacco.

La Commissione coglie poi occasione per affermare (par. 39-40) che anche in assenza di previsioni costituzionali esplicite, come quella polacca, in merito alla superiorità della Costituzione e alla soggezione dei giudici costituzionali soltanto a quest’ultima, un controllo in situazioni estreme come quella discussa dovrebbe essere esperibile, in quanto è il Costituente, non già il legislatore ordinario, che assegna a una Corte costituzionale il compito assicurare la supremazia della Costituzione, inclusa la legislazione ordinaria che riguarda la Corte. Può darsi che l’organo consultivo del Consiglio d’Europa, con questo inciso, abbia voluto creare una sorta di precedente da far valere, sia pure ad altissimo scopo ‘consultivo’, anche in qualcuno degli altri ordinamenti statali nei quali in avvenire potesse porsi un simile problema, e che però fosse sprovvisto di una simile previsione a livello costituzionale. Tuttavia, al prezzo di sembrare afflitti da un eccesso di positivismo giuridico, si sarebbe potuta cogliere l’occasione per una valutazione favorevole di una tra le tante scelte costituenti polacche, nello stesso momento in cui altre soluzioni sono state apprezzate (anche da chi scrive qui), benché in forma blanda, in modo più critico: ci si riferisce precisamente all’enfasi posta sulla superiorità e sulla diretta applicazione della Costituzione (art. 8.2) ⁶⁶⁵ e allo sviluppo o

⁶⁶⁴ Rispettivamente i casi poi decisi con i pareri CDL-AD (2006)006, CDL-AD (2014)020, CDL-AD(2009)044.

⁶⁶⁵ Si tratta di una delle norme più discusse della Costituzione, sul cui significato si è discusso nei primi anni della sua vita senza che si giungesse a conclusioni univoche, e che adesso è tornato di attualità. Secondo L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu* [Diritto costituzionale polacco. Lineamento di una lezione], Warszawa, Liber, 2003, pp. 44-45, «in tutti i casi in cui le disposizioni costituzionali sono formulate in modo così preciso e univoco da rendere possibile il riferimento ad esse nelle situazioni concrete che si verificano nella realtà giuridica, il soggetto che applica il diritto dovrebbe fondare le sue attività (o decisioni) direttamente su tale disposto costituzionale, e solo in seconda istanza dovrebbe richiamarsi alle norme di legge ordinaria». Ne deriva secondo l’A. una tripartizione dell’applicazione giudiziale della Costituzione, a seconda che essa avvenga nel contesto di una sostanziale lacuna legislativa (ma non è questo il caso del 2016), che si tratti di una co-applicazione di entrambe le fonti, o che vi sia un conflitto non risolvibile mediante interpretazione conforme a Costituzione. Qui sembra esservi spazio per potenziali sviluppi, specie se al Tribunale costituzionale si affiancano anche altre giurisdizioni. Scetticismo in merito alla possibilità di applicazione diretta della Costituzione è stato espresso anni addietro anche da un attuale giudice costituzionale, P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)* [L’applicazione della Costituzione polacca alla luce del principio della sua superiorità (problemi scelti)], Kraków, Zakamycze, 2003, *passim*, pur nel contesto del riconoscimento di un ruolo normativo alle sentenze del Tribunale costituzionale. Qualche maggiore apertura all’applicazione diretta della Costituzione era ammessa da K. Działocha, *Art. 8*, in K. Działocha, L. Garlicki, P. Sarnecki, W. Sokolewicz, J. Trzeciński, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* [La Costituzione della Repubblica polacca. Un commento], V, Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe, 2007, p. 47 (dell’articolo commentato), che ammetteva possibilità di applicazione diretta della Costituzione, a condizione che una specifica sua disposizione fosse sufficientemente concreta e precisa, anche e persino nel caso in cui per lo stesso oggetto vi fosse un rinvio alla legge: ed è ciò che avviene con l’art. 197 per quanto attiene all’organizzazione e ai procedimenti interni al Tribunale costituzionale, che è affidato alla legge ma con una serie di garanzie direttamente stabilite

corollario di tale previsione, contenuto appunto nel citato art. 195.1, che protegge i giudici costituzionali dalla possibile arbitrarietà della stessa legge.

Un aspetto interessante della complementarietà del parere con la sentenza sta nei riferimenti comparativi, di cui la sentenza K 47/15, diversamente da altre pronunce del Tribunale costituzionale polacco, è particolarmente avara (ad eccezione dei riferimenti alla Corte di giustizia dell'Unione europea e alla Corte EDU, ma solo per quanto attiene alla formazione delle maggioranze decisionali). Forse i giudici polacchi non hanno voluto eccedere in autodifesa, quando non hanno preso posizione in merito agli attacchi loro provenienti per il fatto di aver preso attivamente parte ai lavori parlamentari della legge di giugno che li riguardava da vicino. La difesa è stata presa allora dalla Commissione (par. 45-46), che illustra come anche in paesi esemplari per la protezione giuridica della forma di stato democratico-liberale, quali Austria e Germania, vi sono forme di partecipazione diretta o indiretta dei giudici costituzionali all'attività legislativa in materia, senza che questo faccia particolare motivo di scandalo.

Ancora, pur nello spazio molto più sintetico delle proprie motivazioni, la Commissione rende conto delle giustificazioni, che le sono state avanzate dagli interlocutori incontrati, in merito alla singolare previsione dell'ordine cronologico con cui le cause devono essere esaminate. Essa risponde a tali obiezioni (par. 54-66) con il notare che, tra tutti gli ordinamenti che ricadono nella sua competenza, sono rarissimi i casi disciplinati in modo simile: in sostanza solo il Lussemburgo, e neanche in modo così rigido. Peraltro afferma la Commissione che la durata media di un caso presso il Tribunale costituzionale, che si concluda con una sentenza, è di 21 mesi, e non pare tale da imporre soluzioni così radicali al fine di ridurre i tempi per rendere giustizia, soluzioni oltretutto contraddittorie con i fini. Il rimedio non sarebbe poi neanche adatto allo scopo per il fatto che il rigido ordine cronologico riguarda in realtà le udienze o camere di consiglio, ma non impone che le sentenze siano emesse seguendo lo stesso ordine. E infine pongono gravi problemi di compatibilità con il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE. Considerazioni comparative analoghe, riferite a uno standard comune europeo, sono svolte per quanto riguarda le maggioranze per emettere una sentenza, dove soprattutto il paradigma tedesco federale viene evocato per dimostrare come le sentenze a maggioranza qualificata sono previste in casi straordinari – soprattutto comportanti misure di tipo sanzionatorio per certi soggetti – e confermano quindi come la scelta contraria rientri nell'ordinario. Sul piano strettamente normativo, la Commissione sembra ritirarsi in una sorta di *self-restraint* seppure contraddittorio, dove (par. 82) da un lato riconosce che la maggioranza semplice, come condiviso dall'unanimità dei costituzionalisti polacchi, non può essere modificata con legge ordinaria ma richiederebbe una revisione costituzionale; ma dall'altro rinvia al Tribunale costituzionale la facoltà di decidere se la modifica per legge sia illegittima o meno. Più interessante è la considerazione (par. 83) dove si trova del tutto disfunzionale che le maggioranze richieste siano più alte nelle camere di consiglio plenarie, che decidono sulle questioni astratte, e minori nelle sedute composte da sette giudici, che si pronunciano sulle questioni di legittimità incidentali e sui ricorsi diretti, pur ammettendosi che proprio le decisioni in astratto sono più complesse e richiedono un *higher level of scrutiny*. Opportuni i riferimenti comparativi in merito agli scarsi termini di paragone normativi sul decorso temporale

da altre norme della Costituzione. In ogni caso tutti e tre gli autori citati, che sono stati, negli ultimi decenni, giudici costituzionali (uno ricopre la carica attualmente), non hanno forse potuto immaginare fino a qual punto di drammaticità il problema teorico che hanno affrontato si sarebbe concretizzato, nel volgere di non molti anni.

tra le notifiche delle udienze e le udienze stesse, dove si sottolineano circostanze di varia natura (ad es. nei casi ESM/OMT) che possono richiedere tempi più cospicui, o in altri casi, al contrario, più brevi. Insomma, sembra con ciò dirsi che aspetti processuali come questi impongono al contrario una maggiore flessibilità, difficile da ingabbiarsi nelle maglie di una normativa troppo stretta. Gli argomenti usati contro i nuovi procedimenti disciplinari parlano per così dire da sé, senza particolare bisogno di comparazione.

Il parere richiesto ricostruisce poi lo svolgimento dei fatti che ha condotto allo scontro sulle elezioni dei giudici (par. 98-ss.), risalendo fino all'art. 137 inserito nella legge di giugno. Non viene risparmiata né la misura presa dalla precedente maggioranza né i 'rimedi', peggiori del male, utilizzati da quella attuale. Quanto alle forzature procedurali – per usare un eufemismo – adoperate per invalidare anche l'elezione dei giudici avvenuta secondo norme dichiarate legittime, e in luogo di quelli eleggerne altri, e permettere loro di assumere le funzioni avendo prestato giuramento, la Commissione, richiamandosi qui rigorosamente solo all'ordinamento costituzionale polacco, riconosce come il giuramento sia richiesto dalla Costituzione solo per i membri del Parlamento (art. 104) e del governo (art. 151) (oltre che dal Presidente della Repubblica stesso). Ad esso, per quanto attiene ai giudici costituzionali, non va riconosciuta altra funzione che quella cerimoniale.

La Commissione è equanime nel sostenere ad un tempo che non è corretto per un'assemblea politica scegliere con eccessivo anticipo giudici che entreranno in carica tra molto tempo, quando essa sarà cessata, ma è altrettanto scorretto per l'assemblea successiva non rispettare le scelte di quella precedente. È a questo punto che viene avanzata l'immagine del *constitutional custom* volto a rispettare alcuni principi di diritto non scritti, o magari a crearli (par. 110-ss.). Che la maggioranza parlamentare uscente del 1997, trovandosi in situazione analoga, avesse rinunciato ad eleggere alcuni giudici lasciando il compito alla successiva legislatura, non è probabilmente sufficiente a qualificare il fatto evocato dalla Commissione neanche come una prassi o una mera convenzione⁶⁶⁶ (se non a constatare un grave regresso in certi canoni dell'ordinamento polacco); meno ancora, allora, alla stregua di una consuetudine in qualche misura vincolante e sanzionabile.

Ma giustificare la mancata ripetizione di quel buon comportamento spontaneo con il fatto che i *constitutional customs* si formano e sviluppano solo nelle *older constitutions* lascia al lettore un senso di insoddisfazione o di incompiuto, per così dire. O si ammette infatti che vi sono delle buone ragioni per cui solo alcuni ordinamenti costituzionali si possano fregiare di essere 'antichi', ma allora bisognerebbe esplicitare quali siano le ragioni che giustificano la creazione di tali 'club' di privilegiati (e magari specificare quali siano le une e le altre *constitutions*); oppure si deve accettare, o in ogni caso considerare più accettabile, che i *customs* non comincino a formarsi nelle Costituzioni più recenti, con il rischio che queste possano non stabilizzarsi mai più, restando così preda ogni volta di altrettanti nuovi arbitrii, quante siano le immancabili lacune lasciate dal diritto scritto.

Utilissimi paiono invece i richiami della Commissione a un altro aspetto. Essa ha mostrato tutta la sorpresa per il fatto che, nel corso dei suoi incontri con gli esponenti di governo e maggioranza parlamentare, questi ultimi le hanno fornito una rappresentazione – letteralmente – cromatica della

⁶⁶⁶ Come affermò in quello stesso anno M. Wyrzykowski, *La réforme*, cit., p. 90, «la pratique fait apparaître un certain consensus débouchant sur l'instauration d'une représentativité du Tribunal au sein duquel on trouve des juges représentant les principales forces politiques. Une tentative de la majorité sortante de vouloir élire avant la fin de son mandat les six prochains juges a fait sortir de sa réserve habituelle le Président du Tribunal, Andrzej Zoll. Face aux protestations pré-électorales que cette affaire a suscitées, ce renouvellement anticipé n'a pas eu lieu». A leggere questo passo, si ha veramente l'impressione che un arretramento democratico sia avvenuto tra il 1997 e il 2015.

composizione del Tribunale costituzionale, come se si trattasse di esponenti di partito in una camera parlamentare. La Commissione replica agilmente nel suo parere che questo stato di cose non è veritiero, sulla base di constatazioni di fatto, per poi richiamarsi, accanto a tutte le garanzie scritte di indipendenza, alla *duty of ingratitude* che i giudici costituzionali hanno sempre nei confronti di chiunque li abbia eletti (implicitamente assumendo che questa sia la realtà nell'attuale situazione polacca).

La Commissione rivolge, come ovvio, un appello indistinto a tutte le parti a rispettare le decisioni del Tribunale costituzionale, in quanto conformi ai migliori standard europei, e in ogni caso ai principi riconosciuti dal Consiglio d'Europa. In definitiva postulati come quello della leale collaborazione tra poteri sono assimilabili ad una sorta di *soft law* che hanno fondamento anche nel Preambolo della Costituzione polacca, e possiedono la forza persuasiva che è tipica di questi strumenti, sulla cui efficacia occorre interrogarsi al cospetto di certi protagonisti politici.

La parte conclusiva del parere, che è anche quella propositiva (VII), presenta motivi di interesse che si riconnettono a quanto scritto qui in esordio. La Commissione, pur nel constatare che non è questo il momento per avviare grandi riforme di sistema, suggerisce al Parlamento di considerare una revisione costituzionale che stabilisca una differenziazione nella scelta dei giudici costituzionali più aperta al pluralismo tra organi ⁶⁶⁷: in particolare, invita esplicitamente a considerare l'opportunità di prevedere che un terzo di essi possa essere eletto dalle magistrature, un terzo dal legislativo e un ultimo terzo nominato dal Presidente della Repubblica (che però in Polonia è eletto a suffragio universale e considerato a tutti gli effetti parte dell'esecutivo). Richiama inoltre alla necessità di elevare, in ogni caso, a una maggioranza qualificata il numero di voti richiesti per i giudici di elezione parlamentare. Il lettore italiano del parere n. 833/2015 troverebbe immediata familiarità in questi suggerimenti della Commissione di Venezia, che non sono sfuggiti neanche a Diritto e giustizia e a Jarosław Kaczyński, rispettivamente il partito di maggioranza in Polonia e il suo leader.

Infine, il rifiuto annunciato di pubblicare la sentenza nel giudizio K 47/15 viene invece deplorato in quanto contrario alla *rule of law* e suscettibile di aggravare la crisi costituzionale in atto.

6. Conclusioni

La sentenza K 47/15 non è riconosciuta come tale da parte del Presidente della Repubblica, della maggioranza parlamentare e del governo, che ai sensi della legge del 20 luglio 2000 sulla pubblicazione degli atti normativi e di alcuni altri atti giuridici, è tenuto, nella persona del premier, a curare la Gazzetta ufficiale ordinando la pubblicazione di tali atti per il tramite di un dipartimento chiamato Centro governativo per la legislazione. Tutti questi soggetti considerano la pronuncia K 47/15 non come una sentenza, ma come un «comunicato stampa» (sebbene piuttosto lungo: 187 pagine), rilasciato non dal Tribunale costituzionale ma da «alcuni giudici» che lo compongono, i quali si sono riuniti presso la sede dell'organo per rendere di dominio pubblico un loro personale parere. Il motivo è semplice: non si è applicata la legge sul Tribunale costituzionale del 25 giugno 2015, con le modifiche introdotte il 22 dicembre, in ciò che riguarda l'ordine cronologico di

⁶⁶⁷ In argomento, per altre considerazioni sul sistema di elezione dei giudici in Polonia e in alcuni paesi della stessa area, W. Sadurski, *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht, Springer, 2005, pp. 15-ss.

convocazione delle udienze (quella determinata sulla causa in discussione ha ottenuto la precedenza su numerosissime altre); la necessità che siano trascorsi almeno tre mesi tra la notifica alle parti che hanno eccepito alla legge in via principale e la data effettiva dell'udienza (ne sono passati meno di due); il quorum per deliberare (hanno partecipato 12 giudici anziché il numero minimo di 13).

È però interessante notare che dei dodici membri del Tribunale nel pieno esercizio delle proprie funzioni, due sono quelli eletti in modo legittimo dal partito di governo nello scorso dicembre, in quanto chiamati a sostituire due giudici il cui mandato scadeva nella presente legislatura. Questi due giudici hanno redatto ciascuno un'opinione dissenziente dalla deliberazione, incentrate soprattutto sull'impossibilità per il Tribunale di procedere come ha fatto, con un'indebita creazione giurisprudenziale di norme procedurali, e sul presunto illegittimo impedimento a giudicare inflitto ai tre colleghi eletti a dicembre. Ma resta il fatto che con la propria partecipazione alla formazione della sentenza, essi, per quel che vale, ne hanno rafforzato la legittimità. Hanno cioè preferito mettere per iscritto i motivi del proprio dissenso piuttosto che esprimerlo magari in altra sede e non partecipare a quella istituzionale, il solo modo coerente che avrebbero avuto per mantenere il proprio punto di vista. La questione non è del tutto oziosa: è appena il caso di notare che, in questa situazione del tutto anomala, non sono in gioco 'normali' opinioni in dissenso rispetto al merito di una decisione giurisdizionale. Il dissidio travalica questa dimensione per entrare in quella, ben più grave, nella quale si contesta alla radice la stessa valida costituzione dell'organo e la validità della sua decisione, almeno nelle forme e nelle procedure prescelte. Decidendo comunque di redigere un'opinione dissenziente rispetto a una decisione che considerano di fatto nulla, è come se i due giudici dissenzienti avessero posto nel nulla la propria stessa opinione. Da questo punto di vista, la partecipazione alla formazione della sentenza dei due giudici la cui elezione è avvenuta nel contesto dato sembra suggerirne un'affermazione di indipendenza, anche se non sono noti alcuni dettagli per valutare come la decisione sia maturata.

Il mancato riconoscimento da parte del governo produce almeno due conseguenze di grande portata sul piano strettamente giuridico (prima di considerare quelle politiche, che pure hanno rilevanza costituzionale). La prima è quella per cui il Tribunale costituzionale, ritenutosi 'liberato' da norme considerate totalmente illegittime, ha seguito com'è ovvio a svolgere le proprie funzioni. Ha dunque prodotto un certo numero di decisioni, tra cui finora sei sentenze, le quali sono indicate in una pagina del sito web istituzionale e definite [«sentenze in attesa di pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale o sul Monitore polacco»](#)⁶⁶⁸. L'attesa rischia di essere lunga, poiché per ferrea, logica conseguenza rispetto alle sue premesse, il governo non 'può' riconoscerle come non ha riconosciuto la prima della serie, almeno finché non cambi il quadro politico in modo che non è dato prevedere. Dunque, per come è sempre funzionato finora il sistema di giustizia costituzionale in Polonia, nessuna di queste decisioni, inclusa una legge dichiarata incostituzionale, sarebbe per il momento capace di produrre alcun effetto giuridico sull'ordinamento generale. A meno di non considerare la seconda conseguenza.

La seconda conseguenza è il serio rischio che per un periodo di tempo indeterminato si formino due ordinamenti giuridici statali distinti e separati, e almeno in parte incompatibili. Nonostante quanto si è scritto sopra, infatti, gran parte del giudiziario si ritiene vincolata alle pronunce del

⁶⁶⁸ Art. 190.2 Cost.: «Le sentenze del Tribunale costituzionale sulle questioni elencate nell'art. 188 sono soggette a immediata pubblicazione nella rivista ufficiale sulla quale l'atto normativo è stato pubblicato. Qualora tale atto non sia stato pubblicato, la sentenza si pubblica sul Giornale ufficiale della Repubblica polacca, "Il Monitore polacco"».

Tribunale costituzionale. Lo hanno fatto tanto le supreme magistrature, con una delibera dell'adunanza generale dei giudici della Corte suprema del 26 aprile e il Tribunale supremo amministrativo con una delibera del giorno successivo, in cui prendono posizione nettamente a favore del Tribunale costituzionale, affermando tra l'altro che la pubblicazione delle sue decisioni sul sito istituzionale e sulla raccolta ufficiale delle pronunce del Tribunale stesso, anche se non seguite dalla pubblicazione governativa sulla Gazzetta ufficiale, sono fonti sufficienti a riconoscere, se dichiarata, la fine della 'presunzione di costituzionalità' di una legge, e pertanto tutte le magistrature (in questo caso civili, penali, militari, amministrative) sono chiamate a tenerne conto. Le magistrature giudicanti, insomma, hanno il dovere di adattare l'ordinamento vigente alla Costituzione almeno per quanto di loro competenza. La pubblica amministrazione statale, al contrario, date le strette relazioni con il governo, continuerà a seguire gli impulsi e le direttive di quest'ultimo (ma numerosi consigli comunali, diretti da partiti all'opposizione a livello nazionale, hanno a loro volta approvato delibere con cui aderiscono alle posizioni della magistratura). Insomma potrebbe presto darsi una sorta di tempesta giuridica perfetta in cui una parte del pubblico potere considera in vigore una norma di legge e un'altra parte ritiene la stessa norma uscita dall'ordinamento. Tutto questo mentre numerose leggi sono appena entrate in vigore o sono in fase di approvazione o discussione preliminare, su temi come la sicurezza e la riservatezza su internet e sui mezzi di comunicazione, l'antiterrorismo, la funzione pubblica, il servizio pubblico radiotelevisivo, l'interruzione di gravidanza, i magistrati della pubblica accusa e tra poco anche la magistratura giudicante, il codice elettorale (forse fino a lambire persino il divieto di mandato imperativo). Sembra destino, dunque (ma non certo un paradosso), che la giustizia costituzionale sia depotenziata fino al rischio dell'irrilevanza proprio nel momento in cui ce ne sarebbe maggiore bisogno.

Sul piano politico, la situazione che può registrarsi è quella di un continuativo stallo, che a un primo sguardo, forse superficiale, potrebbe apparire di vantaggio per il solo partito di governo. Esso è pressoché isolato a sostegno delle sue posizioni ma forte della prevalenza numerica che gli consente, almeno a breve, di fare ciò che vuole. La stragrande maggioranza delle opposizioni si pone a difesa della Costituzione, pur se il principale partito – la Piattaforma civica – si è dovuto formalmente scusare con l'opinione pubblica per aver innescato la 'miccia' del conflitto con l'infelice norma inserita nella legge di giugno. La stessa opinione pubblica, a voler stare ai sondaggi, è a favore della Costituzione con una più che discreta maggioranza, trascinata in questo dalla formazione di un nuovo movimento di massa, il Comitato per la difesa della democrazia (KOD), ma bisogna contare anche una forte massa passiva – e dunque favorevole al potere – composta di indifferenti interessati soprattutto a percepire le nuove provvidenze sociali con cui il governo intende barattare le restrizioni di libertà.

Il partito di maggioranza ha cominciato a rendersi conto di essersi 'infilato' in una situazione in cui i vantaggi, derivanti dall'essersi sbarazzato di un ostacolo insopportabile, rischiano di essere controbilanciati, in maniera crescente e imprevedibile, da numerose incognite. Per questo da molte settimane sono state avviate consultazioni pubbliche tra tutti i partiti rappresentati in Parlamento, e anche con alcuni che ne sono esclusi (insieme a contatti riservati con esponenti del Tribunale costituzionale). Ma tali consultazioni non hanno dato finora nessun esito, salvo tentativi reciproci di strumentalizzazione. Circola, in modo del tutto informale, una bozza di proposta di legge, che il partito di maggioranza intende presentare come compromesso, dove sarebbero tenuti in

considerazione alcuni dei rilievi formulati dal Tribunale costituzionale, ma con possibili tranelli. In questo contesto il ruolo delle opposizioni è ancora più difficile che in precedenza, perché qualunque posizione adottino rischia di presentare controindicazioni. L'opposizione resta per ora unanime, insieme al Tribunale costituzionale, nel considerare il diritto e la Costituzione parti integranti di ogni possibile 'compromesso', e segnatamente, dunque, l'ammissione a prestare giuramento dei giudici eletti in ottobre, insieme alla pubblicazione della sentenza del 9 marzo, come condizione preliminare per ogni discussione. Ma va da sé che non è l'opposizione a poter porre condizioni. Sullo sfondo si staglia, naturalmente, l'Europa. Dal punto di vista giuridico, una decisione della Polonia che non vada nella direzione di conformarsi ai suggerimenti contenuti nel parere della Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, n. 833/2015, è già sfociata, nel mese di gennaio, nei presupposti per attivare un primo intervento dell'Unione europea nell'ambito del *Rule of Law Framework* del 2014, che fu introdotto in seguito alle trasformazioni costituzionali e legislative in Ungheria successive al 2010. In una tappa successiva del procedimento, si potrebbe riscontrare che l'insoddisfacente adeguamento della Polonia ai dettami stabiliti o concordati in applicazione del *Framework* potrebbe a sua volta costituire la base per l'attivazione straordinaria, ai sensi dell'art. 7 TUE, di una procedura per «violazione grave e persistente dei valori» previsti dall'art. 2. Va ricordata l'estrema difficoltà procedurale per avviare una procedura in tal senso, che ne richiama la gravità. La sanzione, compresa la possibile sospensione di alcuni dei diritti di voto in seno alle istituzioni della UE, sarebbe un'onta indelebile, quand'anche infine meritata, per qualsiasi Stato membro ne faccia parte. Naturalmente, in ogni attivazione di procedura, come insegnano 'bracci preventivi' e 'correttivi' anche in altri ambiti, la prevenzione dovrebbe servire a (fare tutto il possibile per) evitare la sanzione. Ci si muove su un terreno delicatissimo, dove occorre mantenere equilibrio tra l'inalienabile dovere di protezione di alcuni principi-valori supremi e il rispetto di quote residue di sovranità e sensibilità nazionali, per quanto male intesi, pretestuosi e ingannevoli possano essere i modi in cui queste ultime vengono fatte valere, almeno in alcuni luoghi e periodi. Nel momento in cui altri e diversi rischi di cedimento strutturale si affacciano sull'Europa, occorre in questo caso esercitare un dosaggio di misure che sappiano contenere forza di persuasione e capacità di ascolto e pazienza, per scongiurare effetti controproducenti. È quello che l'Unione, volendo, può saper fare. Anche qui, ne va dell'interesse europeo.

RITRATTI DI COSTITUZIONALISTI CONTEMPORANEI

[La genealogia costituzionalistica di Antonio Zorzi Giustiniani](#)

di Fulco Lanchester *

SOMMARIO: 1. L'asse e il contesto. — 2. Il percorso. — 3. I collegamenti. — 4. Il contributo. — 5. Conclusioni.

1. L'asse e il contesto

Antonio Zorzi Giustiniani è scomparso sabato 19 dicembre 2015 a Firenze. Era nato a Bovino (Foggia) l'11 gennaio 1949 da una antica famiglia vicentina, di cui curava con amore e dedizione le radici. Conosceva, dunque, molto bene anche i meandri della genealogia, una disciplina ausiliaria della storia, che tratta dell'origine e della discendenza di famiglie e di stirpi, ricostruendo, con riferimento a determinati individui, l'enunciazione degli ascendenti fino a un capostipite o, viceversa, l'enunciazione dei discendenti dal capostipite all'individuo di cui si tratta. In questa breve nota cercherò di ricostruire la Sua "genealogia accademica", evidenziando come una simile indagine non costituisca un esercizio più o meno erudito, ma individui la possibilità di ricostruire l'intrecciarsi di linee culturali e di influssi sulla attività scientifica dello stesso Zorzi, nell'ambito di una anche sommaria ricostruzione del suo contributo scientifico e dell'ambiente in cui ha operato.

In sintesi: Antonio Zorzi è stato uno dei componenti di quella "scuola tosco-romana" del diritto pubblico, che ha caratterizzato la seconda metà del secolo alle nostre spalle. Desidero sottolineare con forza questa specifica categoria, contestata amabilmente proprio da Paolo Grossi, che, nel corso del convegno tenutosi in memoria di Mario Galizia (1921-2013), volle affermare invece l'esistenza di un più semplice asse fiorentino-romano (si v. [Nomosleattualitàneldiritto.it, 2014, n. 3](#)).

Per ragioni che si radicano nella storia degli atenei toscani, che hanno visto l'istituzione di quello fiorentino solo nel 1925, e per la natura apicale che tra il 1880 e il 1980 ha rivestito "La Sapienza" di Roma, vorrei – invece – ribadire, anche nel caso di Zorzi Giustiniani, l'esistenza di questo collegamento più complessivo, soprattutto per quanto riguarda le materie pubblicistiche e comparatistiche. Se per Galizia il triangolo Firenze, Siena, Roma aveva alla base maestri come Calamandrei (1889-1956) e Mortati (1891-1985), per Zorzi Giustiniani il triangolo Firenze-Roma-Pisa si giustificava anche per le radici dei suoi maestri Lavagna (1914-1984) ed Amato (1938), che nell'ateneo pisano hanno avuto radici sicure. Ma direi di più. Zorzi Giustiniani ha avuto la possibilità di impregnarsi della lezione di una peculiare versione del diritto pubblico (che non può che essere caratterizzato dalla comparazione), con la frequentazione diretta di alcuni dei massimi cultori di

* Professore ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato, Dipartimento di Scienze politiche – Università di Roma "La Sapienza".

questo approccio, che hanno sempre visto nella storia e nella complessità sociale la base dell'applicazione corretta di ogni ragionamento giuridico.

Ovviamente alle origini della esperienza di Zorzi Giustiniani stava la Sua Firenze universitaria dello scorso secolo, contenuta in un quadrilatero, rappresentato a sinistra da via S. Gallo (dove aveva la sua abitazione privata), a destra da Borgo Pinti, sopra da via Giusti (sede dell'Istituto di diritto pubblico), sotto da via degli Alfani. All'interno di questo perimetro urbano sono individuabili alcuni punti rilevanti: via Laura (sede della Facoltà di Giurisprudenza e di Scienze politiche sino agli inizi di questo secolo e dove oggi si trova Scienze della formazione); via Gino Capponi, dove era allocata la casa di Sua Madre ed il Suo studio stracolmo di libri (ma qualche portone più in là anche lo studio Barile, Cheli, Grassi); piazza S. Marco (il Rettorato); piazza della SS. Annunziata e via dei Servi (lo studio di Alberto Predieri, 1921-2001, con una biblioteca enciclopedica). Oggi, con lo spostamento dell'Università a Novoli (vicino al nuovo Palazzo di Giustizia) in questa specifica area è scomparso il clima che doveva caratterizzare anche il centro romano quando "La Sapienza", fino al 1935 era ancora allocata nel Palazzo di S. Ivo.

2. Il percorso

Quando Antonio si iscrisse alla Facoltà di Giurisprudenza di Firenze nell'anno accademico 1968/69, per laurearsi nel luglio 1971 con una tesi su *La Corte costituzionale jugoslava* (relatore Mauro Cappelletti, 1927-2004) presso l'Istituto di diritto comparato, quel perimetro cittadino era ancora senza alcun dubbio animato e pulsante. Borsista presso la cattedra di Diritto costituzionale italiano e comparato della Facoltà di Scienze politiche, tenuta da Alberto Predieri, nel 1974 aveva iniziato a collaborare con Giuliano Amato, che allora insegnava Diritto pubblico nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Ateneo toscano, per poi trasferirsi a Roma presso la Cattedra di Istituzioni di diritto pubblico di Carlo Lavagna (1914-1984) a Scienze politiche dell'Università Sapienza, dove collaborò intensamente sia con Mario Galizia che con Amato, titolari delle due cattedre di Diritto costituzionale italiano e comparato. Collocato in congedo per motivi di studio e distaccato presso l'Istituto di diritto pubblico della Facoltà di Scienze Economiche e Bancarie di Siena, divenne professore associato di Diritto pubblico anglo americano presso la Facoltà di Scienze politiche di Pisa nel 1985 (dove insegnò come affidatario, succedendo a Sergio Ortino, 1940-2011, il Diritto costituzionale italiano e comparato fino al 1994, per poi acquisire la titolarità della materia). Nel 2001 divenne, infine, ordinario di Diritto pubblico comparato sempre nello stesso Ateneo (nella commissione, tra gli altri, vi era Sara Volterra).

3. I collegamenti

Ho conosciuto Antonio nel 1975, quando frequentavo il Seminario parlamentare fiorentino, ora intitolato a Silvano Tosi. L'autunno inverno 1974-75 costituì un periodo importante per Lui: da un lato, furono i mesi successivi alla traumatica rottura con Alberto Predieri ed alla costituzione del rapporto con Giuliano Amato, che lo inviò a Roma presso Lavagna; dall'altro in quell'epoca conobbe Paola, la Sua futura moglie. Negli anni universitari aveva sussunto in maniera indelebile lo

stile fiorentino: aveva, infatti, potuto seguire i corsi di Paolo Barile (1917-2000; Diritto costituzionale), di Giuseppe Barile (1919-1989; Diritto internazionale), di Alessandro Maliverni (1911-1993; Diritto penale), di Carlo Furno (1913-1970; Diritto processuale), di Paolo Grossi (Storia del diritto), di Mauro Cappelletti (Diritto agrario), di Giovanni Miele (1907-2000; Diritto amministrativo), di Salvatore Romano (Diritto civile), di Giorgio La Pira (1904-1977; Istituzioni di diritto romano), di Carlo Alberto Funaioli (1914-1973; Istituzioni di diritto privato).

Nell'ambiente molto stimolante di Giurisprudenza, che aveva le proprie radici nell'insegnamento di Piero Calamandrei (così come dagli anni Quaranta il "Cesare Alfieri" era stato modellato dalla personalità di Giuseppe Maranini, 1902-1969), gli interessi di Zorzi Giustiniani si erano subito rivolti al diritto comparato come dimostra la tesi sulla Corte costituzionale jugoslava, frutto di un soggiorno a Belgrado con una borsa del Ministero degli esteri. È questo un filone di ricerca che Zorzi Giustiniani mantenne nel tempo (si v. la cura ed introduzione della legge sulla *Corte costituzionale* di quell'ordinamento pubblicata nella collana di Sergio Ortino nel 1989) e che utilizzai nel 2008, quando il Master in Istituzioni parlamentari oggi dedicato a Mario Galizia intraprese una azione con la Camera dei deputati, il MAE e l'IPALMO nei Balcani occidentali. Subito dopo la laurea, come già detto, per Zorzi Giustiniani era iniziata la collaborazione accademica e professionale con Alberto Predieri, che aveva sostituito Maranini al "Cesare Alfieri". Dopo il servizio militare effettuato tra il 1972 e il 1973, egli fu, infatti, borsista del Consiglio Nazionale delle Ricerche in servizio, dal 6 settembre 1973 al 31 ottobre 1974, presso l'Istituto di diritto costituzionale italiano e comparato della Facoltà di Scienze Politiche « Cesare Alfieri » dell'Università di Firenze e, dal 1° novembre 1974 al 14 dicembre 1975, presso l'Istituto di diritto pubblico di Giurisprudenza.

Nel periodo successivo iniziò, come assistente ordinario, la sua esperienza romana presso la cattedra di Carlo Lavagna, mentre anche Giuliano Amato rientrava nella Facoltà romana di Scienze politiche. È questo un periodo intenso, in cui gli interessi per il diritto pubblico dell'economia ereditati da Predieri si fusero con quelli di Giuliano Amato, anche nell'ambito di quella scuola gianniniana che aveva profondamente influenzato l'ambiente pisano. Non è un caso che tra il 1974 e il 1981 (prima di iniziare la sua collaborazione con *Quaderni costituzionali*, diretti da Enzo Cheli), Zorzi abbia pubblicato ben 17 interventi sulla *Rivista trimestrale di diritto pubblico* (diretta da Massimo S. Giannini con la vigile passione di Sabino Cassese), la maggior parte sul diritto amministrativo comparato e sul diritto pubblico dell'economia. Numerosi sono in questo anche gli interventi (11) su *Giurisprudenza italiana*, che si distinguono per la sempre acuta valutazione della giurisprudenza costituzionale, ma non devono essere trascurati gli interventi su *Nomos. Le attualità nel diritto* (5, tra cui uno sul rapporto tra pubblico e privato ed un altro sul referendum elettorale), sia su *Quaderni costituzionali* (4).

4. Il contributo

Nell'arco dell'ultimo quarantennio la sua produzione è rappresentata da volumi e scritti che denotano una sapiente tecnica giuridica, inserita in un contesto culturale ampio ed articolato, considerato da Lui indispensabile. I suoi contributi sull'intervento pubblico nell'economia e sulla legislazione antideficit nella Costituzione statunitense (v. in particolare *Costituzione americana ed equilibrio finanziario - Il caso della legislazione antideficit*, Ospedaletto, Pacini, 2000) evidenziano una

conoscenza del diritto pubblico nordamericano estremamente raffinata, così come confermato dalle analisi sull'*item veto* presidenziale (*Some remarks on the so-called line item veto of the President of the United States*, in *La méthodologie de l'étude des sources du droit-Actes du 6 Congrès de l'A.I.M.J.*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille-PUAM, 2001).

In questa prospettiva si poneva l'indispensabile, profonda ed attenta attenzione alla stratificazione storica, che può essere rilevata nel saggio su *Alle origini dello Stato regolatore (1874-1910). Le libertà economiche, public utilities e monopoli al vaglio della Corte Suprema* (in *Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America (1874-1910)*, a cura di S. Volterra, Torino, Giappichelli, 2003), oppure nell'introduzione al volume da Lui curato per la prestigiosa collana "Civiltà del diritto" su *Diritti fondamentali e interessi costituiti - W.H. Taft Presidente della Corte Suprema degli Stati Uniti, 1921-1930*, (Milano, Giuffrè, 2006).

Un simile metodo diacronico, sempre collegato con l'analisi sincronica, può essere rilevato anche negli approfonditi contributi sulle dinamiche del rapporto centro-periferia in Francia, Gran Bretagna ed Italia (si v. su questo *Le metamorfosi dello Stato unitario: "décentralisation" francese e "devolution" britannica a confronto*, in "Le region?", 2006, nn. 2-3, e *Potestà statutaria e forma di governo regionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *La revisione del Titolo V della Costituzione*, a cura di G. Volpe, Pisa, Plus, 2003), che si inquadrano in una lucida disamina della dinamica della *governance* europea nei primi anni di questo millennio (*La governance economica europea alla vigilia della ratifica del trattato costituzionale*, in *Istituzioni, Diritti, Economia. Dal Trattato di Roma alla Costituzione Europea*, a cura di G. Colombini e F. Nugnes, Pisa, Plus, 2004) e che sono stati ribaditi nel Suo ultimo ed articolato contributo al Convegno romano tenutosi nel maggio scorso alla Camera dei deputati (*Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella governance economica e finanziaria europea*, in Nomosleattualitàneldiritto.it, 2015, n. 3).

Antonio pensava con occhio presbite e questo spiega le riflessioni su *Costituzionalismo e costituzioni nell'età moderna e contemporanea* (in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2005), ma anche le analisi su la posizione di giurpubblicisti come Lavagna e Mortati nel campo della disciplina dell'economia.

Studioso nato nella Facoltà di Giurisprudenza di Firenze ed approdato per circa quaranta anni nelle Facoltà di Scienze politiche, Zorzi Giustiniani identificava la sua posizione in maniera significativa con la figura di Karl Loewenstein, cui ha dedicato un denso saggio nel 2008 su *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, voll. 160-161). La personalità del Loewenstein, *émigré* per motivi politici e razziali dalla Germania degli anni Trenta, teorico del diritto, storico, costituzionalista e politologo non poteva che affascinarlo, anche per la sua influenza sul processo di ricostruzione della Germania post-bellica. Il contributo di Loewenstein, di Friedrich, di Leibholz e di Hermens al diritto costituzionale del periodo centrale del secolo XX è stato studiato soprattutto negli anni del dopoguerra, poi nel momento della divaricazione tra diritto costituzionale e scienza politica esso è divenuto sempre più sfocato. Ma per Loewenstein, come per Zorzi Giustiani, il costituzionalismo è limite al potere, cosicché la sua lezione ricca di prospettive e di insegnamenti non poteva non affascinarlo. In primo luogo, dal punto di vista metodologico, per essere fondata su un taglio di tipo storico e sociologico ai problemi istituzionali nell'ambito del complesso rapporto tra costituzione scritta e potere politico.

In secondo luogo, così come sostenne la stessa giovane dottrina italiana degli anni Trenta (Mortati, Crisafulli, Giannini, Lavagna e altri) per l'ancoraggio della Costituzione a valori e principi che ne caratterizzano assiologicamente l'effettività all'interno del regime. Infine, per la necessità di superare

la radbruchiana debolezza della democrazia con una concezione militante della stessa. In questo senso la riscoperta di Loewenstein si connette con le ombre che dopo il 2001 si sono addensate sugli ordinamenti democratici, richiamando problemi che erano stati affrontati durante il periodo delle due guerre. In notevole anticipo con una tendenza alla riscoperta della democrazia militante (v. ad es. P. Cliteur - B. Rijkema, *The Foundations of Militant Democracy*, in *The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror*, A. Ellian, G. Molier (eds.), Dordrecht, RoL, 2012, pp. 227-272), Zorzi Giustiniani ha ripercorso dunque, attraverso la biografia intellettuale di Loewenstein, le tappe che hanno condotto alla costruzione della *Streitbare* (oppure *Wehrhafte*) *Demokratie* del secondo dopoguerra, evidenziando in modo lucido come — in periodi di difficoltà economiche — sia necessario intervenire per difendere l'ordinamento democratico.

5. Conclusioni

La lezione sapienziale di Antonio Zorzi Giustiniani si rivela, dunque, molto più attuale e profonda di quanto possano esprimere queste righe. Essa costituisce il frutto di una cultura articolata, di cui la Sua biblioteca costituisce un indice empirico ed un lascito concreto. Essa dà, inoltre, conto di una personalità umana e scientifica complessa, profondamente radicata nella tradizione giuspubblicistica italiana, consapevole sino all'ultimo delle responsabilità del giurista e dell'uomo di cultura per la tenuta dei principi e dei valori del costituzionalismo.

Ciò rende ancora più doloroso il distacco — solo materiale — dalla Sua persona.

COSTITUZIONALIZZAZIONE DELLO STATO DI URGENZA E DECADENZA DELLA NAZIONALITÀ: DUE NODI IRRISOLTI TRA TENSIONI DELLA POLITICA E RIFORMA DEL LAVORO

Di Paola Piciacchia⁶⁶⁹

É stato tutto rivolto ai temi della politica interna (sia pure con lo sguardo fermamente puntato sulle questioni internazionali) il primo quadrimestre 2016 in Francia. Una politica in cui si sono intrecciate le tensioni interne ai partiti, legate al dibattito relativo alla costituzionalizzazione dello stato di urgenza e della decadenza sulla nazionalità ma anche quelle sociali (e politiche insieme), legate alla presentazione e all'avvio dell'esame del progetto di legge sul mercato lavoro presentato dal Governo Valls.

Sul progetto di legge « Protection de la Nation » si è giocata, ad inizio d'anno, la partita più grande tra le forze politiche. Il persistente disaccordo tra i fautori della riforma ed i detrattori della stessa (all'interno della medesima maggioranza di governo), ed in particolare l'insanabile contrasto tra i due rami del Parlamento, Assemblea Nazionale e Senato, retti oggi da due maggioranze differenti (nel 2014, dopo tre anni, il Senato è tornato ad essere a maggioranza di destra.), hanno condotto a fine marzo il Presidente Hollande a dichiarare chiuso il dibattito parlamentare sul progetto di revisione sullo stato di urgenza e sulla decadenza della nazionalità.

Il progetto di revisione costituzionale di « Protection de la Nation », - che, lo ricordiamo, era stato presentato il 23 dicembre 2015, dopo l'annuncio dato dal Presidente Hollande al Congresso del Parlamento, riunito a Versailles il 16 novembre 2015, due giorni dopo gli attentati di Parigi del 13 novembre, facendo appello all'unione delle forze politiche – prevede due articoli, il primo relativo alla costituzionalizzazione dello stato di urgenza, e, l'altro relativo alla decadenza della nazionalità.

Il testo aveva presentato sin dall'inizio delle criticità. Dei due articoli, l'articolo 2, che nel testo iniziale permetteva la decadenza della nazionalità per i nati francesi in possesso di

⁶⁶⁹ Professore aggregato di Diritto pubblico comparato – “Sapienza” Università di Roma

doppia nazionalità, in caso di crimini che costituiscono un grave attentato alla vita della Nazione, aveva portato ad un'aspra battaglia parlamentare sulla questione della binazionalità perché comportava evidenti aporie connesse alla violazione del principio di uguaglianza. Il Governo era così intervenuto, per venire incontro alle richieste del PS che non voleva l'introduzione del concetto di binazionalità in Costituzione, in prima lettura all'Assemblea Nazionale, presentando un emendamento, approvato il 28 gennaio, con il quale aveva soppresso il riferimento alla binazionalità concernente la decadenza della nazionalità. Il testo, in prima lettura, era stato infine approvato il 10 febbraio, ma solo grazie ai voti dell'opposizione, che aveva garantito il raggiungimento di 317 voti favorevoli.

Proprio in occasione del voto finale all'Assemblea Nazionale si era consumato però un grande strappo all'interno della maggioranza parlamentare di governo, già da mesi attraversata da gravi contrasti interni, dove ben 119 deputati socialisti, quasi la metà del gruppo, si sono rifiutati di approvare il testo. Allo strappo socialista all'Assemblea Nazionale si è poi sommato il contrasto con il Senato che in prima lettura aveva, non solo modificato quanto deciso dall'Assemblea Nazionale riguardo all'art. 1, ma anche nuovamente modificato l'art. 2 sulla decadenza della nazionalità reintroducendo come unici destinatari i possessori di doppia nazionalità, condannati definitivamente per un crimine che costituisce un grave attentato alla vita della Nazione.

La decisione di Hollande di mettere fine, il 30 marzo, al dibattito sul progetto di revisione costituzionale è andato però ben al di là dei contenuti del progetto stesso, marcando invece le preoccupazioni del Capo dello Stato relative alle profonde divisioni interne della maggioranza parlamentare. Queste divisioni non potevano naturalmente non riflettersi sul Governo e sulle decisioni del Primo Ministro Valls il quale, dopo l'abbandono del Ministro Taubira e la sua sostituzione con Urvoas in gennaio, e il voto parlamentare del 10 febbraio, ha proceduto, d'accordo con il Presidente Hollande, ad un rimpasto di governo volto a riaprire porte (quelle dei Verdi) rimaste chiuse a lungo, in vista dell'appuntamento con la riforma del mercato del lavoro presentata il 24 marzo in Consiglio dei Ministri e poi all'Assemblea Nazionale.

Lo stesso Hollande non ha mancato di esprimersi sull'affossamento del progetto di revisione costituzionale dichiarando in un'intervista al settimanale tedesco *Bilt* pubblicata il

5 aprile che la decadenza della nazionalità, che pure aveva proposto, non permette di lottare contro il terrorismo. Hollande ha così ammesso che per lottare contro di esso occorre lottare contro le radici stesse della radicalizzazione e dell'odio.

É forse in quest'ottica che va letta la ripresa dell'iter parlamentare e l'approvazione definitiva della legge sugli stranieri, promulgata il 7 marzo, a quasi due anni dalla presentazione del progetto all'Assemblea Nazionale il 23 luglio 2014, adottato in prima lettura all'Assemblea Nazionale solo il 19 giugno 2015. L'approvazione definitiva della legge ha comportato per il Governo, di fronte al persistente disaccordo tra i due rami del Parlamento, disaccordo non sanato neanche dalla convocazione della Commissione mista paritetica, la decisione di dare all'Assemblea Nazionale l'ultima parola. Gli obiettivi definiti dalla legge ben si inseriscono nella logica di creare nuove premesse nel rapporto con il mondo dell'immigrazione : in tal senso miglioramento dell'accoglienza e dell'integrazione, nuove regole per il rilascio del permesso di soggiorno, e al tempo stesso lotta all'immigrazione irregolare, rafforzamento dell'attrattiva francese per la mobilità di talenti internazionali (verso la Francia) vanno letti in quest'ottica.

Le tensioni dei partiti sul progetto di revisione relativo allo stato di urgenza e alla decadenza della nazionalità si sono riflesse sulle tensioni sociali che non hanno mancato di contrassegnare il primo quadrimestre dell'anno. A più riprese, infatti, nel corso di questi mesi diverse manifestazioni sono state organizzate contro il progetto di revisione e contro il perdurare dello stato di urgenza che, dopo il prolungamento disposto dalla legge già novembre 2015, è stato nuovamente prolungato con la legge n. 2016-162 del 19 febbraio.

Alle tensioni sociali legate allo stato di urgenza si sono poi aggiunte le tensioni politiche e sociali legate alla presentazione del progetto di legge sul lavoro che ha dominato la scena insieme al progetto di revisione costituzionale. Sindacati e organizzazioni di giovani manifestanti già a due giorni dalla presentazione del progetto di legge il 24 marzo in Consiglio dei Ministri, hanno lanciato un «appello solenne» a Manuel Valls affinché il testo recuperi lo spirito che lo ha generato ovvero quello di creare lavoro.

La riforma del lavoro – il cui obiettivo dichiarato è quello di dinamizzare il mercato del lavoro attraverso l'introduzione di meccanismi di flessibilità – è apparsa l'ultima sfida delle

due teste dell'Esecutivo francese che, sebbene sia da più parti attaccato, ha tutta l'intenzione di andare avanti fino all'approvazione finale. Rilanciare l'occupazione, obiettivo fino ad oggi mancato del quinquennato di Hollande, è ora l'obiettivo irrinunciabile cui né l'Eliseo né Matignon vogliono, tantomeno possono rinunciare, soprattutto in vista delle elezioni presidenziali del 2017. Elezioni che sembrano, per il momento, rimanere molto sullo sfondo nonostante già, sia a destra (da un anno), che a sinistra (da pochi mesi), si sia parlato di svolgimento di elezioni primarie per la selezione delle candidature alla presidenza, laddove già numerose sono, soprattutto per lo schieramento di destra, le candidature ufficiali.

PARTITI

primaires de gauche

In vista dell'elezione presidenziale del 2017 anche all'interno del Partito Socialista si è avviato un vivace dibattito per la richiesta di svolgimento di elezioni primarie per la scelta dei candidati alla presidenza alimentato dal collettivo "Notre primaire". Il **30 gennaio** una fronda di deputati e l'ala sinistra del Partito Socialista, riuniti all'Assemblea Nazionale, hanno votato all'unanimità un «appel à des primaires citoyennes de la gauche» ed hanno inviato un messaggio alla direzione del Partito con l'intento di fare pressione sul primo segretario del Partito Cambadélis e sul Presidente Hollande. Per i deputati frondisti le primarie non sono un'opzione ma un obbligo in quanto contenute nello Statuto del PS.

Qualche settimana più tardi il primo segretario del PS Jean-Cristophe Cambadélis, in un'intervista del **21 febbraio** al *Journal de dimanche*, si è detto – come già dichiarato il **31 gennaio** durante la riunione dei segretari di sezione socialista a La Mutualité di Parigi lanciando un appello anche la Mélenchon - favorevole all'organizzazione di primarie di sinistra che potrebbero presumibilmente avere luogo a dicembre 2016 o gennaio 2017. Nella stessa intervista Cambadélis ha dichiarato di non sapere ancora quali siano le intenzioni di Hollande sull'eventuale ricandidatura o sull'indicazione di altri candidati ma ha definito il suo ruolo che è quello di preparare le condizioni affinché, qualunque sia il candidato, egli possa scegliere sia di andare sia di oltrepassare tali primarie.

La questione delle primarie di sinistra è stata ufficialmente affrontata nel corso del Consiglio Nazionale del Partito Socialista del **9 aprile** durante il quale, con una risoluzione votata all'unanimità, è stato affermato il principio di un « primaire citoyenne ». Il Partito Socialista ha suggerito la data della prima metà di dicembre che è rimasta solo una proposta mentre il nodo da chiarire è quello relativo a quali partiti, oltre a quello socialista, decideranno di partecipare alle primarie. Il PS spera nei Verdi e nel Partito Comunista anche se la cosa

non appare scontata. Una questione fondamentale rimane infatti il programma che per il partito di Europe Ecologie Les Verts (EELV) non deve « servire a rilegittimare la linea di governo ».

i candidati alle primarie de Les rÉpublicains

Mentre la sinistra ancora dibatte sulle primarie (v. sopra), nel primo partito dell'opposizione *Les Républicains* dove invece le primarie si terranno il 20 e il 27 novembre 2016, diverse sono le candidature già dichiarate. Dopo quelle di Sarkozy, François Fillon, Alain Juppé, favorito rispetto a Sarkozy, e Hervé Mariton già espresse, Frédéric Lefebvre ha dichiarato la sua candidatura alle primarie il 20 gennaio; Jean-François Copé ha annunciato la sua candidatura il **14 febbraio** con un'intervista su France 2 dopo mesi di silenzio e a poche settimane dall'uscita del suo libro *Le Sursaut français*; e il **23 febbraio** anche Bruno Le Maire ha fatto la sua dichiarazione ufficiale nel corso di una riunione pubblica a Vesoul.

PARLAMENTO

aggiornamento delle regole relative all'elezione presidenziale

Il **25 aprile** vengono promulgate, al termine di un iter legislativo tortuoso e non privo di contrasti tra Assemblea Nazionale e Senato, la legge organica **n. 2016-506** e la legge ordinaria **n. 2016-508** (J.O. del 26 aprile) relative all'elezione presidenziale.

La proposta di legge organica era stata presentata all'Assemblea Nazionale il **5 novembre 2015** ed ivi approvata, dopo che il Governo aveva impegnato la procedura accelerata, il **16 dicembre 2015**. Trasmessa al Senato, la proposta era stata poi modificata in prima lettura il **18 febbraio 2016**. Dopo il fallimento della Commissione mista paritetica che, al **16 marzo**, non era riuscita a trovare un accordo, si è proceduto ad una nuova lettura all'Assemblea Nazionale e al Senato che hanno, rispettivamente il **24 marzo** adottato, e il **31 marzo** rigettato, il testo. A decidere in ultima istanza è stata infine l'Assemblea Nazionale il **5 aprile**. Sulla legge si è pronunciato il Consiglio Costituzionale con sentenza **DC n. 729** del **21 aprile** (v. infra).

La proposta di legge ordinaria invece era stata presentata all'Assemblea Nazionale il **10 novembre 2015** e, dopo la dichiarazione del Governo di ricorrere alla procedura accelerata, era stata ivi approvata, in prima lettura, il **16 dicembre 2015**. Trasmessa al Senato il 17 dicembre, era stata adottata con modifiche il **18 febbraio 2016**. Dopo la convocazione e il fallimento della Commissione Mista paritetica e una nuova lettura da parte dell'Assemblea Nazionale, il **24 marzo**, e da parte del Senato, il **31 marzo**, (che aveva ulteriormente

modificato il testo adottato dall'Assemblea Nazionale), il testo è stato approvato in via definitiva dall'Assemblea Nazionale il **5 aprile**. Il Consiglio Costituzionale si è pronunciato sulla legge con sentenza **n. 730 del 21 aprile** (v. infra).

Le due leggi riprendono le raccomandazioni che erano state espresse da alcuni organi che svolgono un controllo sulle procedure relative all'elezione presidenziale come il Consiglio Costituzionale, la Commissione nazionale dei conti delle campagne e dei finanziamenti politici, il Consiglio Superiore dell'Audiovisivo e la Commissione dei sondaggi, le quali si erano pronunciate nel senso della necessità di un ammodernamento delle regole applicabili all'elezione presidenziali. Pertanto le due leggi intervengono entro cinque ambiti fondamentali nel processo che accompagna l'elezione presidenziale.

Innanzitutto nell'ambito delle *parrainages*: il testo aggiorna la lista degli eletti abilitati a presentare un candidato tenendo conto delle modifiche conseguenti alla riforma territoriale e precisa le modalità di sottoscrizione ed invio del formulario di presentazione da parte dell'eletto firmatario. Le leggi intervengono inoltre sulla campagna elettorale: si sostituisce, per il periodo che va dalla data di pubblicazione sul Journal Officiel delle liste dei candidati alla vigilia dell'apertura della campagna ufficiale, la regola dell'uguaglianza del tempo di parola con un principio di equità in funzione della rappresentatività dei candidati e del contributo di ciascuno all'animazione del dibattito; la normativa prevede che la rappresentatività dei candidati sia valutata in funzione dei risultati ottenuti nelle precedenti elezioni e delle indicazioni dei sondaggi. Tale disposizione soppressa al Senato, è stata reintrodotta dall'Assemblea Nazionale in nuova lettura. Riguardo ai conti delle campagne, la normativa mantiene il termine di un anno, invece di sei mesi come era stato proposto inizialmente, quale periodo durante il quale i candidati all'elezione presidenziale dovevano far figurare nei loro conti delle campagne le loro ricevute e le loro spese elettorali. La normativa è intervenuta anche sulle operazioni di voto disponendo la chiusura dei seggi alle 19 con possibili deroghe fino alle 20 e aggravando le sanzioni penali per la divulgazione dei risultati prima della chiusura dell'ultimo seggio. Inoltre vengono soppresse le commissioni di controllo delle operazioni di voto previste nei comuni di più di 20000 abitanti in quanto il loro compito risulta un inutile doppione di quello svolto dai delegati del Consiglio Costituzionale. Per ciò che concerne, infine, le regole applicabili ai Francesi all'estero, viene posto fine alla possibilità di iscriversi contemporaneamente ad una lista elettorale consolare e a quella di un comune francese. In lettura definitiva è stato aggiunto un articolo alla legge organica relativo ai sondaggi di opinione con lo scopo di assicurare la trasparenza dei sondaggi e di migliorare il loro rigore scientifico. A tal fine è stata introdotta un'ammenda di 75.000 euro per chi utilizza la parola sondaggio, senza che esso in verità risponda alla definizione data dalla legge, per inchieste su soggetti legati in modo diretto o indiretto al dibattito elettorale. In tale ambito è stato meglio precisato il ruolo della Commissione dei sondaggi.

STATO DI URGENZA e sicurezza

Il tema della sicurezza e dello stato di urgenza ha fatto da sfondo all'attività parlamentare nei primi mesi dell'anno. La presentazione il 18 dicembre 2015 del progetto di legge di revisione costituzionale sullo stato di urgenza e sulla decadenza della nazionalità ha infatti comportato un aumento del livello di tensione tra le forze politiche, tensione, che dopo aver determinato, in gennaio, le dimissioni del Ministro della Giustizia Taubira, ha indotto il Capo dello Stato a dichiarare, il **30 marzo**, la chiusura del dibattito parlamentare, lasciando cadere i propositi di revisione della Costituzione.

Sul tema della sicurezza il Parlamento è stato comunque chiamato a pronunciarsi con due interventi legislativi.

Innanzitutto con legge **n. 2016-162 del 19 febbraio** (J.O. del 20 febbraio) è stato approvato il prolungamento dello stato di urgenza in applicazione della legge n. 55-385 del 3 aprile 1955. Il progetto di legge era depositato al Senato il **3 febbraio** ed ivi adottato in prima lettura, dopo la decisione del Governo di ricorrere alla procedura accelerata, il **9 febbraio**. Trasmesso all'Assemblea Nazionale il testo era stato adottato senza modifiche il **16 febbraio**.

Il permanere della minaccia terroristica a livelli molto elevati, dopo i gravissimi attentati di Parigi del 13 novembre, hanno indotto il governo a chiedere al Parlamento l'autorizzazione al prolungamento dello stato di urgenza, già prolungato una volta con la legge n.2015-1501 del 20 novembre 2015 che aveva rafforzato i dispositivi contenuti nella legge e anche il controllo parlamentare. Riguardo a quest'ultimo, merita ricordare che in virtù dell'art. 4 della legge n. 1501 il Parlamento deve essere costantemente informato delle misure prese dal Governo ed ha la facoltà di richiedere tutte le informazioni necessarie nel quadro del controllo e della valutazione di queste misure, controllo che le commissioni possono estendere attraverso l'estensione delle responsabilità dei servizi centrali e territoriali interessati finanche effettuando controlli sul posto.

Riguardo al secondo intervento normativo, sempre in tema di sicurezza e terrorismo, il **22 marzo** è stata promulgata la legge **n. 2016-339** (J.O. del 23 marzo) relativa alla prevenzione e alla lotta contro, le inciviltà, contro gli attentati alla sicurezza pubblica e contro gli atti terroristici.

La proposta di legge era stata presentata all'Assemblea Nazionale il **19 ottobre 2015** e, dopo la decisione del Governo di ricorrere alla procedura accelerata, ivi approvata in prima lettura il **17 dicembre 2015**. Trasmesso al Senato, il testo era stato adottato in prima lettura con modifiche il **28 gennaio 2016**. Il progetto era stato poi sottoposto all'esame della Commissione Mista paritetica che aveva trovato l'accordo e che ha comportato l'approvazione definitiva del testo da parte del Senato e dell'Assemblea Nazionale rispettivamente il **2** e il **9 marzo**.

La legge ha il duplice obiettivo di proteggere i trasporti pubblici contro il rischio attentati e di lottare contro le frodi e le inciviltà nella vita quotidiana. Per il raggiungimento di tali finalità la legge autorizza gli agenti delle reti di trasporti pubblici – formati dal Ministero degli Interni - a procedere all'utilizzo di misure quali le perquisizioni personali e dei bagagli. Tra le altre misure, la legge altresì prevede la possibilità di predisporre inchieste amministrative per le persone che occupano impieghi sensibili nell'ambito delle compagnie di trasporti, la sperimentazione di telecamere pedonali per gli agenti di servizi interni di sicurezza e la trasmissione in tempo reale alle forze dell'ordine delle immagini catturate dagli operatori di trasporto privato. In prima lettura, al Senato, è stato introdotto un emendamento che obbliga i passeggeri a circolare muniti di un documento di identità nel caso essi non dispongano di un titolo di trasporto valido e in tal caso le aziende di trasporto potranno subordinare il viaggio dei loro passeggeri alla detenzione di un titolo di trasporto nominativo. Infine la Commissione mista paritetica ha previsto l'obbligo per le autorità organizzatrici dei trasporti e il sindacato dei trasporti dell'Ile-de-France di trasmettere al Difensore dei diritti, all'Osservatorio nazionale delle violenze sulle donne e all'Alto Consiglio sull'Uguaglianza tra le donne e gli uomini un bilancio delle violazioni a carattere sessista commesse nei trasporti pubblici e delle azioni intraprese per rimediarevi.

diritti degli stranieri

Il **7 marzo** viene promulgata la legge **n. 2016-274** relativa al diritto degli stranieri in Francia (J.O. dell'8 marzo).

Il progetto di legge era stato presentato all'Assemblea Nazionale il **23 luglio 2014** ed ivi approvato in prima lettura, previo impegno del Governo di ricorrere alla procedura accelerata, il **19 giugno 2015**. Trasmesso al Senato, il progetto era stato adottato con modifiche il **13 ottobre 2015**. Dopo la convocazione della Commissione mista paritetica, constatato il persistente disaccordo tra le due Camere, si era proceduto ad una nuova lettura da parte dell'Assemblea Nazionale che aveva adottato il testo il **26 gennaio 2016** e da parte del Senato che invece l'aveva respinto il **16 febbraio 2016**. In via definitiva aveva quindi deciso l'Assemblea Nazionale il **18 febbraio 2016**. Il Consiglio Costituzionale, adito da più di sessanta senatori, si è pronunciato con sentenza n.728 DC del 3 marzo censurando una disposizione del testo(v. infra).

Gli obiettivi principali perseguiti dalla legge sono il miglioramento dell'accoglienza e dell'integrazione degli stranieri regolari muniti di permesso di soggiorno; il rafforzamento dell'attrattività della Francia facilitando la mobilità di talenti internazionali e la lotta efficace contro l'immigrazione irregolare. A tal fine vengono modificati alcuni dispositivi come quello, appunto, del permesso di soggiorno pluriennale che passa da una durata di due ad una durata di quattro anni per tutti gli stranieri dopo un anno di soggiorno in Francia; questo rende poi possibile la richiesta di un titolo di soggiorno di dieci anni, la cosiddetta "carte de résident" che potrà essere effettuata direttamente dopo. Al tempo stesso la legge agisce

sull'integrazione prevedendo un nuovo percorso in cui viene rafforzato il livello di lingua richiesto e ridefinite le prestazioni dell'Ufficio francese di immigrazione e di integrazione. Viene introdotto il passaporto "talents", un titolo di soggiorno della validità di quattro anni per lo straniero e la sua famiglia destinato agli investitori, ai ricercatori, agli artisti e ai lavoratori qualificati. Al tempo stesso viene facilitato l'impiego di studenti stranieri qualificati. La legge prevede anche una presa in carico della capacità del sistema di cure del paese d'origine per lo straniero malato bisognoso in caso di assenza di accesso effettivo alle cure nel paese di origine. Ai giornalisti viene riconosciuto un diritto di accesso ai centri di detenzione e le aree di attesa.

Per quanto concerne la lotta contro l'immigrazione irregolare la legge rende il domicilio coatto la regola generale in materia di privazione della libertà per gli irregolari in attesa di espulsione, in alternativa al collocamento nei centri di detenzione ormai riservati ai casi in cui vi è rischio di fuga. Viene accresciuto il livello delle pene per i trasportatori che non rispettano gli obblighi di controllo e rafforza i poteri delle prefetture in materia di lotta contro la frode. L'obbligo di lasciare il territorio francese può essere abbinata a quella di divieto di ritornarvi, divieto che, salvo per minaccia grave all'ordine pubblico, non può superare i cinque anni. Altra misura a tutela della sicurezza è quella che prevede la possibilità per il prefetto di pronunciare una "interdizione di circolazione" sul territorio francese per una durata di tre anni, contro ogni cittadino europeo che costituisca "una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società". La legge interviene anche a regolamentare i diritti dei minori stranieri stabilendo che ai bambini che vivono in Francia dall'età di sei anni e che hanno frequentato la scuola obbligatoria e che hanno un fratello o una sorella che ha acquisito la nazionalità francese, di acquisire a loro volta la nazionalità alla maggiore età.

Quanto ai diritti dei coniugi, un visto di lungo soggiorno sarà rilasciato di pieno diritto al congiunto di un francese, salvo che nei casi di frode, di annullamento del matrimonio e minaccia all'ordine pubblico. Allo stesso modo, la carta di residente sarà rilasciata di pieno diritto ai genitori di un bambino francese, ai congiunti di un francese e alle persone che sono ammesse a titolo di ricongiungimento familiare dal momento in cui vengono rispettate le condizioni.

L'Assemblea Nazionale nel decidere in via definitiva non ha invece adottato alcune modifiche proposte dal Senato come, ad esempio, la fissazione di un numero di stranieri da ammettere stabilmente a vivere in Francia, il rilascio di un permesso di lungo soggiorno a condizione di una conoscenza sufficiente della lingua francese, l'adesione ai valori essenziali della società francese e una capacità di esercitare un'attività professionale o di assicurare una propria autonomia finanziaria.

protezione dei bambini e dei minori

La prima legge dedicata al tema dell'infanzia è quella del 14 marzo la n. 2016-297 relativa alla protezione dei bambini. La proposta di legge era stata presentata al Senato l'**11 settembre 2014** ed ivi approvata in prima lettura l'**11 marzo 2015**. Trasmessa all'Assemblea Nazionale la proposta era stata adottata con modifiche il **12 maggio 2015**. In seconda lettura il Senato aveva nuovamente adottato con modifiche il **13 ottobre 2015** mentre l'Assemblea aveva adottato un altro testo il **18 novembre**. Dopo la convocazione della Commissione mista paritetica e la constatazione dell'impossibilità di trovare un accordo, il testo era passato attraverso una nuova lettura all'Assemblea che aveva adottato la proposta il **27 gennaio 2016** e al Senato che l'aveva modificato **18 febbraio**. In via definitiva ha poi deciso l'Assemblea Nazionale il **19 febbraio**.

La legge ha lo scopo di approfondire la protezione dell'infanzia già compiuta dalla legge del 5 marzo 2007 andando a completare tale legge nell'interesse del bambino che deve costituire la preoccupazione centrale del dispositivo di protezione dell'infanzia.

Il **14 aprile** viene promulgata la legge n. 2016-457 (J.O. del 15 aprile) relativa all'informazione dell'amministrazione da parte dell'autorità giudiziaria e alla protezione dei minori.

Il progetto di legge era stato presentato all'Assemblea Nazionale il **25 novembre 2015** ed ivi approvato, dopo la dichiarazione del Governo di ricorrere alla procedura accelerata, in prima lettura l'**8 dicembre 2015**. Trasmesso al Senato, il testo era stato adottato con modifiche in prima lettura il **26 gennaio 2016**. Dopo la convocazione della Commissione Mista paritetica e trovato l'accordo, Assemblea Nazionale e Senato avevano approvato definitivamente il testo rispettivamente il **31 marzo** e il **6 aprile**.

La legge definisce un quadro giuridico relativo alle modalità di scambio di informazioni tra il Ministero della Giustizia e l'educazione nazionale. In particolare la legge assicura la trasmissione di informazioni relative agli interrogatori, alle condanne o alle accuse rivolte a persone che esercitano un'attività sottoposta a controllo dell'autorità o delle autorità perché possano essere prese misure a carattere conservativo o disciplinare necessarie alla protezione delle persone soprattutto minori e dell'ordine pubblico e del suo funzionamento.

funzione pubblica

Il **20 aprile** viene promulgata la legge n. 2016-483 (J.O. del 21 aprile) relativa alla deontologia e ai diritti e obbligazioni dei funzionari. Il progetto di legge era stato presentato all'Assemblea Nazionale il **17 luglio 2013** ed ivi approvato in prima lettura il **7 ottobre 2015**. Trasmesso al Senato, il testo era stato adottato con modifiche il **22 gennaio 2016**. Dopo la convocazione della Commissione Mista paritetica, verificato l'accordo, il testo era stato

infine approvato nel medesimo testo da Assemblea Nazionale e da Senato, rispettivamente, il **5 e il 7 aprile**.

Si tratta di una riforma importante della funzione pubblica, attesa da molti anni dopo l'ultima legge del 1983, che rende più attuali e completa i principi fondamentali dello statuto generale dei funzionari. Tra i contenuti più rilevanti della legge si segnala la consacrazione per la prima volta dei principi di neutralità, imparzialità, onestà e laicità, già riconosciuti dalla giurisprudenza, come fondanti dell'azione dei funzionari pubblici; e il rafforzamento delle disposizioni in materia di deontologia soprattutto nella direzione della lotta e prevenzione delle situazioni di conflitto di interesse nelle quali il funzionario può venire a trovarsi. Agli stessi funzionari (e ai magistrati amministrativi e finanziari) verranno, infatti, applicate le disposizioni della legge sulla trasparenza della vita pubblica. Verranno, inoltre, estesi i poteri della Commissione di deontologia della funzione pubblica.

GOVERNO

Nel primo quadrimestre del 2016 il Governo si è dovuto confrontare con numerose questioni interne legate all'indirizzo politico. Questo ha comportato ripetute modifiche della compagine governativa in un momento delicato contrassegnato dal dibattito parlamentare sul progetto di revisione costituzionale sullo stato di urgenza e sulla decadenza della nazionalità - che ha marcato una distanza sempre più netta dalle posizioni governative di buona parte della maggioranza di sinistra - e dalla presentazione del progetto di riforma del lavoro, che ha dominato la scena sia a livello istituzionale che a livello sociale e di opinione pubblica.

le dimissioni del ministro della giustizia

In aperto dissenso con la riforma costituzionale sullo stato di urgenza e la decadenza della nazionalità, il Ministro della Giustizia Christiane Taubira il **27 gennaio** si è dimessa dal Governo guidato da Manuel Valls. Nel comunicato della Presidenza della Repubblica si legge che il Presidente Hollande e la Taubira hanno convenuto sulla necessità di dimissioni proprio nel momento in cui è stato aperto all'Assemblea Nazionale il dibattito sul progetto di legge costituzionale sulla decadenza della nazionalità, verso il quale la Ministra non ha mai nascosto le sue critiche. Nello spiegare le ragioni delle sue dimissioni Christiane Taubira ha dichiarato: *«Je quitte le gouvernement sur un désaccord politique majeur. Je choisis d'être fidèle à moi-même, à mes engagements, à mes combats, à mon rapport aux autres, fidèle à nous tels que je nous comprends. Le péril terroriste qui nous menace est grave, imprévisible, mais nous avons appris à le traquer.»*. L'ex Ministro ha comunque difeso il suo operato all'interno del Governo dopo l'elezione di Hollande alla Presidenza ricordando la legge sul matrimonio delle coppie omosessuali, la riforma penale, della giustizia e del diritto dei contratti.

Al suo posto viene nominato Jean-Jacques Urvoas, Presidente della Commissione delle leggi all'Assemblea Nazionale e vicino a Manuel Valls, che era stato incaricato di una *mission* per cercare di trovare una soluzione alla riforma costituzionale sullo stato di urgenza e sulla decadenza della nazionalità. Al suo posto viene nominato Dominique Raimbourg, vicepresidente della commissione delle leggi, nominato relatore del progetto di legge costituzionale.

rimpasto di governo

Dopo settimane di attesa e soprattutto dopo l'annuncio della nomina alla Presidenza del Consiglio Costituzionale di Laurent Fabius Ministro degli Affari Esteri, l'**11 febbraio** il Ministro Valls dà luogo ad un rimpasto di governo procedendo alla sostituzione di quattro ministri alle cui funzioni viene posta fine dal Presidente Hollande su proposta dello stesso Primo Ministro. A lasciare il Governo sono dunque Laurent Fabius (Affari esteri), Fleur Pellerin (Cultura), Marylise Lebranchu (Fonzione pubblica) e Sylvia Pinel (Alloggio). Al loro posto vengono nominati Ministro agli Affari Esteri Jean-Marc Ayrault, Ministro della Funzione Pubblica Annick Girardin, Ministro dell'Alloggio e dell'ambiente sostenibile Emmanuelle Cosse, segretario nazionale di EELV che ha scosso il partito per il rientro degli ecologisti al Governo.

riforma del lavoro

Uno dei temi caldi della politica di inizio anno è stato quello della riforma del lavoro. A dare l'avvio al dibattito è stato Robert Badinter che il **25 gennaio**, in qualità di presidente, ha rimesso al Primo Ministro il Rapporto del Comitato incaricato di definire i principi essenziali del diritto del lavoro. Nel Rapporto vengono definiti 61 principi che vengono raggruppati in 8 grandi aree: libertà e diritti dei lavoratori; stipendi; controllo amministrativo e risoluzione delle controversie, libertà e diritti collettivi.

In seguito alla rimessione del Rapporto Badinter, il Governo Valls ha presentato il **24 marzo** all'Assemblea Nazionale il progetto di legge proposto dal Ministro del lavoro, della formazione professionale e del dialogo sociale Myriam El Khomri e dal Ministro dell'Economia, dell'Industria e del Digitale Emmanuel Macron su le « Nouvelles libertés et protections pour les entreprises et les actifs », deliberato in Consiglio dei Ministri lo stesso giorno.

Si tratta di un progetto ambizioso, ma anche controverso, che il Ministro del Lavoro, Myriam El Khomri al termine del Consiglio dei Ministri del 24 marzo ha definito un «vrai élan pour la démocratie sociale» che « marche sur deux jambes » ed « est équilibré »: esso propone al tempo stesso flessibilità per le imprese per migliorare la competitività dell'economia ma anche nuove protezioni e diritti per i lavoratori.

Nello specifico il testo ha lo scopo di dare più spazio alla negoziazione collettiva e rafforzare la competitività. Per raggiungere questi obiettivi vengono ridefiniti alcuni punti chiave. Tra questi orario di lavoro, licenziamenti, referendum d'impresa.

Quanto all'orario di lavoro, il testo introduce maggiore flessibilità per le imprese di adattare riposi e congedi tenendo conto dell'evoluzione dell'attività dell'impresa: perciò saranno possibili accordi di impresa che prevarranno sugli accordi di settore. Nello specifico gli accordi di settore dovranno essere firmati da tutti quei sindacati che rappresentano più del 50% dei lavoratori alle elezioni professionali ma, in assenza di maggioranza, i sindacati minoritari potranno richiedere un referendum di impresa per ratificare l'accordo. Il referendum di impresa dopo una prima attuazione sul tempo di lavoro e sugli accordi per i giovani sarà un dispositivo che verrà generalizzato.

Per quanto concerne i licenziamenti, il progetto di legge chiarisce le condizioni relative al licenziamento: viene previsto che un'azienda possa procedere al licenziamento di fronte a quattro mesi consecutivi di contrazione degli ordini e del giro di affari e dopo due trimestri consecutivi di perdita di esercizio, di importante sofferenza di liquidità, o in caso di riorganizzazione di impresa necessaria alla salvaguardia della competitività.

Sempre a livello di impresa potranno essere stipulati accordi per preservare e sviluppare l'impiego senza però diminuire la remunerazione del lavoratore, il quale se rifiuta potrà essere licenziato non per motivi economici.

Il **30 marzo**, pochi giorni dopo la presentazione del progetto di legge sul lavoro, viene presentato un progetto di legge relativo alla trasparenza, alla lotta contro la corruzione e alla modernizzazione della vita economica. L'obiettivo è quello di inquadrare meglio il lobbying, di rafforzare la regolamentazione finanziaria e di creare un' *Agence nationale de prévention et de détection de la corruption*.

valls e il progetto di riforma costituzionale sullo stato di urgenza e decadenza della nazionalità

All'apertura del dibattito in Assemblea Nazionale sul progetto di riforma costituzionale sullo stato di urgenza e sulla decadenza della nazionalità, il Primo Ministro Manuel Valls ha difeso il **27 gennaio** davanti alla Commissione delle leggi dell'Assemblea Nazionale la riforma voluta da Hollande dopo gli attentati del 13 novembre 2015. Al tempo stesso però, di fronte alle critiche della sinistra relative alla decadenza della nazionalità solo per coloro con doppia cittadinanza, Manuel Valls ha proposto, davanti alla Commission des lois, una nuova versione dell'articolo 2 del progetto di legge costituzionale: "La legge fissa le condizioni per le quali una persona può essere privata della nazionalità francese o dei diritti ad essa annessi quando è condannata per un crimine o un delitto che costituisce un attentato grave alla vita della Nazione". In tal modo ha scongiurato ogni riferimento alla binazionalità sia nel testo che nella prassi applicativa.

CAPO DELLO STATO

POLITICA DEL LAVORO

Il Capo dello Stato, il **18 gennaio**, in occasione dei saluti agli attori economici di impresa e dell'impiego al Consiglio Economico, Sociale e dell'Ambiente presenta un piano di urgenza contro la disoccupazione. Le tre misure principali sono la formazione di 500.000 disoccupati, un aiuto per le assunzioni per piccole e medie imprese e un rilancio dell'apprendistato. Hollande nel rivolgersi ai rappresentanti economici ha sottolineato come di fronte le minacce terroristiche la Presidenza e il Governo abbiano concentrato tutto il loro impegno nel contrasto al terrorismo con la dichiarazione dello stato di urgenza e la presentazione del progetto di revisione costituzionale sulla protezione della Nazionale, ma che oggi un altro stato di urgenza va dichiarato, quello economico e sociale : “Je considère – ha dichiarato il Capo dello Stato - que face au désordre du monde, face à une conjoncture économique incertaine et à un chômage persistant il y a aussi un état d’urgence économique et social à proclamer. Cet état d’urgence implique des choix, ils concernent d’abord le gouvernement, mais aussi les responsables politiques et les partenaires sociaux ».

Il Capo dello Stato, dopo aver illustrato le maggiori sfide dell'economia nazionale nel contesto internazionale, ha poi annunciato le finalità del progetto di legge sul lavoro in preparazione : « La loi, - ha dichiarato - si elle est votée, permettra de réécrire les règles en matière de temps de travail selon le schéma que je viens de proposer. Elle confèrera à l'accord d'entreprise la responsabilité de fixer les modalités d'organisation du temps de travail, sans remettre en cause la durée légale, en permettant par exemple de fixer le taux de majoration et le nombre d'heures supplémentaires ou de moduler davantage le temps de travail au-delà même de l'année. Le projet de loi donnera aussi plus de place à l'accord collectif, et lorsqu'il est conclu dans l'intérêt de l'emploi, les stipulations de cet accord pourront s'imposer à celles du contrat de travail. C'est une évolution importante et qui permettra là encore, si les partenaires sociaux s'en emparent, d'adapter le droit du travail - sans remettre en cause les garanties fondamentales- aux réalités économiques et aux spécificités locales. Voilà ce qui est fait et ce qui va être fait pour la compétitivité ».

progetto di revisione costituzionale “protection de la nation”

Il **30 marzo**, dopo essersi consultato con i Presidenti delle due Assemblee, di fronte alla constatazione del persistente disaccordo tra Assemblea Nazionale e Senato sul progetto di revisione costituzionale sullo stato di urgenza e la decadenza della nazionalità, Hollande rinuncia a convocare il Congresso del Parlamento a Versailles e decide di dichiarare chiuso il dibattito sul progetto di revisione costituzionale “Protection de la Nation”.

« Le 16 novembre j'avais également, trois jours après les attentats de Paris et de Saint-Denis, proposé une révision de la Constitution pour mieux garantir l'utilisation de l'état d'urgence et pour priver de la nationalité française les terroristes qui portent les armes contre leur propre pays. Je l'avais fait en appelant à un dépassement des frontières partisans ; je l'avais fait pour rassembler les Français ; je l'avais fait dans une période où l'épreuve était considérable et où il fallait qu'il y ait un acte qui puisse témoigner de ce que nous voulions faire ensemble pour agir contre le terrorisme. Je constate aujourd'hui, quatre mois après, que l'Assemblée nationale et le Sénat ne sont pas parvenus à se mettre d'accord sur un même texte et qu'un compromis paraît même hors d'atteinte sur la définition de la déchéance de nationalité pour les terroristes. Je constate aussi qu'une partie de l'opposition est hostile à toute révision constitutionnelle, qu'elle porte sur l'état d'urgence ou même sur l'indépendance de la magistrature. Je déplore profondément cette attitude, car nous devons tout faire dans les circonstances que nous connaissons et qui sont graves pour éviter les divisions et pour écarter les surenchères. Aussi, j'ai décidé, après m'être entretenu avec les Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat de clore le débat constitutionnel. Mais je ne dévierai pas des engagements que j'ai pris au lendemain des attentats, ceux du mois de janvier 2015, comme ceux du mois de novembre, pour assurer la sécurité de notre pays et pour protéger les Français contre le terrorisme. C'est mon devoir et c'est ma responsabilité. Je l'assumerai jusqu'au bout et avec la force nécessaire ».

summit sulla sicurezza nucleare

Il **31 marzo** François Hollande partecipa al Summit sulla sicurezza nucleare a Washington organizzato su iniziativa del Presidente degli Stati Uniti, Barack Obama per trovare un accordo sui mezzi per mettere in sicurezza i prodotti radioattivi e prevenire la loro utilizzazione nel quadro di atti terroristici.

Nelle dichiarazioni rese in occasione di questo incontro Hollande è tornato sui temi del terrorismo internazionale, della lotta al Daesh, sugli interventi militari in Iraq e Siria e infine sul pieno riconoscimento del governo libico, “qui, - ha sottolineato Hollande - dirigé par monsieur Sarraj, permettra d'avoir l'aide internationale et la stabilité ».

corti

stato di urgenza e qpc

Per i primi quattro mesi del 2016, si segnalano due sentenze QPC del Consiglio Costituzionale, entrambe del **19 febbraio**, in materia di stato di urgenza con le quali il Conseil

ha confermato in parte la sua giurisprudenza in tema di stato emergenziale, dichiarando, nella prima sentenza, la legge sullo stato di urgenza conforme a Costituzione, sanzionando invece in parte, nella seconda sentenza, il legislatore per non aver adeguatamente assicurato il giusto bilanciamento tra il valore costituzionale della salvaguardia dell'ordine pubblico e il diritto alla privacy.

La prima è la sentenza **n. 2016-535 QPC** relativa ad una questione prioritaria posta dalla Lega dei diritti dell'uomo sulla costituzionalità dell'art. 8 della legge n. 55-385 del 1955 sullo stato di urgenza. Tale disposizioni rendono possibile, in caso di dichiarazione dello stato di urgenza, all'autorità amministrativa la chiusura temporanea di sale spettacoli, bar e luoghi di riunioni di ogni genere nonché l'interdizione delle riunioni la cui natura sia tale da provocare o mantenere disordini. I ricorrenti hanno così argomentato ritenendo che tali disposizioni violassero il diritto di espressione collettiva delle idee e delle opinioni. Il Consiglio Costituzionale ha invece ribattuto che la finalità (e l'effetto) delle disposizioni incriminate non è quello di vietare le manifestazioni pubbliche. Infatti – ha argomentato il Conseil - le misure previste dalle disposizioni contestate sono prese nell'ambito della dichiarazione dello stato d'urgenza, in caso di imminente pericolo o calamità pubblica e unicamente nelle zone coperte dallo stato di urgenza, e pertanto sono giustificate e proporzionali alle necessità di preservazione dell'ordine pubblico. Il Consiglio Costituzionale ha inoltre rilevato che le misure che vietano le riunioni devono essere giustificate dal fatto che quella riunione è di natura tale da provocare o mantenere disordine e che dunque esse devono essere proporzionali ai fatti per le quali sono prese; inoltre ha rilevato che esse presentano carattere individuale e dunque devono essere motivate e il giudice amministrativo è incaricato di assicurare che ciascuna di queste misure sia adatta, necessaria e proporzionale alla finalità che persegue. Il Conseil ha infine dichiarato che le misure cessano nel momento in cui cessa lo stato di urgenza dichiarato dal Consiglio dei Ministri e che in caso di prolungamento dello stato di urgenza, oltre i dodici giorni, da parte della legge, le misure di chiusura provvisoria e il divieto di riunioni prese anteriormente all'approvazione della legge di proroga dello stato di urgenza non possono essere prolungate senza essere rinnovate.

Nel quadro di queste argomentazioni il Consiglio Costituzionale ha dichiarato l'art. 8 della legge n. 55-385 del 3 aprile 1955 conforme a Costituzione giudicando che le disposizioni operano un bilanciamento non manifestamente sproporzionato tra il diritto di espressione collettiva delle idee e delle opinioni e l'obiettivo di valore costituzionale di salvaguardia dell'ordine pubblico.

Anche con la seconda sentenza qui richiamata la **n. 2016-536 QPC** il Consiglio Costituzionale si è pronunciato su una question prioritaire promossa dalla Lega dei diritti dell'uomo in relazione alla conformità ai diritti e alle libertà che la Costituzione garantisce delle disposizioni del paragrafo I dell'11 della legge n. 55-385 del 3 aprile 1955 sullo stato di urgenza che consentono all'autorità amministrativa durante lo stato di urgenza di ordinare perquisizioni di acquisire copia dei dati memorizzati in un sistema informatico al quale le perquisizioni danno accesso.

In primo luogo, il Conseil ha chiarito che tali disposizioni sono di competenza della sola polizia amministrativa e che, in quanto tali, non incidono sulla libertà individuale nel senso stabilito dall'art. 66 Cost. e, quindi, non devono essere poste sotto la direzione e il controllo dell'autorità giudiziaria.

In secondo luogo, il Conseil si è pronunciato, seguendo un ragionamento simile a quello utilizzato per la sentenza n. 535, sulla violazione alla privacy e sul diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo rilevando che: le misure previste dalle disposizioni contestate non possono essere ordinate che nel quadro dello stato di urgenza e unicamente per quei luoghi coperti dello stato di urgenza; le perquisizioni sono decise per un luogo e un momento preciso, il Procuratore della Repubblica ne viene informato d'urgenza e la perquisizione – per la quale viene redatto un verbale comunicato d'urgenza al Procuratore della Repubblica – è condotta alla presenza dell'occupante o di un suo rappresentante o testimone e di un ufficiale giudiziario; la decisione con la quale viene ordinata una perquisizione sulla base delle disposizioni contestate e le condizioni della sua attuazione devono essere giustificate e proporzionali alle ragioni che hanno motivato la misura nelle circostanze particolari che hanno portato alla dichiarazione dello stato di urgenza (in tal senso una perquisizione effettuata di notte in un domicilio deve essere giustificata dall'urgenza o dall'impossibilità di effettuarla di giorno); in tal caso è il giudice amministrativo ad essere incaricato di assicurarsi che questa misura, motivata, sia adeguata, necessaria e proporzionale alla finalità che essa persegue; se la modalità di ricorso previste in queste circostanze non possono essere esperite che dopo l'intervento della misura, esse comunque permettono all'interessato di mettere in gioco la responsabilità dello Stato ed in tal modo le persone interessate non sono private della possibilità di ricorso. Alla luce di questo impianto argomentativo il Consiglio Costituzionale ha dichiarato le misure che permettono le perquisizioni amministrative, inquadrate nell'ambito di un regime di poteri eccezionali limitati nel tempo, conformi a Costituzione.

Per quanto concerne invece la possibilità di prendere copia dei dati informatici reperiti durante le perquisizioni, il Consiglio Costituzionale ha giudicato che il legislatore non ha previsto garanzie legali volte ad assicurare un bilanciamento equilibrato tra l'obiettivo di valore costituzionale di salvaguardia dell'ordine pubblico e il diritto al rispetto della vita privata, dichiarando pertanto contrarie alla Costituzione le disposizioni della seconda frase del terzo comma del paragrafo I dell'art. 11 della legge del 3 aprile 1955.

stranieri

Il Consiglio Costituzionale con sentenza **n. 2016-728 del 3 marzo** si è pronunciato sulla legge relativa al diritto degli stranieri in Francia dopo essere stato adito da sessanta senatori che avevano contestato la procedura di adozione di due disposizioni.

A tal proposito il Conseil ha giudicato contrario a Costituzione la disposizione che permetteva in possesso di certi titoli di soggiorno la possibilità di sottoscrivere un

contratto di servizio civico o di volontariato in quanto questa è stata introdotta in nuova lettura con un emendamento che non aveva un legame diretto con il testo in discussione : la Costituzione infatti prescrive che solo in prima lettura sono ricevibili gli emendamenti che hanno un legame anche indiretto con il testo in discussione (art. 45 Cost.).

Al contrario, per quanto concerne l'altra disposizione contestata, relativa al domicilio coatto con sorveglianza elettronica, il Consiglio Costituzionale ha giudicato che era stata adottata secondo una procedura conforme alla Costituzione.

regole per elezione presidente della repubblica

Con due sentenze, la **n. 2016-729** e **n. 2016-730 DC** il Consiglio Costituzionale si è pronunciato sulla legge organica e sulla legge ordinaria relativa all'attuazione delle regole applicabili all'elezione presidenziale.

Per quanto riguarda la legge organica il Consiglio Costituzionale ha dichiarato conforme a Costituzione le nuove regole per la presentazione dei candidati all'elezione presidenziale precisando tuttavia in una riserva di interpretazione, relativa alla regola dell'invio per posta delle « parrainages », che questa esigenza non vieta che il Consiglio Costituzionale possa, casomai, considerare le circostanze di forza maggiore che pregiudicano le condizioni di spedizione e di invio delle parrainages nei giorni che precedono la scadenza del termine di presentazione dei candidati. Il Conseil ha dichiarato conformi a Costituzione tutte le altre disposizioni contestate della legge organica.

Quanto alla legge ordinaria, con la seconda sentenza, il Consiglio Costituzionale ha dichiarato che le disposizioni sono state adottate secondo una procedura conforme a Costituzione.

COLLETTIVITA' TERRITORIALI

diritto di sperimentazione in tema di disoccupazione

Il **29 febbraio** è stata promulgata la legge **n. 2016-231** (J.O. 1 marzo) relativa alla sperimentazione legislativa delle collettività territoriali in materia di riduzione della disoccupazione.

La proposta di legge era stata presentata all'Assemblea Nazionale **22 luglio 2015** ed ivi approvata in prima lettura, previo ricorso da parte del Governo alla procedura accelerata, il **9 dicembre 2015**. Trasmesso al Senato il testo era stato adottato con modifiche il **13**

gennaio 2016. Dopo la convocazione della Commissione Mista paritetica che aveva trovato l'accordo, il testo era stato definitivamente approvato da Assemblea Nazionale e da Senato rispettivamente il **10** e il **18 febbraio**.

Tra gli aspetti interessanti della legge l'utilizzo del potere di sperimentazione e la possibilità di sperimentare per cinque anni, in dieci micro territori periurbani o rurali, assunzioni di disoccupati di lunga durata con contratti a tempo indeterminato, pagati con salario minimo orario (Smic) dalle imprese ad economia sociale e solidale per esercitare attività non concorrenti con le attività economiche non concorrenti con le attività economiche sul territorio.

eletti locali

Un'altra legge che ha riguardato le collettività territoriali è stata la legge **n. 2016-341 del 23 marzo** (J.O. del 24 marzo) relativa all'applicazione agli eletti locali delle disposizioni relative al diritto individuale alla formazione e relative alle condizioni di esercizio dei mandati dei membri dei sindacati di comuni e dei sindacati misti.

Il testo era stato depositato al Senato il **23 dicembre 2015** ed ivi approvato in prima lettura il **3 febbraio 2016**. Trasmesso all'Assemblea Nazionale era stato adottato senza modifiche il **9 marzo**.

La legge consente agli eletti locali di disporre di un diritto di 20 ore di formazione per ogni anno di mandato in applicazione della legge n. 2015-366 del 31 marzo 2015.

Nuova caledonia e autorità amministrative indipendenti

Il **25 aprile** viene promulgata la legge organica **n. 2016-507** (J.O.) relativa allo statuto delle autorità amministrative indipendenti create dalla Nuova Caledonia.

La proposta di legge organica era stato presentato al Senato il 30 giugno 2015 ed ivi approvato in prima lettura il **18 novembre**. Trasmesso all'Assemblea Nazionale il testo è stato adottato senza modifiche il **7 aprile 2016**.

Il Consiglio Costituzionale si è pronunciato con sentenza **n.731 DC del 21 aprile** dichiarando la costituzionalità della legge organica.

La legge permette di eliminare l'incompatibilità tra funzione di membro di un'Autorità amministrativa indipendente e impiego pubblico, prevista dalla precedente legge organica del 15 novembre 2013 sulle AAI locali, aprendo così alla possibilità per i funzionari esperti non permanenti dell'Autorità della concorrenza della metropoli di fare parte dell'Autorità della concorrenza della Nuova Caledonia.

IL TRIBUNALE COSTITUZIONALE FEDERALE SI PRONUNCIA SULLA LEGITTIMITÀ DELL'OPPOSIZIONE PARLAMENTARE NEI CONFLITTI TRA POTERI DELLO STATO

Di Astrid Zei*

La formazione di un governo c.d. di Grande coalizione tra i due maggiori partiti nell'ordinamento tedesco non può essere considerata oramai una scelta politica del tutto eccezionale.

Il III Governo Merkel costituisce difatti già la terza esperienza di Grande coalizione dal Dopoguerra ad oggi. Tuttavia, nel 2013 le urne hanno consegnato solamente 127 seggi ai due partiti che siedono tra i banchi dell'opposizione, vale a dire appena un quinto dell'assemblea.

Tale circostanza ha infiammato da subito un dibattito sull'opportunità di rivedere lo statuto dell'opposizione, iscritto in una serie di norme che prevedono, per l'esercizio di taluni importanti strumenti del controllo parlamentare, un quorum che i gruppi della Sinistra (Die Linke) e dei Verdi, assieme, oggi non raggiungono.

Tali regole sono iscritte in parte nella Legge Fondamentale, e in parte nel regolamento del Bundestag, e nelle leggi ordinarie che disciplinano la partecipazione e il controllo parlamentare, con riguardo al funzionamento del Meccanismo europeo di stabilità e alla formazione del diritto dell'Unione europea. Sin dalla prima seduta del Bundestag il Presidente dell'Assemblea ha posto all'ordine del giorno una riforma del regolamento dell'assemblea che andasse non soltanto nella direzione di una razionalizzazione dei lavori del Bundestag, ma anche verso un rafforzamento dei diritti dei gruppi all'opposizione [v. in questa Rivista, [A. Zei, *Le Grandi coalizioni richiedono uno statuto speciale dell'opposizione?*](#), n. 3/2013

] La soluzione accolta il 23 aprile 2014 [[BT Drs. 18/481](#)] consiste nell'introduzione di una sorta di statuto speciale dell'opposizione, iscritto nel nuovo art. 126 a del regolamento del Bundestag, abbr. GO-BT. Esso elenca taluni istituti del controllo parlamentare per i quali si prevede, per la sola legislatura in corso, una riduzione del quorum altrimenti prescritto a 120 deputati, ovvero una richiesta sottoscritta dai "gruppi parlamentari che non sostengono il Governo federale". Più precisamente, il quorum di 120 deputati è sufficiente per l'istituzione di una Commissione parlamentare di inchiesta – per la quale si prevede anche che un quarto dei seggi venga riservato ai gruppi dell'opposizione –, per la convocazione del Bundestag, per l'introduzione di un ricorso di sussidiarietà sugli atti normativi dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 23, comma 1 a, LF, quando si chiami il Governo federale a riferire in Aula sui negoziati relativi all'approvazione dei progetti normativi dell'UE (secondo quanto previsto dall'art. 8, quinto comma, della legge sulla collaborazione del governo federale e del Bundestag negli affari dell'Unione europea), e per l'istituzione di una Commissione di indagine parlamentare. Il regolamento attribuisce invece ai "gruppi che non sostengono il Governo federale", indipendentemente dalla loro consistenza numerica, la facoltà di determinare gli argomenti di indagine della Commissione per la difesa disciplinata dall'art. 45 a LF, e di esercitare tutti i diritti di partecipazione altrimenti attribuiti ad un quarto dei membri della stessa Commissione; le stesse condizioni sono prescritte per la convocazione di un'audizione parlamentare nel quadro delle leggi federali sul finanziamento del Meccanismo europeo di stabilità (di cui all'art. 5, quarto e sesto co. ESM-Finanzierungsgesetz), e sul meccanismo di stabilità (art. 4, quinto co. StabMeG), per l'organizzazione di audizioni da parte delle Commissioni permanenti del Bundestag sugli oggetti al loro esame, e per il passaggio del dibattito dalle Commissioni parlamentari all'Aula.

Quella accolta, in effetti, è solo una delle soluzioni che erano state prospettate [cfr. [BT Drs. 18/183](#), [18/184](#), [18/379](#), [18/380](#), [18/838](#)], e non è esente da critiche. Ciò, anzitutto, perché la tutela dei diritti dell'opposizione iscritti nella Legge Fondamentale e nella legislazione ordinaria viene affidata ad una riforma regolamentare, così che una eventuale violazione risulta difficilmente giustiziabile. In secondo luogo, per il carattere transitorio delle norme introdotte; scelta, questa, legata fundamentalmente al timore di consegnare alle future legislature un catalogo dei diritti delle minoranze parlamentari che avrebbe potuto essere utilizzato a fini ostruzionistici (anche in vista di un possibile ingresso nel Bundestag dei candidati del Partito Nazionale Tedesco, abbr. NPD); infine, perché il quorum di 120 deputati rende intollerabile il dissenso nell'ambito dei gruppi dell'opposizione, i quali, come si diceva, sulla carta contano complessivamente appena 127 deputati.

Al riguardo, i gruppi dell'opposizione avevano proposto anzitutto di integrare la regola iscritta nell'art. 126 del regolamento parlamentare, che consente di derogare alle norme del regolamento con una decisione assunta con la maggioranza dei due terzi, attribuendo un potere di veto a due gruppi parlamentari [[BT. Drs. 18/379](#)], e avevano presentato un disegno di legge [[BT. Drs. 18/380](#)] di modifica della legge federale sulle Commissioni parlamentari di inchiesta, della legge sul Tribunale costituzionale federale, e delle leggi che disciplinano i diritti di partecipazione del Bundestag negli affari dell'Unione europea (le leggi sulla collaborazione del governo federale e del Bundestag negli affari dell'Unione europea, sul finanziamento del meccanismo europeo di stabilità, sul meccanismo di stabilità, e sulla responsabilità del Bundestag nel processo di integrazione) così da affidare l'esercizio dei diritti delle minoranze anche a due soli gruppi parlamentari. Entrambe le proposte sono state respinte, ed è stato bocciato anche un disegno di revisione costituzionale [[BT Drs. 18/838](#)]

sottoscritto dai deputati del gruppo della Sinistra (*Die Linke*) che aveva l'obiettivo di spalancare la strada del conflitto di attribuzioni nell'ipotesi di una violazione dei diritti delle minoranze parlamentari, riservando anche ai “gruppi che non sostengono il governo” la facoltà di richiedere al Presidente dell'assemblea la convocazione del Bundestag (art. 39 LF), l'introduzione di un ricorso di sussidiarietà sugli atti normativi dell'Unione europea (art. 23, comma 1 a, secondo alinea), la costituzione di una commissione parlamentare d'inchiesta (art. 44 LF), l'istruzione di una indagine da parte della Commissione per la difesa del Bundestag (art. 45 a LF), e l'introduzione di un controllo astratto di costituzionalità (art. 93, primo comma, n. 2).

Il gruppo parlamentare della Sinistra ha così affidato al costituzionalista H.-J. Papier l'introduzione di un conflitto di attribuzioni dinanzi al Tribunale costituzionale federale.

Il ricorso si articola in tre parti, e ha ad oggetto, anzitutto, la bocciatura del disegno di revisione costituzionale [BT Drs. 18/838](#) presentato dal gruppo della Sinistra, atto alla riduzione del quorum prescritto per l'esercizio di taluni strumenti del controllo parlamentare; in secondo luogo, l'omessa riformulazione dei diritti dell'opposizione da parte della maggioranza secondo lo schema proposto dal gruppo della Sinistra nel disegno di legge [BT. Drs. 18/380](#); infine, le norme iscritte nel nuovo art.126 a del regolamento del Bundestag, con cui il legislatore ha inteso introdurre delle regole derogatorie, vevoli solamente per la legislatura in corso, che prescrivono un quorum ridotto di 120 deputati per il ricorso a taluni istituti del controllo parlamentare, senza riferirsi ai “gruppi parlamentari che non sostengono il Governo”, così come richiesto invece dal ricorrente.

Quanto alla legittimazione a ricorrere, va detto anzitutto che nell'ordinamento tedesco l'art. 93, comma 1, della Legge Fondamentale ammette il conflitto interorganico sollevato da "parti di organo" a tutela dei propri diritti costituzionali. In questo caso, una delle particolarità del conflitto risiede nel fatto che esso sia stato sollevato da un gruppo nei confronti dell'assemblea di cui esso pure è parte.

La decisione del Tribunale costituzionale federale [[2 BvE 4/14](#)], che ha legittimato i ricorrenti a stare in giudizio, dà spazio all'idea di una struttura policentrica del Parlamento, nell'ambito della quale alla "minoranza" si riconosce la facoltà di rivendicare i diritti del Bundestag non soltanto nell'ambito dei rapporti con il Governo e con gli altri organi costituzionali, ma anche "contrapponendo tali diritti alla maggioranza parlamentare che sostiene politicamente il governo"[par. 67 della pronuncia].

Occorre però sottolineare che l'istanza è stata considerata ammissibile in quanto presentata da un gruppo parlamentare che rivendica prerogative e diritti che la Legge Fondamentale riconosce alla "minoranza" parlamentare, e non all'opposizione in quanto tale.

Quest'ultima, difatti, è una nozione che la Legge Fondamentale non utilizza, e che era stata espressamente respinta anche nell'ambito dei lavori dell'assemblea costituzionale comune (*Gemeinsamen Verfassungsausschuß*), costituita dopo la riunificazione tedesca. L'opposizione, in quanto tale, non è stata mai istituzionalizzata nell'ordinamento tedesco, neppure attraverso la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, che non si è mai riferito alla stessa come organo parziale dell'assemblea. Di opposizione si tratta, nell'ordinamento tedesco, incardinando il "principio dell'effettività dell'opposizione"

nell'ambito del principio democratico, quale presupposto per una vera competizione tra le forze politiche [BVerfGE 5, 85 (198 ss.); 44, 308 (321); 70, 324 (363); 123, 267 (367)], e nell'ambito del principio dello stato diritto, giacché il controllo della minoranza sulla maggioranza costituisce l'espressione più realistica del principio della separazione tra il potere legislativo e quello esecutivo [BVerfGE 49, 70 (85 ss.); 129, 300 (331); 135, 259 (293 ss.)].

I giudici di Karlsruhe in questa pronuncia hanno però sottolineato il carattere complesso dell'opposizione parlamentare, che non si configura come una "unità omogenea", ma si articola di volta in volta in "una pluralità, o addirittura una quantità di raggruppamenti, quali gruppi o sottogruppi di singoli deputati che non raggiungono la consistenza numerica necessaria per un costituirsi in gruppo" [par. 93 della pronuncia]. Esistono invece ampie e puntuali garanzie a favore delle minoranze parlamentari, cui la Legge Fondamentale si riferisce nel disciplinare taluni istituti, quali l'istituzione delle Commissioni parlamentari di inchiesta, l'introduzione di un ricorso sulla sussidiarietà presso la Corte di Giustizia dell'Unione europea, il ricorso astratto di costituzionalità sollevato dal Bundestag. Il Tribunale ha sottolineato al riguardo la scelta da parte del legislatore di imporre comunque un quorum qualificato [par.92], che corrisponde ad un terzo dei deputati (artt. 39, comma 3, terza frase LF), o a un quarto (art. 23, comma 1 a, secondo alinea, art. 44, comma 1, primo alinea, 45 a, comma 2, e art. 93, comma 1, n. 2 LF), e ciò anche con l'intento di scongiurare un abuso dei diritti dell'opposizione, paventando al riguardo anche l'esperienza weimariana [par. 116-117].

Non è detto neppure che tali istituti vadano considerati sempre quali strumenti della dialettica parlamentare tra maggioranza e minoranza politica del Bundestag. Il Tribunale

costituzionale federale lo ha sottolineato con forza e a più riprese, ipotizzando il concorso, perlomeno occasionale, dei deputati che sostengono il Governo in carica nell'esercizio di tali strumenti, anche nell'ambito di un controllo interno al circuito del governo e della maggioranza parlamentare [par. 103].

Questo è difatti uno dei principali argomenti utilizzati in questa pronuncia nel legittimare le scelte compiute finora dal legislatore, posto che l'attribuzione di speciali diritti ai gruppi parlamentari che si qualificano in forza della loro estraneità al governo e della scelta di non sostenerlo, implicherebbe una rottura del principio dell'eguaglianza dei deputati nell'esercizio dei diritti e delle prerogative che la costituzione attribuisce loro indistintamente [par. 95].

Con ciò i giudici non hanno inteso negare, in assoluto, un'eventuale deroga a tale principio, ma hanno imposto semmai una rigorosa operazione di bilanciamento, che si legittimerebbe solo a fronte di "particolari motivi" che trovino a loro volta un fondamento costituzionale, e soprattutto che risultino di speciale "peso" [par. 98]. La formazione di un governo di Grande coalizione, sostenuto dai quattro quinti dei deputati del Bundestag, in questa prospettiva, secondo i giudici non può essere considerata come una circostanza talmente eccezionale da evocare un vero e proprio "*Verfassungswandel*", come invece fanno i ricorrenti, derivandone la necessità di un adeguamento del quadro normativo. Si tratterebbe infatti di uno dei possibili scenari politici, certamente non originariamente escluso dal legislatore costituzionale [par. 110]. La c.d. Grande coalizione, del resto, è una formula di governo già sperimentata in passato (1966-1969 e 2005-2009).

Tra gli argomenti invocati dai ricorrenti vi era poi la clausola di irriedibilità iscritta nell'art. 79, comma 3, della Legge Fondamentale, che sarebbe stata atta ad imprimere il primato del principio dell'effettività dell'opposizione sulle scelte del legislatore, finanche costituzionale. Pur richiamando per otto volte la sentenza Lisbona, il Tribunale ha liquidato questa tesi interpretativa sottolineando che nelle recenti leggi di riforma non sarebbe stata ravvisabile alcuna misura atta a comprimere i diritti dell'opposizione [par. 112], e del resto ciò che qui si contestava era proprio la persistenza del quadro normativo vigente.

In questa prospettiva il Tribunale ha invece richiamato [par. 104-105], e legittimato indirettamente, la scelta formalizzata dal Consiglio degli Anziani del Bundestag all'inizio della legislatura di concedere più tempo ai deputati dei due gruppi dell'opposizione nell'ambito della programmazione dei dibattiti parlamentari [BT Dr. 18/997, p. 2], così come l'incremento, dal 10% al 15%, della quota aggiuntiva del finanziamento pubblico spettante ai gruppi parlamentari della minoranza [BT Drs. 18/2500], per la sola durata della legislatura corrente [ai sensi dell'art. 50, comma 2, primo alinea della Legge sui rapporti giuridici dei deputati del Bundestag (*Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder des Deutschen Bundestages*, abbr. *Abgeordnetengesetz – AbgG*), che prescrive al Bundestag di determinare ogni anno il contributo spettante ai “gruppi che non sostengono il governo”].

Occorre poi sottolineare la dilatazione dell'ambito dell'oggettivo del conflitto da parte dei giudici di Karlsruhe, che hanno considerato senz'altro ammissibile non soltanto il ricorso avverso le norme del nuovo art. 126 a GO-BT [par. 61], ma anche la richiesta di sanzionare una decisione di segno negativo del legislatore, vale a dire la bocciatura delle proposte di legge presentate dal gruppo della Sinistra [par. 60]. Con ciò il Tribunale costituzionale federale, che pure ha scelto sinora di non pronunciarsi su una presunta omissione legislativa,

ha comunque assicurato al ricorrente un mezzo di tutela dinanzi ad una decisione – nelle parole del BVG, “una omissione qualificata”- invasiva delle attribuzioni della minoranza parlamentare, confermando il carattere residuale del conflitto di attribuzioni nella disciplina dei rapporti tra poteri dello Stato.

ELEZIONI

P'ascesa politica degli euroscettici

Il **13 marzo** si è votato in tre Länder per il rinnovo dell'assemblea legislativa: un mini-election day che ha sancito il successo del partito euro-scettico “Alternativa per la Germania” (*Alternativ für Deutschland*, abbr. AfD), il quale si è imposto quale terza forza politica in Baden-Württemberg e nel Rheinland-Pfalz, mentre nel Sachsen-Anhalt, con il 24,6% dei voti, è risultato addirittura il secondo partito più votato.

Nel Sachsen-Anhalt il partito cristiano-democratico (CDU) si è confermato quale primo partito del Land, con il 29,8% dei voti. *Alternativ für Deutschland* (24,3%) ha convinto soprattutto gli elettori della SPD (10,6%) e della Sinistra (*Die Linke*: 16,3%), che complessivamente hanno perso il 18,3% dei consensi rispetto alle precedenti consultazioni. I Liberali (FDP), con il 4,9% dei voti, pur migliorando il risultato ottenuto nel 2011 (+1,1%) non hanno comunque superato la soglia di sbarramento del 5% imposta dalla legge elettorale. E' andata leggermente meglio ai Verdi, che con il 5,2% delle preferenze hanno conquistato 5 seggi nel Landtag. Stante l'indisponibilità del partito cristiano-democratico (CDU) e del partito della Sinistra (*Die Linke*) a governare assieme, e la *conventio ad excludendum* nei confronti di AfD, i cristiano-democratici, i socialdemocratici e i Verdi hanno formato assieme un governo di larga coalizione.

In Renania-Palatinato il successo di *Alternativ für Deutschland* sembra legato soprattutto alle scelte di coloro che nelle precedenti consultazioni avevano accordato il proprio voto al partito dei Verdi. Quest'ultimo infatti, registrando un calo dei consensi del 10,1% rispetto al 2011, è riuscito appena a superare la soglia di sbarramento del 5% imposta dalla legge elettorale (5,3%). Ha pesato, anche se in misura minore, una certa delusione nell'elettorato cristiano-democratico, il quale, pur ottenendo un buon risultato (31,8%) ha perso comunque il 3,4% dei voti rispetto alla precedente tornata elettorale. I Liberali (FDP) hanno riconquistato gli scranni del Landtag, eleggendo 7 deputati con il 6,2% dei voti (+2% rispetto al 2011). Il partito della SPD qui è stato di gran lunga il più votato (36,2%), e all'indomani

delle elezioni ha guidato le consultazioni e ha formato un governo di coalizione assieme ai Verdi.

Le elezioni nel ricco, dinamico e cosmopolita Baden-Württemberg, tradizionalmente una delle roccaforti del partito cristiano-democratico, sembrano indicare una crescente diffidenza dell'elettorato nei confronti del tradizionale sistema dei partiti politici. I Verdi si affermano quale prima forza politica, con il 30,3% dei voti. La CDU perde il 12% dei consensi (e ottiene il 27% dei voti) e la SPD il 10,4% (12,7%): una vera e propria *debacle*. *Alternativ für Deutschland*, come si accennava, si afferma quale terza forza politica del Land (15,1%). I liberali risultano più convincenti rispetto alle precedenti consultazioni (+3%), e ottengono l'8,3% delle preferenze. Dopo il voto, i due maggiori partiti – la CDU e i Verdi – hanno sottoscritto un accordo di coalizione per governare assieme.

PARLAMENTO

verso una nuova riforma della legge elettorale

Il **14 aprile 2016** il Bundestag ha approvato talune modifiche al ritaglio dei collegi elettorali che troveranno applicazione a partire dalle prossime elezioni politiche del 2017 [18/7873]. La riforma, raccomandata dalla Commissione per gli Interni del Bundestag [18/8104] interessa sette Länder (Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern e Rheinland-Pfalz), e tiene conto del recente andamento demografico, a causa del quale in Baviera si eleggerà un deputato in più rispetto al passato – ora, dunque, quarantasei in tutto - mentre in Turingia, nella parte orientale della Germania, il numero di collegi è stato ridotto da nove a otto.

Il **13 aprile 2016** il Presidente del Bundestag Norbert Lammert ha preannunciato una ennesima revisione della legge che disciplina l'elezione del Bundestag, auspicando che possa essere approvata entro fine legislatura.

In un discorso tenuto dinanzi all'Assemblea Lammert ha illustrato gli snodi essenziali della riforma, presentandola come una sua proposta, dietro la quale, però, sembra essersi raccolto un diffuso consenso tra le forze politiche presenti nel Bundestag, sebbene taluni deputati del partito socialdemocratico e dell'opposizione abbiano manifestato una certa esitazione, soprattutto riguardo alla possibilità di concludere l'iter parlamentare entro un anno. Nel mese di settembre 2017, infatti, i tedeschi dovranno tornare alle urne.

La proposta mira fondamentalmente a ridurre il numero complessivo dei deputati, fissando un limite assoluto, posto che l'attuale legislazione consente la formazione di un'assemblea che potrebbe teoricamente raggiungere la dimensione di 700 deputati. Nel

2012, difatti, il legislatore, sollecitato dal Tribunale costituzionale federale, ha previsto l'assegnazione di un numero variabile di mandati c.d. compensativi, che ha lo scopo di garantire che la composizione del Bundestag sia pienamente corrispondente al voto di lista espresso dagli elettori. L'assegnazione dei c.d. mandati in eccedenza ai candidati che abbiano ottenuto la maggioranza dei voti nei collegi uninominali, difatti comporta quasi sempre una distorsione nella ripartizione proporzionale dei seggi, con la sovrarappresentazione dei partiti che ne beneficiano. Tale distorsione può risultare, inoltre, più marcata, qualora i mandati in eccedenza vengano assegnati ai partiti meno votati. Nell'attuale legislatura, ad esempio, l'assegnazione di quattro mandati in eccedenza ha richiesto la distribuzione di ventinove mandati compensativi, portando il numero dei deputati del Bundestag a 631.

La proposta prevede anzitutto una revisione costituzionale, con l'obiettivo di incardinare nella Legge Fondamentale la scelta a favore di una formula proporzionale e il principio della doppia assegnazione dei mandati con voto uninominale e di lista. In questa maniera la riforma della legge elettorale verrebbe posta al riparo da un eventuale sindacato del Tribunale costituzionale federale, il quale, a partire dalla pronuncia del [3 luglio 2008](#), si è sinora pronunciato in maniera piuttosto pervasiva sulle scelte del legislatore, insistendo sugli effetti distorsivi derivanti dall'assegnazione dei c.d. mandati in eccedenza – di cui storicamente ha beneficiato soprattutto il partito cristiano democratico (CDU) – e bocciando anche la riforma che era stata approvata il 25 novembre 2011 [[BGBI 2011 I p. 2313](#)] sulla scorta di tali argomentazioni [[BVerfG 131, 316](#)].

Per il resto si tratterebbe di modificare le regole che disciplinano la trasformazione dei voti in seggi così che complessivamente non si possano assegnare più di 630 mandati.

TRIBUNALI

solange III?: l'identitàskontrolle del tribunale costituzionale federale sulle norme del diritto europeo

Con la [sentenza Lisbona](#) il Tribunale costituzionale aveva precisato la portata dei limiti assoluti opposti dall'ordinamento costituzionale tedesco al processo di integrazione europea, riservandosi la facoltà di verificare la conformità del diritto europeo al “contenuto indisponibile dell'identità costituzionale della Legge Fondamentale” [par. 241 della pronuncia].

Tale limite è stato ricostruito invocando l'art. 23, comma 1, terza frase LF, che nell'affermare la volontà di partecipare al processo di integrazione europea, precisa anche a

quali condizioni ciò debba avvenire, e l'art. 79, comma 3, LF, che sancisce i limiti assoluti alla revisione costituzionale.

Questo *Identitätskontrolle* è stato esercitato in concreto con una ordinanza del **15 dicembre 2015**, pubblicata il **26 gennaio 2016** [[2 BvR 2 735/14](#)]. Il procedimento riguardava una richiesta di estradizione del governo italiano nei confronti di un cittadino americano che nel 1992 era stato condannato *in absentia* dai Tribunali italiani alla pena complessiva di trent'anni di reclusione per i gravi reati di associazione criminale, spaccio e detenzione di sostanze stupefacenti.

L'imputato è stato catturato in Germania nel 2014 sulla base di un mandato di arresto europeo. Tale istituto è disciplinato dalla Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, che regola anche le procedure di consegna tra gli Stati membri. L'art. 4 a, comma 1, stabilisce in quali casi sia ammissibile un rifiuto di esecuzione e consegna dell'individuo incriminato alle autorità straniere, e contempla, tra le altre, l'ipotesi che la persona sia stata o sarà sottoposta a un procedimento che non assicura il rispetto dei diritti fondamentali.

L'imputato arrestato aveva presentato un ricorso alle autorità giurisdizionali tedesche, argomentando che il diritto italiano non avrebbe consentito una nuova celebrazione del processo, con la conseguente violazione del suo diritto di difesa, dal momento che il procedimento fino a quel momento si era svolto *in absentia*, senza che gli fosse mai notificato.

Il Tribunale di Düsseldorf, sulla base delle informazioni trasmessegli dall'Avvocatura generale dello Stato italiano, aveva respinto il ricorso, convinto che nell'ordinamento italiano questi avrebbe avuto senz'altro la possibilità di partecipare ad un nuovo processo, chiedendo preventivamente una restituzione nel termine, ai sensi dell'art. 175 del Codice italiano di procedura penale.

Il Tribunale costituzionale federale, interpellato a quel punto sulla legittimità della procedura di estradizione, ha accolto invece le ragioni dell'imputato, dando rilievo al fatto che avverso un eventuale rifiuto di restituzione, sarebbe stato esperibile soltanto un ricorso in Cassazione, e che, stante l'onere di dimostrare il caso fortuito o la forza maggiore da parte dell'imputato, ovvero di chiedere una revisione del processo, alle condizioni prescritte dall'ordinamento italiano, la celebrazione di un nuovo processo non sarebbe stata corredata di sufficienti certezze.

Si tratta di una pronuncia importante perché per la prima volta i giudici di Karlsruhe hanno negato l'applicazione del diritto europeo evocando un contrasto con quel nucleo irriducibile di principi che la Legge Fondamentale sottrae finanche al legislatore costituzionale, e che dunque segna un limite invalicabile al principio del primato del diritto dell'UE.

Secondo il Tribunale costituzionale federale, la richiesta di estradizione violerebbe il principio di colpevolezza, stante la celebrazione in contumacia del processo penale, con una violazione del diritto di difesa dell'accusato e del diritto ad un processo equo.

Il Tribunale di Düsseldorf, avrebbe dunque violato i diritti del condannato, nella misura in cui ha fatto affidamento sulle assicurazioni della magistratura italiana, senza prima verificare in maniera più approfondita l'effettività dei rimedi offertigli dall'ordinamento italiano.

Per il Tribunale costituzionale federale il reintegro dell'accusato nella pienezza dei suoi diritti di difesa, che non consistono solamente nella restituzione nel termine per proporre ricorso, così come assicurato dall'Avvocatura italiana, ma anche nella possibilità di presentare ogni prova e circostanza attenuante che possa servire alla sua difesa, costituisce un presupposto indefettibile per procedere all'ordine di estradizione. Verrebbe infatti in rilievo non soltanto il principio dello stato di diritto [v. spec. par. 51, 55, 68], ma anche la dignità dell'uomo iscritta nel primo articolo della Legge Fondamentale [par. 51-54], che appartiene a quel nucleo di principi irriducibili che il Tribunale costituzionale si è riservato di opporre al principio del primato del diritto europeo.

Ciò anche in conformità con una idea della pena che sarebbe profondamente radicata nel diritto tedesco (*“im Deutschen Rechtskreis”*), quale esecuzione di una condanna pronunciata per la violazione di regole di carattere etico e sociale, che come tale impone sempre un “confronto approfondito” “con la personalità dell'accusato, con le sue ragioni, la sua visione dei fatti, della vittima, delle circostanze di fatto” [par. 54, 56, 58].

Sebbene il Tribunale costituzionale federale giunga ad affermare che “la sovranità tedesca non può tendere la mano alle violazioni dei diritti fondamentali perpetrate da altri Stati” [par.62], nel proseguo della pronuncia questi si premura anche di argomentare che il diniego di una richiesta di estradizione, in esecuzione di un mandato di arresto europeo, ove ricorrano certe “circostanze di fatto”, risulta conforme anche ai presupposti indicati dall'art. 4 a della Decisione quadro sul mandato di arresto europeo e sulle procedure di consegna tra gli Stati membri, posto che essi vanno comunque interpretati alla luce degli artt. 47 e 48 della Carta dei Diritti fondamentali dell'UE [par. 91-96] - che sanciscono il diritto a un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale e garantiscono ad ogni imputato il rispetto dei diritti della difesa -, alla giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo [par. 99-104] - che nega l'extradizione qualora sussistano per l'imputato *“risks suffering a flagrant denial of a fair trial”* [CEDU, [Soering vs. United Kingdom, del 7 luglio 1989, n. 14038/88](#)], - nonché dei principi generali del diritto europeo [par. 97], che ricomprendono il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Se dunque il *Bundesverfassungsgericht* ha sancito l'inapplicabilità dell'ordine di estradizione, e ha prescritto ai giudici nazionali una indagine approfondita circa i rimedi processuali esperibili dall'imputato nel Paese che lo ha richiesto, almeno quando il processo sia stato già

celebrato *in absentia*, lo ha fatto, a ben vedere, riaffermando la piena rispondenza dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tedesco al diritto dei Trattati. Se poi quella resa dai giudici di Karlsruhe sia anche l'interpretazione corretta, è questione sulla quale avrebbe potuto esprimersi la Corte di Giustizia dell'Unione europea nell'ambito di un rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE. Il Tribunale costituzionale, pure richiamandosi alla [sentenza Melloni](#) della Corte di Giustizia UE, non lo ha ritenuto necessario, sostenendo che la questione sottoposta al suo giudizio si iscriveva in quadro normativo che non lasciava spazio a dubbi [par. 125]: si sarebbe trattato, usando le parole della Corte di Giustizia UE, di un "*acte clair*" [[CGUE, sentenza del 6 ottobre 1982, C.I.L.F.I.T., C-283/81](#)].

IL COMPLETAMENTO DI UNA SVOLTA CONSERVATRICE. LE ELEZIONI POLITICHE DI AUTUNNO 2015 E GLI INTERROGATIVI CIRCA LA DEGENERAZIONE IN UNA 'DEMOCRAZIA ILLIBERALE'

di Jan Sawicki*

Le elezioni politiche del 25 ottobre 2015 costituiscono il corollario perfetto del nuovo assetto politico-istituzionale instauratosi in Polonia con le consultazioni presidenziali del precedente maggio. Dopo otto anni di opposizione la formazione di destra conservatrice, nazionale e 'sociale' "Diritto e giustizia" (PiS, *Pravo i Sprawiedliwość*) ottiene un successo al di là delle aspettative anche per il fatto di essere il primo partito che in oltre un quarto di secolo di democrazia sia riuscito a conseguire la maggioranza assoluta sia alla Dieta che al Senato, pur beneficiando a tal fine di un anomalo premio indiretto di seggi favorito da un'eccezionale dispersione dei voti andati alle restanti formazioni (e pur essendo le liste del PiS il frutto della formale coalizione del principale partito con un paio di 'satelliti'). La circostanza che ha determinato tale esito è stata favorita dal fatto che oltre il 16% dei voti alla Dieta sono andati a liste che non hanno ottenuto un risultato sufficiente (5% nazionale per i partiti, 8% per le liste formate da coalizioni di più di un partito) a partecipare al riparto dei seggi. Il premio indiretto di cui ha beneficiato il partito vincitore, pari a oltre 13,5 punti percentuali di scarto tra i seggi e i voti, non ha precedenti fin dal 1993, ed è stato accentuato molto più dal fenomeno citato che dalla formula d'Hondt tradizionalmente adoperata, che in Polonia produce effetti limitati di compressione delle formazioni minori, data la relativa ampiezza delle circoscrizioni (11,2 seggi in media).

* Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate, docente a contratto nell'Università cattolica di Milano

Insieme alla consacrazione per Diritto e giustizia si è consumata una sconfitta umiliante per la Piattaforma civica, il partito di centro moderato ed europeista che per qualche tempo era parso quasi affermarsi quale *natural party of government* dopo che era riuscito a conquistare un primato antecedente a quello del PiS: avendo ottenuto per due elezioni di seguito, nel 2007 e nel 2011, una vittoria netta con il mandato a governare (pur senza mai conseguire la maggioranza assoluta, a fronte di risultati migliori da quelli riportati ora dal PiS, in termini assoluti e percentuali). Gli anni della Piattaforma civica, sotto la guida del premier Donald Tusk in seguito salito alla presidenza del Consiglio europeo, furono anche confermati da ripetute vittorie nelle elezioni amministrative e in quelle europee e infine con le elezioni presidenziali anticipate di pochi mesi del 2010, vinte da Bronisław Komorowski. Ma proprio la sconfitta inattesa di quest'ultimo nella primavera del 2015 segnò l'apertura di quel cerchio che si è chiuso con le consultazioni parlamentari di ottobre, con una mutazione repentina e ancora difficilmente spiegabile degli umori nazionali in senso conservatore, nazionalista, gonfio di timori per le nuove sfide derivanti tra l'altro dalla condivisione a livello euro-comunitario degli oneri derivanti dalle migrazioni di massa e ostile alla riallocazione obbligatoria delle persone entrate nella UE (pur se gli impegni assunti in autunno dal governo di Ewa Kopacz dovrebbero essere mantenuti dal nuovo esecutivo).

Accanto al *côté* europeo (e forse anche internazionale) di questa nuova configurazione politica, ci sono anche ovvie ripercussioni strettamente nazionali. La prima di queste è quella che attiene alla tenuta della stessa Costituzione e delle istituzioni che sono deputate alla sua garanzia, in primo luogo il Tribunale costituzionale stesso. Gli antefatti, senza i quali non sarebbe possibile comprendere gli sviluppi di cui si discute, sono quelli già trattati sulle cronache pubblicate nel n. 3/2015 di *Nomos – le attualità nel diritto*. Gli sviluppi pienamente

in corso sono quelli che fanno temere per la solidità delle istituzioni democratiche, la certezza del diritto e la divisione dei poteri, oltre che per il radicamento della Polonia nelle istituzioni euro-comunitarie cui ancora di recente è entrata a far parte con un successo complessivamente non trascurabile. La paralisi sostanziale del Tribunale costituzionale, operata o tentata sul finire del 2015 secondo modalità che non è facile stabilire quanto siano state propiziate da una casuale concatenazione di singoli fatti sfuggiti alle intenzioni dei singoli e quanto determinate da un disegno freddo e coerente fin dall'inizio, è l'evento che rischierà di far regredire la Costituzione al rango di una dichiarazione politica priva di effettivi contenuti giuridici, come essa fu ai tempi del socialismo fino al 1989, per di più soggetta alle buone intenzioni di una maggioranza e di un ceto politico che non vi si sono riconosciuti fin dal momento della sua entrata in vigore, nel 1997.

ELEZIONI

Il **25 ottobre**, alla scadenza naturale della legislatura, si svolgono le elezioni per il rinnovo della Dieta e del Senato. Per la prima volta dal ritorno alla democrazia, nel 1989, in Polonia un singolo partito ottiene la maggioranza assoluta di seggi in entrambi i rami del Parlamento, e si tratta della formazione di destra nazionale e conservatrice Diritto e giustizia (*Pravo i Sprawiedliwość*, PiS). Tale risultato, come anticipato, è stato conseguito grazie soprattutto a un inusuale grado di dispersione di voti, facendo in modo che, in particolare, al PiS siano stati assegnati 235 seggi alla Dieta sul totale di 460, con il 37,58% dei voti (+7,7% sul 2011). La Piattaforma civica (PO), il partito di governo che ha dominato le ultime due legislature fin dal 2007, scende al 24,1% di voti (-15,1%) con 138 deputati; al ruolo di terza forza politica in Parlamento assurge la formazione populista e anti-establishment Kukiz 15, con l'8,8% di voti e 42 seggi; un altro nuovo partito di centro liberale, "Moderna" (*Nowoczesna* o .N: in origine doveva essere "Polonia moderna", prima di rinunciare a questa denominazione per l'esistenza di un'omonima fondazione) ottiene 28 deputati con il 7,6% di voti, intercettando consensi di elettori delusi dalla Piattaforma civica; il partito agrario PSL, già partner di governo della Piattaforma civica nelle ultime due legislature (oltre ad essere la più antica

forza politica polacca ancora esistente con oltre 120 anni di storia), riesce di poco a superare la soglia nazionale di accesso alla rappresentanza, ed elegge 16 deputati con il 5,13%. Un seggio va alla minoranza tedesca della Slesia di Opole, che è esentata dalla soglia di accesso.

Un altro evento senza precedenti è l'esclusione formale da ogni rappresentanza parlamentare di formazioni legate alla sinistra. In verità il cartello elettorale "Sinistra unita" (*Zjednoczona Lewica*), dominato dall'Alleanza della sinistra democratica insieme a esponenti della formazione libertaria di Janusz Palikot (che fu la grande sorpresa delle scorse elezioni) ottiene il pur consistente risultato del 7,58% di voti, ma rimane completamente privo di seggi a causa dell'inopinata decisione di presentarsi nella veste giuridica formale di coalizione elettorale – anziché quella, che sarebbe stata consentita dalla legge, di mero comitato di elettori – che costringe il soggetto a subordinarsi alla severissima soglia di accesso nazionale, poi mancata, dell'otto per cento di voti. Completa il quadro il risultato di un altro nuovo partito di sinistra, "Insieme" o *Razem*. Collocata su posizioni di sinistra radicale anticapitalistica, e rafforzata da un'abile campagna mediatica nelle ultime settimane prima del voto, questa formazione giunge quasi dal nulla a ottenere il 3,6% di voti e naturalmente nessun seggio. E' pressoché certo che una parte dei voti giunti a *Razem* dalla Sinistra unita siano stati sufficienti a escludere quest'ultima dall'accesso al Parlamento, consegnando la maggioranza assoluta a Diritto e giustizia. Anche il partito dall'acronimo KORWiN, quasi identico al nome del suo fondatore, l'eurodeputato Janusz Korwin-Mikke, non ottiene seggi, nonostante la percentuale di voti pari al 4,7. In questo caso si tratta di una formazione di destra anarco-liberista, antieuropeista e anti-immigrazione.

Al Senato, dove si vota dal 2011 con un sistema *plurality* in cento collegi uninominali, Diritto e giustizia ottiene 61 seggi contro i 34 di Piattaforma civica, 4 indipendenti e 1 del PSL.

PARLAMENTO

L'8 ottobre la maggioranza uscente PO-PSL, applicando la disposizione transitoria di cui all'art. 137 della legge del Tribunale costituzionale del 25 giugno scorso, elegge cinque giudici dello stesso organo in sostituzione di altrettanti membri in scadenza. Tanto la disposizione quanto, a maggior ragione, la sua effettiva applicazione ora, provocano nell'opposizione – in particolare in Diritto e giustizia – reazioni sdegnate, in quanto il mandato di tre degli uscenti scade il 6 novembre prossimo, cioè successivamente alle elezioni politiche del 25 ottobre ma formalmente prima che scada la corrente legislatura parlamentare (con l'inaugurazione della nuova, prevista per il 12 novembre); mentre altri due giudici cessano dal proprio mandato novennale rispettivamente il 2 e l'8 dicembre. Dal punto di vista giuridico-formale la controversia è complicata dal fatto che lo stesso regolamento della Dieta

– considerato però inferiore sulla scala gerarchica alla legge e non separato per competenza
 – prevede che l'elezione dei giudici coincida con la legislatura in cui scade il mandato dei predecessori. In ogni caso nessuno dei cinque prescelti dalla maggioranza uscente è stato concordato con il principale partito di opposizione: tre sono designati dalla Piattaforma civica, uno dal Partito agrario PSL e uno è indicato dall'Alleanza della sinistra democratica (SLD). L'accusa proveniente da Diritto e giustizia è che la Piattaforma civica, consapevole delle prospettive di sconfitta nelle imminenti elezioni legislative, si stia 'prefabbricando' una maggioranza insormontabile nell'organo di giustizia costituzionale, per paralizzare l'attività legislativa dei probabili futuri vincitori.

Il **12 novembre** si svolge la seduta inaugurale della nuova legislatura di Dieta e Senato. Esponenti del PiS sono agevolmente eletti alla presidenza di entrambi i rami parlamentari, mentre le minoranze vengono rappresentate negli uffici di presidenza con il voto limitato.

Il Parlamento ha già approvato il **19 novembre** una prima novella parziale alla legge sul Tribunale costituzionale dello scorso 25 giugno. L'innovazione riduce a tre anni la durata del mandato di presidente e vicepresidente dell'organo (con rinnovo per una sola volta), dispone che il mandato dei giudici costituzionali abbia inizio non dalla data di elezione ma da quella in cui si svolge il loro giuramento davanti al Presidente della Repubblica (la Cost. all'art. 194 si limita a menzionare l'elezione parlamentare), e stabilisce la decadenza del presidente e vicepresidente in carica (è il presidente del Tribunale Andrzej Rzepliński a emergere come bersaglio e al tempo stesso figura di resistenza al nuovo esecutivo nazional-conservatore). Una parte consistente dell'opposizione parlamentare, il primo presidente della Corte suprema e il Consiglio nazionale della magistratura depositano ricorsi in via d'azione presso il Tribunale costituzionale, il quale li accoglie riunendoli nella causa K 35/15.

Il **25 novembre** la Dieta, con i soli voti del PiS, adotta cinque risoluzioni individuali con le quali invalida con effetti retroattivi tutte le risoluzioni con le quali la precedente Dieta, sul finire della passata legislatura, l'8 ottobre scorso, aveva eletto cinque giudici costituzionali.

Il **2 dicembre** la Dieta procede all'elezione di cinque giudici in sostituzione di quelli la cui elezione era stata invalidata la settimana precedente. Ciò avviene nonostante la pendenza di un ricorso (causa K 34/15) relativo in particolare alle norme che avevano consentito alla Dieta uscente di eleggere tutti i cinque giudici in sostituzione di quelli in scadenza di mandato entro il 2015, rispetto al quale il Tribunale costituzionale aveva interposto una tutela cautelare. I neoeletti prestano giuramento nelle mani del capo dello Stato Duda tra il 3 e il 9 dicembre, ma il presidente del Tribunale costituzionale si limita a riconoscerne lo status di dipendenti dell'organo, senza ammetterli alle udienze né alle camere di consiglio.

Prosegue l'attività legislativa e non legislativa del nuovo Parlamento a maggioranza PiS in tema di giustizia costituzionale. Il **22 dicembre**, al termine di una procedura legislativa a velocità record tra Dieta e Senato, viene approvata una più ampia legge di modifica alla legge di giugno sul Tribunale costituzionale, questa volta ufficiosamente definita «legge di

risanamento» (*ustawa naprawcza*). Il risanamento consiste nell'innalzamento da nove a tredici del numero legale per consentire al Tribunale costituzionale di deliberare (al momento dell'approvazione della legge sono operativi dieci giudici, essendo i cinque eletti tre settimane prima, nelle circostanze descritte, in possesso del mero status di dipendenti, privi di funzioni giudicanti: il Tribunale costituzionale, secondo legge, diventerebbe in grado di deliberare solo a condizione di accettare dei componenti eletti con modalità che esso stesso ha già giudicato incostituzionali); nell'innalzamento ai due terzi di voti della maggioranza necessaria per dichiarare l'invalidità di una legge per contrasto con la Costituzione (la quale parla, all'art. 190.5 di mera «maggioranza dei voti»); nella previsione che tutte le decisioni dell'organo non possano più essere prese se non in base all'ordine cronologico con cui tutti i ricorsi sono pervenuti (ciò che limita l'indipendenza dei giudici nel loro materiale operato, con il rendere impossibile dare priorità a cause più urgenti e unificare procedimenti vertenti sullo stesso argomento, imponendo al contrario di tornare su questioni già affrontate); nell'imposizione di termini temporali minimi per decidere su nuove cause. Inoltre le cause di decadenza dei giudici costituzionali, nei casi straordinari già previsti dalla legge, non saranno più decise autonomamente dall'adunanza generale dei giudici stessi, ma, su proposta dell'adunanza, rimesse alla valutazione della Dieta. Al Presidente della Repubblica e al ministro della giustizia viene assegnato il potere di avviare un procedimento disciplinare nei confronti di un giudice costituzionale. Viene poi abrogato l'intero capitolo concernente il procedimento per dichiarare il Presidente della Repubblica incapace di esercitare il proprio mandato qualora egli stesso non sia in grado di effettuare questa dichiarazione (un procedimento obbligatorio, in eccezionali circostanze, ai sensi dell'art. 131 Cost.). La legge, di cui viene rimarcato dalle opposizioni un intento punitivo della giustizia costituzionale, viene discussa e approvata in pochissimi giorni con dibattiti che si concludono nel cuore della notte. Essa, pur voluta fortemente dal governo, è stata presentata nella forma dell'iniziativa parlamentare, ciò che ha consentito di saltare alcuni passaggi, tra cui audizioni di esperti, con l'elusione di alcune norme regolamentari, con il parere negativo uniforme degli uffici legislativi, di alte istanze giurisdizionali, associazioni di categoria delle professioni legali e facoltà giuridiche universitarie. Uno degli emendamenti approvati *in extremis*, in spregio tra l'altro alle norme generali sulla pubblicazione degli atti normativi, dispone l'entrata in vigore senza *vacatio legis*, all'atto stesso della pubblicazione. Secondo i principi che governano il processo costituzionale in Polonia, ciò comporta che sarà pressoché impossibile per il Tribunale sottoporla al proprio giudizio, in seguito a ricorso in via d'azione, senza doverla al tempo stesso necessariamente applicare, a meno di ricorrere allo stratagemma di giudicarla dando applicazione diretta alla Costituzione (secondo il suo art. 8.2). Una questione controversa, dal momento che, da un lato, i giudici costituzionali, nell'esercizio delle proprie funzioni, sono soggetti soltanto alla Costituzione e non anche alle leggi (art. 195.1), come invece tutti i giudici comuni, ma dall'altro tanto l'organizzazione interna quanto i procedimenti dell'organo sono riservati alla legge ordinaria (art. 197). Tra i diversi ricorsi presentati, quello della prima presidente della Corte suprema, subito pubblicato sul sito online del Tribunale

costituzionale, mette in evidenza il rischio che un'osservanza estrema del formalismo legislativo possa in casi estremi condurre a un male maggiore sul piano giuridico, quello della soppressione di fatto dello stesso giudizio di costituzionalità. Sembra con ciò suggerirsi la ricerca di estremi rimedi a un male estremo commesso con la legittima forza della legge. Da parte sua il presidente del Tribunale Rzepliński, in attesa di fissare le udienze per discutere il caso (una data da stabilirsi tra febbraio e marzo), annuncia che esso sarà deciso in camera di consiglio plenaria, vale a dire con il plenum dei dieci giudici ancora rimasti in carica dopo le cessazioni degli ultimi mesi.

GOVERNO

L'esecutivo di Ewa Kopacz, dopo essersi lungamente opposto al disegno di riallocazione forzata per quote nei paesi UE dei rifugiati provenienti dalle regioni martoriate dalla guerra nel medio-oriente, modifica la sua posizione e si dichiara disponibile il **21 settembre** ad accogliere alcune migliaia – si parla di circa 7000 – di queste persone. La decisione è contestata sul piano interno dall'opposizione di destra che si oppone in modo risoluto sia all'idea di accogliere i profughi nei paesi UE sia a quella di distribuirli tra i paesi secondo criteri di solidarietà forzosa, con ciò puntando a raccogliere crescenti favori dell'opinione pubblica spaventata dai veri o presunti rischi di terrorismo. Secondo l'opposizione di destra, il governo Kopacz 'tradirebbe' anche l'informale alleanza dei paesi del c.d. gruppo di Visegrad (Polonia, Ungheria, Slovacchia, Repubblica ceca) che finora si era presentato compatto contro ogni ipotesi di riallocazione obbligatoria.

Il nuovo governo conservatore di Beata Szydło, esponente del PiS, il partito uscito vincitore dalle elezioni del 25 ottobre, e nominato dal presidente della Repubblica Duda sei giorni prima, chiede e ottiene il voto di fiducia alla Dieta il **18 novembre**, con 236 voti a favore, 202 contrari e 18 astenuti. Si osserva che l'*exposé* della Szydło combina promesse di spese sociali difficilmente realizzabili con toni euroscettici in tema di politica estera, specie sulla riallocazione dei rifugiati provenienti dal medio oriente («non si può definire solidarietà il tentativo di esportare problemi creati da alcuni altri paesi»).

Beata Szydło riceve a Varsavia il premier britannico David Cameron, il quale conduce una serie di visite in alcune capitali europee al fine di strappare concessioni per rinegoziare le condizioni di appartenenza del Regno Unito all'Unione europea, e così scongiurare la prospettiva della *Brexit*. I colloqui, che si svolgono in due turni tra il **9 e il 10 dicembre**,

sono necessari ai britannici per convincere la Polonia a rinunciare parzialmente ad alcuni benefit sociali di cui i lavoratori polacchi migrati hanno finora goduto nel Regno Unito.

Il ministro degli esteri Witold Waszczykowski si rivolge alla Commissione di Venezia, il **24 dicembre**, per chiederle un'opinione in merito alla legge di 'risanamento' del Tribunale costituzionale, appena promulgata, e che ha già suscitato preoccupazioni per la compatibilità con lo stato di diritto in alcuni paesi e nella stessa Unione europea. La decisione di rivolgersi all'organo consultivo del Consiglio d'Europa è apprezzata dall'opposizione, benché considerata preventiva di un'azione autonoma che comunque sarebbe stata intrapresa; in ogni caso non è una decisione gradita da tutti nel partito di maggioranza.

CAPO DELLO STATO

Il Presidente della Repubblica, Andrzej Duda, deposita il **22 settembre** presso la Dieta una proposta di legge per revocare la riforma previdenziale introdotta dalla coalizione di governo uscente PO-PSL nel 2012. Il progetto di Duda prevede il ripristino dell'età pensionistica a 65 anni per gli uomini e a 60 anni per le donne, in luogo del meccanismo che, per scatti successivi, avrebbe portato al raggiungimento dei 67 anni per entrambi i sessi. L'iniziativa legislativa presidenziale, pur al centro della campagna elettorale dello stesso Duda nella prima metà del 2015, assume ulteriore connotazione di questo tipo essendo adottata a un mese dalle elezioni legislative, in cui sembra probabile la vittoria del suo partito, il PiS.

Fin dall'**8 ottobre**, data della loro elezione da parte della Dieta, il presidente Andrzej Duda si rifiuta di accogliere per il giuramento tutti e cinque i giudici costituzionali, tanto quelli che dovrebbero sostituire i giudici il cui mandato scadeva entro la passata settimana legislatura, quanto quelli che prendono il posto di predecessori cessati dopo l'inizio di quella nuova, l'ottava inauguratasi il 12 novembre. E' l'avvio di una *escalation* che si qualificherà in breve come una crisi costituzionale senza precedenti dal ritorno del paese alla democrazia.

Il **13 novembre** Andrzej Duda nomina Beata Szydło, esponente del PiS, alla carica di premier contestualmente all'intero nuovo Consiglio dei ministri, composto di membri dello stesso partito con esclusione del vicepremier e ministro dello sviluppo economico, Mateusz Morawiecki, indipendente. La stampa è quasi unanime nell'osservare che né Duda né la Szydło, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze, sono stati realmente autonomi nella formazione del governo (la Szydło stessa si è presa qualche giorno di ferie nei giorni in cui sono state effettuate scelte sulla direzione di alcuni ministeri cruciali). Ne risulta una compagine ministeriale radicalizzata su posizioni di destra, in contrasto con la retorica elettorale moderata e centrista sostenuta dalla stessa Beata Szydło, entro la quale

campeggiano il ministro della giustizia Zbigniew Ziobro, che aveva ricoperto quella carica già negli anni 2005-2007, e il ministro della difesa Antoni Macierewicz, accanito fautore della tesi dell'attentato come causa della morte del Presidente della Repubblica Lech Kaczyński nell'aprile 2010, e dunque della necessità di aprire una nuova inchiesta al riguardo.

Andrzej Duda promulga quasi immediatamente, il **23 dicembre**, la legge sul Tribunale costituzionale appena approvata in via definitiva dal Parlamento. Si rendono vani appelli rivolti al Presidente dall'opposizione, perché si rivolga allo stesso Tribunale con una richiesta preventiva di verifica della costituzionalità della legge.

TRIBUNALE COSTITUZIONALE

Con la sentenza K 21/14 del **28 ottobre** il Tribunale costituzionale dichiara illegittima la legge 26 luglio 1991 sull'imposta sul reddito delle persone fisiche nel suo art. 27, nella parte in cui non prevede un meccanismo di adeguamento della *no tax area* in grado di garantire ai contribuenti più disagiati un reddito minimo adeguato alla sussistenza. La pronuncia, pur attesa da oltre un anno, è considerata un regalo 'avvelenato' al partito che ha appena vinto le elezioni, Diritto e giustizia, poiché quest'ultimo ha sempre sostenuto la causa di una più alta *no tax area*, ma potrebbe trovarsi adesso nell'imbarazzo di reperire le risorse necessarie per farlo.

Il **3 dicembre** viene decisa la causa [K 34/15](#), concernente tra l'altro la disposizione transitoria contenuta nella legge del 25 giugno 2015 sul Tribunale costituzionale (art. 137), in base alla quale la Dieta allora in carica, quella della VII legislatura, avrebbe potuto procedere all'elezione di tutti i suoi giudici per coprire le vacanze verificatesi entro il 2015 (a dispetto del fatto che la legislatura sarebbe cessata prima della fine dell'anno). La norma viene giudicata illegittima nella parte in cui consente l'elezione anche dei giudici che avrebbero dovuto sostituire quelli il cui mandato fosse scaduto in data coincidente con la successiva legislatura parlamentare. Ne deriva che, pur non volendo l'organo giurisdizionale entrare nel merito della legittimità di delibere o risoluzioni individuali relative alla sua composizione, la Dieta la cui legislatura scadeva il 12 novembre avrebbe potuto correttamente procedere all'elezione di soli tre giudici, dovendo riservare alla Dieta successiva l'elezione dei restanti due. Inoltre il Tribunale afferma essere un preciso dovere del capo dello Stato quello di ricevere i giudici legittimamente eletti allo scopo di far loro prestare giuramento, non avendo egli alcun potere di codecisione in ordine alla composizione dell'organo, atteso soprattutto che l'art. 194 Cost. parla solo di elezione da parte della Dieta. La decisione non soddisfa in alcun modo il partito di maggioranza Diritto

e giustizia e l'esecutivo stesso: essa, come consentito dalla legge salvo alcune decisioni che impongono la composizione plenaria, è adottata all'unanimità da un collegio di cinque giudici. A novembre il presidente del Tribunale Andrzej Rzepliński aveva però dichiarato che, data la gravità del caso, esso avrebbe dovuto essere deciso in una camera di consiglio plenaria. Ma la cessazione dal mandato di quattro giudici, e l'astensione di altri tre – tale da rasantare la ricusazione –, per il mero fatto di aver preso parte ad audizioni nel corso dei lavori preparatori della legge di giugno (pur se la disposizione 'incriminata' fu approvata *in extremis*, ed esauritasi la partecipazione di questi tre membri ai lavori), riducono il numero di giudici in servizio effettivo al di sotto del numero legale di nove per deliberare in sede plenaria. In questa situazione di scontro politico che si prepara a travalicare i limiti del costituzionale, il governo esita per alcuni giorni a dare pubblicazione legale alla sentenza K 34/15 (anche per una presunta ostilità del leader di Diritto e giustizia, il deputato Jarosław Kaczyński, privo di cariche esecutive), ciò che avviene con molto ritardo solo il **15 dicembre**. In ogni caso il governo lascia trapelare l'opinione diffusa nel suo seno, per cui la sentenza non avrebbe avuto che «valore storico», non essendo in grado di produrre effetti legali tali da porre in discussione le scelte compiute dal Parlamento tra la fine di novembre e l'inizio di dicembre.

Il Tribunale costituzionale si dichiara incompetente (con ordinanza U 8/15 del **4 dicembre**) a giudicare le risoluzioni parlamentari di invalidazione delle delibere con cui l'8 ottobre scorso furono eletti cinque giudici dello stesso organo, e di elezione in loro luogo di altri cinque membri. L'ordinanza è motivata con il difetto di competenza dello stesso Tribunale costituzionale a giudicare in merito ad atti privi di carattere normativo.

Il **9 dicembre** il Tribunale torna a doversi pronunciare su materia che lo riguarda, nella causa [K 35/15](#). E' in rilievo stavolta la novella legislativa dello scorso 19 novembre (vedi «Parlamento»). Viene dichiarata costituzionalmente legittima la disposizione che riduce a tre anni il mandato del presidente e del vicepresidente dell'organo, ma in contrasto con la Carta quella che ne consente la rielezione in quanto ciò potrebbe ledere l'indipendenza dei giudici. E' poi dichiarata illegittima la disposizione transitoria che imponeva la decadenza immediata degli attuali presidente e vicepresidente. A sottolineare il monopolio parlamentare nella selezione dei giudici, come voluto dalla Costituzione, si precisa inoltre che il mandato degli stessi ha inizio con la loro elezione da parte della Dieta e non dal giorno in cui essi prestano giuramento nelle mani del capo dello Stato.

LO SCOTLAND ACT 2016 E LA PERMANENZA DELLE ISTITUZIONI SCOZZESI

Di Giulia Caravale*

N El regno unito il dibattito politico - costituzionale dei primi mesi del 2016 appare incentrato, in modo particolare, sul complesso tema della sovranità del parlamento, declinato nelle sue diverse accezioni. La tutela di detta sovranità è uno degli elementi che ha spinto, ad esempio, il premier cameron a ridefinire con gli altri paesi europei il ruolo del regno unito nell'unione e ad indire, per il prossimo 23 giugno, il referendum sul *brexit*.

La campagna referendaria a favore o contro la permanenza del regno unito in europa è protagonista indiscussa del confronto politico attualmente in corso. Ma il tema della potenziale limitazione della sovranità di westminster è stato rilevante anche per il processo che ha condotto il 23 marzo, all'approvazione dello *scotland act 2016*. la legge ha attuato quanto previsto, nel novembre 2014, dall'accordo della commissione smith, istituita dopo la vittoria del no al referendum per l'indipendenza, ha devoluto nuove competenze alle istituzioni scozzesi, tra cui importanti responsabilità in materia finanziaria, e ha reso governo e parlamento istituzioni "permanenti".

dopo 18 anni dall'approvazione dello *SCOTLAND ACT 1998*, ISTITUTIVO DELL'ASSEMBLEA di holyrood, la nuova legge attribuisce, tra l'altro, alla scozia il potere di fissare i tassi di imposta sul reddito e di ricevere la metà dell'iva pagata in scozia, poteri in

* Professore associato di diritto costituzionale italiano e comparato – "Sapienza" Università di Roma

materia di *welfare* ed in materia elettorale. inoltre, il parlamento scozzese aumenterà le sue competenze nell'ambito dello sfruttamento delle risorse naturali ed in altre materie quali la circolazione stradale, il diritto dei consumatori, le concessioni ferroviarie, la gestione del *crown estate*.

la rilevanza della legge risiede anche nel fatto che essa – per la prima volta – afferma che parlamento e governo scozzesi sono istituzioni permanenti e formalizza la *legislative consent motion*, la convenzione consolidatasi in questi anni, secondo la quale l'approvazione di una legge da parte di Westminster nelle materie devolute alla Scozia viene preceduta dalla votazione di una mozione da parte del parlamento di Edimburgo. il tema della “permanenza” delle istituzioni scozzesi era stato oggetto di ampia discussione durante il dibattito in aula, dato che tale novità non sembrava compatibile con il principio della sovranità del parlamento ed in particolare con la regola per cui “Parliament cannot bind its successor”.

Nel dibattito e nelle audizioni degli esperti era emersa soprattutto la lettura politica e simbolica di tale disposizione, la quale era considerata come un impegno da parte del parlamento di Londra di riconoscere le istituzioni scozzesi come permanenti e, quindi, di non abrogarle. Un impegno che, tuttavia, non poteva essere tale da vincolare per sempre Westminster e da limitarne – quanto meno sul piano formale – la sovranità. Per rafforzare tale impegno e per evidenziare al contempo che la legge potrà comunque essere abrogata, il legislatore britannico ha stabilito che l'ipotetica abolizione delle istituzioni scozzesi potrà avvenire solo attraverso referendum. L'approvazione dell'eventuale legge di abolizione è stata quindi sottoposta ad una condizione: come evidenziato dal rapporto pubblicato a fine

2015 dall'*House of Lords Constitution Committee*, si tratta di una subordinazione e non di una autolimitazione stabilita dal parlamento di Londra.

Tuttavia, pur essendo ancora una volta riuscito a proteggere, quantomeno sul piano formale, il principio della sovranità del parlamento, il cambiamento introdotto con la legge del 2016 potrebbe avere, nella sostanza, conseguenze importanti dato che – di fatto – introduce una nuova, ulteriore lettura del tradizionale concetto della *sovereignty of parliament*, lettura che potrebbe condurre alla definizione di novità importanti nella distribuzione territoriale del potere.

L'esame del disegno di legge si è protratto per quasi un anno con accese trattative tra il governo scozzese e quello britannico, trattative che hanno vissuto anche diversi momenti di stallo, ma che si sono sbloccate definitivamente il **23 febbraio** con il raggiungimento di un accordo tra le parti sulla base del principio del *no detriment* né per l'economia scozzese né per quella nazionale. Tale principio era stato già individuato dalla commissione Smith.

Il **16 marzo**, poi, in ossequio alla *Sewel convention*, il parlamento di Holyrood ha votato una *special legislative consent motion* per dare la sua approvazione al disegno di legge. La mozione è stata sostenuta anche dalle opposizioni che hanno in questo modo manifestato il loro apprezzamento per il lavoro svolto dal governo. La legge ha ricevuto il *royal assent* il 23 marzo, il giorno prima dello scioglimento dell'Assemblea di Holyrood in vista delle elezioni del 5 maggio.

ELEZIONI

Campagne elettorali

Il 5 maggio si svolgeranno le elezioni per il rinnovo delle tre assemblee devolute di Scozia, Galles e Irlanda del Nord, per 124 *local councils inglesi*, per il sindaco e l'assemblea di Londra, per i sindaci di Bristol, Salford e Liverpool, due suppletive per il parlamento di Westminster e quelle per il rinnovo di 40 *Police and Crime Commissioners* (PCCs) in Inghilterra e Galles. I *first ministers* delle amministrazioni devolute avevano chiesto a Cameron di posticipare la data del referendum sul *Brexit*, proprio per evitare una interferenza tra le due campagne elettorali. Ma la richiesta è rimasta inascoltata.

PARTITI

finanziamento dei partiti

Il **9 febbraio** Lord Bew il *chairman* del *Committee on Standards in Public Life* ha comunicato di aver riscontrato particolare disinteresse nei partiti sul tema dell'introduzione del finanziamento pubblico per le loro attività. Dopo le elezioni del maggio scorso il Comitato aveva chiesto l'opinione dei partiti sul tema, ma solo i conservatori e lo *Scottish National Party* hanno risposto in questi mesi.

Tale atteggiamento si spiega con il fatto che l'opinione pubblica risulta per lo più contraria all'introduzione del finanziamento pubblico della politica e, di conseguenza, i partiti sono consapevoli che si tratterebbe di una riforma del tutto impopolare.

PARLAMENTO

inter-institutional relations

Il *Public Administration and Constitutional Affairs Select Committee* dei Comuni ha aperto un'inchiesta sulle [*Inter-institutional relations in the UK*](#), nella quale cercherà di esaminare i cambiamenti che la *devolution* ha comportato nelle relazioni tra i diversi governi, le diverse assemblee e i funzionari presenti sul territorio.

Camera dei Lords

Negli ultimi mesi dello scorso anno i rapporti tra Camera dei Lords e governo hanno conosciuto una fase particolarmente critica a seguito della inusuale decisione della Camera alta di rinviare l'implementazione di una riforma governativa prevista in uno *statutory instrument*. Tra le convenzioni che regolano i rapporti tra Camera alta e governo c'è quella per cui i Lords non rigettano la legislazione delegata dell'esecutivo sottoposta al loro scrutinio. Ed in effetti questa sembra essere la prassi corrente, dato che tale convenzione è stata disattesa, dalla seconda guerra mondiale, solo 5 volte (nel 1968, 2000, 2007, 2012 e nel 2015).

La vicenda ha spinto l'esecutivo ad istituire una commissione guidata da Lord Strathclyde per studiare le modalità attraverso cui limitare il potere dei Lords in materia di controllo della legislazione delegata. Il rapporto pubblicato nel mese di dicembre 2015 ha formulato tre diverse proposte per garantire alla Camera dei Comuni di mantenere un ruolo predominante nel controllo della *secondary legislation*: la prima prevede di sottrarre completamente tale potere alla Camera alta, la seconda propone di mantenere il ruolo dei Lords, circoscrivendone le funzioni; la terza attribuisce alla Camera alta, in caso di disaccordo, il potere di chiedere ai Comuni la revisione della scelta, lasciando tuttavia a questi ultimi la decisione finale.

In questi mesi il rapporto è stato oggetto di discussione e di analisi sia all'interno del parlamento sia da parte della dottrina. Così il **13 gennaio** si è svolto ai Lords un ricco dibattito sul rapporto Strathclyde nel corso del quale la Camera si è interrogata in modo particolare su "what we believe we are here to do ... what we are for" e sulle relazioni tra le due Camere, rese complesse anche dal fatto che nessun partito ha la maggioranza ai Lords. Nel corso del dibattito la Baronessa Smith of Basildon del partito laburista ha rivendicato l'importanza del lavoro svolto dai Lords nell'esame della legislazione delegata "without any recognition, fanfare or glare of publicity, dutifully and with great expertise". La Baronessa ha anche evidenziato il ruolo di "responsible opposition" svolto dalla Camera nei confronti del governo. Nel dibattito anche i liberal democratici hanno sottolineato l'importanza del ruolo dei Lords ribadendo come "a second Chamber, however it is constituted, should not be a mere echo of the House of Commons, and we are interested in ways to strengthen the role of Parliament as a whole, not to convert the House of Lords from an effective revising Chamber into something more akin to an impotent debating society". Secondo il partito liberal democratico il ruolo di controllo della seconda Camera dovrebbe essere rafforzato e non ulteriormente circoscritto. A tal fine essi hanno proposto l'istituzione di un *Joint*

Committee che analizzi i rapporti tra le due Camere, su modello di quello istituito dieci anni fa e presieduto da Lord Cunningham.

Secondo i conservatori, invece, le competenze della Camera dei Lords in materia di legislazione secondaria devono essere ridotte perché è “ironical that the present powers of the House of Lords are more absolute over secondary legislation than they are over primary legislation”.

A parere delle opposizioni il governo ha dimostrato una “overreaction” in merito all’episodio dello *statutory instrument* respinto, reazione che si deve soprattutto al risentimento dell’esecutivo nei confronti della Camera dei Lords e delle frequenti bocciature ai suoi *bills*.

Il **19 gennaio** il *Public Administration and Constitutional Affairs Committee* dei Comuni ha deciso di aprire un’inchiesta sul rapporto pubblicato dalla commissione Strathclyde nell’ambito della quale ha svolto diverse audizioni per ascoltare il parere di esperti. In particolare il **20 gennaio** Meg Russell – di fronte al comitato - ha affermato che il problema più urgente relativo ai Lords riguarda non tanto i poteri attribuiti alla Camera, bensì la sua composizione ed in particolare il potere di nomina senza limiti riconosciuto al Premier.

Il rapporto pubblicato dalla Commissione Strathclyde è stato oggetto di esame anche da parte di due diversi comitati parlamentari della Camera alta, il *Delegated Powers and Regulatory Reform Committee* e l’*House of Lords Select Committee on the Constitution*, i quali hanno entrambi pubblicato le loro osservazioni il **23 marzo**. Nel rapporto [Response to the Strathclyde Review](#) il *Delegated Powers and Regulatory Reform Committee* ha affermato che la riforma potrebbe avere la conseguenza di “tilt the balance of power... towards government” e ha criticato il governo per l’uso massiccio della legislazione delegata. Esso ha proposto, quindi, l’istituzione di un *Joint Committee* con il compito di studiare come migliorare il ruolo di controllo del parlamento sulla legislazione delegata. Dal canto suo, il rapporto del *Select Committee on the Constitution*, [Delegated Legislation and Parliament: A response to the Strathclyde Review](#) ha affermato che la riforma finirebbe per danneggiare “Parliament’s role and reputation”. Il Comitato ha rilevato che il controllo sulla legislazione delegata è affidato soprattutto alla Camera alta, dato che la Camera dei Comuni svolge il compito principale di “holding the Government to account”. Il rapporto ha concluso affermando: “The balance of power between Parliament and the Executive lies at the heart of our constitution. There is a strong case for reviewing the operation of delegated legislation, but change must be careful, considered and, importantly, not undertaken in haste or for the wrong reasons”.

Il governo comunque ha continuato a subire in questi mesi diverse sconfitte ai Lords (dall’inizio della sessione 60 volte), ad esempio in relazione al progetto di tagliare i fondi per i disabili previsti nel *Welfare Reform Bill*.

E' interessante notare che proprio al fine di illustrare il lavoro svolto dalla Camera dei Lords e renderlo più comprensibile alla gente la BBC sta preparando una serie di documentari in materia. La *Speaker* della Camera ha affermato in proposito che: "The House of Lords is often misunderstood because there are few opportunities for the public to find out about its role and work".

elezione di un *hereditary peer*

Secondo il disposto del *House of Lords Reform Act 1999* alla scomparsa di un pari ereditario la carica deve essere attribuita ad un altro candidato eletto dagli *hereditary peers* del partito di appartenenza. Così il **19 aprile** – a seguito della scomparsa di Lord Avebury – è stato eletto pari ereditario liberal democratico il Viscount Thurso. Sette erano i candidati per la carica e solo 3 i pari ereditari che avevano diritto di voto (Lord Addington, l'Earl of Glasgow e l'Earl of Oxford and Asquith). Il sistema elettorale utilizzato è l'*alternative vote system* e il candidato ha ottenuto tutti e tre i voti disponibili.

EVEL

Il *Public Administration and Constitutional Affairs Committee* dei Comuni ha pubblicato l'**11 febbraio** il rapporto [*The Future of the Union, part one: English Votes for English laws*](#) nel quale ha ricostruito le vicende che hanno condotto, lo scorso ottobre, alla modifica dei regolamenti della *House of Commons* per i *Government Bills* relativi alla sola Inghilterra o all'Inghilterra e Galles, riforma fortemente osteggiata dalle opposizioni parlamentari. Il rapporto ha evidenziato come le novità relative all'assetto territoriale britannico abbiano condotto fino ad ora ad una devoluzione molto asimmetrica e ha auspicato in proposito che il governo inizi ad adottare "a comprehensive strategy for the future of relationships between the Westminster Parliament and the component parts of the United Kingdom".

Il Comitato sta anche svolgendo un'inchiesta di più ampio respiro sul *Future of the Union* proprio per contribuire alla definizione di un sistema di distribuzione territoriale più omogeneo.

Private Members' bill inquiry

Il *Procedure Committee* dei Comuni ha aperto un'inchiesta sui *Private Members' Bill* che ha condotto il 18 aprile alla pubblicazione di un [rapporto](#) nel quale ha proposto una serie di riforme dirette a rendere il sistema più trasparente e più semplice l'approvazione dei disegni di legge di origine parlamentare.

GOVERNO

brexit

Il dibattito politico britannico di questi mesi è stato dominato dal tema del *Brexit referendum*. Come noto si tratta di una promessa fatta da Cameron fin dal 2013 dietro la spinta dei deputati euroscettici presenti nel partito conservatore e ribadita in campagna elettorale soprattutto per fermare l'ascesa dell'UKIP. Nel dicembre scorso era stato approvato l'*European Union Referendum Act 2015* il quale, seguendo le indicazioni dell'*Electoral Commission*, aveva previsto che il quesito referendario non sarebbe stato quello inizialmente proposto: "Should the United Kingdom remain a member of the European Union?" a cui sarebbe seguita la scelta tra Sì e No, ma il quesito: "Should the United Kingdom remain a member of the European Union or leave the European Union?". In questo modo i cittadini dovranno decidere tra: "Remain a member of the European Union" oppure "Leave the European Union". La campagna referendaria di questi mesi, quindi, non si è focalizzata sul No e sul Sì, ma sul *Leave* e sul *Remain*.

Sul tema il partito conservatore appare molto diviso. Il **5 gennaio** con una [lettera](#) inviata da Cameron agli altri componenti dell'esecutivo il Premier ha sospeso sul tema il principio della responsabilità ministeriale, proprio come era stato fatto nel 1975 dal premier Wilson. Cameron ha dichiarato che i ministri potranno mantenere "a different personal position" rispetto a quella ufficiale del governo pur rimanendo parte di esso. Tuttavia - come specificato nella lettera - il principio della

responsabilità ministeriale sarà sospeso solo sul punto dato che “All other EU or EU-related business, including negotiations in or with all EU institutions and other member states, and debates and votes in Parliament here on EU business, will continue to be subject to the normal rules of collective responsibility and party discipline.” La posizione ufficiale dell’esecutivo è quella del *Remain*, sostenuta da 17 ministri, mentre 5 sono schierati con il *Leave*.

Cameron in questi mesi ha proseguito le trattative per rinegoziare le condizioni della permanenza della Gran Bretagna nell’Unione da sottoporre poi agli elettori britannici. Il **2 febbraio** il presidente del Consiglio europeo Donald Tusk ha inviato ai componenti del Consiglio europeo il suo [progetto](#) per il *new settlement* del Regno Unito in Europa, basato su quanto richiesto da Cameron. Il progetto è alla base dell’[accordo](#) raggiunto il **19 febbraio** dal Consiglio europeo, accordo che si compone di sette documenti: una Decisione e una Dichiarazione dei Capi di Stato e di governo e cinque Dichiarazioni. Dottrina e commentatori politici hanno discusso in merito alla natura di tali atti, chiedendosi in particolare se essi siano vincolanti al pari di un trattato internazionale, e ritenendo che la Decisione dei Capi di Stato e di governo è vincolante per il diritto internazionale, essenzialmente perché le parti la considerano tale. Pertanto essa vincola i governi degli Stati membri, ma non le istituzioni europee. Il governo britannico, comunque, ritiene l’accordo giuridicamente vincolante e irreversibile. Esso avrà effetto solo nell’ipotesi in cui al referendum vincessero il *Remain*.

L’accordo raggiunto tra il Regno Unito e l’Europa riguarda i quattro punti che erano stati evidenziati da Cameron, la competitività, la *governance* economica, la sovranità e la libera circolazione e i benefici sociali. Bisogna ricordare che il Regno Unito gode già di uno status particolare grazie ai quattro *opt out*, tra cui quello che non lo vincola all’adesione all’euro e l’altro relativo agli accordi di Schengen. Cameron ha confermato che non parteciperà all’Euro, ma ha anche ottenuto la garanzia che tale scelta non comporterà una discriminazione da parte degli altri Stati e che otterrà il rimborso nel caso in cui il denaro messo a disposizione dal Regno Unito sia utilizzato per “salvare gli Stati” dell’area euro. In materia di immigrazione, poi, Cameron si è visto riconoscere il diritto di accesso ai servizi del *welfare* solo agli stranieri che risiedono nel Paese da almeno quattro anni.

Per quanto riguarda le richieste avanzate in materia di sovranità, il Regno Unito sarà svincolato dall'impegno stabilito nei Trattati di collaborare ad una Unione sempre più stretta. Per quanto riguarda, infine, l'incremento del ruolo dei parlamenti nazionali nei processi decisionali europei, è stato ridimensionato il progetto di Cameron diretto all'introduzione di una procedura *red card*, che attribuisse ai parlamenti un potere di veto sulle proposte legislative europee al fine di garantire loro il ruolo di "guardiani" della democrazia. L'accordo raggiunto prevede, invece, una nuova procedura che conferirà 12 settimane di tempo alle singole assemblee per formulare un parere motivato nell'ipotesi in cui si ritenga che il progetto violi il principio di sussidiarietà. Se tale parere avrà il sostegno di più del 55% dei voti assegnati ai parlamenti nazionali sarà esaminato dal Consiglio. Non è stato quindi concesso il veto richiesto da Cameron, ma una procedura che presenta aspetti diversi da quella del cartellino giallo.

Cameron si è detto soddisfatto dell'accordo a seguito del quale ha convocato i suoi ministri per una riunione straordinaria e ha iniziato la campagna a favore della permanenza.

La sezione 7 dell'*European Union Referendum Act 2015* ha previsto che il governo pubblichi, almeno 10 settimane prima del voto, rapporti contenenti informazioni sul significato della *membership* dell'Unione europea. Questi i documenti presentati: [*The best of both worlds: the United Kingdom's special status in a reformed European Union*](#), [*Alternatives to membership: possible models for the United Kingdom outside the European Union*](#), [*Rights and obligations of European Union membership*](#), [*The process for withdrawing from the European Union*](#) e [*HM Treasury analysis: the long-term economic impact of EU membership and the alternatives*](#). La pubblicazione dei documenti ha suscitato polemiche interne all'esecutivo perché giudicati troppo di parte dai ministri euroscettici.

Nel mese di **aprile**, poi, il gruppo *Get Britain Out* è riuscito a far sottoscrivere da 100.000 elettori la petizione "Stop Cameron spending British taxpayers' money on pro-EU referendum leaflets". La petizione è diretta a fermare la pubblicazione di una *brochure*, preparata dal governo e da inviare a 27 milioni di famiglie, a favore della permanenza dell'Unione perché pagata con i fondi pubblici. Cameron si è giustificato affermando che il governo non è neutrale e dato che vuole rimanere nell'Unione deve spiegare i motivi ai cittadini.

Il **13 aprile** l'*Electoral Commission*, ha individuato i due gruppi principali per la campagna referendaria che sono *Vote leave, take control* a favore dell'uscita e *Britain stronger in Europe*, per la permanenza. I gruppi coinvolgono i partiti politici in modo trasversale e non sono gli unici presenti; essi devono rispettare il tetto massimo di 7 milioni di sterline previsto per le spese di propaganda.

Il **15 aprile** è iniziata ufficialmente la campagna referendaria che durerà 10 settimane. I dati dei sondaggi di questi mesi sono stati oscillanti e, a fine **aprile**, il 46% del campione si mostrava favorevole alla permanenza mentre il 43% favorevole all'uscita. Molti risultano, comunque, gli elettori ancora in dubbio. Una incertezza che sembra caratterizzare anche i deputati: da una rilevazione che ha coinvolto, il **1 febbraio**, un campione di 129 membri dei

Comuni è risultato che 1/3 è ancora indeciso su come voterà al referendum, mentre il 20% dei conservatori intervistati ha dichiarato che voterà a favore dell'uscita.

difficolta' nel governo

Il **21 marzo** Iain Duncan Smith Ministro per il Lavoro e le pensioni si è dimesso dall'esecutivo in polemica con i tagli alle spese sociali per i disabili previsti nel bilancio presentato dal Cancelliere dello Scacchiere Osborne. Ma, secondo molte voci, le dimissioni si devono alla sua adesione al *Leave* e alla sua opposizione a Cameron, al quale voleva arrecare un danno in vista del referendum sul *Brexit*. A seguito della dimissioni di Iain Dunca Smith, Stephen Crabb è divenuto il nuovo *Work and Pension Secretary*, mentre Alun Cairns è stato nominato nuovo *Secretary of State for Wales*.

Nel mese di **aprile** l'esplosione dello scandalo dei *panama papers* ha spinto migliaia di manifestanti in strada a chiedere le dimissioni del Premier. Cameron, in un primo tempo ha negato di avere avuto investimenti nei paradisi fiscali, poi ha ammesso che fino al 2010 aveva posseduto azioni in una società gestita dal padre.

AUTONOMIE

Il **28 gennaio** è stato approvato il [Cities and Local Government Devolution Act 2016](#), che prevede, tra l'altro, la possibilità di introdurre sindaci direttamente eletti nelle *combined local authorities* di Inghilterra e Galles, a cui attribuire competenze in materia di alloggi, trasporti, e pianificazione territoriale.

Scozia

Cfr. introduzione

GAlles

In questi mesi è proseguito a Westminster l'esame del *draft Wales Bill* presentato lo scorso ottobre, con l'obiettivo di istituire "A stronger Wales within a strong United Kingdom" e tra l'altro, adottare un nuovo modello di distribuzione di competenze, ispirato a quello dei poteri residui, attualmente vigente in Scozia e nel Nord Irlanda. Tuttavia, il testo del disegno di legge è stato oggetto di numerose critiche: in particolare il **1 febbraio** un *independent review group* di esperti ha pubblicato [Challenge and Opportunity: The Draft Wales Bill](#) commissionato dal *Wales Governance Centre* della *Cardiff University* e del *Constitution Unit* dell'*University College* di Londra, nel quale ha proposto alcune riforme. Ad esempio ha suggerito sia di rivedere il modello dei poteri residui introdotto sia di ridefinire il farraginoso "necessity test" previsto dalla legge, secondo il quale i *bills* gallesi possono essere approvati se necessari per un "devolved purpose". A parere del rapporto bisognerebbe creare "a clear, fair and lasting settlement, based on principles which voters can understand and which not keeping Whitehall departments happy or minimising the impact on the legal system and shared jurisdiction of England and Wales".

Analoghe osservazioni critiche erano state già evidenziate, nel dicembre scorso, dal *Constitutional and Legislative Affairs Committee* dell'Assemblea di Cardiff nel [Report on the UK Government's Draft Wales Bill](#). E numerose critiche sono state mosse anche dal *Welsh Affairs Committee* dei Comuni nel rapporto pubblicato il **24 febbraio** [Pre-legislative scrutiny of the draft Wales Bill](#).

Tutte queste osservazioni hanno spinto il **7 marzo** il *Secretary of State for Wales*, Stephen Crabb, a promettere l'introduzione di modifiche sostanziali al testo.

Si segnala, peraltro, che - sempre il **7 marzo** - il governo gallese ha pubblicato un progetto alternativo di *draft bill*, definito dai commentatori politici un "comprehensive constitutional statute" dato che esso disciplina tutte le funzioni, legislative, esecutive e giudiziarie delle istituzioni gallesi, i poteri finanziari e le relazioni inter-unione. Il *bill* propone anche una riforma delle istituzioni gallesi e suggerisce di ribattezzare la *National Assembly* come *Welsh Parliament*. Il disegno di legge, inoltre, vorrebbe introdurre una giurisdizione distinta per il Galles, separata da quella inglese, pur prevedendo la permanenza delle attuali corti, che avrebbero competenza separata per Inghilterra e Galles. Un tema quest'ultimo che, pur essendo discusso da tempo, non sembra di facile soluzione pratica.

irlanda del nord

A seguito del nuovo accordo raggiunto a novembre, dopo mesi di stallo politico che ha rischiato di condurre alla sospensione della devolution, l'**11 gennaio** il *first Minister* Peter Robinson è stato sostituito da Arlene Foster, leader del DUP dal 17 dicembre scorso e già ministro delle finanze. E' la prima donna alla guida del governo nord irlandese.

[La mancata formazione del governo in spagna E le vie inesplorate dell'articolo 99 della costituzione.](#)

Di Laura Frosina⁶⁷⁰

Il 3 maggio il Re Felipe VI ha firmato il [decreto n. 184/2016](#) con cui ha disposto lo scioglimento delle Camere elette il passato 20 dicembre e indetto nuove elezioni il 26 giugno. Per la prima volta la Spagna è costretta a ricorrere a nuove elezioni, a distanza di sei mesi dalle precedenti, poiché in seno al Congresso dei deputati non è riuscita a formarsi una maggioranza parlamentare in grado di votare la fiducia a un candidato regio alla presidenza nei tempi e nelle forme previsti dall'articolo 99 Cost. Per la prima volta si è verificata l'ipotesi dello scioglimento automatico delle *Cortes Generales*, mediante decreto regio controfirmato dal neo eletto Presidente del Congresso dei deputati, il socialista Patxi López, contemplata dall'articolo 99, comma 5 Cost., per i casi in cui il Congresso non riesca a trovare, entro due mesi dalla prima votazione, un accordo per la investitura fiduciaria del Presidente del Governo.

La Spagna resterà circa un anno senza un nuovo governo perché le nuove *Cortes Generales* non si costituiranno prima della fine di luglio, ma soprattutto - ciò che preoccupa maggiormente - rimarrà senza una prospettiva concreta di governo dinanzi ad un futuro scenario parlamentare rinnovato ma, presumibilmente, parimenti frammentato.

Come si è arrivati a questa situazione di stallo politico-istituzionale? Come si è giunti così rapidamente al declino del consolidato bipartitismo parlamentare e alla incapacità di formare un governo nel rispetto delle regole che disciplinano la forma di governo monarchico-parlamentare?

Le elezioni del 20 dicembre - come noto - hanno dato vita a un quadro partitico inedito e pluralistico che ha segnato il passaggio da un assetto parlamentare tendenzialmente bipartitico ad uno tendenzialmente quadripartitico, ovvero sia caratterizzato dalla centralità di quattro partiti principali e dalla presenza di alcuni partiti minori in grado comunque di agire come ago della bilancia in presenza di determinate condizioni. Accanto ai tradizionali

⁶⁷⁰ Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate - "Sapienza" Università di Roma

partiti del Pp e del Psoe, che, nonostante l'indebolimento, si sono confermati, con 123 e 90 seggi -rispettivamente- al primo e al secondo posto, si sono affermati i partiti emergenti, Podemos e Ciudadanos, che, con 69 e 40 seggi ciascuno, hanno conquistato la terza e la quarta posizione in seno al Congresso dei deputati.

L'inedito risultato elettorale, a sistema elettorale invariato, è stato principalmente la conseguenza dell'emersione e affermazione di questi nuovi partiti politici che sono sorti per rispondere alle complesse e rinnovate sfide poste dalla crisi economica, politica e sociale che ha attraversato la Spagna negli ultimi anni, con l'effetto di indebolire i partiti politici tradizionali e di produrre cambiamenti sostanziali e inaspettati nella strutturazione dell'assetto partitico.

La nuova composizione del Congresso dei deputati ha dato avvio a dinamiche post-elettorali inedite per la formazione del nuovo Governo, quasi sconosciute alla forma di governo parlamentare spagnola, che hanno portato all'applicazione di disposizioni dell'articolo 99 (commi 4 e 5) Cost. mai utilizzate finora perché poste a garanzia della stabilità governativa in mancanza di una chiara maggioranza parlamentare. Le dinamiche di questi ultimi mesi, in cui sono state operate plurime negoziazioni e diversi tentativi di accordi interpartitici anche di natura coalizionale, hanno messo in luce le difficoltà di funzionamento della forma di governo parlamentare e l'importanza del ruolo svolto dal Re nell'individuazione di un candidato alla presidenza del governo in assenza di una chiara maggioranza parlamentare. Lo dimostrano ampiamente l'andamento e la complessità delle consultazioni post-elettorali portate avanti dal Re e le risultanze delle stesse che non hanno condotto alla formazione di un nuovo governo.

Al termine del primo giro di consultazioni, il Re Felipe VI ha indicato Mariano Rajoy come candidato alla presidenza del governo, come leader del partito maggioritario, nonostante questi avesse già rifiutato l'incarico, proprio in quanto consapevole di essere privo della maggioranza parlamentare necessaria per la sua investitura. Consapevolezza maturata dopo il "no" ricevuto dal Psoe alla opzione di un Governo di Grande coalizione, e rafforzata dopo l'offerta avanzata da *Podemos* al Psoe di formare un governo di coalizione e cambiamento con la sinistra radicale di *Izquierda unida*.

Il Re Felipe VI ha avviato quindi un secondo giro di consultazioni al termine delle quali ha indicato il leader del partito socialista, Pedro Sánchez, come candidato alla presidenza del governo, ritenendo che vi fossero i margini necessari per la formazione di una maggioranza parlamentare in grado di sostenere un governo a guida Psoe. Nel mese di tempo a disposizione il leader socialista ha portato avanti complesse negoziazioni per formare un governo “trasversale, progressista e del cambiamento” da lui presieduto, cercando soprattutto l’appoggio di Ciudadanos e Podemos. Al termine delle negoziazioni è riuscito a siglare un accordo esclusivamente con il leader di Ciudadanos, Albert Rivera, per costituire un governo riformista e progressista fondato su un ampio pacchetto di riforme economiche, sociali e costituzionali, da realizzare nel corso della legislatura. Accordo che ha portato, tuttavia, alla rottura definitiva delle trattative con Pablo Iglesias, da sempre contrario alla prospettiva di un governo con Ciudadanos e in completo disaccordo con i socialisti sulla questione della celebrazione del referendum sull’indipendenza in Catalogna.

L’esito complessivo delle negoziazioni ha precluso al candidato socialista di arrivare alla investitura con i voti necessari per ottenere la fiducia del Congresso. Il 2 marzo, infatti, dopo aver esposto il programma politico, Sánchez non è riuscito a ottenere la fiducia né in prima votazione, a maggioranza assoluta, né in seconda votazione, trascorse 48 ore, a maggioranza semplice, convertendosi nel primo candidato regio alla presidenza della democrazia postfranchista a non avere ottenuto la investitura del Congresso dei deputati. La unicità del caso è testimoniata dal fatto che nella ultratrentennale esperienza parlamentare tutti i candidati alla presidenza hanno ottenuto la fiducia a maggioranza assoluta in prima votazione, con la sola eccezione di Leopoldo Calvo Sotelo, nel 1981, e di J. Luis Rodriguez Zapatero, nel 2008, che hanno ottenuto l’investitura in seconda votazione.

Con tali premesse, a nulla è servito il terzo giro di consultazioni operate da Felipe VI, al termine delle quali ha dovuto formalizzare l’assenza di una maggioranza parlamentare per formare un governo, decretando lo scioglimento delle Camere e la convocazione di nuove elezioni.

Gli eventi descritti evidenziano come la dinamica politico-costituzionale conseguente alle elezioni del 20 dicembre, oltre a scardinare il bipartitismo spagnolo fondato sul

primato parlamentare del Psoe e del Pp, abbia segnato una brusca battuta d'arresto alla prassi dei Governi monocolore, maggioritari o minoritari, reiterata nell'esperienza costituzionale spagnola.

Le prossime elezioni saranno in grado di rivelare l'entità dei cambiamenti descritti e soprattutto chiariranno se questa nuova dinamica politica segnerà un'ulteriore fase di impasse, ovvero riuscirà a imprimere una nuova direzione alla forma di governo parlamentare che in questi anni ha avuto un'evoluzione in senso marcatamente maggioritario, quasi presidenziale, come sostenuto da alcuna dottrina che ha utilizzato espressioni simili per sottolineare, in senso critico, l'eccessivo protagonismo presidenziale.

PARLAMENTO

costituzione delle *cortes generales*

Il **13 gennaio**, nella data indicata dal [decreto n. 977/2015](#) di scioglimento delle Camere e indizione di nuove elezioni, si sono costituite le nuove Camere, il Congresso dei deputati e il Senato, della XI legislatura. Nell'ambito delle rispettive sessioni costitutive sono stati eletti i presidenti e gli altri membri delle presidenze di entrambe le camere e inoltre hanno preso possesso della propria carica i 350 deputati e i 208 senatori eletti il passato 20 dicembre.

Al Congresso dei deputati è stato eletto presidente il socialista, Patxi López, in seconda votazione a maggioranza semplice, mentre il ruolo di primo vicepresidente è stato assegnato a Celia Villalobos del Pp, quello di secondo vicepresidente a Micaela Navarro, del Psoe, e i ruoli di terzo e quarto vicepresidente, rispettivamente, a Gloria Elizo di Podemos e a Rosa Romero del Pp. Al Senato è stato rieletto Pio García Escudero del Pp in seconda votazione a maggioranza assoluta, mentre il ruolo di primo vicepresidente è stato assegnato a Pedro Sanz, sempre del Pp, e quello di secondo vicepresidente è andato a Joan Lerma del Psoe.

Nel corso della sessione costitutiva del Congresso dei deputati il Presidente del Governo in funzione, Mariano Rajoy, ha affermato che le forze politiche agiranno con serietà e responsabilità e ha espresso l'auspicio che la legislatura possa durare per l'intero quadriennio. Ha chiarito che l'intento del suo partito è di conseguire una grande coalizione con i socialisti. Ha fatto riferimento inoltre alla presenza di 250 deputati che presentano una sostanziale coincidenza di vedute sulle questioni essenziali e che potenzialmente potrebbero portare avanti il processo di riforme di cui necessita la Spagna per continuare il percorso di crescita economica e di creazione dell'occupazione.

la (mancata) investitura del presidente del governo

Dal **2 al 4 marzo** si è svolto il dibattito di investitura in seno al Congresso dei deputati per investire della fiducia il candidato regio alla presidenza del governo, Pedro Sánchez, ai sensi dell'art. 99 Cost. Nel corso del dibattito Sánchez ha esposto il suo programma politico fondato sostanzialmente sull'[accordo](#) per un governo riformista e progressista raggiunto con Ciudadanos, e ha invocato la realizzazione di un Governo del cambiamento con l'appoggio di tutti i partiti, eccetto il Pp, per rigenerare le istituzioni e rendere reale il cambiamento. Nei confronti del leader di quest'ultimo ha espresso dure critiche, accusandolo di de-responsabilizzazione per aver rifiutato la candidatura alla presidenza del governo e di essere la causa della conseguente incertezza e del possibile blocco istituzionale. In riferimento a tali aspetti, ha segnalato l'esigenza di liberare la Spagna dalla corruzione e dall'utilizzo partitico delle istituzioni, espressioni che hanno sollevato una dura reazione del presidente Rajoy che ha parlato di inganno e frode.

Al momento della votazione, tenutasi il **2 marzo**, il candidato socialista è riuscito a ottenere in suo favore soltanto i voti dei 90 deputati del suo partito, i 40 di Ciudadanos, e un di Coalizione Canaria, contro i 219 delle altre forze politiche che hanno votato contro, collocandosi ben al di sotto dalla maggioranza assoluta di 176 voti necessaria per la sua investitura alla presidenza del governo in prima votazione ai sensi dell'art. 99 Cost. A distanza di 48 ore dalla prima votazione, la situazione è rimasta pressoché invariata. Non riuscendo nemmeno ad ottenere la fiducia a maggioranza semplice in seconda votazione, si è convertito nel primo politico candidato regio alla presidenza della storia democratica postfranchista che non ha ottenuto la investitura da parte del Congresso dei Deputati né in prima né in seconda votazione. Si tratta quindi di un'eccezionalità, che prima di ora non si era mai verificata, e che sembra alterare i presupposti politici e giuridici fondamentali sui quali si è finora fondata la forma di governo monarchico-parlamentare spagnola. Si è aperta così una tappa completamente nuova e complessa nella dinamica politico-costituzionale spagnola, caratterizzata dalla fine del bipartitismo e dalla possibile persistenza di una situazione di inedita instabilità governativa.

Il **15 marzo** il Presidente del Congresso Patxi López ha dichiarato l'apertura di un grave conflitto istituzionale con il Governo in carica a causa del rifiuto espresso a sottomettersi al controllo del Congresso nella sessione di controllo convocata il 29 marzo dalla Presidenza e dalla Giunta dei portavoce. Il Presidente López ha preannunciato che questa omissione potrebbe dare luogo a un conflitto di attribuzione dinnanzi al Tribunale costituzionale.

GOVERNO

rapporti CON L'UNIONE EUROPEA

Nel primo quadrimestre del 2016 si sono registrate alcune tensioni nei rapporti con l'Unione europea principalmente a causa delle difficoltà riscontrate dal Governo spagnolo nel rispettare gli obblighi di bilancio pattuiti.

L'8 marzo la Commissione europea ha inviato una raccomandazione autonoma alla Spagna, insieme alle lettere inviate ad altri Paesi (Belgio, Croazia, Italia, Finlandia e Romania), con cui ha formalizzato le preoccupazioni dell'Unione per il mancato rispetto degli obblighi di bilancio. Nel caso della Spagna si tratta di un avviso formale, una specie di allarme preventivo, in cui invita a operare le correzioni macroeconomiche necessarie. Le statistiche pubblicate da Eurostat hanno confermato che il *deficit* della Spagna è risultato pari al 5,8% del PIL per l'esercizio passato, quasi nove decimi in più rispetto al 4,2% precedentemente pattuito con le istituzioni europee.

Il 18-19 febbraio il Presidente del Governo, Mariano Rajoy, ha partecipato a una riunione straordinaria del Consiglio europeo in cui è stato raggiunto un importante accordo su una nuova intesa per la permanenza del Regno Unito nell'Unione in vista della celebrazione del referendum sul c.d. Brexit che si celebrerà nel Paese il 23 giugno 2016. Questo aspetto, data la rilevanza politica, ha assunto ampia centralità nel corso della riunione del Consiglio ma non ha esaurito interamente la discussione, poiché sono stati affrontati altri temi, quali, la crisi migratoria e dei rifugiati in corso, la situazione in Siria e in Libia, e infine la politica economica nell'Eurozona.

Il Premier spagnolo, nella conferenza stampa successiva, ha commentato positivamente l'accordo raggiunto per la permanenza del Regno Unito nell'Ue, evidenziando come esso riesca a operare un giusto bilanciamento tra il rispetto dei principi e dei valori fondamentali dell'Unione e le richieste avanzate dal Premier Cameron. Nello specifico ha evidenziato come nel corso delle negoziazioni la Spagna abbia difeso il principio della libera circolazione dei lavoratori e l'accesso senza discriminazioni ai benefici sociali nel quadro dell'Unione. Inoltre ha evidenziato come nel corso delle negoziazioni la Spagna si sia impegnata per garantire il pieno rispetto dell'uguaglianza di trattamento e della competenza nei mercati finanziari e bancari. Ha chiarito inoltre che l'accordo non suppone una modifica dei Trattati e le eventuali modifiche previste nell'accordo verranno eventualmente realizzate attraverso i procedimenti di revisione previsti nei Trattati. In merito alla questione migratoria, il Premier Rajoy ha evidenziato come la priorità sia risolvere le cause dei fenomeni migratori per prevenirne le conseguenze, cooperando con i paesi di provenienza dei migranti, sconfiggendo le organizzazioni criminali e rinforzando il controllo alle frontiere.

Per quanto concerne la politica economica, Rajoy ha affermato la piena condivisione e il pieno allineamento della Spagna alle raccomandazioni adottate per la zona euro riguardanti - nello specifico - la correzione degli squilibri e lo sviluppo della competitività, la riforma e la flessibilità del mercato del lavoro, la politica fiscale e la riduzione dei livelli del debito pubblico, la politica finanziaria e la ristrutturazione del settore bancario.

Infine, rispetto alla situazione internazionale, il Presidente ha evidenziato come sia stata confermata la volontà di realizzare le azioni necessarie per porre fine alle ostilità militari e

paramilitari in Siria e per stabilizzare la situazione politica in Libia dando attuazione all'accordo politico libico.

Il **17-18 marzo** il Presidente del Governo Mariano Rajoy ha partecipato alla riunione ordinaria del Consiglio europeo in cui sono state discusse misure per affrontare la crisi migratoria e rafforzare la cooperazione con la Turchia, e in cui è stato approfondito il dibattito sulla situazione economica, sul clima e l'energia.

Nella conferenza stampa successiva alla riunione del Consiglio europeo, il Presidente Rajoy ha ribadito come nell'accordo raggiunto con il primo ministro turco, la Spagna si sia impegnata a introdurre disposizioni a salvaguardia del diritto di asilo per garantirne il pieno rispetto, conformemente alla legislazione internazionale ed europea.

Sulla questione migratoria, il Presidente Mariano Rajoy ha sostenuto pienamente le raccomandazioni e gli interventi approvati nel Consiglio per affrontare la crisi migratoria, evidenziando come la Spagna abbia sostenuto la necessità di una vera politica comune migratoria e di asilo.

In relazione alla politica economica, il Presidente ha evidenziato come in questo Consiglio siano state definite le priorità del semestre europeo, che risultano pienamente in linea con l'agenda delle riforme posta in essere in Spagna nell'ultimo quadriennio, rivolte a promuovere la responsabilità fiscale e le riforme strutturali. Ha evidenziato come la Commissione abbia riconosciuto gli sforzi compiuti dalla Spagna e l'inversione di tendenza della sua economia, pur ritenendo necessario proseguire sulla strada delle riforme, obiettivo pienamente condiviso dal Premier.

Il **6 aprile** il *Pleno* del Congresso è intervenuto in seno al Congresso dei deputati per operare un resoconto dettagliato delle riunioni del Consiglio europeo di febbraio e marzo, nonché del vertice Unione europea-Turchia svoltosi il 18 marzo. Il Presidente ha informato i deputati nel dettaglio delle questioni discusse e degli accordi raggiunti nell'ambito delle riunioni, soffermandosi, in particolar modo, sul problema della crisi dei rifugiati e sulle soluzioni concordate in tale consiglio per arginare il fenomeno.

In linea con le decisioni assunte nell'ambito del Consiglio europeo, il **22 aprile**, il Consiglio dei Ministri ha autorizzato lo stanziamento di 83,4 milioni di euro nel settore della protezione internazionale, al fine di rafforzare il sistema nazionale di accoglienza e integrazione dei soggetti richiedenti e beneficiari della protezione internazionale. La Ministra dell'occupazione e della sicurezza sociale, Fátima Báñez, ha specificato che: 74 milioni di euro saranno destinati a finanziare progetti diretti a creare e a mantenere strutture di accoglienza e sviluppare itinerari specifici di inserimento gestiti dalle ONG; 1,2 milioni di euro saranno destinati ai Centri di accoglienza temporale degli immigrati di Ceuta e Melilla; 2,24 milioni saranno diretti alla formazione e alla accoglienza di gruppi specifici, come le vittime della tratta di essere umani; e infine 3 milioni di euro saranno destinati a progetti rivolti all'inserimento lavorativo dei soggetti richiedenti e beneficiari della protezione internazionale.

Il **29 aprile** il Governo di Madrid ha trasmesso alla Commissione europea il [Programma di stabilità](#) e il [Programma nazionale delle riforme](#), adempiendo così agli obblighi imposti dall'Unione agli Stati membri al fine di coordinare le politiche economiche nazionali nel quadro del semestre europeo. Nel piano di stabilità, dove viene illustrato lo scenario macroeconomico e fiscale del Paese a medio termine, si attesta una crescita del PIL spagnolo del 3,2% nel 2015, e del 3,4% nei primi mesi del 2016, un aumento del 3,9% dell'occupazione nel 2015, e si indica come obiettivo per il 2016 il deficit pari al 3,6% del PIL. Nel programma nazionale delle riforme, ove vengono indicate le misure che si intendono portare a termine per garantire la crescita economica e l'occupazione, si segnalano cinque ambiti prioritari di intervento: la creazione dell'occupazione e la inclusione sociale; l'aumento dell'efficacia e della competenza nei mercati di beni e servizi; l'appoggio alle attività imprenditoriali e allo sviluppo imprenditoriale; l'impulso alla crescita sostenibile, fondato sulla innovazione e la ricerca, sul medio ambiente, e sulla efficienza nella pubblica amministrazione.

Secondo le previsioni macroeconomiche elaborate dalla Commissione europea, il *deficit* della Spagna risulterà, invece, pari al 3,9% nel 2016, si ridurrà al 3,1% nel 2017 e soltanto nel 2018 raggiungerà l'obiettivo del 3%. Alla luce di tali previsioni, la Spagna rischia di essere il primo paese della storia dell'Ue ad essere multato per deficit eccessivo. Qualora l'Unione dovesse applicare le sanzioni per il mancato raggiungimento dell'obiettivo del deficit, dovrebbe applicare nell'arco di venti giorni una multa pari allo 0,2% del PIL. Dalle dichiarazioni pronunciate dal commissario europeo per gli affari economici, Pierre Moscovici, sembrerebbe che non vi sia però la volontà di applicare immediatamente sanzioni alla Spagna data anche la situazione di instabilità del Paese dovuta alla mancata formazione del Governo statale.

riunione rajoy/puigdemont

Il **20 aprile** il Presidente del Governo Mariano Rajoy ha svolto una riunione con il Presidente della Generalità, Carles Puigdemont, nel Palazzo della Moncloa. Nel corso della riunione sono state affrontate diverse questioni problematiche quali, ad esempio, la crisi dei rifugiati, la povertà energetica, la giurisdizionalizzazione della politica, le politiche economiche e occupazionali, la riforma del modello di finanziamento autonomico e, infine, la questione independentista catalana. Su quest'ultimo aspetto è stata confermata la presenza di un profondo disaccordo e l'assenza di qualsiasi apertura o cambiamento di vedute da parte dei due leader. Il Presidente della Generalità ha confermato la volontà di celebrare un referendum vincolante sull'indipendenza della Comunità autonoma, rispetto al quale Rajoy ha ribadito la sua piena contrarietà, sostenendo la necessità di difendere l'indissolubile unità della nazione spagnola e la sovranità del popolo spagnolo nel rispetto della Costituzione e della legge.

Sugli altri temi è stato operato un confronto cordiale e sono state scambiate promesse di collaborazione reciproca. In particolare, per la riforma del modello di finanziamento

autonomico, Mariano Rajoy ha chiesto la collaborazione del Presidente della Generalità, specificando che nell'ultimo Consiglio di politica fiscale e finanziaria si è deciso di costituire un gruppo di esperti, composto anche da rappresentanti nominati dalle Comunità autonome, con l'incarico di elaborare un lavoro preparatorio per il prossimo Governo spagnolo.

CORONA

LE CONSULTAZIONI Del re Felipe VI PER LA DESIGNAZIONE DEL CANDIDATO ALLA PRESIDENZA DEL GOVERNO

Il **18 gennaio** il Re Felipe VI ha iniziato il primo giro di consultazioni con i portavoce dei gruppi politici con rappresentanza parlamentare, ai sensi dell'articolo 99 Cost. A conclusione di tali consultazioni, ha emesso un [comunicato](#), indicando Mariano Rajoy, quale candidato ufficiale alla presidenza del governo, e specificando, tuttavia, che questi ha declinato l'incarico. Mariano Rajoy ha rifiutato l'incarico perché ha preso atto dell'impossibilità di formare un governo senza una maggioranza parlamentare di sostegno nel Congresso. Consapevolezza acquisita dopo che il Psoe ha rifiutato di costituire un governo di grande coalizione targato Pp-Psoe e dopo che *Podemos* ha offerto al Psoe di formare un governo di coalizione e di cambiamento con la sinistra radicale di *Izquierda unida* in cui assumere la vicepresidenza. La strategia politica portata avanti da Mariano Rajoy, secondo fonti interne al partito, aspirava a far sì che il Re non indicasse alcun candidato alla presidenza in maniera da formalizzare la situazione di stallo politico-istituzionale, forzando così un accordo con il Psoe, oppure obbligando ad andare a nuove elezioni. A tal fine, la presidenza del governo ha studiato le possibili soluzioni giuridiche in grado di legittimare una scelta politica simile, provando anche a chiedere un parere consultivo al Consiglio di Stato. In realtà l'opinione giuridica maggioritaria ritiene che non sia praticabile alcuna formula costituzionale per andare a nuove elezioni senza passare per un fallito tentativo di investitura. La posizione assunta su tale aspetto da Mariano Rajoy ha incrinato definitivamente i rapporti con il Re Felipe VI. Dopo questo fallito tentativo, il **27 gennaio**, Felipe ha avviato un secondo giro di consultazioni con i rappresentanti dei gruppi politici indicati dal Presidente del Congresso. Le consultazioni hanno portato, il **2 febbraio**, alla designazione del leader del Psoe, Pedro Sánchez, come candidato alla presidenza e alla sua conseguente accettazione dell'incarico. Pedro Sánchez, nel mese di tempo a disposizione, ha portato avanti complesse negoziazioni per formare una maggioranza in grado di appoggiare un governo "trasversale, progressista e del cambiamento" da lui presieduto, cercando il voto a favore o, nel peggiore dei casi, l'astensione di Ciudadanos e Podemos, ai quali ha chiesto di rinunciare ai veti. Le negoziazioni hanno condotto a un complesso accordo con il leader di Ciudadanos, Albert Rivera, per un governo riformista e progressista fondato sostanzialmente sulla realizzazione di un ampio pacchetto di riforme economiche, sociali e costituzionali.

La conclusione di tale accordo è costata a Pedro Sánchez l'appoggio di Podemos, che lo ha giudicato incompatibile con la sua partecipazione alla formazione di un governo che si definisca progressista e ha dichiarato la rottura delle trattative con i socialisti sulla possibile investitura di Sánchez. Le votazioni on-line, che si sono compiute internamente al partito di Podemos, hanno riportato un esito negativo, pari all'88% dei votanti, rispetto alla ipotesi di un accordo per la formazione di un governo con Psoe e Ciudadanos, mentre hanno registrato un voto favorevole, pari al 91% dei partecipanti, alla opzione di un governo di coalizione con il Psoe, Izquierda unida e nazionalisti di sinistra baschi e catalani.

Il dibattito di investitura, che si è celebrato dal 1 al 4 marzo, ha registrato un esito negativo per Pedro Sánchez (v. *supra*, Parlamento, La (mancata) investitura del Presidente del Governo). I risultati del dibattito sono stati ufficialmente comunicati dal Presidente del Congresso al Re, che ha deciso di non iniziare immediatamente le successive consultazioni per dare tempo ai gruppi politici di portare avanti le azioni ritenute opportune agli effetti di quanto previsto dall'art. 99 Cost.

Il **25 aprile** il Re ha iniziato il terzo giro di consultazioni con i rappresentanti dei gruppi politici al fine di verificare la possibilità di designare un candidato alla presidenza del governo in grado di ottenere la fiducia del Congresso, ovvero di procedere allo scioglimento delle Camere e alla convocazione di nuove elezioni con decreto controfirmato dal Presidente del Congresso ai sensi dell'articolo 99. 4 comma Cost.. Le consultazioni si sono chiuse il **26 aprile** senza l'individuazione di alcun candidato alla presidenza poiché è emersa chiaramente l'assenza di una maggioranza parlamentare in grado di dare la fiducia a un Governo anche di minoranza. E' fallito così anche l'ultimo tentativo portato avanti, *in extremis*, da Compromis, per formare un governo guidato da Pedro Sánchez e fondato su un accordo plurale di governabilità. Tale accordo, c.d. [acuerdo del prado](#), si fondava sulla realizzazione di un pacchetto di riforme minime comuni, la votazione della legge di bilancio per i primi due anni, e la previsione di un voto di fiducia generale al Presidente del Governo nel 2018. I veti posti da Podemos e Ciudadanos hanno precluso di concludere l'accordo.

Al termine dell'ultimo giro di consultazioni, il Re ne ha dato comunicazione al Presidente del Congresso. Il **3 maggio** il Re ha disposto lo scioglimento delle *Cortes Generales* e ha convocato nuove elezioni, il 26 giugno, mediante l'emanazione del [decreto n. 184/2016](#) controfirmato dal presidente del Congresso, ai sensi dall'art. 99, comma 5 Cost.

CORTI

Tribunale costituzionale

Il **16 febbraio** il Tribunale costituzionale ha ammesso ad esame, con [decisione n.1687 \(BOE n. 43\)](#), il conflitto di competenza n. 672/2016, sollevato il 9 febbraio dal Governo spagnolo contro alcune disposizioni del [decreto n. 2/2016](#) della Generalità catalana (articoli

1, comma 1 e 3, comma 3), relativo alla creazione, denominazione e determinazione dell'ambito di competenza dei dipartimenti della amministrazione catalana, nonché contro talune disposizioni del [decreto n. 45/2016](#), relativo alla strutturazione del Dipartimento affari esteri, relazioni istituzionali e trasparenza istituito con il precedente decreto. Il Governo ha fatto ricorso all'art. 161, comma 2 della Cost. che comporta automaticamente e immediatamente la sospensione delle disposizioni impugnate, in via cautelare, in attesa del giudizio definitivo da compiersi entro cinque mesi al massimo.

Nel ricorso si lamenta una violazione della competenza esclusiva dello Stato in materia di relazioni internazionali, come stabilito dall'articolo 149 della Costituzione, in base al quale - secondo il ricorrente- spetta allo Stato ordinare gli organi e le amministrazioni statali per dare attuazione alla politica estera. Quest'ultima va intesa come un insieme di decisioni e azioni del Governo alle quali le Comunità autonome devono uniformarsi. Secondo il ricorrente la denominazione affari esteri utilizzata per la denominazione del dipartimento catalano viola tale competenza esclusiva dello Stato e l'attribuzione dettagliata di funzioni a tale dipartimento non contiene alcuna previsione relativa al necessario e inevitabile coordinamento con la politica estera portata avanti dal Governo statale.

Il **3 marzo** il Tribunale costituzionale ha concesso un termine di 10 giorni al *Fiscal* e alla Generalità della Catalogna per presentare la documentazione allegata relativa al ricorso del Governo Rajoy contro la costituzione del Dipartimento catalano degli affari esteri.

AUTONOMIE

Il nuovo governo catalano e il processo indipendentista

Dopo le elezioni anticipate del 27 settembre in Catalogna, a cui i partiti del fronte indipendentista hanno attribuito il valore di un plebiscito sulla indipendenza, si è aperto il processo per la formazione del nuovo Governo indipendentista, che ha portato, all'ultimo, alla rinuncia di Artur Mas alla presidenza della Generalità e alla investitura di Carles Puigdemont, sostenuto dai partiti indipendentisti di JxSi e la CUP.

Il **20 gennaio** Carles Puigdemont, sindaco di Girona e presidente dell'associazione dei municipi catalani per la indipendenza, è stato eletto Presidente della Generalità con i 70 voti favorevoli provenienti dalle liste indipendentiste di JxSi e la CUP, 63 contrari e due astensioni. Puigdemont è stato eletto alla presidenza dopo la rinuncia del presidente uscente Artur Mas, che a novembre non era riuscito a ottenere la fiducia né in prima votazione a maggioranza assoluta, né in seconda votazione a maggioranza semplice, a causa del mancato

accordo con la CUP, che si era espressa contro la sua candidatura ritenendola troppo legata agli scandali di corruzione e ad una politica sociale completamente inadeguata in un periodo di crisi economica. Nel discorso di investitura, Carles Puigdemont, ha confermato di voler perseguire il traguardo indicato da Mas, vale a dire il conseguimento dell'indipendenza dalla Spagna entro il 2017 per costituire una repubblica catalana indipendente. Ha dichiarato di voler dare immediata applicazione alla risoluzione secessionista approvata dal Parlamento nel novembre scorso, *Resolució 1/XI del Parlament de Catalunya, sobre l'inici del procés polític a Catalunya com a conseqüència dels resultats electorals del 27 de setembre de 2015*, annullata dal Tribunale costituzionale con sentenza 59/2015 (per l'esame della risoluzione e della sentenza si rinvia a L. Frosina, *Le elezioni catalane e politiche del 2015: due terremoti elettorali e l'inizio di una complessa fase politico-costituzionale*, in questa Rivista n. 3/2015). Ha promesso di mettere in cantiere entro un mese le leggi necessarie per avviare il processo di "disconnessione" dalla Spagna e creare le nuove istituzioni del futuro Stato indipendente, in particolare, un'agenzia fiscale e una agenzia della sicurezza sociale catalana.

Contestualmente all'elezione del Presidente della Generalità sono stati approvati e due decreti della Generalità catalana, nn. 2 e 45 del 2016, con i quali sono stati ridefiniti i dipartimenti della Generalità ed è stato creato il dipartimento affari esteri, relazioni istituzionale e trasparenza. In particolare, il decreto n. 45 ha provveduto alla riorganizzazione della struttura interna del dipartimento attraverso la creazione al suo interno della segreteria generale e della segreteria affari esteri e Unione europea.

Il **28 gennaio** è stata costituita in seno al Parlamento catalano la Commissione di studio del processo costituente, nonostante l'opposizione di alcuni gruppi parlamentari come Ciudadanos, il Psc e il Pp, che hanno dichiarato di non partecipare alle sue riunioni. La

commissione è stata istituita allo scopo di analizzare varie questioni concernenti le modalità di struttura dello Stato, i diritti e i doveri, le garanzie costituzionali, la partecipazione cittadina o il modello socioeconomico.

Il Governo statale ha presentato un *incidente de ejecución*, ai sensi dell'art. 92 della nuova legge organica del Tribunale costituzionale, contro l'atto formale di costituzione della Commissione, giudicandola contraria alla sentenza che ha dichiarato l'incostituzionalità e la nullità della risoluzione del Parlamento catalano sull'inizio del processo indipendentista. Il Tribunale costituzionale ha ammesso a esame l'incidente promosso dal Governo statale contro il Parlamento catalano. Quest'ultimo ha difeso - a sua volta - la necessità di proseguire i lavori della commissione, ritenendo l'atto costitutivo della Commissione un atto parlamentare, non normativo, e quindi un atto di autonomia interna che come tale risulta insindacabile. La *Fiscalia* statale ha sollecitato il Tribunale costituzionale a informare espressamente la Presidente del Parlamento catalano, Carme Forcadell, delle conseguenze derivanti dalla mancata attuazione della sentenza e dalla continuità dei lavori della Commissione. Ai sensi dell'articolo 92 della nuova legge organica, si contemplano una serie di misure per dare attuazione alla sentenza, che vanno dalla imposizione di una multa (che va da 3.000 a 30.000 euro) per le autorità che non diano attuazione alle risoluzioni, alla sospensione delle relative funzioni, ovvero prevedono che sia il Governo ad adottare le misure necessarie.

Nel corso dei primi mesi del suo Governo, Carles Puigdemont, ha annunciato a più riprese la volontà di portare a termine il processo di disconnessione dalla Spagna entro 18 mesi, senza compiere tuttavia azioni specifiche in questa direzione. Alla fine di marzo è iniziato il processo per l'approvazione delle c.d. tre leggi di rottura in seno al Parlamento catalano,

mediante la designazione in seno alle Commissioni competenti dei portavoce incaricati di elaborare le relative proposte di legge, concernenti, rispettivamente, la transizione giuridica, la protezione sociale e l'amministrazione tributaria, da approvare in seno a una *ponencia* unica.

Il **18 aprile** il Presidente Puigdemont, in occasione dei suoi primi cento giorni di governo, ha presentato il suo piano di governo basato su tre aspetti fondamentali: lo Stato del benessere, la lotta contro la disoccupazione e la rigenerazione democratica.

[Le primarie presidenziali e la democrazia americana. In the Search for a Good Candidate.](#)

Di Giulia Aravantinou Leonidi*

IL dibattito politico e dottrinario è dominato in questi mesi dal processo di selezione dei candidati alla corsa alla Casa Bianca.

Nel 1888 in *The American Commonwealth* James Bryce scriveva “What a party wants is not a good president, but a good candidate”. La selezione dei candidati costituisce, pertanto, un passaggio rilevante nel processo di elezione del Presidente e anche un momento fondamentale per la vita democratica degli Stati Uniti, un rito a cui non ci si può sottrarre.

Sotto il profilo costituzionale, è bene ricordare come l’elezione del Presidente degli Stati Uniti sia solo parzialmente disciplinata dalla Costituzione. Il processo di elezione del Presidente e del vice-presidente degli Stati Uniti è suddiviso in due fasi, una intrapartitica, prevalentemente attuata attraverso lo strumento delle primarie, ed una interpartitica secondo la quale i candidati, in seguito all’approvazione nel 1804 del XII emendamento, sono eletti direttamente dai grandi elettori in ciascuno Stato. Nell’elezione per il Presidente, che si terrà invece in un unico giorno, il cosiddetto “Election Day”, che dal 1845, in base ad un Act adottato dal 28° Congresso il 2 Dicembre 1844, ha luogo il primo Martedì successivo al primo Lunedì del mese di Novembre, in concomitanza con altre elezioni di livello federale, statale e locale⁶⁷¹, il candidato che ottiene almeno 270 voti dei 538 grandi elettori vince, altrimenti decide la *House of Representatives* (ipotesi verificatasi solo 2 volte, con Jefferson nel

*Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni Politiche Comparete, Dipartimento di Scienze Politiche, Università di Roma “Sapienza”

⁶⁷¹ 5 Stat. 721.

1801 e con Adams nel 1825). La fase intrapartitica non è prevista dalla Costituzione e riguarda la cd. *nomination* dei candidati alla Presidenza. Questa fase viene inaugurata dalla designazione dei delegati di ciascuno Stato alla *party national convention*. A stabilire il numero dei delegati per ciascuno Stato sono gli statuti dei partiti (recentemente modificati)⁶⁷². La scelta dei delegati è affidata ai *caucus* o al meccanismo delle primarie.

La fase interpartitica è disciplinata dalla Costituzione all'art. II sez. I, 2 in base al quale “Ogni Stato nominerà, nel modo che verrà stabilito dal suo organo legislativo, un numero di Elettori, pari al numero complessivo dei senatori e dei rappresentanti che lo Stato ha diritto di mandare al Congresso; ma né senatori, né rappresentanti, né altri che abbiano incarichi fiduciari o retribuiti alle dipendenze degli Stati Uniti, potranno essere nominati Elettori”. La previsione di un collegio elettorale apposito aveva, nelle intenzioni dei padri fondatori, la duplice finalità di scollegare l'esecutivo dal legislativo e di evitare l'investitura diretta da parte del corpo elettorale.

La Costituzione non ha disciplinato le modalità di svolgimento delle elezioni statali per la designazione degli elettori presidenziali. I grandi elettori sono eletti in novembre di ciascun quarto anno in numero pari ai senatori e ai deputati attribuiti a ciascuno stato⁶⁷³. In origine la designazione dei grandi elettori avveniva ad opera dei legislativi statali. Nel 1892

⁶⁷² I due grandi partiti americani sono stati molto attivi negli ultimi anni per evitare di farsi trovare impreparati all'appuntamento con le presidenziali del 2006. Così il 23 gennaio 2014 il Comitato nazionale del partito repubblicano ha cambiato le regole delle primarie, in modo da accelerare il processo di scelta del candidato e di nomina del vincitore. L'iniziativa ha consentito al candidato alla presidenza di disporre molto prima del denaro raccolto per promuovere la sua candidatura in modo da anticipare, e quindi allungare, i tempi della campagna elettorale. Anche il *Democratic National Committee* ha approvato il 24 agosto 2014 una modifica analoga. Le modifiche alle regole per lo svolgimento delle primarie e la liberalizzazione del finanziamento privato alle campagne elettorali rappresentano dei meccanismi attraverso i quali è possibile rintracciare una significativa trasformazione della politica americana – già caratterizzata dalla forte polarizzazione tra Congresso ed esecutivo – le cui istituzioni rischiano ora di divenire terra di conquista per il miglior offerente, soprattutto in seguito alla pronuncia della Corte Suprema del 2014 *McCutcheon v. Fec.*

⁶⁷³ Il XXIII Emendamento della Costituzione prevede poi che il Distretto di Columbia esprima un numero di Grandi Elettori pari a quelli dello Stato con il minor numero di Grandi Elettori, pertanto, ai 535 Grandi Elettori statali, se ne aggiungono altri tre per il Distretto di Columbia, per un totale di 538 elettori. La data per l'elezione dei Grandi elettori è stata stabilita da una legge federale del 1792.

la Corte Suprema è intervenuta in occasione della sentenza *MacPherson v. Blacker* a precisare che la Costituzione assegna agli Stati piena libertà nello scegliere i sistemi per l'elezione degli elettori presidenziali⁶⁷⁴. Attualmente tutti gli elettori presidenziali sono scelti direttamente dagli elettori ma agli albori della repubblica statunitense, com'è stato già ricordato) oltre la metà degli Stati designava i propri elettori tramite le assemblee legislative statali. Il diritto degli Stati, pienamente riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Corte Suprema, è stato progressivamente sostituito, a partire dalla fine del XIX secolo, dalla prassi dell'elezione diretta, affermata contestualmente all'allargamento del suffragio e alla diversificazione della popolazione elettorale⁶⁷⁵. Su questo punto la Corte Suprema è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi in occasione della storica sentenza *George W. Bush, et al., Petitioners v. Albert Gore, Jr., et al.*, del 2000⁶⁷⁶ in occasione della quale i giudici hanno stabilito che l'organo legislativo statale può in qualsiasi occasione decidere di esercitare direttamente il potere di nomina attribuitogli dalla Costituzione, revocandolo ai cittadini. Oggi, in quasi tutti gli Stati, con l'eccezione di Maine e Nebraska, dove viene in parte adottato un metodo maggioritario e in parte uno proporzionale (district system), i Grandi Elettori sono individuati sulla base di una legge elettorale maggioritaria (*general ticket system* o *winner-take-all*)⁶⁷⁷.

Le primarie e i caucus si tengono generalmente in un periodo di sei mesi che viene inaugurato all'inizio dell'anno dell'elezione presidenziale. Nel 2016 le primarie si sono svolte a partire dal 1 febbraio data in cui si sono svolti i caucuses repubblicani e democratici in

⁶⁷⁴ R. C. Silva, *State Law in the Nomination Election and Instruction of Presidential Electors*, in *American Political Science Review*, n.42, 1948, pp.523-529.

⁶⁷⁵ Secondo quanto stabilito dal XXVI Emendamento alla Costituzione del 1971 il diritto di voto spetta a tutti gli americani al compimento del 18° anno di età e non può in alcun modo essere negato ai cittadini per ragioni di razza, colore o precedente condizione di schiavitù; tuttavia per poter esercitare questo diritto occorre registrarsi volontariamente presso i seggi

⁶⁷⁶ v. Supreme Court Of The United States, *George W. Bush, et al., Petitioners v. Albert Gore, Jr., et al.*, On Writ Of Certiorari To The Florida Supreme Court, Per Curiam, December 12, 2000, IIB.

⁶⁷⁷ The Electoral College: How It Works in Contemporary Presidential Elections Thomas H. Neale Government and Finance Division RS20273 Updated September 8, 2003

Iowa. Il processo di nomina attraverso il sistema delle primarie e dei caucus terminerà in occasione delle *National conventions* dei due principali partiti che si terranno in luglio quando i delegati sceglieranno il loro candidato alla presidenza.

In seguito alle riforme introdotte nel 1972 per rendere il processo di nomina più trasparente ed inclusivo, la maggior parte degli Stati ha adottato il sistema delle primarie, sebbene alcuni Stati mantengano lo strumento dei caucus, dai tratti più pittoreschi.

Negli ultimi anni gli Stati si sono adoperati in una competizione per anticipare lo svolgimento delle primarie e dei caucus. Questo fenomeno prende il nome di *front-loading*. In anni recenti, per ovviare al dilagare di questo fenomeno e ai suoi effetti sul sistema politico, i partiti hanno adottato delle regole volte ad attribuire maggiore rilevanza agli Stati in cui gli eventi legati al processo di nomination si svolgono nella primavera inoltrata.

Nel 2016 entrambi i partiti hanno consentito soltanto a quattro stati di anticipare la selezione dei delegati in febbraio: New Hampshire⁶⁷⁸, Nevada, Iowa, South Carolina⁶⁷⁹. Gli altri stati hanno dovuto attendere fino al 1 marzo (12 stati) giorno generalmente noto come *Supertuesday*.

Le primarie presidenziali del 2016 si distinguono da quelle del 2008, che consegnarono la nomination ed in seguito la Casa Bianca al primo presidente afroamericano, innanzitutto per il clima di forte sfiducia nella politica economica in cui si trova il Paese, la cui classe media è stata inginocchiata da una crisi sconosciuta all'America del "yes, we can" obamiano. Oggi i candidati sono consapevoli che l'esercizio di democrazia a cui sono chiamati gli

⁶⁷⁸ William G. Mayer, "The New Hampshire Primary: A Historical Overview" in Gary R. Orren and Nelson W. Polsby, eds., *Media and Momentum: The New Hampshire Primary and Nomination Politics* (Chatham, NJ: Chatham House, 1987), pp. 10-11.

⁶⁷⁹ Questi Stati sono generalmente definiti *early states*

americani si svolge sullo sfondo di tensioni sociali, economiche e politiche ben diverse. A stimolare l'interesse degli elettori medi americani non sono pertanto slogan immaginifici come quello con cui nel 2008 Barack Obama chiamava il Paese al cambiamento, ma affermazioni concrete, come concreti sono i bisogni dell'elettorato americano. Se nei dibattiti televisivi è possibile rintracciare un più saldo ancoraggio al Paese reale, gli slogan delle campagne parlano alle aspirazioni di un'America delusa.

L'ex Segretario di Stato e Senatore di New York, Hillary Clinton, sceglie di richiamare all'immaginario collettivo la decisione personale di dedicare la propria vita alle istituzioni degli Stati Uniti con il suo "Hillary for America", Ted Cruz fa appello alle sue origini per incontrare il favore delle minoranze— da sempre bacino elettorale dei democratici — e rievoca l'idea del sogno americano con il suo slogan "Reigniting the Promise of America". Anche il repubblicano George Pataki, ritiratosi il 29 dicembre dalla campagna, cede alle lusinghe del populismo con il suo "People Over Politics", in piena sintonia con il trend rappresentato in tempi di crisi da altri esponenti e movimenti politici, anche europei. Marco Rubio, in cui l'*establishment* repubblicano aveva riposto molta fiducia dopo la decisione di Jeb Bush di ritirarsi dalla campagna, ha al pari di Cruz, optato per un messaggio di ottimismo che richiama i valori della patria americana, scegliendo come slogan "A New American Century". Toni più decisi e inconsueti per la politica statunitense, quelli scelti da Bernie Sanders, rivelatosi un valido competitor per Hillary Clinton. Con il suo motto "A Political Revolution Is Coming", il democratico del Vermont alimenta le critiche di chi lo considera un radicale di sinistra inadatto a ricoprire la carica di Presidente. A non avere mezze misure è senz'altro Donald Trump, il magnate newyorkese, che con il suo linguaggio irriverente e le proposte dal sapore xenofobo, sta avanzando a dispetto delle preoccupazioni del suo stesso

partito nella scalata per la nomination del GOP. Il suo slogan: “Make America Great Again!” e se poi intenda realizzare il suo programma innalzando muri al confine con il Messico o vietando l’ingresso nel Paese ai musulmani, si tratterà di un’altra delle contraddizioni con cui la democrazia americana sarà chiamata a confrontarsi.

Il timore di una sua vittoria nella Corsa alla Casa Bianca, covato anche da esponenti di spicco del partito dell’elefantino, potrebbe far convergere sull’ex first lady i voti dei moderati repubblicani, che non hanno gradito i commenti di Trump sulle minoranze etnico-religiose che hanno fatto gridare la stampa internazionale all’apologia del nazifascismo.

Novembre è ancora lontano e le sfide ancora numerose. Scottanti i temi entrati di prepotenza nella campagna delle primarie presidenziali: il terrorismo internazionale, il controllo delle armi da fuoco, la discriminazione razziale, il diritto di voto, i diritti di riproduzione. Temi che preoccupano anche l’amministrazione Obama, avviata ormai verso la transizione e sempre meno capace di imporsi su un Congresso dominato dai repubblicani. Quale ultimo atto di un Presidente in scadenza, Obama lancia il guanto di sfida all’indirizzo dei repubblicani del Congresso per esercitare il suo diritto costituzionale di nomina dei giudici federali e nomina Merrick Garland alla Corte Suprema per colmare lo scranno lasciato vacante da Antonin Scalia, scomparso all’inizio di febbraio. Mentre lo scontro tra Presidente e Congresso si consuma sul terreno della nomina di Garland, la Corte Suprema, in handicap numerico, fatica a raggiungere un equilibrio sulle importanti decisioni che la vedono impegnata e che minacciano di gettare il Paese nel caos.

Per una volta ancora la comunità internazionale trattiene il fiato, mentre la democrazia americana celebra i suoi riti, con la speranza che il 45° Presidente sia un buon Presidente e non solo a “good candidate”.

VOTAZIONI E PARTITI

UN ANNO DI ELEZIONI

Nel 2016 I cittadini americani sono chiamati alle urne per eleggere i propri rappresentanti presso organi federali, statali e locali. Non si tratta dunque di eleggere solo il successore di Barack Obama. Ad essere in ballo sono anche i 435 seggi della Camera dei Rappresentanti e i 34 del Senato, che si rinnova per un terzo. In ventidue Stati gli elettori sono chiamati ad esprimersi per il rinnovo delle cariche di ben 93 membri degli esecutivi, tra governatori, segretari di Stato, procuratori generali, ecc. Nelle 99 camere che compongono i legislativi degli Stati, 86 seggi si rinnovano. In quarantatré delle cento più grandi città del Paese si svolgeranno elezioni municipali per eleggere sindaci e consiglieri municipali.

Nonostante questi numeri impressionanti, l'attenzione degli osservatori internazionali viene ad essere totalmente focalizzata sugli esiti, in alcuni casi più o meno attesi, delle primarie e dei caucus dai quali sarà possibile evincere con sufficiente certezza i nominativi dei due esponenti del Partito democratico e del Partito repubblicano in corsa per la Casa Bianca.

Nel primo dibattito pubblico tra Bernie Sanders e Hillary Clinton tenutosi il **4 febbraio** i due candidati alla nomination del partito democratico si sono scontrati sulla visione che hanno del partito di riferimento. Il dibattito si è svolto a pochi giorni dalle primarie del New Hampshire, Stato che tradizionalmente ospita le prime consultazioni per la corsa alla nomination. Al centro del dibattito il tema del finanziamento delle campagne elettorali, della gestione della politica estera e della minaccia costituita da ISIS ma anche la discriminazione razziale e sessuale, temi questi ultimi che mirano a far guadagnare popolarità presso le comunità LGTB e afroamericana.

Sul fronte del GOP i dibattiti televisivi hanno rivelato sin da subito l'estrema carica aggressiva del candidato Donald Trump, spietato non solo nello scagliarsi contro quelle che ritiene politiche scellerate dell'amministrazione uscente ma anche contro gli avversari del suo stesso partito.

Laddove le primarie e i caucus hanno restituito per i democratici fino alla svolta di aprile una icona a mosaico del consenso riscosso da Hilary Clinton rispetto al suo principale contendente, Bernie Sanders, le primarie repubblicane hanno messo sin da subito in evidenza l'irruente carisma di Trump, capace di conquistare, con il suo linguaggio smaccatamente *politically incorrect*, anche la Florida di Marco Rubio, costringendo quest'ultimo a ritirarsi dalla campagna. L'avanzata di Trump, preoccupa l'establishment del partito repubblicano, già fortemente provato dalle divisioni interne e orientato negli ultimi mesi nel dare il proprio sostegno al moderato Cruz, dopo l'uscita di scena di

Jeb Bush, ritiratosi il 20 febbraio. Non ne fanno mistero alcuni tra gli esponenti più in vista del partito, come lo Speaker della Camera dei Rappresentanti, Paul Ryan, il quale ha ammesso in una recente intervista alla CNN di trovarsi in difficoltà a votare per un candidato così scomodo. E mentre le urne sembrano consegnare la agognata nomination a quello che probabilmente Bryce stesso non avrebbe definito un “good candidate”, c’è già chi nel GOP pensa che la partita non sia ancora chiusa. Si rincorrono in questi giorni a Washington le voci che sostengono che si possa ancora arginare il fenomeno Trump, ricorrendo ad una modifica delle regole della *Republican National Convention*. Tuttavia, una modifica delle regole del partito comporterebbe conseguenze gravi.

LE PRIMARIE E I CAUCUS: TUTTI I RISULTATI

Tutti i risultati sino al 30 aprile 2016⁶⁸⁰

Totale dei delegati democratici: 4764 ⁶⁸¹			Totale dei delegati repubblicani: 2533 ⁶⁸²		
1 febbraio	Iowa	Clinton	1 febbraio	Iowa	Cruz
9 febbraio	New Hampshire	Sanders	9 febbraio	New Hampshire	Trump
20 febbraio	Nevada	Clinton	20 febbraio	South Carolina	Trump
27 febbraio	South Carolina	Clinton	23 febbraio	Nevada	Trump
1 marzo	Alabama	Clinton	1 marzo	Alabama	Trump
	Arkansas	Clinton		Arkansas	Trump
	Colorado	Sanders		Alaska	Trump
	Georgia	Clinton	1 marzo	Georgia	Trump
	Massachusetts	Clinton		Massachusetts	Trump
	Minnesota	Sanders		Minnesota	Rubio
	Oklahoma	Sanders		Oklahoma	Cruz
	Tennessee	Clinton		Tennessee	Trump
	Texas	Clinton		Texas	Cruz
	Vermont	Sanders		Vermont	Trump
	Virginia	Clinton		Virginia	Trump
5 marzo	Kansas	Sanders	5 marzo	Kansas	Cruz
	Louisiana	Clinton		Kentucky	Trump
	Nebraska	Sanders		Louisiana	Trump
6 marzo	Maine	Sanders		Maine	Cruz

⁶⁸⁰ Tabella a cura dell'autore.

⁶⁸¹ Per conquistare la nomination democratica servono 2.383 delegati sui 4.764 complessivi.

⁶⁸² Per conquistare la nomination repubblicana servono 1.237 delegati sui 2.472 complessivi

8 marzo	Michigan	Sanders	8 marzo	Hawaii	Trump
	Mississippi	Clinton		Idaho	Cruz
15 marzo	Florida	Clinton		Michigan	Trump
	Illinois	Clinton		Mississippi	Trump
	Missouri	Clinton	12 marzo	Washington D.C.	Rubio
	North Carolina	Clinton		Wyoming	Cruz
	Ohio	Clinton	15 marzo	Florida	Trump
22 marzo	Arizona	Clinton		Illinois	Trump
	Idaho	Sanders		Missouri	Trump
	Utah	Sanders		North Carolina	Trump
26 marzo	Alaska	Sanders		Ohio	
	Hawaii	Sanders	22 marzo	Arizona	Trump
	Washington	Sanders		Utah	Cruz
5 aprile	Wisconsin	Sanders	5 aprile	Wisconsin	Cruz
9 aprile	Wyoming	Sanders	8 aprile	Colorado	Cruz
19 aprile	New York	Clinton	19 aprile	New York	Trump
26 aprile	Connecticut	Clinton	26 aprile	Connecticut	Trump
	Delaware	Clinton		Delaware	Trump
	Maryland	Clinton		Maryland	Trump
	Pennsylvania	Clinton		Pennsylvania	Trump
	Rhode Island	Sanders		Rhode Island	Trump

congresso

RICORSO ALLA RECONCILIATION FAST-TRACK PROCEDURE PER APPROVARE IL *AMERICANS' HEALTHCARE FREEDOM RECONCILIATION ACT*

Il **6 gennaio** la Camera dei Rappresentanti ha approvato con 240 voti contro 181 il disegno di legge HR 3762, [*Americans' Healthcare Freedom Reconciliation Act*](#), con il quale è possibile bloccare i finanziamenti per almeno un anno alle cliniche abortiste, ad eccezione dei casi di aborto a seguito di violenza carnale, incesto o per rischio della vita della madre. Il disegno di legge è stato approvato attraverso il ricorso ad una [fast-track procedure](#) nota come "[reconciliation](#)", che prevede un'accelerazione dei tempi d'esame da parte delle commissioni e dell'aula e consente di limitare l'esposizione alle pratiche di *filibustering*.

DISTRICT OF COLUMBIA COURTS, PUBLIC DEFENDER SERVICE, AND COURT SERVICES AND OFFENDER SUPERVISION AGENCY ACT OF 2015

L'11 gennaio è stato approvato in via definitiva il [District of Columbia Courts, Public Defender Service, and Court Services and Offender Supervision Agency Act of 2015](#), presentato dal Senatore del Wisconsin Ron Johnson il 18 giugno 2015. La legge è stata firmata dal Presidente Obama il 28 gennaio 2016 divenendo la Public Law No: 114-118.

DIRITTO ALLA PRIVACY: IL JUDICIAL REDRESS ACT

Il **10 febbraio** è stato approvato il [Judicial Redress Act 2015](#), disegno di legge presentato alla Camera dei Rappresentanti il **18 marzo 2015** e firmato da Barack Obama il **24 febbraio 2016**. L'iter piuttosto rapido della legge, la cui portata è considerata oltreoceano storica, è stato agevolato dall'ampio consenso riscosso presso il Congresso. La normativa è orientata a favorire la ricostituzione del rapporto di fiducia con gli alleati europei in seguito allo scandalo del datagate, in seguito alle rivelazioni di Edward Snowden sui controlli di massa operati dalla National Security Agency sugli utenti europei. Un primo tentativo in questo senso è da considerarsi anche il [US Freedom Act](#), legge approvata il **2 giugno del 2015**, che limita per la NSA la possibilità di raccogliere e archiviare indistintamente i dati telefonici di milioni di americani. Il Judicial Redress Act 2015 estende ai cittadini stranieri il regime di protezione della privacy riconosciuto a quelli americani. Pertanto, qualunque soggetto, e quindi anche un cittadino europeo, potrà fare causa al governo degli Stati Uniti e richiedere una riparazione secondo i rimedi civili predisposti dall'ordinamento qualora i suoi dati vengano diffusi illegalmente dalle agenzie. In mancanza di espressa previsione, sono escluse le agenzie di intelligence. Negli Stati Uniti la legge sulla privacy, il [Privacy Act del 1974](#), prevede quattro tipi di cause intentabili: due dirette ad emendare o rettificare la notizia diffusa, altre due finalizzate ad ottenere il risarcimento per la mancanza di accuratezza, pertinenza e completezza nella tenuta dei dati da parte dell'agenzia o per qualsiasi altro danno patito. Il risarcimento del danno è riconosciuto sulla base di alcuni presupposti che sono: l'intenzionalità della diffusione dei dati personali da parte dell'agenzia e l'effettività del danno. Il diritto al ristoro si prescrive nel termine di due anni che decorrono da quando l'attore ha conoscenza ovvero avrebbe dovuto conoscere la violazione della propria riservatezza.

PRESIDENTE ED ESECUTIVO

OBAMA ANNUNCIA EXECUTIVE ACTIONS PER IL CONTROLLO DELLE ARMI

Il 4 gennaio il Presidente Obama ha annunciato l'intenzione di adottare nuove [executive actions](#) allo scopo di indurre il Congresso a discutere quanto prima una nuova legge che regoli e limiti l'accesso e il possesso delle armi che negli Stati Uniti incontra la garanzia del II emendamento della Costituzione. Il tema del possesso delle armi è da tempo al centro di un rinnovato interesse da parte della politica statunitense, condizionata anche dall'influenza esercitata dalle grandi lobby dei produttori di armi. Le executive actions annunciate si sono tradotte in un [Presidential Memorandum Promoting Smart Gun Technology](#) adottato il 4 gennaio e rivolto al Secretary of Defense, all' Attorney General e al Secretary of Homeland Security.

OBAMA ESERCITA IL DIRITTO DI VETO SULL' AMERICAN'S HEALTHCARE FREEDOM RECONCILIATION ACT 2015

Il **6 gennaio** la Camera dei Rappresentanti ha approvato con 240 voti contro 181 il disegno di legge HR 3762, [*Americans' Healthcare Freedom Reconciliation Act*](#), con il quale è possibile bloccare i finanziamenti per almeno un anno alle cliniche abortiste, ad eccezione dei casi di aborto a seguito di violenza carnale, incesto o per rischio della vita della madre..

Alla sezione 206 viene stilato un elenco di cliniche abortiste tra le quali figura anche *Planned Parenthood* il colosso sanitario, sostenuto da risorse private e federali, che è stato anche uno dei principali finanziatori della campagna elettorale del presidente. Quest'ultimo, esercitando il suo diritto costituzionale, ha apposto il veto sostenendo che il disegno di legge approvato dal Congresso costituisce un passo indietro rispetto ai progressi che l'amministrazione ha inteso compiere con l'approvazione dell' *Affordable Care Act*.

Il Congresso ha tentato senza successo di superare il veto presidenziale il **2 febbraio** con 241 voti a favore (di cui 1 di un deputato democratico) e 186 contrari, non raggiungendo la maggioranza richiesta dei due terzi. Tre repubblicani si sono espressi a favore dell'amministrazione democratica. Lo Speaker della Camera dei rappresentanti, il repubblicano Paul Ryan, ha annunciato che il GOP presenterà nei prossimi mesi una alternativa all' *Obamacare*, confermando l'impressione che per i repubblicani la partita sulla riforma sanitaria è tutt'altro che chiusa.

L'ULTIMO DISCORSO SULLO STATO DELL'UNIONE DI BARACK OBAMA

Il **12 gennaio** Barack Obama ha tenuto il suo settimo ed ultimo discorso sullo Stato dell'Unione. Il Presidente ha pronunciato il suo discorso dinanzi ad un Congresso ostile, a maggioranza repubblicana, con uno spirito che lui stesso non ha esitato a definire di "speranza e ottimismo". Nel breve discorso, durato poco più di un'ora, il Presidente, ormai prossimo alla scadenza del suo secondo mandato, ha sottolineato la necessità che il Paese prosegua il cammino avviato in questi anni. Particolare attenzione è stata posta sui temi del diritto a portare le armi, che pone l'urgenza di un intervento legislativo che ne regoli in maniera più stringente l'accesso, sulla riforma dell'immigrazione, sulla necessità di un'economia più giusta per tutti ed, infine, sulla chiusura del carcere di Guantanamo. Non sono mancati i riferimenti alla politica internazionale, alla minaccia terroristica costituita dal sedicente Stato islamico, ai rapporti con l'Iran e con Cuba. Infine, il Presidente si è rammaricato di non aver assistito nel corso del suo mandato alla realizzazione di una piena collaborazione con il Congresso, mai come in questi ultimi tempi recalcitrante nei confronti dell'amministrazione da lui guidata. Collaborazione in assenza della quale è impossibile realizzare quel sogno di progresso e cambiamento della società e delle istituzioni americane che Obama aveva accarezzato all'inizio della sua avventura alla Casa Bianca nel 2008.

LA NOMINA DI MERRICK GARLAND ALLA CORTE SUPREMA

La scomparsa di Antonin Scalia il **13 febbraio** ha lasciato un seggio vuoto alla Corte Suprema inducendo il Presidente Obama a procedere in tempi rapidi alla nomina di un suo successore. La scelta del Presidente è ricaduta il **16 marzo** su Merrick Garland, sessantatreenne giudice della Corte

d'Appello del Distretto di Columbia nominato a ricoprire tale incarico da Bill Clinton nel 1995. La decisione di Obama ha suscitato l'indignazione vigorosa dei repubblicani che considerano l'atto presidenziale un guanto di sfida lanciato al loro indirizzo e promettono una dura battaglia in Senato dove la nomina di Garland deve essere confermata. E' opportuno in questa sede sottolineare che le rimostranze del GOP, esternate anche dallo Speaker alla Camera dei Rappresentanti, Paul Ryan, sono avvalorate dalla constatazione che nella storia degli Stati Uniti d'America il caso in cui un Presidente abbia proceduto alla nomina di un giudice della Corte Suprema nell'ultimo anno del suo mandato, si è verificato solo cinque volte. La decisione del Presidente si segnala, pertanto, per il suo essere del tutto insolita nel panorama della prassi istituzionale statunitense. La maggioranza repubblicana al Senato ha confermato di non avere intenzione di considerare la nomina di Garland, dichiarando che il diniego non riguarda la persona ma la tutela di un principio che alcuni definiscono la "regola Biden", dal nome del vicepresidente Joe Biden, che nel 1992, in Senato, si dichiarò contro la nomina di un giudice alla Corte Suprema nell'anno delle presidenziali. Il colpo di mano di Obama nel corso della sua lame duck presidency, rischia di minacciare altri progetti cari all'amministrazione che richiedono la collaborazione del Congresso controllato dai repubblicani.

CORTI

LA CORTE SUPREMA DOPO SCALIA: LA RICERCA DI UN DIFFICILE EQUILIBRIO DINANZI A DECISIONI COMPLESSE

La scomparsa prematura, sopraggiunta in **febbraio**, del giudice Antonin Scalia ha inaugurato una stagione problematica per la Corte Suprema non solo relativamente alla nomina del suo successore, questione questa che vede l'Esecutivo protagonista di un acre scontro politico con la maggioranza repubblicana del Senato; ma anche per la ricerca in questi mesi di un difficile equilibrio tra gli otto giudici superstiti dinanzi ai complicati casi in agenda.

Il dibattito relativo alla legittimità della nomina di un nuovo giudice della Corte da parte di Obama entro la scadenza del suo mandato presidenziale ha riaperto lo scontro con i repubblicani, stimolando un dibattito dottrinario sulla questione delle nomine presidenziali a fine mandato, mai del tutto sopito.

Negli ultimi due anni all'interno della Corte si è andato affermando con decisione l'orientamento più progressista, rappresentato dai giudici Breyer, Ginsburg, Kagan e Sotomayor, spezzando un trend che aveva visto prevalere per decenni l'orientamento conservatore. In occasione delle pronunce su alcuni dei casi più controversi e dai risvolti politico-sociali più rilevanti, il giudice Kennedy, nominato da Ronald Reagan nel 1987, si è spesso schierato con il blocco liberale della Corte. Kennedy non è stato il solo giudice conservatore ad allinearsi sulle posizioni più progressiste dei colleghi. Anche il Chief Justice Roberts, in occasione delle pronunce relative alle *class actions*, ai diritti degli imputati nei processi penali e in merito alla regolamentazione federale delle risorse energetiche si è spesso schierato con i liberali. Le scelte di Kennedy e Roberts hanno emarginato Alito e Thomas, estensori del più alto numero di *dissenting opinions* nella storia della Corte Suprema degli Stati Uniti. L'affermazione dell'orientamento progressista è ascrivibile anche al fatto che l'ala liberale della Corte si è espressa in questi mesi in maniera compatta sui casi caratterizzati da un'elevata valenza ideologica. Inoltre, in occasione delle decisioni riguardanti il diritto di voto, la

redazione delle opinioni è stata il risultato di un'accurata azione di bilanciamento da parte dei giudici Ginsburg e Breyer, finalizzata a suscitare il voto unanime della Corte.

Dei trentasette casi ancora pendenti dinanzi ai giudici, solamente tre promettono di rivelarsi complessi per la componente conservatrice della Corte. Il primo caso è [Fisher v. University of Texas at Austin](#), già considerato nel 2013 dalla Corte Suprema e rinviato ai tribunali inferiori. Ad essere messa in discussione è la cosiddetta "affirmative action" in ambito accademico, ovvero quell'insieme di pratiche adottate dalle università per garantire un equilibrio razziale tra i loro iscritti. Lo scorso anno, una corte d'appello aveva confermato la legittimità dei metodi con cui l'università di Austin, nel Texas, considera la razza come uno dei fattori per decidere l'ammissione di un certo numero di candidati. Il fatto che la Corte abbia deciso di accettare nuovamente di esaminare il caso potrebbe indicare una volontà di liquidare la "affirmative action". Il giudice Elena Kagan ha riacusato se stessa in quanto implicata nel caso come U.S. solicitor general.

Un'altra questione scottante all'attenzione della corte è quella riguardante il diritto all'aborto. Una sentenza della Corte Suprema del 1973 *Roe v. Wade* riconosce la legalità dell'interruzione di gravidanza come libera scelta finché il feto non sia in grado di sopravvivere al di fuori dell'utero o, anche di là di questo limite, nel caso in cui sia in pericolo la salute della madre. Di fronte a questo ostacolo legale, gli oppositori dell'aborto stanno mettendo in atto da qualche tempo una strategia diversa, adottando cioè in vari stati regolamentazioni eccessivamente stringenti che rendono quasi impossibili le attività delle cliniche che praticano le interruzioni di gravidanza. Molte strutture hanno infatti già cessato le operazioni negli ultimi anni, costringendo soprattutto le donne a basso reddito a rinunciare all'aborto, viste le difficoltà nel sostenere ingenti spese per raggiungere cliniche molto lontane, spesso al di fuori dei confini del loro stato.

La costituzionalità di queste leggi potrebbe essere così giudicata dalla Corte Suprema, la quale dovrebbe discutere quelle approvate in Texas nel 2013. Sono due in particolare i punti della legge texana, che impone forti limitazioni all'interruzione di gravidanza, ad essere portati all'attenzione dei supremi giudici. In particolare, laddove essa richiede gli standard propri dei centri chirurgici ospedalieri alle cliniche, che devono inoltre avere medici abortisti con l'"admitting privilege", ovvero il privilegio di ammissione dei loro pazienti in un vicino ospedale. Il **2 marzo 2016** la Corte ha ascoltato gli argomenti delle parti nel caso [Woman's Health v. Hellerstedt](#) che dopo la decisione in [Planned Parenthood v. Casey](#) promette di dispiegare effetti dirompenti sulla campagna elettorale in corso. La pronuncia della Corte suprema è attesa entro la fine di giugno. È importante ricordare come i giudici siano già parzialmente intervenuti sul caso nel **giugno 2015**, con un voto di 5-4, con il quale hanno temporaneamente bloccato la decisione del tribunale d'appello di dare il via libera ai due punti della legge, sospendendone l'applicazione fino alla decisione sulla loro costituzionalità. Decisivo era stato allora il voto del giudice Anthony Kennedy a sostegno dell'orientamento liberal. La sentenza potrebbe avere un ampio impatto, perché leggi simili sono in vigore in molti altri Stati. Il **18 aprile** la Corte ha iniziato a considerare il caso [United States v. Texas](#), riguardante la legittimità degli *executive orders* con cui Obama vorrebbe impedire il rimpatrio forzato di più di cinque milioni di immigrati irregolari presenti nel Paese, permettendo loro di vivere e lavorare legalmente negli Stati Uniti. Gli *executive orders* sono andati incontro alla bocciatura di due tribunali, secondo cui Obama avrebbe abusato dei poteri conferitigli dalla Costituzione per realizzare il *Deferred Action for Parents of Americans and Lawful Permanent Residents (Dapa)* e l'espansione del *Deferred Action for Childhood Arrivals (Daca)*, il programma che consente agli immigrati senza permesso entrati da

bambini nel Paese di evitare il rimpatrio e ricevere un permesso di lavoro biennale e rinnovabile. Nel febbraio 2015 il giudice della Corte federale del Texas, Andrew Hanen, aveva sospeso *l'executive action* per mezzo della quale il Presidente degli Stati Uniti, Barack Obama, intendeva tutelare dal rischio di espulsione circa cinque milioni di immigrati irregolari presenti nel Paese, pronunciandosi nel caso *State of Texas et al. v. United States et al.*, promosso dallo Stato del Texas e dai rappresentanti di altri 25 Stati dell'Unione. L'amministrazione presidenziale ha deciso di difendere il proprio piano sull'immigrazione ricorrendo alla Corte Suprema.

Allo stato attuale due sono i possibili scenari che si prefigurano all'orizzonte: nel primo caso, qualora una sentenza della Corte venga adottata a maggioranza a favore dell'amministrazione, quest'ultima dovrà procedere con rapidità all'attuazione del piano di sanatoria. Qualora il giudizio si risolva in un pareggio, in assenza del nono giudice, resterebbe in vigore la sentenza del tribunale d'appello, che a novembre ha confermato la sospensione del piano, e il caso resterebbe in attesa di una pronuncia definitiva, facendo di fatto naufragare uno dei pilastri attorno ai quali si è ancorata la politica dell'amministrazione Obama negli ultimi anni e lasciando il Paese in uno stato di caos.

FEDERALISMO

UN REFERENDUM PER WASHINGTON D.C.

Il sindaco di Washington D.C., Muriel Bowser, ha lanciato il **15 aprile** la proposta di celebrare un referendum per l'upgrade di quello che attualmente è un territorio federale nel cinquantunesimo Stato membro della federazione. La proposta non è nuova e rischia di esacerbare ulteriormente tra la maggioranza democratica alla guida della città e la maggioranza repubblicana al Congresso. Attualmente Washington D.C. è rappresentata in Congresso solo da Eleanor Holmes Norton, che siede alla Camera e che detiene essenzialmente un ruolo onorario non avendo diritto di voto. La scorsa estate, il senatore Bernie Sanders, candidato alla nomination democratica per le presidenziali, si era unito alla richiesta del District of Columbia di diventare il 51esimo Stato della nazione. I sostenitori della proposta ritengono che, al pari di quanto accaduto in passato per il Tennessee che, prima di essere ammesso nell'Unione come sedicesimo Stato, il 1 giugno 1796, era considerato un territorio federale, anche Washington D.C. dovrebbe ottenere dal Congresso la facoltà di divenire il cinquantunesimo Stato membro della federazione in seguito ad una consultazione popolare. L'upgrade metterebbe termine a quella che è considerata dai politici locali e dai residenti una vera e propria ingiustizia.

Elezioni gemelle in Iran: “onda verde” dei riformisti

di Marco Cacciatore *

SOMMARIO: 1. Introduzione: il sistema politico della Repubblica islamica dell'Iran – 2. Le elezioni parlamentari 2016 – 2.1. Tabella 1: *Le elezioni parlamentari del 2012 e del 2016* – 2.2. Tabella 2: *Le elezioni presidenziali in Iran del 2009 e del 2013* – 3. La nuova Assemblea degli Esperti – 4. Statistica del Voto – 5. Conclusioni.

1. Introduzione: il sistema politico della Repubblica islamica dell'Iran

Guardando all'Ordinamento iraniano l'osservatore occidentale, specie se eurocentrico, potrebbe stupirsi che il principio del suffragio universale sia centrale nell'assetto della Repubblica islamica. Il suffragio universale, anzi, è un principio del tutto familiare all'intera tradizione di dottrina politica islamica. Per quanto la designazione del Califfo dopo la morte di Mohammad sia avvenuta per “consultazione” o *shura*, e per quanto questo concetto non sia stato recepito dalla componente sciita dell'Islam — piuttosto radicata intorno alla “designazione testuale” o *nass* — in Iran si vota a suffragio universale ogni organo centrale: salvo la Guida Suprema, che è eletta in via indiretta.

Le componenti iraniane di opposizione laica si riconoscono per lo più nell'eredità degli *Shah* Pahlavi, che mutuarono dal seguito della Rivoluzione di primo '900 un sistema di Monarchia costituzionale. In realtà, la “Rivoluzione costituzionale” del 1907-11 era stata influenzata soprattutto da ideali democratici, cui si affiancarono sia le componenti socialiste sotto ascendente bolscevico che i filoni del Riformismo islamico: facendo registrare addirittura tentativi di sincretismo tra i rispettivi riferimenti ideologici. Quando lo *Shah* Reza Mohammad Pahlavi, succeduto al padre Reza *Shah* nel 1941, aprì al suffragio universale negli anni '60 del XX secolo, l'effettiva gestione del potere rimase accentrata nella sua Corte: senza concedere prerogative di controllo al Parlamento e, in continuità con il regime di suo padre, reprimendo ogni dissenso a partire dal Riformismo islamico. Da sempre in Iran i membri del clero sciita hanno un ruolo influente, ancor più da quando la Rivoluzione costituzionale ha aperto loro la possibilità di una partecipazione diretta nel sistema politico, che con il sistema khomeinista si è tramutata in vero e proprio controllo delle strutture religiose su quelle civili. Donde, la forma di regime iraniana può essere obiettivamente inscritta nel novero delle teocrazie, ma con delle prerogative che hanno portato alcuni a definirla una “teocrazia costituzionale”⁶⁸³. Già prima dell'avvento del *velayat e-faqih* del 1979, tuttavia, il confronto tra clero riformista e intransigente è stato elemento portante della vita politica di questo Paese. In Iran è sempre stato evidente, nello scontro tra clero intransigente, tradizionalmente inserito negli ambienti di potere, e riformista, più vicino alle istanze della società civile ma nel rispetto delle gerarchie sciite,

* Dott.do Università di Genova (Unige); Dipartimento Scienze Politiche (DISPO); Scuola Scienze Umane, Indirizzo Democrazia e Diritti Umani (DDU).

⁶⁸³ Vedasi O. Roy, *The Failure of Political Islam*, Cambridge, Harvard University Press, I. B. Tauris, 1994, p. 177.

come la legittimazione islamica possa sia giustificare l'accentramento del potere che costituirne un limite ⁶⁸⁴.

Il sistema politico iraniano, eccezione in Medio Oriente sotto questo punto di vista, non registra un accentramento del potere in capo a classi militari minoritarie, che prevaricano una maggioranza della popolazione ispirata al pensiero islamico-politico di orientamento riformista. In uno scenario dal sistema partitico instabile, le alleanze e la composizione delle formazioni cambia continuamente senza ricalcare la suddivisione in classi della società civile. Già dai tempi della Rivoluzione costituzionale, in Iran ogni componente politica ha cercato l'aggregazione con le altre o con frazioni di altre componenti, dando vita ad uno scenario che, per usare un eufemismo, può dirsi complesso. La semplificazione e sintesi sociale compiuta dal sistema politico iraniano, ha poggato sul predominio del clero intransigente. Nella Repubblica islamica, il clero sciita al potere ha fagocitato le classi militari oggi rappresentate dai *Pasdaran*. D'altro canto, i membri del clero riformista, che pure hanno avuto ruoli di vertice dopo la morte di Khomeini del 1988, e che più volte hanno vinto competizioni elettorali, giocano il proprio ruolo all'interno di un quadro dominato dagli intransigenti: sotto la garanzia e l'ascendente della Guida Ali Khamenei, loro primo esponente. D'altro canto, anche le classi mercantili, storicamente rilevanti nello scenario politico iraniano, si sono oggi accostate alle forze politiche riformiste-islamiche. Anche le formazioni politiche laico-militari e socialiste, che si rifanno all'epoca degli *Shah* Pahlavi, possono essere accostate molto più ai riformisti che ai "principalisti". Pur nella mutevolezza degli scenari partitici, l'Iran di oggi sembra dunque dividere in due grandi schieramenti le forze politico-sociali: intransigenti sciite e militari da un lato, riformisti e classi mercantili dall'altro. Un importante *cleavage* politico, non rilevando la sussistenza di altre divisioni religiose o etniche, è la differenza tra le campagne, più conservatrici e vicine a posizioni intransigenti, e le città: storicamente riformiste, come testimoniano anche i risultati delle recenti elezioni. Per il resto, il riferimento islamico informa di sé la società civile prima ancora che la comunità politica in Iran. Dal XVI secolo ad oggi, le forme di potere laico si sono affermate solo durante la parentesi Pahlavi: non senza una certa ingerenza occidentale. Al variare delle composizioni e dei nomi delle formazioni politiche, non varia la predominanza del connotato islamico sciita nella comunità politica: fattore che rimane determinante dello scenario iraniano.

Al netto del carattere "costituzionale" della "teocrazia" iraniana, senza negare che le forme della Repubblica islamica mutuino fattori considerevoli dalla tradizione europea, la sostanza del regime politico in Iran pone con chiarezza la Guida Suprema al vertice. È infatti la Guida, con le sue prerogative e la facoltà di influire sugli altri Organi e Poteri, a detenere le redini di quello che Schmitt chiamava lo "Stato di eccezione". Per quanto l'elezione diretta ponga in capo al Presidente le facoltà di capo del Governo, nelle facoltà di nomina e controllo emerge il carattere decisivo della Guida, anche "in riferimento all'indirizzo politico". Pur nella regolarità di un effettivo radicamento delle dottrine politiche sciite nella società civile, il quadro politico iraniano risolve gli effetti di instabilità delle forze centrifughe sotto l'ascendente forte della Guida Suprema. La Repubblica islamica riprende i principi delle dottrine sciite, d'altronde, fissano una struttura clericale seguita all'originaria

⁶⁸⁴ Per ricerche approfondite sul ruolo delle classi sciite riformiste intransigenti durante la Rivoluzione costituzionale in Iran, vedi M. Bayat, *Iran's First Revolution: Shi'ism and the Constitutional Revolution of 1905-1909: Shi'ism and the Constitutional Revolution of 1905-1909*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

designazione testuale dell'Imam, anche per contenere ed incanalare le differenti forme di legittimazione islamica cui può dar luogo l'interpretazione razionale del Testo: rimasta disponibile in ambito sciita al contrario che nel Sunnismo. La facoltà di interpretazione razionale permette ancora oggi un contraddittorio all'interno dello stesso clero sciita, che vede membri di vertice del clero, come il Presidente Rouhani, opporsi agli indirizzi politici impressi dall'apice sia politico che religioso del sistema, rappresentato dalla Guida.

2. Le elezioni parlamentari 2016

Oltre alle cronache geopolitiche, oggi l'Iran guadagna le luci della ribalta per le elezioni del 26 febbraio scorso, cui è seguito un secondo turno il 29 aprile e che hanno rinnovato sia il Parlamento che l'Assemblea degli Esperti. Il Parlamento – o *Majlis* – esercita il potere legislativo sotto la sovrintendenza del Consiglio dei Guardiani: organo che vaglia la legittimità sia costituzionale che islamica delle leggi, così come valuta l'adesione ai principi islamici dei candidati alle elezioni del Parlamento, dell'Assemblea degli Esperti e del Presidente della Repubblica. Il Consiglio dei Guardiani è composto di 12 membri: metà nominati dalla Guida, l'altra metà designati dal Parlamento e nominati dal Capo del sistema Giudiziario – a sua volta espressione della Guida. In caso di discordanza ripetuta tra Guardiani e Parlamento sul controllo di legittimità legislativa, interviene il Consiglio del Discernimento: oggi composto di 39 membri in carica per 6 anni, che ha assunto valore istituzionale a partire dalla riforma costituzionale del 1989 voluta da Khomeini, i cui membri sono nominati dalla Guida e ad oggi sono presieduti da Rafsanjani. L'Assemblea degli Esperti, invece, è l'organo deputato ad eleggere la Guida Suprema e, sulla carta, anche a deporla: laddove vengano meno i requisiti necessari all'esercizio del suo ruolo di garante dell'Ordinamento⁶⁸⁵.

Con l'elezione presidenziale di Rouhani, nel 2013, è ripreso il confronto acceso tra clero riformista e intransigente. Le elezioni parlamentari del 26 febbraio hanno decretato la vittoria dei riformisti. Nonostante le molte candidature bocciate⁶⁸⁶ dal Consiglio dei Guardiani, dei 290 seggi che compongono il *Majlis*: 85 erano andati ai riformisti della "Lista della Speranza", riferita a Rouhani e Rafsanjani⁶⁸⁷, e 73 agli ultraconservatori "principalisti", vicini alla Guida Suprema. In seguito al ballottaggio i consensi dei riformisti hanno conosciuto un'importante conferma: lo schieramento vicino al Presidente Rouhani ha preso il largo sui "principalisti", che hanno ottenuto meno di un terzo dei voti. La vittoria riformista, già al primo turno, è stata netta soprattutto nelle città. A Teheran, ad esempio, tutti i 30 seggi parlamentari espressi sono andati a candidati riformisti. Il più votato è risultato Mohammad Reza Aref, candidato alle elezioni presidenziali 2013, in seguito ritirato per appoggiare la candidatura di Rouhani e suo attuale Vice. Molto più bassa la quota di voti ricevuta dagli intransigenti Yazdi e Janati, ad oggi rispettivamente Presidenti dell'Assemblea degli

⁶⁸⁵ Per approfondimenti sul sistema iraniano contemporaneo vedasi: L. Petrillo, *Iran*, Bologna, il Mulino, 2008.

⁶⁸⁶ Circa 12.000 in totale, di cui gran parte riformiste (<http://www.economist.com/news/middle-east-and-africa/21693277-choose-any-candidate-you-likeafter-mullahs-have-excluded-reformers-great>).

⁶⁸⁷ Ex-Presidente della Repubblica islamica e dell'Assemblea degli Esperti, attualmente Presidente del Consiglio del discernimento.

Esperti e del Consiglio dei Guardiani. Le precedenti elezioni parlamentari del 2012 avevano invece assegnato 100 seggi ai “principalisti”⁶⁸⁸. Dopo i ballottaggi del 29 aprile, il Parlamento iraniano si comporrà per i prossimi 4 anni come segue: 125 seggi ai riformisti; 83 ai “principalisti”; 11 alla Voce del Popolo, schieramento laico e di posizioni militariste; 65 agli indipendenti, molti dei quali più vicini ai riformisti che ai “principalisti” conservatori⁶⁸⁹.

Il sistema elettorale del *Majlis* iraniano è ispirato al principio maggioritario, diviso per collegi sia uninominali che plurinominali. I candidati che raggiungano almeno la quota del 25% dei voti sono eletti. Per i seggi non assegnati, anche tra quelli di collegi plurinominali, è previsto un ballottaggio come quello tenuto il 29 aprile, che ha assegnato 68 seggi⁶⁹⁰. Tra i 290 membri del Parlamento iraniano, sono riservati anche seggi alle minoranze etnico-religiose, nello specifico: uno ai rappresentanti delle comunità zoroastriane; uno ai cristiano-assiri e caldei; uno ai cristiano-armeni; due alla comunità ebraica – raddoppiati in seguito ad una Legge del 1990. Da sottolineare anche che questa tornata elettorale ha visto l’elezione di 17 donne: la rappresentanza parlamentare femminile più ampia della storia della Repubblica islamica. Da precisare che in Iran, a differenza di altri Paesi mediorientali del *Mashreq*, l’elettorato sia attivo che passivo è aperto alle donne da prima della Rivoluzione khomeinista. Oggi la Presidenza Rouhani vede figurare tre donne nel ruolo di Viceministro, dopo le dimissioni dell’ex Viceministro agli Esteri Marzieh Afkham: nominata lo scorso anno Ambasciatrice, a capo della delegazione iraniana in Malesia⁶⁹¹. Il voto femminile di certo non incide sui destini elettorali, ma il regime politico in Iran e i suoi numeri sono chiari indici di una condizione femminile in via di affermazione della parità di genere, sicuramente più che in altri Paesi del Medio Oriente.

Le precedenti elezioni parlamentari avevano visto opporsi il fronte sciita intransigente, come al solito facente capo alla Guida Khamenei, allo schieramento vicino all’allora Presidente Mahmud Ahmadinejad⁶⁹². Laico ed ex-membro delle Guardie rivoluzionarie – i c.d. *Pasdaran* – Ahmadinejad era asceso alla carica presidenziale nel 2005: accostandosi inizialmente alle posizioni del clero intransigente, con l’appoggio della Guida Suprema e dell’attuale Presidente dell’Assemblea degli Esperti Mohammad Yazdi. Nel 2012 i riformisti si divisero tra chi, pur di combattere Ahmadinejad, accettò di appoggiare le forze sciite intransigenti e chi, mestamente, non prese parte alla competizione. Ahmadinejad si è progressivamente allontanato dalle posizioni degli intransigenti e della Guida a partire dal 2009: anno della sua seconda elezione e del moto di proteste popolari,

⁶⁸⁸ Sui risultati delle elezioni in Iran, stando a fonti occidentali, vedi: http://www.Repubblica.it/esteri/2016/02/29/news/iran_elezioni_risultati_definitivi_riformatori_conservatori_15_donne_in_parlamento_e_record-134495093/. Sugli scetticismi della stampa occidentale in merito alla portata della vittoria riformista si veda <http://www.theguardian.com/world/2016/feb/29/iran-election-result-hassan-rouhani-reform> e <http://formiche.net/2016/02/29/elezioni-iran-centro-rouhani-khamenei-riformisti-conservatori/>.

⁶⁸⁹ Sui risultati definitivi e sulla vittoria dei riformisti, vedasi <http://www.radiopopolare.it/2016/05/iran-elezioni-ballottaggio/>.

⁶⁹⁰ Sui commenti pre-ballottaggio, e sui seggi che avrebbe assegnato il secondo turno, vedi:

http://www.adnkronos.com/aki-it/politica/2016/04/27/ballottaggio-parlamentari-iran-venerdi-sfida-tra-riformisti-conservatori_nTS6kOkFD4bMBUMKfAtAsN.html?refresh_ce.

⁶⁹¹ Sul ruolo delle donne nelle Istituzioni iraniane: <http://formiche.net/2016/01/17/hijab-e-potere-le-donne-nel-nuovo-iran/>; <http://www.france24.com/en/20151109-iran-women-first-female-ambassador-ministry>.

⁶⁹² Sulle elezioni parlamentari in Iran del 2012 vedi: <http://www.eurasia-rivista.org/le-elezioni-politiche-in-iran/14136/>.

sostenute sia dai laici che dai riformisti e chiamate “Onda Verde”. Precedente alle Primavere Arabe diffuse nel *Maghreb* sunnita, questo Movimento non si è rivolto contro la Repubblica islamica in quanto tale e non ha puntato al *regime change*. Piuttosto, al seguito di due *leader* – Mousavi e Karroubi – che testimoniano la vicinanza tra formazioni riformiste e mondo laico ma che ancora oggi sono costretti, dopo la loro candidatura alle elezioni presidenziali del 2009, ad uno stato di detenzione cautelare iniziato sotto la Presidenza Ahmadinejad. Anche in questo, e nell’impotenza della Presidenza riformista attuale di Rouhani, che non riesce ad influire sulle tendenze repressive della Guida Suprema, si misura l’ascendente che il clero intransigente riesce ad esercitare, ma anche i margini di cambiamento che seguirebbero all’elezione di una Guida riformista ⁶⁹³. Durante il suo secondo mandato e in seguito alla repressione dell’Onda Verde, Ahmadinejad ha tentato un “colpo di reni” anti-islamico, rifacendosi ai simboli persiani, ingaggiando uno scontro con lo stesso Khamenei e preparando di conseguenza la sua fine politica: a dimostrazione non solo della centralità della Guida, ma della predominanza del connotato islamico della società civile, che sia in senso riformiste che intransigente si rivolgeva ormai contro il Presidente. Le elezioni parlamentari del 2012 hanno segnato l’inizio della parabola discendente di Ahmadinejad ⁶⁹⁴.

2.1 Tabella 1: Le elezioni parlamentari del 2012 e del 2016

2012

Gruppo politico/Coalizione ⁶⁹⁵	Voti (%)	Seggi
Fronte Unito dei “Tradizionalisti” (pro-Khamenei)	62	180
Partito “Monoteismo e Giustizia”	7	20
Indipendenti	25	72
Coalizione “Voce del Popolo”	6,2	18

2016

Gruppo politico/Coalizione	Voti (%)	Seggi
“Lista della Speranza” (Riformisti)	43,1	125
Coalizione dei “Principalisti” (Intransigenti)	28,62	83
Coalizione “Voce del Popolo”	3,8	11
Indipendenti	22,4	65
Minoranze religiose	/	6 (di diritto)

⁶⁹³ Sulle intenzioni di Rouhani durante la campagna elettorale del 2013, si veda: <http://www.al-monitor.com/pulse/originals/2013/07/rouhani-mousavi-karoubi-release.html>. Sullo stato dell’arte odierno, e sulla permanenza agli arresti domiciliari di Mousavi e Karroubi, vedasi invece: <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2016/02/252495.htm>; <https://freedomhouse.org/article/iran-s-shame-detention-mousavi-karroubi-and-rahnava>.

⁶⁹⁴ Su Ahmadinejad vedi: <http://www.lisistrata.com/2005politicaestera/015chieM.Ahmadinejad.htm> e <http://www.limesonline.com/rubrica/in-iran-e-scontro-fra-ahmadinejad-e-khamenei>.

⁶⁹⁵ I Riformisti, in protesta contro lo stato di detenzione dei leader dell’Onda Verde Moussavi e Karroubi, non hanno presentato liste.

Alle elezioni presidenziali del 2013, il consuocero di Ahmadinejad, Esfandiar Rahim Mashaei, ex-Capo di Gabinetto sollevato per volontà della Guida, personaggio a detta di molti controverso, figurava tra i candidati di componente laica: prima che la sua candidatura venisse cassata dai Guardiani. Oggi il clero riformista torna a ingaggiare un confronto con gli intransigenti, parallelo a quello che si produce tra il Presidente Rouhani e la Guida Suprema Khamenei.

Dottorato alla *Glasgow Caledonian University*, con una tesi sulla flessibilità della *shari'a*, già membro dell'Assemblea degli Esperti e del Consiglio del discernimento, Vicepresidente del *Majlis*, Capo del Centro per la ricerca strategica e Segretario del Supremo consiglio per la sicurezza nazionale, Rouhani ha anche rivestito l'incarico di negoziatore AIEA sulla questione nucleare – nel 2005⁶⁹⁶. Già dalla campagna elettorale del 2013 Rouhani, forte anche del suo ruolo nella gerarchia clericale sciita, ha segnato la scena politica iraniana con un approccio atipico. Proponendo la distensione sia interna che esterna del Paese, e criticando aspramente la propaganda anti-occidentale degli intransigenti, ha rivelato la loro legittimazione del tutto avulsa dalle problematiche sentite nella società civile: danneggiata dagli anni di embargo, nonostante l'accostamento a Russia e Cina condotto dagli intransigenti. In campagna elettorale Rouhani ha anche insistito sulla minore influenza delle strutture statali nella vita privata dei cittadini, oltre che su riforme orientate alla parità di genere.

2.2 Tabella 2: Le elezioni presidenziali in Iran del 2009 e del 2013

2009

Candidato	Liste	Voti	%
Mahmud Ahmadinejad	Alleanza dei Costruttori dell'Iran islamico	24.527.516	62,63
Mir Hosein Musavi	Indipendente (leader laico “Onda Verde”)	13.216.411	33,75
Moshen Rezai	Indipendente	678.240	1,73
Mehdi Karrubi	Partito della Fiducia nazionale (leader islamico-riformista “Onda Verde”)	633.635	0,85

2013

Candidato	Liste	Voti	%
Hasan Rouhani	Lista dei Chierici Militanti	18.613.329	50,71
Mohammad Bagher Ghalibaf	Società islamica degli Ingegneri	6.077.292	16,55
Said Jalili	Fronte della Stabilità e della Rivoluzione islamica	4.168.946	11,35
Moshen Rezai	Moderazione e Sviluppo	3.884.412	10,58
Ali Akbar Velayati	Coalizione islamica	2.268.753	6,18
Mohammad Gharazi	Indipendente	446.015	1,21

La dialettica tra Rouhani e la Guida si è accesa soprattutto con la firma degli Accordi nucleari iraniani del 14 luglio 2015: un risultato fortemente voluto dal Presidente, che ha visto vacillare

⁶⁹⁶ Sulla carriera politica e la formazione di Rouhani: <http://www.president.ir/en/president/biography>; <http://www.unita.tv/focus/chi-e-rohani-cosi-il-presidente-iraniano-ha-scalato-il-potere/>.

l'autorità della Guida ⁶⁹⁷. Il nuovo Parlamento, a maggioranza riformista, saprà forse dare al Presidente Rouhani una carta in più nella sua competizione con la Guida, posto che, fino ad oggi, la sua sfida a Khamenei si è prodotta con un Parlamento a maggioranza intransigente. Certo è che, finché la Guida rimarrà di segno intransigente, non ci sarà maggioranza parlamentare che tenga per imprimere all'Iran un indirizzo riformista.

3. La nuova Assemblea degli Esperti

Le elezioni del 26 febbraio riguardavano anche l'Assemblea degli Esperti. Degli 88 membri che compongono l'Organo, anche qui la maggioranza è andata ai riformisti, che nella precedente composizione dell'Assemblea detenevano appena 20 seggi. Rafsanjani è risultato il membro più votato nelle elezioni per l'Assemblea, Rouhani il terzo più votato a Teheran. Data la veneranda età di 76 anni della Guida Khamenei, e le sue condizioni di salute che in molti descrivono precarie da anni, potrebbe essere questa Assemblea, con l'attuale composizione riformista, a dover eleggere il successore di Khamenei tra i propri membri.

Anche tra i candidati all'Assemblea degli Esperti i Guardiani hanno bocciato numerose candidature riformiste: alcune delle quali illustri, come quella del nipote del fondatore della Repubblica islamica Khomeini. Tra le fila riformiste, sono stati eletti membri della nuova Assemblea anche il Ministro dell'*intelligence* Alavi e il suo predecessore Dorri-Najafabadi ⁶⁹⁸. L'attuale Presidente dell'Assemblea Yazdi, rieletto membro dell'Assemblea, cederà a breve il suo posto ad un elemento riformista, che potrebbe essere di nuovo Rafsanjani: già in passato Presidente di quest'organo ⁶⁹⁹. L'Assemblea degli Esperti, istituita nel 1983, aveva inizialmente designato come successore di Khomeini l'*ayatollah* Montazeri, di posizioni riformiste. In seguito alla rottura tra i due gli Esperti optarono, probabilmente su pressione dello stesso Khomeini, per l'attuale Guida Suprema Khamenei: non prima tuttavia di aver stimolato una riforma costituzionale, che abrogasse il titolo di *marja e-taqlid* (=sommo interprete delle Scritture) tra i requisiti necessari per l'ascesa al ruolo di Guida ⁷⁰⁰. Sia per le elezioni parlamentari che per quelle relative all'Assemblea degli Esperti, l'affluenza si è attestata al 62%.

4. Statistica del Voto

⁶⁹⁷ Sulla dialettica Rouhani-Khamenei vedi: <http://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/view/khamenei-vs-rouhani-projecting-very-different-views-on-the-nuclear-deal>; <http://www.ilfattoquotidiano.it/2013/06/15/iran-rohani-moderato-vince-elezioni-teheran-esulta-spiazzati-falchi-occidentali/627643/>.

⁶⁹⁸ Sui risultati delle elezioni per l'Assemblea degli Esperti vedi: http://www.Repubblica.it/esteri/2016/02/27/news/iran_voto_assemblea_esperti_battuta_d_arresto_per_i_conservatori-134369284/.

⁶⁹⁹ Si veda, in proposito: <http://www.roozonline.com/english/news3/newsitem/archive/2014/july/14/article/rafsanjani-may-run-for-the-top-position-in-the-leadership-assembly.html>.

⁷⁰⁰ Sulla storia dell'Assemblea degli Esperti e sul suo funzionamento vedi: <http://www.diruz.it/il-sistema/lassemblea-degli-esperti/>.

Qualche rilievo statistico potrebbe forse contribuire a rendere il senso della reale portata di queste ultime elezioni, nonché delle prospettive cui si trova al cospetto lo scenario politico iraniano. Con una popolazione che supera i 78 milioni di abitanti, l'Iran è tra i Paesi con la più alta presenza di giovani del Medio Oriente. L'età media di 27 anni fa da riscontro a dati impressionanti, frutto anche della guerra contro l'Iraq che, tra il 1980 e il 1988, ha decimato le classi di ultra-sessantacinquenni. Il 23% dei cittadini iraniani ha un'età compresa tra 0 e 14 anni. La crescita annua della popolazione iraniana è all'1,3%: più bassa rispetto ad altri Paesi mediorientali. Il 72% della popolazione si colloca nella divisione per età tra i 15 e i 64 anni, mentre gli ultra-sessantacinquenni sono rappresentati solo al 5%. Specificando i dati, la popolazione al di sotto dei 30 anni raggiunge, secondo alcune fonti, addirittura il 60% della popolazione, con un'alfabetizzazione vicina al 99%⁷⁰¹. Cercando di analizzare questi dati alla luce dei rilievi politici, stante la capacità elettorale in Iran si consegue al diciottesimo anno di età. Nel 1997 fu eletto alla Presidenza il riformista Khatami: votavano per la prima volta i nati nel 1979, anno della Rivoluzione khomeinista. Nel 2005 vinse Ahmadinejad e accedevano al voto i nati nel 1987: quando si chiudeva la guerra con l'Iraq, alla vigilia della morte di Khomeini.

È evidente che gli anni di Khomeini, la guerra con l'Iraq e l'efferata campagna anti-occidentale, hanno generato un riflusso di tendenza riformista, che ha raggiunto il suo apice con la Presidenza Khatami – dal 1997 al 2005. La vittoria di Ahmadinejad, nel 2005, potrebbe invece spiegarsi con una controtendenza rispetto agli anni fallimentari di Khatami, all'isolamento del dopo-11 settembre, ma anche alla coscienza politica dei neo-elettori, nati e influenzati dagli anni della morte di Khomeini: quando la propaganda intransigente riuscì ad appropriarsi dell'ideologia alla base della Repubblica islamica e delle sue strutture. Le elezioni del 2013 hanno visto la prima partecipazione dei nati nel 1995: dalla coscienza politica influenzata dall'esperienza di Khatami, cui guardava con nostalgia un Paese catapultato in una dimensione reazionaria dagli anni di Ahmadinejad.

5. Conclusioni

La dottrina sciita alla base delle istituzioni iraniane non è quindi così monolitica da impedire i riflussi di coscienza politica, che regolarmente segnano il passaggio da una fase all'altra del sistema iraniano e garantiscono l'alternanza, abilitando alternativamente le tendenze sciite, pur sotto il controllo intransigente e ramificato della Guida Khamenei. L'accentramento di potere in capo agli intransigenti, sin dalla morte di Khomeini, potrebbe essere alla base di una controtendenza riformista che coinvolge la società civile: manifestata dall'estrazione politica di tutti o quasi i Presidenti eletti dalla fondazione del *velayat*, ad eccezione di *Ahmadinejad* e dello stesso Khamenei –

⁷⁰¹ Sui dati relativi alla composizione anagrafica della società civile iraniana vedasi:

- <http://www.wikifigures.com/iran-popolazione-eta-grafico-dettagliato-diagramma-dati-it-11-2262>;

- [http://www.treccani.it/enciclopedia/iran_\(Atlante-Geopolitico\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/iran_(Atlante-Geopolitico)/);

- <http://www.commercioitaliairan.it/index.php/component/k2/item/218-informazioni-generalisull-iran>.

Presidente dal 1981 al 1985 ⁷⁰². Alla luce di questi presupposti, e dei numeri delle recenti elezioni, potrebbe risultare obiettiva la prospettiva di un avvicendamento riformista nel ruolo di Guida Suprema: con tutto il portato di cambiamento che vi conseguirebbe, sia sul lato interno che nelle relazioni esterne.

Oltre alla vittoria riformista, sono pertanto gli effetti a medio-lungo termine di queste elezioni a poter risultare dirimenti: sul piano sia interno, che regionale, che internazionale. Ha vinto infatti la componente dell'Islam politico naturalmente maggioritaria, che da sempre costituisce la "Costituzione materiale" di ogni evoluzione costituente nel Paese. Ha vinto la linea politica di chi vorrebbe condurre l'Iran a una distensione interna: senza più ricorrere alla legittimazione intransigente, che regolarmente fa ricorso alla retorica di scontro frontale con l'Occidente, o a pratiche brutali che rivelano il volto accentratore dell'Islam. Ha vinto la parte politica che, opponendosi agli intransigenti, si renderebbe disponibile a riallacciare il dialogo con le Potenze internazionali anche su temi come i diritti umani: interpretati senz'altro in chiave islamica, ma comunque pensati per garantire maggior tutela alla popolazione iraniana. Ha vinto il fronte riformista, che a livello regionale vedrebbe di buon occhio la cessazione del "muro contro muro" con l'Arabia Saudita alla base delle *proxy war* in Yemen e in Siria: come ha dichiarato il Ministro degli Esteri Zarif di recente ⁷⁰³. Ha vinto la compagine politica artefice degli Accordi nucleari, che per la prima volta hanno registrato un ruolo attivo europeo in Politica Estera, e che garantirebbero all'UE un aumento del 400% degli scambi con l'Iran ⁷⁰⁴: considerando che, prima dell'embargo del 2006, l'Italia figurava tra i Paesi europei di spicco negli scambi con Teheran ⁷⁰⁵. Ha vinto la parte politica che potrebbe dotare l'Iran di una nuova immagine internazionale, rendere sempre più scomodi per l'Occidente alleati come l'Arabia Saudita, alleviare il terrore dell'accerchiamento che colpisce Israele: sulla base del quale Tel Aviv persegue, da decenni, una politica di potenziamento ed espansione militare. Ha vinto, soprattutto, la parte politica che, se eleggesse una Guida dello stesso suo segno riformista, potrebbe sollevare l'Iran dal guado dell'isolamento: un isolamento che a ben guardare ha i contorni del triangolo con Russia e Cina ⁷⁰⁶ a livello internazionale, della tensione con l'Arabia Saudita a livello regionale e dell'accentramento di potere e risorse all'interno. Per quanto le logiche di Politica Estera possano sembrare fuori luogo tra gli oggetti del diritto costituzionale, questo non può sostenersi per l'Iran come per molti altri Paesi del Medio Oriente: dove le pressioni e le influenze esterne hanno spesso deciso le sorti costituzionali e i processi costituenti.

⁷⁰² Sulla traiettoria politica di Khamenei: <https://www.foreignaffairs.com/articles/iran/2013-08-12/who-ali-khamenei>.

⁷⁰³ Sulle dichiarazioni di Zarif e sulla disponibilità a cooperare con l'Arabia Saudita in merito alle *proxy wars* in Medio Oriente, vedi: <http://www.i24news.tv/en/news/international/middle-east/102630-160212-uae-to-deploy-special-forces-jets-in-anti-is-campaign-says-carter>.

⁷⁰⁴ Sugli Accordi nucleari e sullo sblocco degli scambi Iran-UE cui potrebbero portare vedi: <http://www.panorama.it/economia/conseguenze-economiche-dellaccordo-nucleare-iraniano/>.

⁷⁰⁵ Sul Commercio iraniano con l'Estero e sul ruolo italiano in materia, vedi: http://www.ra.camcom.gov.it/eurosportello/allegati-pina-newsletter/iran_scheda-paese-ice.

⁷⁰⁶ Sul triangolo Cina-Russia-Iran vedi: <http://www.limesonline.com/la-partita-iraniana-della-cina/10875>.

VOTO SEGRETO E VOTO PALESE

di Carlo Chimenti

Come ricorderete, nelle settimane passate al Senato è scorso il sangue (si fa per dire, grazie a Dio) a proposito delle votazioni relative al ddl Cirinnà riguardante le “unioni civili”. Il dibattito è stato molto vivace – diciamo così – ma naturalmente l’interesse

per l’oggetto delle votazioni (i rapporti giuridici fra omosessuali) ha oscurato quello per le modalità del voto, sebbene l’alternativa fra voto palese e voto segreto, che più volte si è presentata nel dibattito, implicasse questioni di principio molto rilevanti; sulle quali può essere utile soffermare a freddo l’attenzione.

Per cominciare, conviene notare che i Regolamenti di Camera e Senato disciplinano diversamente la materia, dopo che in Assemblea costituente nella quale prevaleva lo scrutinio segreto – questo non venne costituzionalizzato, e fu demandata ai Regolamenti delle nuove Assemblee la disciplina della materia. Cosicché, tanto a Montecitorio quanto a Palazzo Madama, i Regolamenti preferirono conformarsi alle norme dell’Assemblea costituente, facendo prevalere il voto segreto. In seguito, con le modifiche regolamentari del 1988, si ebbe una svolta, anche in considerazione del fenomeno, favorito dal voto segreto, dei “franchi tiratori” (parlamentari che votano diversamente dalle indicazioni del partito). Per cui lo scrutinio segreto venne circoscritto, e la regola generale diventò il voto palese, sia in Aula che in Commissione; anche se non senza deroghe, peraltro largamente simili nelle due Camere. In effetti, regola comune oggi è, in entrambe, la votazione palese (artt. 49 RC e 113 RS, ai quali vanno aggiunti i casi di appello nominale obbligatorio, come il voto di fiducia); ma poi la situazione si differenzia, seppure non di molto. Alla Camera, sono effettuate a scrutinio segreto le votazioni riguardanti persone, nonché – quando ne faccia richiesta il prescritto numero di deputati – quelle che incidono sui diritti di libertà sanciti in Costituzione (artt. 6, da 13 a 22, da 24 a 27), sui diritti di famiglia (artt. 29, 30 e 31 II c), sui diritti della persona umana (art. 32 II c); ed inoltre, sulle modifiche del Regolamento, sull’istituzione di Commissioni d’inchiesta, sulle leggi ordinarie relative agli organi costituzionali e agli organi delle regioni, sulle leggi elettorali. Anche al Senato la regola generale è il voto palese, ma la segretezza è obbligatoria per le votazioni “comunque” riguardanti persone; inoltre lo scrutinio segreto può essere richiesto dal prescritto numero di senatori per le deliberazioni

riguardanti i medesimi diritti costituzionali indicati dal RC, nonché sulle modifiche del RS. In entrambe le Assemblee la decisione nei casi dubbi spetta al PDA sentita, se lo ritiene necessario, la GDR. In definitiva, alla Camera c'è più voto segreto che al Senato (istituzione di Commissioni d'inchiesta, leggi ordinarie sugli organi costituzionali e sugli organi regionali, leggi elettorali); al Senato c'è più scrutinio palese che alla Camera (sebbene il voto segreto possa esservi utilizzato anche in tema di tutela economica della famiglia – art.31, I c. Cost. – non citato nell'art. 49 RC).

Se si tengono presenti le diverse finalità del voto segreto e del voto palese – l'uno destinato a salvaguardare l'autonomia del parlamentare, in coerenza con il divieto di mandato imperativo ex art.67 Cost., l'altro destinato a responsabilizzare il parlamentare agli effetti della sua rappresentanza politica (e della governabilità) – appare evidente come sia impossibile stabilire in astratto una graduatoria di valore fra i due voti: è solo in concreto, caso per caso, che si può ritenere preferibile l'uno o l'altro, anche – o forse soprattutto – in considerazione del rischio di “franchi tiratori” che, come già accennato, il voto segreto facilita. Ed un primo passo in questa direzione lo compiono proprio i citati articoli dei Regolamenti, con la suddetta elencazione di materie. Ma, ovviamente, all'atto pratico i Regolamenti non bastano, anche perché non esauriscono la gamma delle materie di possibile deliberazione parlamentare; ed essi stessi del resto prevedono che, nei casi dubbi, la scelta fra voto palese e voto segreto sia compiuta dal PDA (con o senza il parere della GDR).

Così, ad esempio, nel 2007, l'Assemblea di Montecitorio – in materia di verifica dei poteri, non contemplata dall'art. 49 del suo Regolamento – ebbe a votare a scrutinio palese l'annullamento della elezione di due deputati (in conformità a quanto proposto dalla GDE), sulla considerazione che in sede di verifica delle elezioni l'Assemblea non fosse chiamata a formulare giudizi sulle persone, ma ad assumere una decisione sulla esistenza o meno delle situazioni giuridiche che incidono sullo status di un deputato, e pertanto sulla regolare composizione del “plenum” della Camera: di qui l'applicazione della regola generale del voto palese. Al Senato viceversa la prassi, in sede di verifica dei poteri, era nel senso del voto segreto, riconducendo così le relative deliberazioni a quelle concernenti persone. Senonché, nel 2013, viene al pettine il caso Berlusconi, consistente nella decisione sulla decadenza o meno del neo eletto senatore che – in quanto condannato per frode fiscale – non avrebbe potuto essere neppure candidato alle elezioni ai sensi della cosiddetta legge Severino, destinata a fare pulizia nelle cariche pubbliche.

E su questa decisione conviene soffermarsi, ricordando che la vicenda si è sviluppata, in Senato, attraverso un triplice passaggio; dapprima in GDE, poi nella GDR e infine in Assemblea. In sintesi, la GDE – dove i tentativi di “salvare” Berlusconi furono molteplici

(venne addirittura proposto di sottoporre la legge Severino a giudizio di legittimità in Corte costituzionale) – pervenne alla conclusione di proporre all'Assemblea la mancata convalida (e dunque la decadenza) del senatore Berlusconi ai sensi, appunto, della legge Severino. Tuttavia, prima che questa proposta giungesse in Assemblea, venne chiamata in causa la GDR a

proposito delle modalità di espressione del voto nell'Assemblea stessa: sia sulla proposta della GDE, sia su eventuali proposte alternative. E la GDR si impegnò a sua volta in un'accesa discussione, sulla base di due relazioni: una favorevole al voto segreto, in conformità ai precedenti senatoriali, l'altra favorevole al voto palese. La prima sosteneva in via principale che la decisione andava ad incidere sulle prerogative costituzionali dei senatori ai quali, in una materia tanto delicata, doveva essere assicurata la massima libertà di coscienza, recidendo in radice ogni legame di appartenenza a partiti o schieramenti: di qui la necessità del voto segreto; in via subordinata, la relazione riteneva che al voto segreto orientasse la stessa formula dell'art. 113 RS che, prescrivendolo per le votazioni "comunque" riguardanti persone, intendeva – con questo avverbio, assente nella parallela norma del RC – allargare in Senato il ricorso al voto segreto. La seconda relazione sosteneva invece, ricalcando gli argomenti già ricordati della GDR Camera, che le decisioni in materia di verifica dei poteri – come sono quelle relative ad elezioni contestate – chiamano in causa l'esistenza, o no, di determinate situazioni giuridiche e la loro conformità all'ordinamento; per cui non concernono la qualità delle persone sottoposte a verifica – condotta, meriti, ecc. – ma la legittima composizione dell'Assemblea. E pertanto la votazione sulla decadenza di Berlusconi andava effettuata secondo le regole generali, cioè a scrutinio palese: tesi che, alla fine, prevalse nella GDR. Dopo di che (novembre 2013) l'Assemblea di Palazzo Madama fece proprie le deliberazioni della GDE e della GDR, ed approvò a scrutinio palese la decadenza del senatore Berlusconi, capovolgendo la prassi precedente.

Naturalmente, ognuno è libero di pensarla come vuole, su questo episodio, anche perché mi pare abbastanza evidente che in tema di verifica dei poteri vi siano buone ragioni, sia per il voto segreto (preponderanza dell'interesse delle persone sottoposte a verifica), sia per il voto palese (prevalenza dell'interesse dell'Assemblea alla propria legittima e ineccepibile completezza). Ciò che è sbagliato, secondo me, è pensare di poter dirimere in punto di diritto problemi di questo genere. Nei quali, a mio avviso, è assorbente il profilo politico: il capovolgimento intervenuto nella prassi del Senato sta lì a dimostrarlo. Voglio dire: è molto verosimile che, se **non** si fosse trattato di Berlusconi, il Senato avrebbe continuato a seguire la prassi del voto segreto. Ma come avrebbe potuto giustificarsi, la maggioranza antiberlusconiana, davanti all'opinione pubblica e soprattutto al proprio elettorato, se avesse rinunciato al voto palese con cui, con ogni probabilità, avrebbe, se non sbaragliato, quanto meno messo in croce il proprio principale antagonista? Realisticamente, non avrebbe potuto! Io non arrivo a dire che alle Camere andrebbero sottratti tutti i casi in cui esse sono chiamate a decisioni di tipo para-giurisdizionale – oltre alla verifica dei poteri, penso ad esempio alle autorizzazioni a procedere – a causa della estrema difficoltà, per i parlamentari, di indossare abiti mentali diversi da quelli che gli sono connaturali (cioè quelli politici); e demandare tali casi alla giurisdizione. Ma perlomeno sarebbe il caso di non menare scandalo dinanzi a decisioni adottate dalle Camere in simili frangenti con criteri politici, e non in punto di diritto: ad impossibilia nemo tenetur...

Per concludere tornando alle “unioni civili”, mi pare evidente che – sebbene la materia fosse riconducibile per qualche aspetto al matrimonio (ossia all'art. 29 Cost., contemplato dall'art. 113 RS) e quindi suscettibile di voto segreto a richiesta – tali unioni attengono anche ai diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost., per i quali (nel silenzio dell'art. 113 RS) non sono previste deroghe alla regola generale del voto palese. E allora è chiaro che, ancora una volta, la scelta fra voto palese e voto segreto sugli articoli del ddl Cirinnà non poteva

non avere carattere politico, anche se a prenderla sarebbe stato un organo *super partes* come il PDA, con l'eventuale assistenza di un organo tecnico (ma composto di politici!) come la GDR. Né la conclusione sarebbe cambiata se, prima degli articoli, fosse stato messo ai voti il famigerato emendamento "canguro": ossia un marchingegno anti-ostruzionistico, sulla cui liceità costituzionale e regolamentare ci sarebbe da discutere, ma che venne già utilizzato nel gennaio 2015 per l'approvazione della riforma elettorale (l'*Italicum*). In breve, la disciplina sugli emendamenti recata dal RS è la seguente: a) gli emendamenti sono votati prima dell'articolo a cui si riferiscono e i subemendamenti (cioè gli emendamenti agli emendamenti) prima degli emendamenti; b) nella votazione di una pluralità di emendamenti si comincia da quelli soppressivi e poi a seguire tutti gli altri, partendo da quelli più lontani dal testo da emendare; c) prassi consolidata e logica elementare escludono la votazione di testi già votati, comportandone la decadenza (i base al principio "ne bis in idem"); d) il PDA può modificare l'ordine delle votazioni a fini di economia e di chiarezza. Ciò premesso, e rilevato che l'emendamento "canguro" era un testo a carattere "premissivo" – cioè, da votare **prima** degli articoli del ddl Cirinnà, del quale riassumeva il contenuto – è naturale che il "canguro", se approvato, non avrebbe impedito che gli articoli del ddl fossero via via votati (in ossequio all'art. 74 Cost., che vuole la legge approvata articolo per articolo); ma avrebbe impedito che lo fossero i relativi emendamenti (per via della loro decadenza). In teoria, sarebbe dovuta restare la possibilità di subemendare, in coerenza con quelli già presentati, l'emendamento "premissivo"; ma in realtà, siccome la prassi prevede un termine rigido per la presentazione degli emendamenti, un "canguro" presentato all'ultimo momento utile diventa di fatto impossibile da subemendare. Comunque, anche la scelta se votare il "canguro" a scrutinio segreto o palese sarebbe stata una scelta essenzialmente politica, dal momento che – quale "premessa" ad un complesso normativo in cui convivono ragioni sia per il voto segreto sia per il voto palese – il "canguro" avrebbe subito la stessa sorte. Senonché, al momento del voto, il Governo ha tagliato la testa al toro presentando un maxiemendamento sostitutivo del ddl, su cui ha posto la fiducia, ottenendo così l'appello nominale.

E adesso, per finire, qualche notizia sulla disciplina che all'estero riceve l'alternativa fra voto palese e voto segreto. Premesso che, nell'insieme, la prevalenza del voto palese – di matrice anglosassone – è abbastanza marcata, possiamo notarla tanto negli USA quanto nell'UE. Dove, in una ventina di paesi presi in considerazione, vediamo che – a parte la Camera di Comuni inglese, in cui generalmente si vota per divisione, e quindi nessuno può nascondere il proprio voto – lo scrutinio segreto è previsto: in Austria (al Consiglio Nazionale) solo se il voto nominale non è stato chiesto da 20 deputati; in Francia, solo per le nomine individuali (PDA e membri della Presidenza); in Spagna, se richiesto da un quorum dell'Assemblea e in Commissione da un terzo dei componenti; in Belgio, solo per le nomine e poco più; in Germania, al Bundestag solo per le elezioni, al Bundesrat mai; in Svezia, solo per le elezioni. Ogni paese ha ovviamente la sua storia, che si riflette anche nella maggiore o minore estensione del voto segreto. Non è un caso, quindi, se il nostro paese è quello che, in massima misura, apre le porte allo scrutinio segreto. Né la spiegazione è un segreto, perché risiede nella perenne frammentazione (politica, ma non solo) del nostro elettorato. La stessa che rende frequenti i "cambiamenti di casacca" dei parlamentari durante la legislatura...

In Irlanda si vota, ma si governa?

di Gavina Lavagna *

SOMMARIO: 1. Scioglimento anticipato e indizione delle elezioni generali – 2. Seggi al Parlamento irlandese e sistema elettorale – 3. Campagna elettorale e forze politiche in competizione – 4. Risultato elettorale – 5. La formazione del nuovo Governo.

1. Scioglimento anticipato e indizione delle elezioni generali

Il 26 febbraio, poco più di tre milioni di irlandesi sono stati chiamati alle urne per eleggere i 158 membri del *Dáil*, la Camera bassa del Parlamento nazionale, dopo che lo scorso 3 febbraio, il Premier Enda Kenny aveva chiesto e ottenuto dal Presidente della Repubblica Michael Higgins, lo scioglimento anticipato dell'*Oireachtas* e la convocazione di elezioni anticipate con la speranza di dare al Paese « un governo stabile » per proteggere l'economia. La breve campagna elettorale del Premier Kenny è stata sostanzialmente incentrata sul sostenere che l'economia nazionale continuerà a crescere solo se i cittadini decideranno di mantenere la coalizione di governo al potere.

La scelta del *Taoiseach* di indire nuove elezioni generali ha senza dubbio costituito una sfida di non poco conto per gli elettori che sono stati chiamati a giudicare l'operato del Governo in carica valutando da un lato, i sacrifici imposti con la politica di *austerity* portata avanti dall'esecutivo, dall'altro, invece, gli importanti segnali di ripresa economica e finanziaria del Paese. Sebbene l'Irlanda, infatti, secondo le stime della Banca Centrale Europea è uscita, nel dicembre 2013, dal piano degli aiuti internazionali a seguito di una strettissima politica di austerità, con una crescita del PIL attestata al 6,6% nel 2015 e previsioni per il 2016 e 2017, rispettivamente del 4,4% e del 4,6% ed un progressivo calo della disoccupazione al 8,2% nel 2016 e al 7,4% nel 2017, la popolazione non sembra gradire la politica di sacrificio imposta dal Governo in carica.

Il monito rivolto dal Premier Kenny all'elettorato di andare a votare e che la stampa ha definito «come messaggio di paura», sembra però non aver influenzato gli irlandesi. I cittadini hanno mostrato una certa disaffezione nei confronti della coalizione al potere composta dal *Fine Gael* e dal Partito laburista guidato dal vice-Premier Joan Burton. Dai sondaggi preelettorali diffusi dai media irlandesi, le elezioni politiche in questo particolare momento storico hanno rappresentato un rischio non di poco conto per i maggiori partiti del Paese; risulta alquanto improbabile che i due principali partiti politici, il *Fine Gael* e il *Fianna Fáil*, non certo abituati a governare in coalizione, riescano ad ottenere la maggioranza assoluta dei seggi ovvero possano concludere di conseguenza alleanze con i partiti di minoranza o candidati indipendenti, al fine di raggiungere la maggioranza necessaria per potere governare. La difficoltà di creare una coalizione di maggioranza aprirebbe dunque lo spettro dell'ingovernabilità e la possibilità di dover indire una nuova tornata elettorale per superare la situazione di stallo politico.

* Ricercatore in Istituzioni di Diritto Pubblico, Dipartimento di Scienze politiche – Università di Roma “La Sapienza”.

Il rischio che si profila è dunque, come avremo modo di analizzare, che le elezioni non diano alcun vincitore chiaro e nessun risultato definito e si possa di conseguenza cadere in una situazione di stallo come già avvenuto nel 2011 quando, la coalizione composta dal *Fine Gael* del Primo Ministro uscente e dai laburisti del vice-*Premier* Joan Bruton presero il posto della coalizione di governo *Fiánna Fail - Green Party* guidata dal *Taoiseach* Brian Cowen; la decisione di chiedere al Presidente Mary McAleese lo scioglimento anticipato delle Camere e l'indizione delle elezioni generali già nel 2011 giungeva dall'impossibilità di portare avanti un *minority government coalition*, dopo che i Verdi avevano deciso di uscire in ultima battuta dalla coalizione, togliendo al governo i due seggi di maggioranza. Il *Fiánna Fail*, il partito fondato da de Valera, alle elezioni del 2011 aveva subito una disfatta politica senza precedenti conseguendo il peggior risultato elettorale mai raggiunto (passò dal 41,6%, pari a 77 seggi delle elezioni del 2007, al 17,4% e 20 seggi) divenendo così il terzo partito del Paese e consentendo, di conseguenza, al *Fine Gael* di affermarsi con il 36,1% di voti corrispondenti a 76 seggi su 166 nel *Dáil* così permettendo al *leader* del Partito Enda Kenny di formare un Governo di coalizione con il laburisti (a partire dal 9 marzo del 2011), con la più ampia maggioranza parlamentare mai ottenuta nella storia del Paese.

2. Seggi al Parlamento irlandese e sistema elettorale

L'assetto bicamerale del Parlamento irlandese si ispira al vicino modello britannico nella individuazione di una Camera bassa, il *Dáil Éireann*, eletta direttamente dal corpo elettorale, ed una Camera alta di 60 membri, il *Seanad Éireann*⁷⁰⁷, a rappresentanza socio-professionale. Con le urne aperte dalle 7.00 alle 22.30 il 26 febbraio 2016 gli irlandesi sono stati chiamati ad eleggere i 158 membri, 8 in meno rispetto alla tornata elettorale del 2011⁷⁰⁸, della Camera bassa del *Oireachtas*. Il sistema elettorale utilizzato per eleggere i 158 membri del nuovo *Dáil*, è un sistema proporzionale con formula del Voto singolo trasferibile, ideata dall'ex Presidente Hare nel secolo scorso e molto

⁷⁰⁷ Ai sensi dell'art.18.8 della Costituzione le elezioni generali per il *Seanad* devono avvenire entro e non oltre 90 giorni dopo lo scioglimento del *Dáil*. Il *Seanad Éireann* costituisce la Camera alta del Parlamento irlandese ed ha funzioni prevalentemente consultive. È composto di 60 membri che, al pari della Camera bassa, devono aver compiuto il ventunesimo anno di età e non avere le cause di incapacità previste dalla Costituzione e dalla legge. Dei 60 membri che compongono il Senato 11 membri sono nominati direttamente dal neo-nominato Primo Ministro, previo loro consenso dopo la prima riunione del nuovo *Dáil*; sei *university members* sono eletti da coloro che, godendo del diritto di elettorato attivo, posseggono un diploma di laurea rilasciato dall'Università Nazionale d'Irlanda (*Galway College* di tradizione cattolica) e tre dai laureati presso la Università di Dublino (*Trinity College* di tradizione protestante); i restanti 43 membri sono eletti da 5 giurie di esperti all'interno di una lista di candidati che abbiano conoscenza pratica ed esperienza tecnica dei seguenti interessi e servizi: settore culturale ed educativo; settore agricolo e problemi della pesca; settore del lavoro; settore industriale e commerciale; Pubblica Amministrazione e servizi sociali. In particolare i 43 membri eletti sono scelti tra cinque gruppi di candidati (chiamati *Vocational Panels*) da un elettorato che consiste di [Teachta Dála](#) (TDs) ovvero membri del *Dáil Éireann*, senatori e consiglieri locali. Ognuno dei cinque gruppi è composto dunque da esperti di un settore che nella pratica sono spesso membri dei partiti rimasti esclusi dalla camera bassa. Nelle elezioni indette il 25 e il 26 aprile 2016, è probabile che i 43 membri eletti rispecchino la distribuzione dei seggi all'interno del *Dáil*, per i rimanenti 11 senatori bisogna aspettare la decisione del *Taoiseach*. Parlando del Senato non può non ricordarsi il tentativo di abolizione avanzato dal Premier Enda Kenny nel 2013 quando i cittadini irlandesi furono chiamati alle urne per votare il referendum costituzionale per l'abolizione del *Seanad Éireann*. Con un'affluenza alle urne molto ridotta pari al 39,17% degli aventi diritto i no hanno ottenuto il 51,73% dei voti rispetto ai sì che hanno raggiunto il 48,27%. Un risultato questo che, con una differenza di soli 42.500 voti in più, ha stravolto tutti i sondaggi realizzati prima della consultazione che davano circa il 60% degli elettori favorevoli all'abolizione della Camera Alta. La proposta di giungeva dal Premier Enda Kenny, che nella sua politica di austerità iniziata nel 2011 per risanare il Paese dopo la crisi economica e il dissesto dei conti pubblici aveva affermato che era tempo di liberarsi di una Assemblea antidemocratica ed elitaria.

⁷⁰⁸ *The Electoral (Amendment) (Dáil Constituencies) Act 2013* ha ridotto il numero dei membri della Camera bassa da 166 a 158

apprezzata dagli irlandesi; di questo ne è la prova il fallimento di due referendum indetti nel 1959 e nel 1968, per sostituire il complesso meccanismo PR - STV con il sistema maggioritario uninominale. Il metodo Hare rappresenta un sistema elettorale sostanzialmente proporzionale che prevede la presenza di collegi elettorali plurinominali. Gli elettori indicano nella scheda elettorale i vari candidati in ordine decrescente di preferenza. In ogni collegio risultano eletti i candidati che superano il quoziente elettorale, ottenuto dividendo il numero dei voti per il numero dei seggi più uno ed aggiungendo al risultato un'unità ⁷⁰⁹. Qualora il primo candidato ottenga un numero di voti superiore rispetto al quoziente, i voti in eccedenza vengono distribuiti proporzionalmente agli altri candidati. Se nessun candidato raggiunge il quoziente o se l'eccedenza non è sufficiente per assegnare i seggi, il candidato meno votato è eliminato e si ridistribuiscono agli altri i suoi voti in base alle seconde preferenze. La formula elettorale consente, pertanto, di procedere secondo questa logica fintanto che il quoziente elettorale non venga raggiunto da un numero di candidati pari a quello dei seggi da distribuire nel singolo collegio elettorale. Il sistema dunque ha lo scopo di non disperdere i voti di nessuno, dal momento che chi passa la soglia di preferenza viene eletto e gli eventuali voti in eccedenza ricevuti da questo candidato, vengono ridistribuiti in base all'ordine di preferenza espresso dall'elettore, tra gli altri potenziali eletti.

3. Campagna elettorale e forze politiche in competizione

Poste queste considerazioni è opportuno soffermare la nostra attenzione sulle posizioni avanzate e le idee proposte nel corso della campagna elettorale dai partiti politici di sempre, e da quelli di nuova formazione, ora che l'Irlanda sembra essere tornata alla normalità dopo la profonda crisi economica che aveva investito il Paese portandolo sull'orlo della bancarotta. La recessione del 2010, come noto, aveva obbligato l'Eire a chiedere un prestito finanziario estremamente pesante e soprattutto a varare un piano di austerità sotto il controllo della troika. Oggi che tutto sembra essere sorprendentemente tornato in una situazione in linea con l'aria Europa è opportuno valutare le proposte che i partiti avanzano e su cui si scontrano e contrappongono.

I temi più controversi, come ad esempio la questione relativa alla tassa sull'acqua, l'aumento degli stipendi pubblici nonché i tagli alle tasse vengono comprensibilmente affrontati in termini diversi da partito a partito, non senza però tenere conto dell'alto carico di responsabilità imputabile al *Fine Gael* e al suo Governo, per aver preso decisioni eccessivamente rischiose nella politica economica di austerità condotta negli ultimi anni.

Guardando nello specifico alla campagna promossa dai singoli partiti politici, il *Leader* del *Fine Gael* Enda Kenny ha condotto una campagna elettorale rivolta ad evidenziare il lavoro già svolto e la necessità di portarlo avanti puntando tutto sull'uscita del Paese dalla crisi. Con uno *slogan* intitolato «continue a sostenere la ripresa» e la promessa di duecentomila posti di lavoro, l'abolizione della USC (Universal Social Charge)⁷¹⁰, l'incremento sul salario, il partito di Kenny si contende i posti all'interno del *Dáil* con il suo storico avversario politico, il *Fianna Fáil*, principale

⁷⁰⁹ Se i seggi da assegnare nel collegio sono 4 e i voti 1000, il quoziente sarà dato dalla formula $1000/4 + 1 = 200 + 1 = 201$.

⁷¹⁰ Si tratta di una addizionale sul reddito delle persone fisiche tra il 2% e il 10% in vigore dal 1 gennaio 2015 secondo il tipo di reddito e contribuente.

partito di opposizione guidato da Michael Martin. Il problema è che, sebbene i due movimenti abbiano ideologie e orientamenti non distanti, essendo entrambi partiti centristi, sono divisi da una rivalità quasi secolare, che affonda le sue radici nelle posizioni assunte dopo la guerra di indipendenza dell'Irlanda dalla Gran Bretagna.

Accusato di essere responsabile della crisi economica che ha colpito l'Eire, il *Fianna Fáil*, in corsa verso le elezioni, ha promesso l'aumento degli stipendi e delle pensioni e di fornire un'alternativa certa alla questione dell'acqua, sospendendone la spesa a carico dei cittadini per cinque anni. Il partito propone inoltre l'aumento del numero della polizia nonché di riprendere in considerazione quanto disposto nell'ottavo emendamento della Costituzione relativo alla questione dell'aborto.

Tra i partiti in corsa non manca il *Labour Party* che, nel suo manifesto dal titolo *Standing up for Ireland's Future*, oltre all'aumento del salario minimo e delle pensioni, e la promessa, entro il 2018 di posti di lavoro per tutti, ha avanzato, senza prendere una posizione a riguardo, la proposta di indizione di un referendum per la modifica dell'ottavo emendamento della Costituzione quello che proibisce esplicitamente la pratica dell'aborto e che era stato introdotto nel 1980, da un governo guidato da una coalizione *Fine Gael* - laburisti.

Il *Sinn Féin* partito dei nazionalisti di sinistra e paladino dell'anti-austerità è senza dubbio uno dei principali avversari politici di Kenny; con un manifesto intitolato *For a fair Recovery - Better with Sinn Féin*, il movimento guidato da Gerry Adams ha promesso che una volta al Governo si opererà per la creazione di 250 mila posti di lavoro, l'abolizione della tanto contestata tassa sull'acqua e quella sulla proprietà e al contempo, si muoverà per garantire un sistema sanitario su due livelli pubblico-privato. Una campagna elettorale essenzialmente rivolta dunque ad affrontare questioni di natura economica in favore delle classi sociali maggiormente colpite dalla politica di austerità condotta negli ultimi anni.

Sono presenti nella corsa elettorale anche i partiti minori come l'alleanza anti austerità *Anti-Austerity Alliance-People Before Profit* (AAA-PBP), istituita nel 2015 nel registro ufficiale dei partiti politici composta da due organizzazioni che mantengono entrambe identità separate. La coalizione, che ha un numero di 31 candidati, nelle elezioni del 26 febbraio ha annunciato l'intenzione di collaborare dal punto di vista elettorale, pur conservando posizioni separate e divise su questioni di identità e struttura. Principi comuni sono invece stati presentati nella conferenza stampa, come quello di introdurre un sistema di tassazione progressiva su scala di reddito a partire dai 100 mila euro ovvero l'impegno ad affrontare la crisi degli alloggi con l'istituzione di un Ministero *ad hoc* con responsabilità specifica per l'edilizia abitativa. Nella strada per le elezioni gareggia anche il *Renua Ireland*, nato la scorsa primavera dalla volontà di Lucinda Crighton di sganciarsi dal *Fine Gael*, di cui aveva per lungo tempo fatto parte insieme ad altri politici provenienti dal *Fianna Fáil*, da movimenti indipendenti e soprattutto imprenditori e professionisti e che si caratterizza come partito rivolto a voler diminuire le dipendenze da ambienti finanziari internazionali. Le piccole imprese non possono infatti fare ricorso agli stessi vantaggi delle multinazionali, perciò l'economia deve essere meno fondata sui debiti, e lo svantaggio delle aziende locali verso quelle internazionali deve essere in ogni misura colmato. Rivolgendosi a fasce di elettorato differenti propone dunque, una aliquota unica per l'emersione fiscale e si impegna per la gestione del problema della scarsità di immobili.

In ultimo il Partito dei Verdi, a seguito della pesante sconfitta subita nella tornata elettorale del 2011, propone, con un manifesto *Think Ahead Act Now*, un piano fondato su una solida base economica, senza però non tenere in debito conto del mondo che ci circonda e dei rischi che

dobbiamo affrontare come Paese e come Comunità Globale. L'instabilità dei mercati internazionali, la crisi dei rifugiati con cui l'Europa sta relazionandosi, i pericoli del cambiamento climatico sono tutte questioni che devono essere segnalate e che il partito si propone di affrontare come progetti nel suo piano politico, un piano che considera a lungo termine e valido per le generazioni future.

4. Risultato elettorale

Venerdì 26 febbraio 2016, gli irlandesi che godono dell'elettorato attivo sono stati chiamati al voto per scegliere tra i 551 candidati, distribuiti in 40 collegi elettorali, 3 in meno rispetto alle precedenti elezioni, per scegliere i propri rappresentanti all'interno del *Dáil*; con l'eccezione di oltre duemila residenti chiamati per votare al largo delle coste delle cinque isole di Árainn Mhór, Toraigh, Inis Bó Finne, Gabhla e Innisfree nelle contee di Donegal, Mayo e Galwey dove invece gli elettori sono stati invitati ad esprimere la propria preferenza con un giorno di anticipo.

I risultati del voto espresso in Irlanda a seguito del periodo di *austerity* portato avanti dal Governo di Enda Kenny ha riprodotto in prima battuta quanto già accaduto in altri Paesi europei come Spagna e Portogallo, non permettendo a nessuno dei due partiti che da anni dominano il panorama politico di ottenere i 79 seggi sufficienti per ottenere la maggioranza assoluta all'interno del *Dáil* e formare il nuovo Governo.

In particolare il *Fine Gael*, che nelle elezioni del 2011 aveva ottenuto il 36% dei consensi pari a 76 seggi, ha visto precipitare sensibilmente il proprio elettorato al 25,52% pari a 50 seggi (544.140 voti). Per il *Labour Party* le elezioni di febbraio hanno rappresentato una vera e propria sconfitta; da partito accreditato a condividere l'esperienza di governo con il *Fine Gael* ed un consenso del 19,4% corrispondente a 37 seggi nel 2011, la nuova tornata elettorale ha ridotto il partito laburista al 6,61% con una diminuzione del numero dei seggi a soli 7 deputati (140.898 voti). I disastrosi risultati elettorali hanno portato il *leader* del partito John Burton a dimettersi. Concorrono come possibili candidati il vice Alan Kelly e l'ex Ministro di Stato Sean Sherlock.

Il *Fianna Fáil*, il principale partito di opposizione negli ultimi cinque anni, ma al vertice della politica per ben sette legislature, ha riconquistato molti dei voti che nelle precedenti elezioni erano migrati nel *Fine Gael* così da risalire dal 17,4% del 2011 al 24,3% del 2016. La situazione del partito guidato da Michael Martin è senza dubbio ben lontana dai risultati che per decenni lo qualificavano sopra al 40%, ma senza dubbio in questa tornata il *Fianna Fáil* ha più che raddoppiato i seggi passando dai 20 del 2011 agli attuali 44 e ottenendo un consenso di 519.356 voti.

Dai risultati elettorali emerge chiaramente la frammentazione del panorama politico irlandese. La somma dei voti dei principali partiti — *Fine Gael* e *Fianna Fáil* — è per la prima volta nella storia del Paese scesa al di sotto del 50%. L'altra metà dei consensi è divisa tra partiti più piccoli o alleanze; tra queste emerge il *Sinn Féin*, considerato il braccio politico dell'IRA in Irlanda del Nord, che dal 9,9% delle preferenze pari a 14 seggi della precedente legislatura, passa al 13,85% equivalente a 23 seggi, diventando il terzo partito irlandese (295.319 voti). Un risultato mai raggiunto prima dal partito ed espressione soprattutto di consenso espresso nelle contee del nord del Paese.

Dopo il fallimento delle precedenti elezioni rientrano in Parlamento i Verdi con il 2,7% e 2 seggi (57.999 voti). Buoni i risultati raggiunti alla loro prima tornata elettorale dal *Social Democrats*, un

partito nato nel luglio 2015 dalla scissione con i laburisti per la critica alla politica di austerità condotta dal partito, che raggiunge il 3% dei voti e 3 seggi; la disaffezione nei confronti dei partiti tradizionali emerge inoltre dal consenso espresso dagli elettori nei confronti di nuovi partiti e alleanze come ad esempio *People Before Profit - Alliance anti austerity* (AAA - PBF), due partiti che pur rimanendo distinti si presentavano formalmente in un'unica lista e avevano deciso di presentare candidati solo in quelle circoscrizioni in cui avevano un minimo di riscontro cosicché AAA era presente in sole 12 circoscrizioni su 40, mentre il PBF in 17. Il risultato elettorale raggiunto è stato del 3,9% (84,168 voti) corrispondenti a sei seggi.

Tra i seggi distribuiti all'interno del *Dáil* 19 sono stati poi assegnati agli indipendenti per via del complesso sistema elettorale irlandese, tra i quali i partiti politici potranno recuperare rappresentanti eletti, necessari per poter governare.

5. La formazione del nuovo Governo

Con un'affluenza alle urne pari al 65% le ultime elezioni hanno registrato una partecipazione degli aventi diritto tra le più basse di sempre; solo nel 2002 infatti, era stata toccata una percentuale inferiore in cui andò a votare il 62% degli irlandesi.

L'analisi dei risultati elettorali evidenzia una trasformazione non indifferente del rapporto tra le formazioni tradizionalmente protagoniste assolute della scena politica irlandese. Se i partiti quali il *Fine Gael*, il *Fianna Fáil* e il *Labour Party* negli anni ottanta potevano complessivamente vantare su più del 90% dei consensi, per poi scendere al 78% nel 1997 e al 73% nel 2011, con le elezioni del 26 febbraio 2016 la quota complessiva è crollata al 56,2% .

Le conseguenze emerse dallo spoglio elettorale sono state quelle di un voto senza un risultato definito, nel senso che i risultati elettorali hanno senza dubbio sfiduciato il Governo uscente, designando dunque una vittima, senza però definire in modo assoluto un vincitore.

Dal voto del 26 febbraio la situazione di incertezza politica si è protratta sin dalla prima convocazione del *Dáil* del 10 marzo 2016, quando la Camera bassa non è riuscita a formare un nuovo Governo. I deputati hanno infatti respinto la nomina del Primo Ministro uscente Enda Kenny e *leader* del *Fine Gael* con 94 voti a 57; anche la scelta di Michael Martin del *Fianna Fáil* è stata bocciata da 108 contro 43 deputati così come quella di Gerry Adams del *Sinn Féin* che ha ricevuto 24 voti favorevoli e 116 contrari.

In un Paese frammentato dai risultati elettorali per la mancanza di vincitori ben definiti i due partiti, da sempre abituati a discutere animatamente, si sono dunque trovati di fronte ad una situazione di stallo: allearsi per governare o lasciare invece cadere il Paese nella instabilità politica. Il *Fine Gael* e il *Fianna Fáil* hanno allora ritenuto opportuno aprire un periodo di negoziati per cercare di trovare una intesa in vista della formazione di un Governo comune e, nonostante siano falliti altri due tentativi di eleggere il nuovo *Taoiseach*, rispettivamente l'8 e il 16 aprile 2016, l'alleanza tra il partito di Enda Kenny e gli storici avversari di Michael Martin, rappresentava l'unica possibilità per governare il Paese.

A seguito di settimane di estenuanti trattative il *Fine Gael* e il *Fianna Fáil* hanno raggiunto un accordo e il Partito di Michael Martin, classificato secondo in questa tornata elettorale si è

impegnato a sostenere dall'esterno un secondo Governo Kenny fino al *budget* 2018 in cambio di alcune concessioni definite sulla base di un'intesa raggiunta su questioni ritenute per il partito di fondamentale importanza⁷¹¹. Il programma del nuovo Governo, sottoscritto dal *Fine Gael* e concordato con il *Fianna Fáil* si intitola *Un accordo per un Irlanda più equa* e fra le tante cose si propone di rendere disponibili 25mila nuove case popolari, entro il 2020, di aumentare del 15% i sussidi alle famiglie aiutandole a pagare gli affitti, assumere 15mila agenti di polizia (*Garda Síochána*) per ridurre l'alto tasso di criminalità organizzata che ha avuto una considerevole aumento nell'ultimo periodo soprattutto nelle grandi città ed infine risolvere l'annosa questione della tassa sull'acqua.

A poco più di due mesi dalle elezioni, la situazione politica in Irlanda viene sbloccata quando Enda Kenny viene designato per la seconda volta Premier. Non si è certo trattato di una riconferma trionfale, ma la sua rielezione, grazie al sostegno del *Fianna Fáil* e agli *Independents* ha senza dubbio rappresentato un *unicum* in quanto per la prima volta nella storia, un capo di governo, reduce da un salvataggio internazionale di tale rilevanza come quello dell'Irlanda, ha ottenuto un secondo mandato. Il 6 maggio 2016 il *32nd Dáil* ha votato la fiducia al neo-nominato *Taoiseach*, leader del *Fine Gael* Enda Kenny, con 59 voti a favore, 49 contrari e 51 astenuti — il minor numero di voti mai registrati da un Premier neo-eletto — tanto che nel discorso di vittoria alquanto sommessamente, Kenny ha fatto appello all'opposizione di lavorare in collaborazione, per costruire un'Irlanda migliore. Il fattore senza dubbio decisivo per la formazione del nuovo Governo è stato dunque lo storico compromesso tra il *Fine Gael* e il suo rivale sin dai tempi della Guerra civile, con l'astensione dei parlamentari del partito del *Fianna Fáil* dalla votazione, permettendo così di abbassare di molto la soglia dei componenti del *Dáil*, necessaria per formare il Governo.

È certo che la riconferma di Kenny come Primo Ministro non può definirsi come un vero e proprio trionfo elettorale. Gli irlandesi anziché premiare il Governo del *Fine Gael* per aver reso l'Irlanda il Paese dell'Eurozona con la più immediata e sorprendente crescita economica nel 2015, hanno punito la maggioranza per i sacrifici loro imposti negli anni seguiti alla crisi e al salvataggio internazionale.

L'ipotesi di uno stallo politico post-elettorale simile a quello verificatosi in Spagna e la necessità di indizione di nuove elezioni sembra a questo punto scongiurato sebbene un governo di minoranza, e peraltro sostenuto dall'esterno da uno storico rivale, non è comunque garanzia di stabilità politica.

L'accordo elettorale fra i due partiti rimane comunque molto fragile, e non è chiaro se il governo di minoranza che si è appena insediato riuscirà ad arrivare fino al 2018, l'anno in cui il *Fianna Fáil* ha messo un punto e bisognerà solo aspettare quale dei partiti dopo il punto andrà a capo!

⁷¹¹ La collaborazione tra i due partiti già era avvenuta nel 1987 quando il *Fine Gael* garantì il suo appoggio dall'esterno per poco più di due anni ad un governo di minoranza guidato dal *Fianna Fáil*.

[A proposito del volume di LUIGI COMPAGNA, Italia 1915. In guerra contro Giolitti, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2015.](#)

di Luca Borsi*

Mi sono avventurato nella lettura di questo libro con spirito ben disposto verso l'autore

- nonostante lo conosca bene! potrei dire per celia. E la lettura ha premiato questa predisposizione d'animo: è un libro che mette voglia di studiare, mette voglia di leggere, mette voglia di scrivere.

È un elogio del giolittismo, scritto per un certo (limitato) riguardo da un non giolittiano.

Scrivendo Vittorio Emanuele Orlando che “una parola in più di quel che occorre è per l'onorevole Giolitti una parola vana. Chi ha avuto occasione di rivedere insieme a lui uno scritto qualsiasi sa l'odio deciso col quale persegue gli aggettivi”. In questo Luigi Compagna non è giolittiano, perché la sua prosa, il suo scrivere, il suo approccio sono rotondi, potremmo dire ‘spadoliniiani’. Non disdegna il colore, a tratti l'effetto; è lontano dalla laconicità giolittiana - ben testimoniata, questa, dal fatto che quando il Parlamento riaprì per approvare il disegno di legge di conversione del decreto-legge di annessione della Tripolitania e Cirenaica, ed una folla plaudente spontaneamente si radunò sotto Montecitorio, Giolitti si affacciò dal balcone e – con ben maggiore stringatezza rispetto ad affacciamenti dal balcone venturidicesse: “Italiani, a nome del Governo vi ringrazio di questa grandiosa manifestazione. Vi prego di sciogliervi al grido di viva l'Italia”. Questo è, secondo i giornali del tempo, tutto lo *speech* che Giolitti pronunciò dal balcone.

* Consigliere parlamentare. Capo ufficio Ricerche – Questioni istituzionali, giustizia e cultura presso il Senato della Repubblica italiana

Ma nel momento che si ammettevano nuove masse popolari al voto, come comunicare con loro? Come raggiungere queste masse? Come trasporre in un contesto non più liberale – personalmente non mi persuade l'espressione: "liberale oligarchico"- bensì democratico? Questo è uno dei nodi che sicuramente si pongono innanzi a Giolitti.

Il libro di Luigi Compagna è sollecitante, per gli stimoli e i roveli che pone, come anche nei punti e nelle affermazioni non integralmente condivisibili. Ad esempio non mi persuade fino in fondo il concetto di "moralismo di massa": può essere, al più, un moralismo di "piazza".

Non è, tuttavia, solo questo. Sono umori nazionalisti, imperialisti, declamatori, alcuni; altri, risorgimentali schietti. È un intreccio, laddove l'espressione moralismo di massa fa più pensare al 1992 all'Hotel Raphael, piuttosto che a una scena del 1914-1915.

Comunque sia, nel mio approccio che vuole essere di storia costituzionale o costituzionalistico, ciò che nel libro di Luigi Compagna pone alcune forti sollecitazioni sono affermazioni come la seguente: "Il modo antiparlamentare, più che extraparlamentare, in cui si pervenne alla guerra, rompeva la tradizione costituzionale: cioè, nei fatti, violava lo statuto del Regno". Oppure altrove: "L'Escutivo e il Sovrano erano ormai prigionieri politici degli impegni assunti il 26 aprile con l'Intesa. Di fronte alla mobilitazione della grande stampa d'opinione, della piazza, del liberalismo nazionale, lo Stato non era più in grado di far valere la sua continuità, cioè lo svolgimento di una normale crisi costituzionale nel normale circuito parlamentare". Quest'idea – che ritorna spesso nel libro- è l'idea di un colpo di Stato per motivi di politica interna, che sovverte lo Statuto e rompe una legalità costituzionale.

È una idea netta, che fa sorgere degli interrogativi. Si diceva dell'intervento di Libia, a proposito del discorso di Giolitti al tempo della conversione del decreto-legge di annessione, *rectius* di estensione della sovranità italiana a quei territori (già allora c'erano i decreti-legge, le conversioni dei decreti-legge e via discorrendo). Ebbene l'intervento di Libia si avviò senza nessun coinvolgimento del Parlamento: per sette mesi il Parlamento rimane chiuso, si mandano trentacinquemila uomini in Libia – alcuni a morire, perché vi sono anche i primi rovesci, i primi eccidi subiti, lo spettro di Adua che ritorna- e si accendono crediti per l'esercito per milioni. Tutto questo fuori di ogni coinvolgimento del Parlamento. Perché l'articolo 5 dello Statuto riservava al Re la politica estera e la politica militare come prerogativa massima. Pertanto, si poteva ritenere non vi fosse una rottura costituzionale. Ma a questo riguardo, molti degli elementi che rimproveriamo alle modalità di entrata in guerra nel 1915, non li ritroviamo già nel 1911-1912, con Giolitti e Sonnino quella volta a parti invertite?

Questo discorso sulla legalità costituzionale e statutaria, quindi, è piuttosto delicato e piuttosto sfumato, sfuggevole anche, se si vuole, e tale da richiedere diversi approfondimenti.

Un altro pungolo di riflessione viene allorché Compagna scrive di una 'lunga trama' del trasformismo. È interessante come chiave di lettura: fa pensare come le forti *premiership* che si affermano nell'Italia liberale – forti in vario modo, se non altro come longevità- ossia Depretis, poi Crispi, poi Giolitti, ricevono lo stigma della dittatura parlamentare. Vi è, quindi, un 'lungo periodo' nella storia statutaria, in cui i momenti segnati da un Esecutivo forte combaciano o perlomeno vengono rappresentati in termini di depressione del Parlamento.

A questo proposito, ritengo che vi siano elementi da approfondire sui rapporti tra Monarca, Governo e Parlamento. Questo trittico costituzionale, infatti, vede non la completa elisione del Monarca - dal momento che l'articolo 5 gli riserva comunque delle competenze forti - non il pieno dominio del Parlamento sull'Esecutivo né viceversa, bensì un gioco di sponda e di pendolo (in cui certamente Giolitti si destreggiò con grande maestria).

Altro elemento che emerge sulla scorta del libro di Compagna è quello di una ‘liquefazione’ del ceto parlamentare, al momento dell’entrata in guerra. Per azzardare un forse audace parallelo, ciò a cui noi assistiamo oggi in occasione della riforma del Senato, in Senato, colpisce. Probabilmente sono presenti dei meccanismi – potrebbe fin dirsi- di psicologia collettiva o, comunque, di corpo collettivo, di ceto politico, di ceto parlamentare, che si prestano ad essere approfonditi.

Il libro di Compagna offre molti altri spunti. Non li ripercorro, perché mi sembra già di aver rubato troppo tempo. Mi pare però che in questo elogio del giolittismo, manchi talora il contrappunto critico dei limiti del giolittismo stesso.

Come certe piante che fioriscono e raggiungono il massimo di fioritura e proprio allora periscono, i coronamenti della politica giolittiana, come la guerra di Libia e l’estensione del suffragio, che furono suoi grandi successi, sono anche le premesse del suo esaurimento.

Si ha come l’impressione che Giolitti non sia riuscito a stare al passo con i tempi che lui stesso aveva inaugurato. Probabilmente, su questa perdita di passo il libro di Compagna non getta una luce sufficientemente analitica, serrata e incalzante, come invece fa per il tratto precedente. Tuttavia, è ancora una volta uno spunto, una sollecitazione che se ne ricava.

Se ne potrebbero aggiungere tanti altri: come il fatto che Compagna, il quale è un liberale schiettissimo, aderisca nella sua ricostruzione delle modalità di intervento in guerra – come rottura, colpo di Stato- più ad una tesi alla Candeloro piuttosto che alla Ghisalberti, per menzionare storici ed orientamenti, a voi giovanissimi studiosi, più familiari.

Ad ogni modo, non posso che intrecciare un pieno plauso doppiamente convinto nei riguardi dell’Autore, che conosco anche per la sua attività di parlamentare. Vedere oggi in Parlamento persone che sono in grado di partecipare a un dibattito culturale, che sono in grado di produrre cultura, è motivo, per me che lavoro in Parlamento, di grande conforto.

[S. CECCANTI, La transizione è \(quasi\) finita. Come risolvere nel 2016 i problemi aperti 70 anni prima, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 95.](#)

Questa disamina su alcuni degli snodi centrali del sistema costituzionale italiano e dei suoi cambiamenti propone un'analisi attraverso le lenti del c.d. metodo combinatorio di Maurice Duverger. In particolare l'Autore si sofferma su due temi importanti, l'evoluzione della natura degli atti aventi forza di legge e il bicameralismo in trasformazione, avendo come riferimento le riforme costituzionali approvate dal Parlamento e sottoposte a referendum confermativo.

Nell'introduzione (pp. 1-15) emerge l'ossatura essenziale della prospettiva dell'Autore: un punto di vista giuridico e politologico insieme, che peraltro riprende elementi della tradizione di studi giuspubblicistici dell'Ateneo romano della "Sapienza": tra gli Autori che richiama Lavagna, Amato, Lanchester (p. 4), oltre a Barbera e Tosi.

In questo percorso la tesi di fondo che emerge è che sia un carattere intrinseco al naturale divenire costituzionale "applicare la propria cultura di manutenzione" delle "istituzioni attraverso una serie di riforme della Costituzione" (p. 88). Pertanto, per l'Autore, il contemporaneo tentativo di riforma è il risultato di un processo di evoluzione fisiologico, sospinto da precedenti tentativi ovvero da precedenti assestamenti del regime in punti sintomatici come le modalità dell'esercizio da parte del governo della funzione legislativa (capitolo 3, pp. 53-68), gli eventi decisivi che si dipanano tra il 1988 e il 1992 (p. 42), i mutamenti del sistema dei partiti che comportano "riforme sub-costituzionali" (p. 45) e le riforme costituzionali nel periodo c.d. "del secondo sistema dei partiti" (pp. 34-35).

Il metodo combinatorio è illustrato nel primo capitolo come quello che considera "le istituzioni giuridiche (Costituzioni, leggi elettorali, ecc.) e le forze politiche (partiti e gruppi di pressione) come variabili fondamentali" (p. 5, riprendendo qui Duverger stesso, da *Les partis politiques*, Paris, 1981, 15) su cui si esercitano le due discipline "che si differenziano per approccio ma non per ambito materiale studiato". Il Diritto costituzionale e la scienza politica in sostanza, si combinano per studiare correttamente un ambito in cui Benjamin Constant (cit. a p. 4) assume come indissociabili tre elementi caratterizzanti: "tutta la Costituzione (...) nient'altro che la Costituzione (...) tutto ciò che è necessario per far funzionare la Costituzione" (l'Autore richiama in questo P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, Paris, 1997, 1-157).

Si tratta di un metodo utile per gli studi orientati alla comparazione e dell'impatto della variabile politica sul sistema costituzionale complessivo. Forse non è un caso che il volume si apra con una citazione di Mortati, uno dei principali esponenti della scuola romana, in *Gli Stati*, n. 10, del gennaio 1973, dove si afferma la distinzione tra una parte sostanziale della Costituzione ed una dedicata all'organizzazione del potere che può e dovrebbe essere oggetto di revisione. La ben nota teoria di Mortati, come le altre teorie c.d. istituzionalistiche, soprattutto in contrapposizione con quelle c.d. normativistiche, mettono in evidenza la necessaria ambivalenza tra Diritto e scelta politica per spiegare la complessità dell'ordinamento costituzionale. La citazione di Mortati è funzionale, soprattutto, all'analisi di uno dei piani che l'Autore descrive del c.d. metodo combinatorio: il sistema dei partiti. Per dare conto dell'*iter* della transizione, parte dagli orientamenti del 1947, spiegando l'incidenza del livello politico su quello del Diritto costituzionale e così il peso di alcuni "problemi irrisolti di settanta anni fa" sugli "interventi" costituzionali di oggi.

Sulla questione assai rilevante, dal punto di vista metodologico, della nascita del metodo combinatorio, vale la pena soffermarsi brevemente.

"Le grandi svolte metodologiche si collegano sempre a punti di svolta nelle concrete dinamiche storiche" (p. 7): con questo punto fermo si ritorna al passaggio costituzionale francese tra la Quarta e la Quinta Repubblica. Il campo di analisi, infatti, si avvale non solo di una visuale interna, ma anche di una inquadratura esterna: una "vista dalla Francia" (in sostanza il primo terzo del volume: pp. XIII, 12-15, 16 e ss.) delle vicende italiane e la breve analisi anche delle vicende istituzionali francesi più incisive. La "lunga crisi di sistema" che accompagna l'evoluzione francese rivela un "tentativo di razionalizzazione ... piuttosto forte" (ivi). In questo contesto Duverger si concentra sui partiti politici, sulle culture politiche, sulle istituzioni, analizzando tutto attraverso il "filtro dei sistemi elettorali", senza rispondere a "schemi ideologici o astrattamente deduttivi". È un inquadramento molto utile per leggere anche le dinamiche dei partiti e dei sistemi elettorali italiani nel presente. Il punto da cui Duverger prende le mosse, spiega l'Autore, è la crisi della Quarta Repubblica, non capace di esprimere un sistema "bipolarizzato, a differenza dei sistemi parlamentari più efficienti". Due aspetti non favoriscono questo risultato: ragioni di cultura e di sistema politico, con l'auto-esclusione del Partito comunista dal governo; ragioni di sistema elettorale, una proporzionale pura già collaudata per l'Assemblea costituente. In questo quadro ci furono due interventi: l'inserimento di un premio di maggioranza per le elezioni del 1951 e una "cosiddetta «réformette» costituzionale del 1954, che aveva tra gli altri l'obiettivo di rendere più credibile il deterrente dello scioglimento anticipato". L'Autore illustra la ratio dell'approccio duvergeriano: senza aderire "in alcun modo a quelle teorie sociologiche o empirico-quantitative" che vedevano nelle istituzioni una mera sovrastruttura, egli si concentra sull'elaborazione di nuove regole per "frenare le spinte alla dissoluzione delle istituzioni democratiche". È in questo contesto che critica pregi e difetti

(di sistema) del governo di Mendès France (1954-1956), “efficace governo parlamentare” ma non “stabilizzato in quel quadro politico”; propone l’elezione diretta del capo dell’esecutivo in combinato con l’istituzione di un sistema maggioritario uninominale a doppio turno. Queste proposte, nota l’Autore, spingono verso una “bipolarizzazione combinata sia a livello di vertice sia di collegio”, cui le forze politiche sono costrette per scongiurare una sconfitta elettorale. L’Autore richiama diverse opere di Duverger e passaggi in cui illustra queste e altre intuizioni che si riveleranno propulsive non solo per l’esperienza costituzionale francese, ma anche per quella italiana.

Il metodo combinatorio è importante perché consente la “lettura del contesto con gli strumenti della storia delle istituzioni, della sociologia politica” e della “scienza politica”, “finalizzata al riordino delle istituzioni” anche al fine di esportare e “riprodurre” in altri contesti quelle stesse deduzioni (p. 9). L’Autore sottolinea anche quanto sia importante l’analisi comparatistica nella struttura del metodo stesso, proprio per estendere in un “contesto diverso” e che “lungi dallo spingere al plagio istituzionale, incita all’invenzione” (l’Autore cita COLAS D.-EMERI C. (a cura di), *Droit, institutions et systèmes politiques. Mélanges en hommage à Maurice Duverger*, Puf, Paris, 1987, 198).

Dalla prima ricognizione ed elaborazione di una “soluzione considerata ottimale”, il secondo passo metodologico, illustrato dall’Autore, è il confronto e valutazione dello “scarto” tra essa e quella “storicamente percorribile”. All’epoca di Duverger il confronto è quindi tra la forma c.d. neo-parlamentare (su cui l’Autore richiama diversa dottrina: GALEOTTI 1984, BARBERA 1991, lo stesso CECCANTI 2002 e 2007, FROSINI 2004 e CLEMENTI 2005) e la proposta istituzionale di De Gaulle. Duverger sostiene che le sue indicazioni, concretizzate nell’avvio della Quinta Repubblica, tra cui il ripristino del collegio uninominale maggioritario a doppio turno, possono stabilizzarsi solo con l’elezione diretta del presidente della Repubblica. Tale “innesto” costituisce nel 1962, per Ceccanti, “vera norma strutturante del sistema politico-istituzionale”.

L’Autore quindi sottolinea come allo stesso Duverger a quel punto interessi poco la perfetta attuazione di un proprio modello; e come egli sia più soddisfatto del definitivo superamento di un “sistema parlamentare di tipo assemblearistico basato sul ruolo decisivo di partiti di centro dopo il voto” a favore invece di un contesto in cui “senza dover ricorrere a un modello presidenziale americano, fondato sulla separazione delle istituzioni, che avrebbe a suo avviso manifestato problemi analoghi di debolezza dell’esecutivo rispetto alla IV Repubblica” (p. 10).

L’Autore poi descrive l’approdo di Duverger alla categorizzazione della forma di governo c.d. semipresidenziale, come una operazione “politico-intellettuale” susseguente l’elaborazione scientifica. Due le ragioni di fondo. La prima di ordine scientifico per “non dissolvere il peculiare funzionamento del sistema francese”. A proposito l’Autore sottolinea

come, salvo il caso di coabitazione, la fiducia origina dell'elezione presidenziale “su cui si modella *dopo* la maggioranza presidenziale in Parlamento” (corsivo dell'Autore stesso). La seconda di ordine politico, “per certi versi opposta”, di “spiegare ai francesi” che uscire da un sistema parlamentare-assembleare non creava un'altra anomalia, ma determinava un altro tipo di regolarità (p. 11).

Nel contesto italiano *post* 1989, Ceccanti trova alcune analogie con la “crisi di regime strisciante” osservata da Duverger.

Ripercorre quindi l'influenza dello stesso, nel dibattito accademico italiano già prima dell'89 e poi negli interventi normativi successivi al crollo del Muro. Cita Galeotti (1967), Elia (1970), Barbera (in una serie di interventi sistematizzati nel 1991), Pasquino (1985). Riporta poi l'influenza della dottrina (mediata) di Duverger tanto sulla legge 25 marzo 1993, n. 81, recante “Elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale”, quanto sulla nuova forma di governo regionale introdotta con la riforma costituzionale di cui alla legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1, recante “Disposizioni concernenti l'elezione diretta del presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria delle Regioni”. Infine sottolinea l'influenza culturale nel periodo tra i referendum elettorali e la c.d. terza bicamerale, richiamando un passaggio di cui lo stesso Autore è stato protagonista (M. DUVERGER, *La cultura delle riforme*, in *Ricerca*, 42-46 e S. CECCANTI, *Maurice Duverger e la Fuci: un incontro non casuale e fecondo*, in www.fuci.net). Spiega quindi come è stata percepita la proposta semi-presidenziale (elezione del presidente della Repubblica) o quella neo-parlamentare (legittimazione diretta del primo ministro) nel momento di “crisi strisciante di regime” e di proposta di riforma. L'Autore individua due cause, negli anni '90, del “capovolgimento” dei pregi dei modelli di Duverger, in elementi per non scegliere quella che all'Autore l'unica forma che Duverger stesso “giudicava adeguata alla frammentazione persistente del nostro sistema di partito”. Da una parte, quindi, la persistente delegittimazione dei poli, dall'altra, il sopravvissuto “complesso del tiranno tra le élites dirigenti” (p. 13). Ciò, insieme ad un quadro istituzionale che riservava posizioni “di vertice con poteri ambigui”, presentò come punti di forza gli elementi che Duverger e poi Vedel, indicavano come limiti dell'esperienza (*ante* riforma) francese.

Per quanto riguarda la forma semi-presidenziale, proposta da ultimo nella bicamerale D'Alema, fu “delegittimata” dal punto di vista “teorico e della buona progettazione istituzionale” L'Autore, richiamando un'espressione di Lauvaux (p. 13), sostiene che in quegli anni è presente un certo “strabismo istituzionale”: si sostiene l'elezione del presidente della Repubblica, ma anche di ridurne i poteri. Quindi, per l'Autore, si sostiene in astratto un modello per eliminare le ambiguità, tuttavia delineando “in concreto un modello che avrebbe invece moltiplicato ogni ambiguità”.

Per ciò che attiene invece al modello neo-parlamentare, sempre duvergeriano, anch'esso per l'Autore è stato delegittimato con una operazione metodologicamente scorretta. Chi in quegli anni non sostiene la forma in esame, prende ad esempio “l'effimero tentativo israeliano”. Ad una corretta analisi combinatoria, invece, si può osservare che quello non era espressione compiuta della forma neo-parlamentare, essendo stata abbinata una proporzionale pura alla elezione diretta del premier, nonché diverse deroghe alla regola *simul stabunt simul cadent* (cfr. p. 14).

L'Autore sottolinea che il metodo di Duverger non confonde “legittimazione diretta in via politica” e “elezione diretta in termini giuridici formali”; piuttosto cerca di utilizzare l'elezione diretta come “sostituto funzionale dell'esistenza di un sistema bipartitico che consenta la legittimazione diretta”. Da questa premessa l'Autore propone una classificazione dogmatica, a rigore, della forma di governo israeliana “non come terza sottotipologia a parte rispetto alle altre due più tradizionali, maggioritaria-bipolare-neoparlamentare e non maggioritaria-multipolare-veteroparlamentare, ma come facente parte della seconda”.

Questa lezione metodologica è utilizzata come premessa di metodo, appunto, per affrontare le evoluzioni culturali-costituzionali italiane, sempre a partire dal 1989, arrivando al presente. Osservando la contemporaneità con questo metodo, è possibile inquadrare la fisiologia normativa costituzionale, *sub*-costituzionale e ordinaria, come diretta o mediata espressione di mutamenti che avvengono sul piano del sistema dei partiti e del sistema elettorale.

Tra i successivi capitoli del volume, che si applicano a questioni fondamentali di riforma è necessario soffermarsi almeno sul capitolo centrale, dedicato ad un tema classico e cruciale per il dibattito costituzionale italiano, in parte affrontato negli anni '90 ma ancora espressione di difficoltà generali. Si tratta del capitolo terzo: “Decreti legge e decreti legislativi in Italia” (pp. 53-65).

L'Autore utilizza la metafora efficace di “due satelliti” cui i Costituenti assegnano una “orbita quantitativa e qualitativa molto limitata”, nel sistema delle fonti, come eccezioni alla normale funzione legislativa, il cui esercizio è affidato alle Camere. Velocemente passa poi alla descrizione della “significativa deviazione dalle orbite”, illustrando le “cause strutturali” di questa deviazione.

Ricorda infatti come la Corte costituzionale e il legislatore hanno cercato di limitare e riallineare questa esorbitanza “per quantità e qualità (specie i decreti-legge)” degli atti del governo. Ma non esistendo una “legge organica” come in Francia, intermedia tra Costituzione e legge ordinaria, la legge 23 agosto 1988, n. 400 recante “Disciplina dell'attività di governo e ordinamento della presidenza del Consiglio dei ministri”, secondo

l'Autore questa è rimasta "lettera morta", e comunque i limiti da essa posti "sono stati poi travolti dalle successive leggi di conversione, equiordinate alla legge n. 400".

"Sarebbe sbagliato interpretarle", osserva, le nuove orbite, "senza vedere le cause che le hanno determinate"; "magari per sostituire le patologie con diverse fisiologie": "è illusorio immaginare di poter tornare puramente e semplicemente alle vecchie".

La causa principale della deviazione del decreto-legge dall'orbita originaria è nel fatto di "un governo privo di poteri efficaci nella programmazione dei lavori parlamentari" (p. 54). Dunque il decreto-legge è utilizzato come "sostituto funzionale" della "corsia preferenziale per i disegni di legge del governo in Parlamento". Richiama sul punto Predieri, come una sorta di "casi di un'iniziativa legislativa rafforzata".

La seconda causa è l'incidere del diritto dell'Unione europea, che comporta la necessità di recepire o di rispondere con atti di diritto interno in modo diversificato e in tempi diversi: questa causa incide sul decreto legislativo.

Secondo l'Autore un approccio che potrebbe definirsi nostalgico, alla materia, pretendendo di riportare le orbite alla versione originaria, si pone in uno "schema arcaico, non corrispondente a nessuna grande democrazia" in cui "l'esecutivo si limita ad eseguire passivamente". Critica questo punto di vista, spiegando che questo approccio non consente di valutare l'impatto sulla forma di governo che il fenomeno di deviazione delle orbite ha prodotto.

Proprio partendo dalla forma di governo, spiega che elemento tipico della forma di governo parlamentare è il rapporto fiduciario, che di norma parte dagli elettori ed è poi specificato nel raccordo con la maggioranza parlamentare. Non potendosi affermare in modo fisiologico il ruolo del governo, si assiste oggi ad un "negoziato permanente e talora oscuro del governo con i gruppi parlamentari e i gruppi di interesse".

Da qui emerge il metodo combinatorio: questa dinamica, per l'Autore, è "l'indicatore" che dimostra una delle prevalenti derive assemblearistiche presenti nel sistema italiano contemporaneo. Esempi, in quest'ottica, sono "decreti-legge che nascono spesso magri se non addirittura anoressici, diventano molto spesso obesi, cosa che non accadrebbe se il perno del procedimento fosse il governo".

Questa la chiave di lettura con cui l'Autore approccia il tema della decretazione governativa. Procedo quindi analizzando i dati più aggiornati sulla legislazione, mostrando come la legge ha è definitivamente più informata a quei caratteri di esclusività e predominanza nel sistema delle fonti. Caratteri ripresi da una parte nelle leggi di conversione, che sono cresciute anche in termini di commi. Questa analisi si inserisce nella tradizione dottrinale che da almeno trent'anni si è occupata del fenomeno della c.d. "crisi della legge". Ma l'approccio combinatorio dell'Autore si sofferma sulle dinamiche politico-

parlamentari per dare conto *funditus* dell'evoluzione della forma di governo. Osserva che “su tutti i decreti-legge più grandi e/o politicamente più controversi” è posta la fiducia, “in modo da compattare la maggioranza”. Questo genera l'ostruzionismo parlamentare, secondo le modalità proprie di ciascuna Camera.

Alla Camera dei Deputati “l'esame degli ordini del giorno si concentra in un'autonoma fase procedurale che, in caso di votazione di fiducia, in genere si dilata di molte ore, con la presentazione di centinaia di ordini del giorno, ognuno dei quali assorbe molti minuti tra illustrazione, parere del governo ed eventuale votazione” (p. 57). Al Senato, è proposto un maxiemendamento che “travolge la discussione anche degli ordini del giorno, che avviene contestualmente a quella degli emendamenti”.

Altro elemento dinamico che l'Autore analizza è la consapevolezza in capo a deputati e governo che il decreto-legge sia “l'unico strumento in grado di arrivare effettivamente al termine dell'*iter*”, che comporta “un uso drogato dei contenuti”. Si tratta di decreti-legge eterogenei, presumibilmente adottati in carenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza. Temi affrontati dalla giurisprudenza costituzionale e dalla dottrina in modo molto attento; valutazioni e interventi che l'Autore richiama sulla verifica della immediata applicabilità delle disposizioni, sulla omogeneità dei decreti-legge e delle leggi di conversione, verifica dei presupposti e sul “gioco ad incastro” tra decreti-legge e decreti legislativi o leggi di delega (cfr. pp.58-60).

Con ciò si propone una lettura degli interventi della Corte costituzionale, che rappresentano argini corretti ma non in grado di agire sulle cause, quelle cause che il Diritto costituzionale da solo non potrebbe governare: “Gli argini sono comunque deboli”, pertanto sarebbe necessario intervenire sulla materia.

Sulla delegazione legislativa, l'Autore analizza l'evoluzione della fisionomia di leggi e decreti di delegazione, anche qui riportando l'evoluzione giurisprudenziale e la categorizzazione dogmatica. L'obiettivo resta comunque descrivere la prassi per cogliere l'evoluzione della forma di governo.

Appare significativa l'analisi dei tempi parlamentari. “La durata normale delle delega è di un anno, per quelle complesse si arriva a 18 o 24 mesi”. Tempi che si sommano alle complessità procedurali che coinvolgono i pareri di diversi organi. L'analisi è particolarmente attuale se si pensa al caso della attuazione della legge 7 agosto 2015, n. 124 recante “Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”, che comporta diversi decreti di attuazione su settori cruciali dell'ordinamento. Sull'acquisizione dei pareri parlamentari, l'Autore nota come “il tasso di accoglimento è apparentemente piuttosto alto, pari circa alla metà delle osservazioni e ai due terzi delle condizioni, forse decisamente al di là della fisiologia delle forme parlamentari in cui il governo si pone come comitato direttivo della maggioranza (a patto che, evidentemente,

essa sia sufficientemente coesa), anche se non sempre le condizioni sono poste in modo da avere un seguito effettivamente puntuale e stringente”.

Sui pareri della Conferenza unificata Stato-regioni-città, il rapporto è “più conflittuale”: le sue “condizioni sostanziali” sono “recepite in circa la metà dei casi”. Anche se, nota Ceccanti, si pone il “problema se la Conferenza abbia la legittimazione sufficiente, per composizione e per modalità di lavoro, per poter fisiologicamente chiedere di più”.

In sostanza, leggi di conversione e delegazione determinano una sorta di “colegislazione” con caratteri diversi: mentre nel primo caso si tratterebbe di un tipo “obiettivamente univoco, in senso patologico e assemblearista”, nel secondo caso sarebbe “strutturalmente più ambigua”. Nel duplice senso che si consente alle Camere di intervenire in un momento successivo alla promulgazione della legge di delegazione, e dopo l’intervento dell’altro co-legislatore, determinando uno schema moderno; ma al tempo stesso si certifica “l’impraticabilità del procedimento legislativo ordinario e lo si fa crescere quindi al di là di ogni limite” (p. 64).

Conclude così nel senso che è necessaria una riforma della materia “per rientrare in una fisiologia del sistema”, che tenga conto non tanto del modello teorico valido ed accettato nel momento costituente, quanto per prendere atto delle “nuove orbite” e dar loro una compiuta veste giuridica.

La conclusione di questo capitolo: “la riforma costituzionale per rientrare in una fisiologia di sistema” (p. 64) si può applicare anche al quarto e conclusivo “Il bicameralismo italiano in trasformazione”.

Completa questo volume, che si conclude con il *fac simile* della scheda del referendum costituzionale confermativo, che di fatto l’Autore auspica concluda la lunghissima transizione evocata nel titolo, una “appendice didattica” sulla nuova legge elettorale che entrerà in vigore il primo luglio 2016. Un lavoro insomma che non solo utile ad una riflessione sul metodo scientifico di approccio alle tematiche del Diritto costituzionale, tanto per gli specialisti che per un pubblico più ampio, ma vuole apportare un impegnato *contributo per il discernimento costituzionale*, auspicato di recente dalla migliore dottrina.

Paolo Bonini

[S. CECCANTI, La Transizione è \(quasi\) finita. Come risolvere nel 2016 i problemi aperti 70 anni prima. Verso il referendum costituzionale, Torino, G. Giappichelli Editore, 2016, pp. 95](#)

Introducendo il volume, “La Transizione è (quasi) finita”, l’Autore spiega le ragioni che l’hanno spinto a scrivere questo testo, tra le quali annovera quella di raccogliere all’interno del volume tre relazioni che ha svolto in altrettanti anni consecutivi a Parigi, su richiesta della sezione di diritto pubblico della *Société de Législation Comparée*, e che sono state dedicate “nel 2013 ai cambiamenti costituzionali, nel 2014 alla legislazione delegata e nel 2015 al bicameralismo, relazioni che sono presenti all’interno dei capitoli 2, 3, e 4” (cfr. p. X).

L’introduzione dell’Autore continua attraverso una comparazione tra la transizione francese e quella italiana, per poi giungere alla valutazione della riforma vista sia attraverso gli occhi di comparatisti quali Duverger e Lauveaux da un punto di vista internazionale, e sia attraverso criteri interni, quali i discorsi avvenuti durante il periodo della costituente, che ci aiutano a spiegare quali siano le opportunità che questa nuova riforma costituzionale possa portare a conclusione della transizione iniziata 70 anni fa.

L’Autore, apre il suo manoscritto (cap.1) con un “omaggio” a Maurice Duverger e al suo metodo combinatorio. Dopo aver spiegato cos’è il metodo combinatorio, “si tratta di un metodo il quale intende associare, senza affatto confonderli, due approcci disciplinari resi convergenti dal fatto di applicarli ad un unico ambito di realtà studiata: per questa ragione può definirsi, sulla scia del maestro francese, come metodo combinatorio” (cfr. pp. 3-4), e dopo aver illustrato rispetto a quali altri metodi Duverger intendeva differenziarsi, Ceccanti nel suo libro ci spiega come mai il metodo combinatorio di Duverger si è affermato nella crisi di regime strisciante della Francia degli anni 50. L’Autore a questo punto sposta la sua attenzione, attraverso una comparazione, sulla crisi che analogamente ha colpito l’Italia post 1989 e sull’influenza che Duverger ha avuto nel dibattito costituzionale di quegli anni, fino a influenzare, attraverso le sue proposte, “sia la nuova riforma di governo comunale (e provinciale) varata con la legge 81/1993 sia quella regionale entrata in vigore con la legge costituzionale 1/1999 (elezione diretta del Presidente e *aut simul stabunt aut simul cadent* come disciplina standard, confermata poi da tutti gli statuti regionali” (cfr. p. 12).

Come anticipato nella premessa del testo, l'Autore nei capitoli 2, 3 e 4 raccoglie tre sue relazioni svolte a Parigi dal 2013 al 2015 su richiesta della sezione di diritto pubblico della *Société de Législation Comparée* e rivolte rispettivamente ai cambiamenti costituzionali (cap.2), alla legislazione delegata (cap. 3) e al bicameralismo in Italia (cap.4).

Il Professor Ceccanti apre il secondo capitolo, quello dedicato ai cambiamenti costituzionali, portando all'attenzione del lettore due innovazioni, che spiegano meglio cosa si intenda per "cambiamenti costituzionali". Le due innovazioni di cui l'Autore parla sono "quelle di revisione formale del testo costituzionale; e quelle di cambiamenti che attengono più in generale alla materia costituzionale, ivi comprese le leggi ordinarie ritenute di contenuto sostanzialmente costituzionale perché incidono in maniera decisiva sull'applicazione della Costituzione (come le leggi elettorali) nonché alcune sentenze più rilevanti della Corte Costituzionale e le modifiche ai regolamenti parlamentari e, ancora più, ai Trattati europei entrati in vigore con legge ordinaria grazie alla legittimazione costituzionale ("copertura") delle limitazioni di sovranità contenuta nell'art. 11" (cfr. p. 29).

Continuando nella trattazione delle innovazioni che ci spiegano i cambiamenti costituzionali, l'Autore parte dal 1989 come punto di svolta nelle revisioni costituzionali, infatti, prima di esso ci furono solo "tre modifiche minori che erano state varate negli anni '60" (cfr. p. 30), fu proprio dal 1989 in poi che si intensificarono le modifiche costituzionali. L'Autore attraverso un elenco specifico ci illustra quali siano state le modifiche attuate alla Costituzione dall'89 a oggi e anche quali effetti queste hanno avuto all'interno del sistema istituzionale e politico del nostro Paese, soprattutto con un occhio di riguardo per quanto concerne il nuovo sistema dei partiti e, quanto questo abbia influenzato le riforme. L'Autore, a questo punto sposta l'attenzione del lettore attraverso un flash-back, sulla logica del testo originario, infatti, solo attraverso un'attenta analisi di ciò che avvenne nella costituente tra il 1946 e il 1947, si possono capire meglio i cambiamenti intervenuti post 1989 e non ancora terminati. Attraverso le parole del Presidente Napolitano, l'Autore ci ricorda come i padri costituenti "videro lucidamente tutti i problemi ma (che) nel contempo non li poterono risolvere" (cfr. p. 36). Dopo il flash-back, l'Autore torna a parlare della forma di Governo e del tipo di Stato, per quanto concerne la forma di Governo, il Professor Ceccanti attraverso un'analisi oggettiva e in chiave comparatistica, nota come la forma di Governo italiana avesse il suo deficit principale nella forza dell'esecutivo, deficit già ampiamente riscontrato in fase costituente, da alcuni emendamenti presentati e poi ritirati. A questo punto, vista la rinuncia a una forma di Governo razionalizzata, si decise di fare perno sull'autoregolazione dei partiti e solo successivamente, sotto la spinta della crescente pressione europea su finire degli anni

'70 prima, e del crescente protagonismo del Partito Socialista poi, ci furono le prime modifiche a livello sub-costituzionale, elencate in maniera chiara dall'autore in questa parte di testo, che avevano, prima delle riforme elettorali, lo scopo di potenziare il principio maggioritario all'interno delle istituzioni. Infatti, "le nuove leggi elettorali che seguirono puntarono ad accompagnare sul versante della legittimazione questo percorso già in atto, sollecitando ulteriori conseguenti cambiamenti" (cfr. p. 45-46).

Nella sua analisi sul tipo di Stato, l'Autore si limita a evidenziare quelle che sono state le carenze della legge costituzionale n. 3 del 2001, che ha riscritto per intero il Titolo V della Costituzione, e quindi anche del rapporto tra centro-periferia, che è uno dei punti irrisolti della transizione e che potrebbe finalmente risolversi con la trasformazione del Senato in una seconda Camera di rappresentanza regionale.

A conclusione del secondo capitolo, quello relativo ai cambiamenti costituzionali, l'Autore fa una attenta analisi dei motivi che hanno imposto come "indifferibile quanto meno la riforma del bicameralismo, prima con la preparazione tecnica della Commissione di esperti nominata dal Governo Letta e poi con la decisione politica di procedere nel merito, sulla scorta di quelle indicazioni, con il successivo Governo Renzi" (cfr. p. 50).

L'Autore apre il terzo capitolo, quello riguardante la legislazione delegata, citando un parallelismo di Jean Rivero, e da ciò compara i decreti legge e i decreti legislativi a dei satelliti fuoriusciti dalle loro orbite. Il terzo capitolo è incentrato, così come la relazione da cui trae la sua origine, sui decreti legge e i decreti legislativi in Italia, più precisamente l'autore sostiene che "porre l'accento sulle cause consente anche di cogliere meglio l'impatto del fenomeno sulla forma di Governo" (cfr. p. 55). Analizzando più affondo questi due strumenti, in modo da capire le dimensioni dell'utilizzo, l'Autore nel suo volume sostiene come negli anni ci sia stato un abuso dei decreti legge e delle leggi di conversione, in quanto considerati corsia preferenziale per i disegni di legge del Governo in Parlamento ed evidenzia anche come sia la Corte Costituzionale, che alcuni Presidenti della Repubblica, in particolar modo Napolitano, siano intervenuti per porgere un argine all'utilizzo di questo strumento, le osservazioni contenute in questa parte di volume "ci fanno concludere in relazione ai decreti-legge che i tentativi di porre argini, pur apprezzabili costituzionalmente, riescono a malapena a far fronte sul breve termine agli aspetti patologici più gravi, alle conseguenze del diluvio, ma strutturalmente non posso aggredire le cause. La soluzione consisterebbe nella costruzione di una diga efficace e di una canalizzazione credibile" (cfr. 60). Continuando nella trattazione di questi istituti, l'Autore ora porge lo sguardo sulle tendenze della delega legislativa, infatti, questa si è trasformata da canale privilegiato per il recepimento della normativa comunitaria a canale privilegiato per le riforme ordinamentali, inoltre per farci comprendere meglio "l'importanza complessiva del

fenomeno, le leggi delega vengono distinte in quattro categorie di importanza quantitativamente decrescente” (cfr. p. 61).

L'Autore conclude il suo volume con l'ultima relazione svolta a Parigi nel 2015, quella sul bicameralismo. In quest'ultimo capitolo ripercorre, anche attraverso testimonianze dirette, come le citazioni riportate di tre costituzionalisti quali La Rocca, Dossetti e Mortati, le tappe che hanno portato al bicameralismo paritario e perfetto sancito nella nostra Costituzione, nonostante i padri costituenti fossero, come da loro stesso affermato, a conoscenza delle “imperfezioni” della seconda parte della Costituzione. A continuazione di questo lavoro, l'Autore analizza, anche in questo caso attraverso le citazioni dei padri costituenti e non solo, il conflitto centro-periferia, che dall'89 in poi, ma anche negli anni precedenti, ha caratterizzato la riforma del bicameralismo. L'Autore, dopo aver analizzato i tentativi di riforma, senza esito che si sono succeduti dal 1989 al 2013, passa ad analizzare, a conclusione del suo volume, come si è giunti a questa riforma attraverso gli avvenimenti avvenuti nella XVII Legislatura attualmente in corso, che se vogliamo ci riportano indietro nel tempo al 1947 e ai lavori della Costituente, infatti, oggi come allora “le forze politiche che ad inizio legislatura si erano trovate insieme sia al governo sia sulle riforme ad un certo punto separano le loro sorti rispetto alla maggioranza di Governo: l'esecutivo guidato da Letta perde buona parte del centro-destra (il Popolo della Libertà si divide in due nuovi partiti: quello più grande riprende il nome di Forza Italia e si colloca all'opposizione, quello più piccolo, il Nuovo Centro Destra di Alfano, resta in maggioranza) similmente a quando De Gasperi aveva perso buona parte della sinistra (esclusa la scissione socialdemocratica di Saragat)” (cfr. pp. 80-81). Utilizzando ancora una volta le parole dell'Autore, “si può pertanto dire che quella approvata dal Parlamento sia una riforma condivisa nei suoi contenuti (al di là di successivi voltafaccia), ma non condivisa nel voto finale; in ogni caso, il tasso effettivo di condivisione sarà poi verificato sulla base di come si esprimeranno gli elettori nel certo referendum, previsto per l'autunno del 2016” (cfr. p. 81).

A conclusione del suo volume, il Professor Ceccanti illustra in maniera chiara e dettagliata quali siano le caratteristiche della riforma costituzionale, specificandone le novità sulla rappresentanza, sulle funzioni e sul rapporto centro-periferia.

Dal volume del costituzionalista si evince chiaramente che la riforma costituzionale, che nel prossimo autunno sarà sottoposta al referendum, potrà portare finalmente alla soluzione dei principali problemi lasciati “aperti” dai costituenti a partire da una seconda Camera dei rappresentanti regionali, quale si trasformerà il Senato, in modo da evitare i conflitti Stato-Regione sorti all'indomani della riforma del Titolo V del 2001 e che intasano i lavori della Corte Costituzionale, in modo da giungere alla

realizzazione di un Senato delle Regioni così come ipotizzato anche in sede Costituente ma mai realizzato.

Giuseppe Storsillo

[P. FARAGUNA, Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale, Milano, FrancoAngeli, 2015, pp. 210.](#)

I principi supremi giocano un ruolo di decisiva importanza su due distinti versanti: da un lato, per il loro valore interno, che si esprime come limite per le revisioni costituzionali; dall'altro, come (eventuali) “controlimiti” per l’espansione – soprattutto – del diritto europeo. A livello costituzionale, in particolare, i principi supremi rappresentano una delle risposte a un problema fondamentale del diritto costituzionale: l’equilibrio tra ragioni del mutamento e ragioni della continuità.

Il dato che subito può riscontrarsi nell’elaborazione del concetto dei “principi supremi” è quello dell’incertezza. Incertezza che parte già dal lessico utilizzato di volta in volta: “principi supremi”, “principi fondamentali”, “nucleo duro della Costituzione”, “controlimiti”.

L’analisi della dottrina sul tema sembra non dare precise coordinate di riferimento a chi si accosta al concetto dei principi supremi. Infatti, è avvenuto che “cercando il massimo valore prescrittivo dell’art. 139 Cost. [...] si è raggiunta la massima incertezza. Si sono ricavate innumerevoli norme da poche disposizioni. Sono emerse norme senza disposizioni. La strada percorsa alla ricerca del massimo valore prescrittivo ha paradossalmente condotto alla massima incertezza interpretativa, che è un terreno con scarsissimo valore prescrittivo” (p. 62).

Per queste ragioni Pietro Faraguna, dopo l’analisi della dottrina e dello stato dell’arte sul tema, sceglie di far ri-partire la sua ricerca non dal *law in the books*, bensì dal *law in action*, analizzando in maniera empirica le prassi degli organi costituzionali di garanzia. Invero, questa appare una scelta obbligata, vista la “Babele terminologica e concettuale” che circonda il concetto. L’attenzione si sposta, quindi, sui principi supremi “in azione”, piuttosto che sui principi supremi nella teoria. L’Autore è andato a cercare i principi supremi non nella teoria della Costituzione, ma a Palazzo della Consulta e al Quirinale. Dapprima, dunque, ricostruendo la giurisprudenza costituzionale che sul tema è “ampia, eterogenea e apparentemente contraddittoria”, e tentando di “addomesticarla”. Poi, tentando di inquadrare le prassi della Presidenza della Repubblica idonee a coinvolgere i principi supremi.

Già s’anticipano, fin d’ora, le conclusioni: neppure dalla ricostruzione dei principi supremi “in azione” si possono trarre coordinate esatte sulla loro precisa consistenza. Si riescono a scorgere solo alcuni punti sicuramente fermi.

Il punto di partenza dell'opera è, in particolare, la sentenza n. 238 del 2014. Senza qui ricostruire le vicende che hanno portato alla sentenza, basti ricordare le conclusioni: quella conformazione al diritto internazionale che si realizza tramite l'art. 10, comma 1 Cost., in questo caso *eccezionalmente* non avviene, perché il verificarsi del contrasto con i principi supremi esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale. La porta dell'art. 10, comma 1 Cost., quindi, "generalmente ben aperta al diritto internazionale consuetudinario, si chiude quando a voler entrare siano norme che contrastano con i principi supremi dell'ordinamento" (p. 18).

Nel primo capitolo l'A. si occupa della ricostruzione del concetto dei principi supremi nella dottrina. Quest'ultima ha dedicato sempre maggiore attenzione al tema dei principi supremi perché da un lato cresceva il dibattito sulle riforme costituzionali mentre dall'altro lato si espandeva il diritto europeo. I principi supremi "rappresentano una possibile risposta a un problema fondamentale del diritto costituzionale: l'equilibrio tra ragioni del mutamento e ragioni della conservazione" (p. 27), che non finisce nell'art. 138 Cost. che, infatti, non è l'ultimo articolo della Costituzione. Le norme sulla revisione costituzionale sono anch'esse interpretabili come motore di cambiamento, ma anche ad esse è necessario porre un limite: quello, appunto, dei principi supremi. Quella dei principi supremi è dunque categoria nata per fronteggiare fenomeni molto diversi, "per opporsi a fonti di trasformazioni dell'ordinamento dotate di diversa legittimazione, diversi strumenti e diverse finalità" (p. 29). Sul versante interno i principi supremi sono caricati di quella "funzione antimaggioritaria che in una dinamica costituzionale classica è attribuita non ai principi supremi, ma alla Costituzione stessa" (p. 21).

Non può essere questa la sede per ricostruire le posizioni della dottrina sui principi supremi, basti giungere alla conclusione: vi è un'incertezza "sul *dove*, sul *come*, sul *se* dei principi supremi". Proprio su questa indeterminatezza Faraguna fissa il nuovo punto di partenza della ricerca, cominciando a cercare i principi supremi nel "diritto in azione", analizzando empiricamente le prassi di Corte costituzionale e Capo dello Stato.

Questa, dunque, la tesi dell'A.: riuscire a cogliere se sia possibile ricondurre ad unità il concetto di principi supremi a partire dal diritto in azione.

Il secondo capitolo è dedicato alla Corte. L'obiettivo è dare un ordine a quelli che si presentano come frammenti di una giurisprudenza non lineare e distesa lungo un arco di tempo molto ampio. Per fare questo l'A. stabilisce un sistema di riferimento convenzionale, così da misurare il "peso" e la posizione dei singoli frammenti di giurisprudenza. Come in uno spazio euclideo a tre dimensioni, si individuano i diversi frammenti sulla base di tre assi: in un primo asse le questioni secondo l'oggetto (legge costituzionale, legge dotata di copertura costituzionale o legge ordinaria); sul secondo il parametro della questione; sul terzo, infine, la tipologia di pronuncia a valle del frammento esaminato.

Le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto leggi di rango costituzionale sono poche. Lo stesso non può dirsi per le leggi aventi ad oggetto leggi dotate di copertura costituzionale. Sono numerose le sentenze che richiamano i principi supremi soprattutto per quanto riguarda i rapporti tra diritto interno e diritto UE. Le norme di diritto europeo (ma anche quelle di diritto convenzionale e concordatario) se incompatibili con leggi ordinarie anche successive, trovano comunque applicazione in forza della copertura costituzionale loro fornita dagli artt. 11, 7 e 10 Cost. In particolare, la non applicazione di norme interne incompatibili può spingersi anche a far disapplicare norme costituzionali, ma non i principi supremi, che in nessun caso cedono se norme europee si trovano in contrasto con loro. I principi supremi, in questa veste, sono stati felicemente ribattezzati dalla dottrina “controlimiti”.

Dopo una dettagliata analisi dei controlimiti in azione nelle sentenze della Corte, l’A. passa ad analizzare i principi supremi e il loro rapporto con le leggi ordinarie. Qui, non tutte le sentenze hanno lo stesso “peso”. Infatti, quando la Corte affronta una questione su una legge ordinaria che viola un principio ordinario (non supremo) della Costituzione, la potrebbe risolvere secondo l’impostazione kelseniana: il vizio della legge è solo formale, perché il legislatore avrebbe potuto introdurre la disciplina incostituzionale seguendo il procedimento di cui all’art. 138 Cost. Se fosse stata in ballo, invece, la violazione di un principio supremo, la stessa legge non sarebbe stata costituzionalmente legittima neppure usando il procedimento *ex art. 138 Cost.*

Ad ogni modo, in questo campo la giurisprudenza è ricca ed eterogenea. Particolare disarmonia si trova nei parametri sui quali la Corte fa leva per individuare i principi supremi dell’ordinamento (per un elenco dei parametri utilizzati dalla Corte si v. p. 95).

Si passa così alla seconda coordinata: la giurisprudenza della Corte vista attraverso i parametri, cercando di individuare quali sono i principi costituzionali supremi. In 60 anni di giurisprudenza si ritrovano indizi sparsi. Alcuni frammenti sono del tutto isolati, altri invece ricorrono spesso e sono più vicini al cuore della motivazione delle sentenze. Tra i frammenti isolati si trovano il diritto all’elettorato passivo, il diritto alla vita, il principio del pluralismo, la tutela delle minoranze linguistiche. Complesso è l’intreccio tra principi supremi e diritti inviolabili dell’uomo di cui all’art. 2 Cost. Una giurisprudenza più ampia vi è sul principio di laicità dello Stato, seppure con alcune peculiarità: è principio supremo che compare relativamente tardi (1989) ma una volta arrivato rimane fisso. È, inoltre, principio che esiste solo nella sua forma “suprema”, essendo una combinazione di altri principi costituzionali e questa caratteristica lo contraddistingue dagli altri. Nella giurisprudenza sui controlimiti concordatari prima degli accordi di revisione il principio supremo più utilizzato è quello di eguaglianza. Il parametro che si trova con più frequenza, ad ogni modo, è senza dubbio quello sulla tutela giurisdizionale di cui all’art. 24 Cost. sebbene non ogni esplicitazione del diritto alla tutela giurisdizionale è principio supremo, ma solo il suo nucleo essenziale.

La sentenza n. 1146 del 1988 contiene infine una compiuta teorizzazione dei principi supremi dell'ordinamento. In tale sentenza, peraltro, si saldano per la prima volta i controlimiti con i limiti alla revisione costituzionale, unendoli nell'unica nozione di "principi supremi dell'ordinamento". Tale saldatura resterà ferma, finendo per giungere a una concezione dei principi supremi come "quei contenuti indefettibili della comunità politica inerenti alla struttura dell'ordinamento, senza i quali la Costituzione non sarebbe più quella che è, ma verrebbe modificata irrimediabilmente nella sua più profonda identità" (F. Gallo, *Possibilità e limiti della revisione costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2013, p. 713).

Una volta analizzata una giurisprudenza costituzionale non esente da oscillazioni interpretative, nel terzo capitolo si indaga, invece, l'uso dei principi supremi "attorno" al Capo dello Stato. L'ipotesi, infatti, è che l'esercizio delle attribuzioni presidenziali – e in particolare in sede di promulgazione delle leggi – si pone a presidio dei principi supremi. Si ipotizza non tanto che il Presidente della Repubblica possa rinviare le leggi se ravvisa il rischio di violazione dei principi supremi (lettura questa troppo rigida dell'ipotesi), bensì che il Presidente sia libero di rinviare in diversi casi, ma che debba farlo certamente se e quando ravvisa una violazione dei principi supremi. La dettagliata analisi dei rinvii presidenziali nella "stagione maggioritaria" non dà conforto all'ipotesi iniziale. I parametri su cui si basano i rinvii, infatti, sono radicati nella Parte seconda della Costituzione, mentre quelli usati dalla giurisprudenza della Corte in relazione ai principi supremi si rintracciavano tutti nella Parte prima. Ma, soprattutto, a sconfessare la tesi iniziale non è l'analisi dei rinvii, quanto i rinvii "mancati". I Presidenti hanno infatti firmato leggi che più di altre – che invece sono state rinviate alle Camere – sembravano afflitte dalla "manifesta non costituzionalità" nata con la c.d. "dottrina Ciampi".

Si arriva così a un bilancio interlocutorio: né, infatti, attraverso l'analisi della dottrina, né attraverso quella dell'esperienza costituzionale degli organi di garanzia è stato possibile trarre definite coordinate sulla portata della categoria dei principi supremi dell'ordinamento. A livello lessicale, concettuale e giurisprudenziale l'argomento che certamente non manca è, infatti, l'incertezza.

Un punto sembra, però, essere fermo: si ragiona di principi e non di regole, con tutte le conseguenze che questa constatazione porta con sé. Limiti e controlimiti sono sempre e comunque principi, mai regole. Da principi, invero, quelli supremi sarebbero bilanciabili con principi antagonisti. Qui l'A. formula tre ipotesi: che i principi supremi sono anomali e non entrano nel bilanciamento; entrano nel gioco del bilanciamento e prevalgono sempre; si bilanciano e possono anche soccombere, così come gli altri. Per verificare tali ipotesi l'A. analizza i principi supremi nel bilanciamento in senso proprio e in senso lato. In senso proprio, è facile verificare come la Corte "non riserva nessun trattamento privilegiato a quei principi che essa stessa ha qualificato nella sua giurisprudenza alla stregua di principi supremi dell'ordinamento" (p. 159). Si passa così all'analisi della possibilità in cui vi sia un

ruolo dei principi supremi nei conflitti tra principi costituzionali, nonché di un eventuale conflitto tra principi supremi. Infatti i principi supremi ben potrebbero prestarsi a giocare non un ruolo di argine negativo, bensì essere “generatori di norme che risolvano quella tensione tra principi costituzionali” (p. 161).

Dopo altre analisi che qui si tralasciano, si giunge alla conclusione che i principi supremi sembrano bilanciarsi esattamente come tutti gli altri principi costituzionali, e a volte soccombono anche. Non vi è nella Costituzione, infatti, una gerarchia interna, così da far sì che alcuni principi prevalgano su altri. È questa una diretta conseguenza del carattere “pluralistico” della Costituzione: le tensioni tra i principi che vi sono affermati sono intrinseci alla sua funzione. La declinazione plurale delle Costituzioni moderne, infatti, “convive con la negazione della loro assolutezza” (p. 182). Questo è legato alla presenza, in Costituzione, di “accordi non completamente teorizzati” (C. Sunstein, *A cosa servono le Costituzioni? Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, 2009, p. 71 s.). Non può che essere la Corte costituzionale a definire tali accordi. Se avrebbe potuto farlo un altro organo costituzionale (Parlamento, magistratura, ecc.), infatti, il Costituente non avrebbe incluso tali accordi non completamente teorizzati in Costituzione, ma avrebbe codificato l’esito dell’accordo. Di qui il ruolo dei principi supremi: il riequilibrio dei principi costituzionali – tramite una categoria di fattura giurisprudenziale e non definita nei suoi contorni – a cui ci si “appoggia”.

I principi supremi dunque “esistono, ma non sono individuati una volta per tutte”. Interagiscono tra loro “in infiniti assetti, dando vita a infiniti scenari di bilanciamenti, e per i quali non è dato alcun equilibrio predeterminabile e immutabile” (p. 188).

Nonostante tutte le incertezze che circondano la categoria, in fine, Pietro Faraguna può individuare almeno tre punti fermi.

Un primo punto fermo è quello della funzione “dialettica” dei principi supremi. L’efficacia dissuasiva che l’esistenza dei principi supremi assume: la Corte, evocandoli anche quando sono ininfluenti ai fini della decisione, affida ai principi supremi una velata “minaccia” al destinatario (legislatore costituzionale o interlocutore europeo, concordatario o internazionale).

Un secondo punto fermo si rintraccia nella vita dei principi supremi nell’ambito di una Costituzione pluralista. In queste, è fisiologico incontrare contraddizioni a livello testuale; la ricerca dell’equilibrio è affidata a una continua operazione di bilanciamento in senso lato. I principi supremi, in questo senso, possono essere ricondotti a una sorta di “costituzione invisibile” (L. H. Tribe, *The invisible Constitution*, Oxford-New York, 2008). Come le figure topologicamente equivalenti – cioè quelle che possono essere ottenute con trasformazioni senza rotture – i principi supremi ambiscono a “determinare i limiti di trasformazione di un ordinamento, anche attraverso le più qualificate fonti di mutamento, senza determinarne

una rottura” (p. 191). Così sono essenziali “al fine di stabilire che esiste un limite tra rottura e trasformazione dell’ordinamento, ma non sono prevedibili tutte le forme in cui l’ordinamento potrà trasformarsi rimanendo omeomorfo [...], né sono predeterminabili quali mutamenti ne determinano la rottura” (*ivi*).

Terzo punto fermo, infine, riguarda la collocazione della riflessione sui principi supremi nel cuore delle dottrine del costituzionalismo: i limiti giuridici al potere politico. L’art. 1 Cost. e la sua irriducibile complessità sono infatti la pietra angolare sulla quale ruota la ricerca. Se la nozione di principi supremi non esistesse, il legislatore costituzionale potrebbe fare tutto. Affermare, invece, l’esistenza di tali principi – su cui la Corte è competente a vigilare, ma il cui contenuto rimane incerto – è in ultima analisi un modo per “descrivere la frammentazione incomponibile della sovranità: nessuno ha diritto all’ultima parola” (p. 193). Nonostante questo, e anzi proprio per questo, la Corte custodisce con delicatezza la sua posizione nel sistema; non pare un caso, infatti, che il “fucile dei controlimiti” abbia sempre sparato *extra moenia*, dove il rischio di contraccolpi sulla sua legittimazione pare essere minore.

Il bel libro di Pietro Faraguna, oltre ad essere un’utile analisi prima teorica e poi pratica dei principi supremi, conferma l’estrema sfuggevolezza della categoria in questione. Ma conferma anche che i principi supremi, lungi dall’essere un’inutile elaborazione della Corte, hanno una funzione ordinamentale fondamentale: infatti “la prassi dei principi supremi e la loro incerta definizione svelano una loro funzione strumentale a garantire che la sovranità, in ogni sua epifania – compresa la legislazione costituzionale – venga sempre esercitata ‘nelle forme e nei limiti della Costituzione’”.

In questo modo l’art. 139 Cost., per antonomasia limite alla revisione, si ricollega all’art. 1 Cost., chiudendo in modo “circolare” il dettato costituzionale. I principi supremi sono, dunque, quelli che non solo collegano le due “estremità costituzionali”, ma sono anche “l’anima” della Costituzione, poiché non definiti una volta per tutte, ma una volta per tutte suoi ultimi difensori.

Luca Bartolucci

[G. RAZZANO, Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale, Torino, G. Giappichelli Editore, 2014, \(pp. 309\).](#)

“**L**a qualità dell’assistenza data in fin di vita è un buon metro della qualità umana di una civiltà e di una cultura”.

Il volume offre una completa e puntuale disamina sulla dibattuta tematica del fine vita, e lo fa affrontandola in una prospettiva costituzionale e comparatistica che tenga in debito conto le problematiche sottese ad un tema che è, e l’Autrice lo sottolinea senza timori, spinoso e controverso, corrispondendo tale momento alle situazioni più fragili dell’esistenza umana. Inoltre, il dibattito (mediatico prima, politico-istituzionale poi), svoltosi in Italia ha evidenziato la stretta connessione fra concetti, spesso confusamente assimilati ma di cui sarebbe doveroso operare un distinguo, quali il fine vita, il testamento biologico, l’eutanasia e i trattamenti palliativi.

In effetti, ben si evidenzia come i risvolti che necessariamente andranno analizzati sono quelli riguardanti la vita, la morte, la dignità, la libertà, la responsabilità, la solidarietà, la salute fisica e psichica. E, di più, tali situazioni si riferiscono alla sfera dei diritti di libertà, ma rappresentano anche questioni sociali.

Obiettivo dichiarato del volume è quello di offrire un contributo, e tentare di fornire una risposta, in ordine a quella che è la domanda di fondo quando si scelga di affrontare il tema della dignità nella morte: l’eutanasia è una soluzione coerente con la dignità della persona umana e con il vigente assetto costituzionale? La risposta, cui si giunge dopo una attenta analisi che involge profili costituzionali e tecnici, è no. Il modo migliore di rispondere all’esigenza di tutelare la dignità del malato in generale, e del morente in particolare, è approntare uno sviluppo adeguato delle cure palliative “come forma di sostegno globale alla sofferenza, all’abbandono, alla solitudine, in grado, come tale, di prevenire la domanda di eutanasia in un contesto socio-sanitario solidale ed inclusivo”.

La prima parte del volume è dedicata al concetto, indispensabile punto di partenza, della dignità umana alla luce sia dei precetti costituzionali che del panorama comunitario. In merito a questa tematica si sottolinea come, quando si tratti di temi quali il fine vita, si sia sempre più consolidata la nuova alternativa *pro choice/pro life*: in altri termini, la dignità consisterebbe da un lato nel diritto tutto individuale all’autodeterminazione, dall’altro nel riconoscimento della qualità dell’essere umano in quanto tale; nel caso dell’eutanasia, in particolare, sul piano della teoria, verrebbe a crearsi un bilanciamento nuovo tra il diritto alla vita ed il distinto diritto a “disporre della propria vita”, divenendo in tal modo un concetto totalmente individuale. Ancor più singolare la circostanza che è l’interpretazione

della dignità di per sé stessa ad essere divenuto controverso e per certi versi paradossale, essendo chiamata in causa da alcuni per sostenere la liceità dell'eutanasia, da altri per rifiutarla nettamente.

A ben guardare, la dignità umana non va intesa, ad opinione di parte della dottrina, quale mera esistenza biologica ma come qualità della vita, sostanziandosi nel diritto di autodeterminarsi; conseguenza di questa lettura, in caso di infermità irreversibile ed invalidante, l'eutanasia sarebbe accettabile in quanto diritto che deriva dall'impossibilità di recuperare la propria dignità. Su tesi diametralmente opposte si collocano coloro che, invece, considerano la dignità umana quale fondamento di ogni diritto umano, "valore super-costituzionale, fonte di tutti i diritti e, soprattutto inerente all'esistenza umana, qualunque siano le condizioni in cui il soggetto si trovi", ma soprattutto quando versi in situazioni nelle quali la pienezza delle facoltà sia compromessa e dunque con una maggiore esigenza a che sia tutelata la propria dignità. Come anticipato e come sottolineato dall'Autrice, nessuna zona grigia e nessuna posizione intermedia e lo stesso principio invocato per tutelare situazioni opposte ed inconciliabili: *pro choice versus pro life*.

Tuttavia, l'accezione di dignità accolta nella Costituzione italiana, alla luce di un *excursus* storico molto approfondito, sembra essere quella secondo cui questa appartiene ad ogni essere umano in quanto tale, indipendentemente da ogni considerazione circa la qualità della vita. Da ciò deriva che "l'autodeterminazione, se certamente è una componente importante dello statuto della persona umana, non è il criterio per discriminare fra chi possiede dignità e chi non la possiede".

Inoltre, si nota come in base al principio di autodeterminazione si sia affermata l'idea, inaccettabile dal punto di vista dell'Autrice, secondo la quale ogni individuo potrebbe rinunciare alla propria vita in quanto la ritenga non degna di essere vissuta; tuttavia seguire tale impostazione significherebbe negare che dai principi costituzionali possa desumersi la garanzia dei diritti inviolabili fondata sul riconoscimento di questi in capo ad ogni essere vivente, indipendentemente ed a prescindere dalla percezione che ognuno abbia della propria esistenza. Se la dignità umana è inviolabile, e lo è, allora non potrà mai dipendere dal consenso del soggetto, pena la negazione dell'inviolabilità dei diritti.

Con riferimento allo specifico tema del presunto diritto di morire, poi, deve escludersi che la protezione della vita possa comprendere ed includere la protezione dell'opposto diritto di morire, dal momento che, ed è questo il nodo centrale dell'intero volume, "il suicidio è un fatto, dolorosissimo ed inquietante, non già un diritto costituzionale": sul piano teorico, logico e costituzionale non pare assolutamente configurabile.

La Corte Cedu, a differenza della Consulta che mai si è pronunciata espressamente sul diritto al suicidio assistito e sull'eutanasia, nella sua giurisprudenza sembra aver tenuto come costante punto di riferimento la considerazione che il diritto di morire e, dunque,

l'autodeterminazione intesa come scelta fra la vita e la morte, non possa considerarsi implicito nelle norme che tutelano il diritto alla vita dal momento che la Convenzione non contempla il diritto di morire; importante l'analisi dei documenti dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, dai quali emerge chiaramente il disfavore rispetto all'eutanasia, ma anche rispetto all'accanimento terapeutico, e di converso si nota l'incoraggiamento ad implementare le cure palliative ed il timore e la prudenza rispetto al tema delle direttive anticipate. Evidentemente ampio margine di apprezzamento è lasciato agli Stati membri, che tuttavia nella quasi totalità non riconosce il suddetto diritto.

La seconda parte è dedicata ad una puntuale ed approfondita disamina di quelli che sono gli aspetti più problematici, ma centrali ed indispensabili quando si tratti del fine vita, legati al rapporto medico-paziente, all'accanimento terapeutico ed alla idratazione e alimentazione artificiali suddividendoli in due distinte fattispecie: paziente cosciente e paziente privo di coscienza e ripercorrendo, rispettivamente, il caso Welby ed il caso Englaro.

A norma dell'art. 32 Cost., ed al riguardo non sussiste alcun dubbio, per effettuare un qualsivoglia trattamento sanitario occorre acquisire il consenso della persona oggetto delle cure che, appare superfluo sottolinearlo, dovrà essere stata esaurientemente informata.

Sulla volontarietà dei trattamenti sanitari, "*nulla quaestio*". Determinante, invece, è la distinzione tra il rifiuto di una terapia proposta dal medico e la richiesta al medico, da parte del paziente, di adottare una condotta per ottenere la propria morte. Detto diversamente, un conto è che il decesso derivi da un rifiuto del paziente in ordine ad un qualsivoglia trattamento, altro è che derivi da una condotta medica, omissiva o commissiva poco conta, a tale preciso (e, giova sottolinearlo, illegittimo) scopo perpetrata. Nel primo caso, infatti, il decesso non è provocato dal medico e dunque il diritto al rifiuto delle terapie medico-chirurgiche non potrà mai considerarsi eutanasia passiva consensuale, ma semplice conseguenza della circostanza - costituzionalmente garantita - che la salute non può essere oggetto di imposizione coattiva (fuori, ovviamente, dai casi previsti dal secondo comma dell'art. 32).

Centrale è poi il tema della rinuncia alle cure, che si configura per indicare la cessazione di terapie sproporzionate e futili; in sostanza si tratta della spinosa questione dell'accanimento terapeutico.

Questo genera delle problematiche in ordine all'incertezza che ne caratterizza la definizione, stante la mancanza di un solido ancoraggio scientifico. A questo proposito, si sottolinea come il nuovo codice di deontologia medica abbia abbandonato il termine "accanimento" per utilizzare il concetto di "proporzione". Ora infatti si legge come il medico, tenendo in debito conto le volontà espresse dal paziente e i principi di efficacia e appropriatezza delle cure, non deve né intraprendere né insistere in interventi terapeutici clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati dai quali non si possa

fondatamente attendere beneficio alcuno per la salute, intesa anche nel senso di qualità della vita, del paziente. La precisazione non è di poco conto, così come non lo è la circostanza che il divieto di intraprendere cure sproporzionate valga anche quando il paziente versi in uno stato di incoscienza: in altri termini, l'accanimento è vietato indipendentemente dalla condizione del soggetto e dalla volontà espressa da lui o dai suoi familiari. In conclusione, non vi è alcun bisogno di auspicare il riconoscimento giuridico dell'eutanasia per sostenere la contrarietà alla sproporzione e all'eccesso di cure perché, molto semplicemente, è una condotta medica già vietata.

Ciò detto, resta ferma l'impossibilità di assimilare la rinuncia alla terapia con il diritto di morire e con l'eutanasia, dal momento che – giova ribadirlo- “altro è il lasciar morire derivante dall'abbandono terapeutico, attraverso condotte mediche attive od omissive, quando invece le terapie sarebbero opportune e proporzionate, altro è il lasciar morire rinunciando ad iniziare o proseguire trattamenti che non procurerebbero alcun miglioramento consistente al paziente, procurando invece, a lui e alla sua famiglia, solo un peso e una sofferenza eccessive”.

Per evitare però che il tema dell'accanimento terapeutico si trasformi in un mero slogan privo di contenuti, l'Autrice ritiene opportuno chiarire come il concetto di proporzione della terapia debba necessariamente essere frutto di un giudizio complesso e dell'indispensabile alleanza terapeutica tra medico e paziente, in cui il primo prospetterà tutte le possibili terapie e le alternative nel caso in cui queste fossero giudicate dal secondo come insostenibili. Questo c.d. modello cooperativo appare come utile ad evitare tanto gli eccessi del vecchio paternalismo, in cui il medico era l'unico titolare in ordine alle decisioni sulla salute del paziente, senza che si tenesse in debito conto la sua volontà, quanto quelli derivanti dal considerare l'autonomia del malato come unico elemento rilevante della decisione in ordine ai trattamenti sanitari da parte del medico, che di fatto veniva assimilato ad un mero esecutore materiale.

Diverso ovviamente il caso in cui il paziente sia incosciente e dunque non possa più prestare il proprio consenso, ovvero dissenso, informato alle terapie. Qui l'interrogativo che ci si pone è se, e fino a che punto, le direttive anticipate debbano essere considerate vincolanti nei confronti del personale sanitario, stante che nella maggior parte dei casi la volontà eventualmente espressa sarebbe nel senso del rifiuto delle c.d. terapie salvavita. La risposta, nuovamente, è negativa. Infatti attraverso la formulazione di dichiarazioni anticipate non può mai essere modificato il panorama di diritti ed obblighi sanciti dalla legge che, ad oggi, non prevede la possibilità di richiedere una prestazione sanitaria orientata alla morte. Se, insomma, nell'ordinamento costituzionale non è configurabile una relazione sanitaria a ciò rivolta (e non lo è) e se “nessuno può giuridicamente costringere altri a lasciarlo morire, ciò a maggior ragione non sarà possibile attraverso espressioni della volontà del paziente anticipate e non contestuali”. In ogni caso, rispetto al testamento biologico

esiste una diversa soluzione: la pianificazione anticipata delle scelte terapeutiche con le quali il malato esprime le sue volontà in ordine ai trattamenti sanitari da intraprendersi nel prossimo futuro, quando però, e questo è l'elemento centrale e caratterizzante, vi è già una patologia della quale si prospetta il decorso. Siamo nel versante dell'attualità delle prime cure, dunque, quando il paziente è ancora cosciente ma già competente, ed è una tangibile espressione dell'alleanza terapeutica medico-paziente dal momento che qui non si tratta di prestare il consenso ad una singola prestazione sanitaria, quanto piuttosto di individuare uno specifico programma di cure.

Dopo aver analizzato i controversi aspetti dello stato vegetativo e della nutrizione e idratazione artificiali, la terza ed ultima parte del volume si occupa delle norme e delle prassi medico-sanitarie con riguardo al fine vita in alcuni Paesi europei e della specifica disciplina prevista in Italia per l'implementazione delle cure palliative.

In estrema sintesi, nei Paesi Bassi sia l'eutanasia che il suicidio medicalmente assistito sono permessi e disciplinati da apposite leggi la cui parte più dibattuta e criticata, inevitabilmente, è quella nella quale si prevede l'eutanasia per i minorenni; nello specifico è prescritto che il minore, di cui non sempre si specifica l'età, debba trovarsi in una situazione clinica senza speranza e che comporti la morte a breve termine e deve patire sofferenze continuative ed insopportabili che non possono essere altrimenti alleviate. Allarmanti i dati riportati che dimostrano come, a ben guardare, i casi di eutanasia siano aumentati esponenzialmente e come questa si sia trasformata in qualcosa di ben diverso da quella *extrema ratio* che avrebbe dovuto essere.

Nel Regno Unito sono vigenti il Suicide Act ed il Mental Capacity Act che, rispettivamente, prevedono che il suicidio non è un crimine e che sono, invece, punibili l'istigazione e l'aiuto al suicidio; successivamente il Coroners and Justice Act ha identificato tali reati nell'unica fattispecie dell'*encouraging or assisting suicide*. Quello che deve segnalarsi è che il principio ispiratore di fondo è legato al *best interests* per il paziente e alla rilevanza non incondizionata della volontà anticipata eventualmente manifestata, che in ogni caso non può prevedere il rifiuto di cure di base. Inoltre, espressamente, si nega la possibilità di abrogare il reato di omicidio del consenziente e di aiuto al suicidio.

Simile la situazione in Germania, dove la vincolatività di eventuali direttive anticipate è circoscritta ed in mancanza si fa prevalere il miglior interesse del malato e dove vige il divieto di "omicidio su richiesta".

In Spagna il codice penale punisce l'istigazione e l'aiuto al suicidio e l'omicidio del consenziente, prevedendo però una diminuzione della pena nei casi di "omicidio compassionevole".

Infine, in Francia è punita l'eutanasia tanto in forma attiva quanto in forma passiva ma è previsto che il paziente possa decidere di rinunciare ai trattamenti sanitari anche vitali, ed il medico dovrà accompagnare il malato con trattamenti antidolorifici; è espressamente accettata l'eventualità che questi comportino come effetto secondario l'abbreviazione della vita.

Il volume si chiude con una tematica di estrema rilevanza: le cure palliative e la loro relativa disciplina in Italia; nello specifico, si tratta della legge n.38 del 2010 che ha definitivamente e chiaramente sancito il diritto del cittadino ad accedere alle cure palliative e alla terapia del dolore, che individuano un tipo di trattamento sanitario volto ad allievare la sofferenza, nelle sue sfumature tanto fisiche quanto mentali, della persona affetta da una malattia a prognosi sicuramente infausta che non risponde più a trattamenti specifici.

Non guarire, dunque, ma sollevare dalla sofferenza.

Il tema, si diceva, è centrale quando si voglia tentare di fornire un quadro non solo ricostruttivo ma anche propositivo in ordine al fine vita, visto il perdurante e diffuso preconcetto per cui le cure palliative siano assimilabili all'eutanasia. In realtà, le due si differenziano per alcuni non secondari aspetti, primo dei quali l'obiettivo/intenzione della procedura, che nelle terapie del dolore è semplicemente ridurre o abolire la percezione della sofferenza provocata dai sintomi della patologia, non certo provocare intenzionalmente la morte del malato.

In conclusione, quello che si vuole demolire è l'assioma della vita inviolabile solo se degna di essere vissuta che, peraltro, porta alla paradossale considerazione che eutanasia e accanimento terapeutico siano due facce della stessa medaglia.

Quello che occorre assicurare è che i malati siano curati al meglio, con dignità, umanità e con tutte le terapie mediche possibili nell'attuale panorama scientifico. Ma quando questo non è più possibile quello che si deve fare è "accompagnarli", non incoraggiare pratiche eutanasiche che non appaiono una risposta meritevole di tutela alla luce del dettato costituzionale italiano.

Elisabetta Benedetti

[R. SCARCIGLIA, F. ALACEVICH, F. GUIDA \(a cura di\), Le Facoltà di Scienze politiche in Italia, Bologna, il Mulino, 2015, pp. 213.](#)

L'opera collettiva in esame contempla, attraverso una progressiva trattazione, gli esiti della raccolta dei lavori svolti durante il Convegno «Istruzione come bene pubblico nei 150 anni dell'Italia unita» tenuto, nel 2011 presso l'Università degli Studi di Salerno. Il volume spicca, oltre per il suo valore di testimonianza sull'attuale "stato dell'arte" dell'Università e delle Facoltà di Scienze politiche - indispensabili istituzioni culturali - per le possibilità di riflessione ed analisi che esso offre. Le sue pagine sono, difatti, potenziali strumenti per considerazioni teoretiche d'ampio respiro: sia sul concetto, sia sulle funzioni, dell'Università - in generale - e - in particolare - delle Facoltà di Scienze politiche. E tal fine, in queste sede vengono presentate relazioni sugli atenei di: Bari; Firenze «Cesare Alfieri»; Genova; Macerata; Milano; Milano Università Cattolica del Sacro Cuore; Napoli «L'Orientale»; Padova; Perugia; Roma «La Sapienza»; Roma Tre; Salerno; Siena; Teramo; Trieste; Università della Calabria; Urbino «Carlo Bo»; Vallée d'Aoste.

Per quanto attiene al primo di questi due aspetti (ed è possibile evincere chiare tracce di ciò nella *Relazione* dei Proff. Ornella Bianchi ed Ennio Triggiani sull'Università di Bari, specialmente dalle pagine seguenti il paragrafo in essa dedicato al progetto culturale dell'Ateneo, nelle quali, si evidenzia come forte sia il peso «delle discipline storico-filosofiche (...) [essendo riconosciuta l'importanza] di dotare il laureato di spessore umano e culturale (...) [al fine di affinare] il giudizio critico di figure che si preparano ad agire con consapevolezza nella loro contemporaneità», *ivi*, p. 33), si ritiene che lo studio in oggetto possa contribuire al compito cui ogni membro della comunità accademica (sia esso docente o discente) dovrebbe essere chiamato: quello di partecipare alla risalente discussione su come definire un possibile "ideale della cultura"; Agli inizi del secolo XIX, questo ha rappresentato un ideale "umanistico" che - citando Cesare de Lollis nel suo articolo *L'ideale della cultura*, pubblicato nel 1921 sulle pagine della Rivista *La Nuova Cultura* - appartiene all'uomo in quanto possessore, non solo di conoscenze specialistiche, o esperto di strumenti, ma «altresì capace di adoperare ogni sua conoscenza a più costanti ed ampi fini di civiltà». Oggi, di fronte al modificarsi dei termini con cui - tradizionalmente - si è tentato di risolvere le questioni attinenti l'educazione, la comunità politica e l'attitudine a fruire «di sempre più elevati e creativi e liberi strumenti di cultura», appare innegabile come - per la prosecuzione dello stesso indagare scientifico - l'adempimento di questo compito sia una esigenza non più eludibile. Opera per la quale la presente rassegna sulle origini e sui futuri progetti educativi ed accademici delle Facoltà di Scienze politiche «che tanta importanza

hanno avuto nella cultura del Paese e nei suoi sviluppi politico-sociali» (p. 7 della *Prefazione* realizzato dai curatori del volume, i Proff. Renato Scarciglia, Franca Alacevic e Francesco Guida), rappresenta un prezioso contributo. È possibile vedere dimostrazione di ciò nell'analisi delle particolarità di questa sede; dove i diversi insegnamenti, avendo comune oggetto nello studio della “scienza” sul governo degli stati, trovano - nel rispetto delle loro aree disciplinari - reciproche interdipendenze in grado di generare una loro fattiva tesaurizzazione. Questa offrirebbe un efficiente banco di prova del *come* la “scienza”, nell'infinito specificarsi delle sue indagini, non essendo capace di fornire costante indicazione generale per le scelte pratiche di fondo, cerchi di ovviare a questa lacuna con la ricerca di un “metodo”; una logica - un linguaggio comune - capace di rendere stabile i suoi valori e di orientare l'operato degli studiosi. Rifacendosi in ciò alla celebre lezione sull'autonomia interdisciplinare, lasciato di un illustre esponente del mondo universitario italiano come Norberto Bobbio (illuminanti in questo senso le riflessioni sul retroterra ideologico sia del formalismo giuridico che dello storicismo idealistico svolte dall'autore. Si v. Id., *Quasi una premessa*, in *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Roma-Bari, Laterza, 1977, p. 20), si rileva che “l'unità del reale” o della “logica scientifica” ricercata sia spesso un «mito» o una sfuggente «araba fenice». In quanto «la sola unità capace di restare stabile, attraverso ogni mutamento di indagini e novità di risultati, non è mai l'unità della scienza, ma l'unità degli scienziati: non la particolare coerenza metodologica ... bensì il pratico aderire di ogni indagatore alla regola comune, che nessun risultato venga mai sottratto all'esame altrui» (G. Calogero, *Premessa*, in *La Cultura*, fasc. 1/1963, p. 4).

E collocando questo discorso all'interno dello specifico campo di indagine di uno degli insegnamenti cardinali di questa Facoltà - la Scienza politica - è possibile affermare come proprio in essa, dovendo trattare non solo materiali provenienti da differenti ambiti disciplinari, ma - date le sue peculiarità - necessariamente compiere operazioni di astrazione e di unione di elementi comuni a differenti fenomeni, la lotta al cd. «morbo di Pangloss» ed il «dovere dialogico del farsi intendere» siano connaturate tendenze.

Se il primo degli aspetti trattati, le possibili riflessioni che l'attuale “stato dell'arte” dell'istituzione universitaria permette sul suo concetto e sulle sue funzioni, ha permesso numerose licenze rispetto alla traccia contenuta nel volume, per quanto riguarda il secondo, non è possibile non attenersi alla lettera del testo; il tema di quali possano essere - nello specifico - le funzioni a cui le Facoltà di Scienze politiche dovrebbero essere chiamate, e il come le stesse si siano evolute - dal Medio Evo alla Modernità, fino agli attuali processi ancora in corso di svolgimento - impone il rifarsi a specifiche relazioni contenute nel volume. Attuali processi che iniziati con un tentativo di instaurare nuove forme per l'autonomia universitaria compiuto nel 2000, ha portato, dopo tre lustri e - nel 2003 e nel 2008 - due sue successive modifiche, ad una ri-centralizzazione del sistema; ri-centralizzazione realizzata però senza abolire i precedenti organismi, creati proprio al fine

di raggiungere l'originario - ed opposto - intento (per una ricostruzione di come questo processo abbia prodotto rilevanti influenze sulla stessa strutturazione degli insegnamenti si v. le riflessioni contenute nella *Relazione* della Prof.ssa Alacevich, sulla Facoltà di Scienze politiche - oggi Scuola di Scienze politiche «Cesare Alfieri», *ivi*, pp. 50 ss. A tal fine, per una comparazione efficiente delle diverse risposte attuate in Italia, si ritiene utile confrontare le stesse con le valutazioni espresse nelle *Relazioni* di due Atenei estremamente eterogenei fra loro: dal Prof. Marino Regini sulle politiche di diversificazione dell'offerta formativa attuate nell'Università degli studi di Milano per dare attuazione - tra il 1997 ed il 1999 - alla prima fase del cd. *Processo di Bologna* «reso possibile dalla nuova legge di riforma (127/1997, attuata dal d.m. 509/1999)», *ivi*, pp. 79 ss.; dal Prof. Enrico Del Colle, per quanto riguarda l'Università di Teramo ed i «tagli dolorosi» operati dalla stessa dal 2004, *ivi*, pp. 181 ss.).

Per rendere conto in maniera maggiormente intellegibile l'assunto per cui il tema della riforma dell'Istruzione superiore sia strettamente legato alla sua funzione culturale e sociale, si richiamano ora i tratti comuni riscontrabili nelle sezioni del volume dedicate alla storia dei singoli Atenei; si evidenzia che echi di questa differente impostazione appaiano con maggiore evidenza, nel breve ma significativo affresco che il Prof. Amedeo di Maio offre delle «radici» dell'Università di Napoli «L'Orientale» (*ivi*, pp. 103 ss.). In tutte le ricostruzioni operate, e soprattutto in quelle compiute per le sedi universitarie maggiormente antiche, è possibile notare come le Università, per come attualmente vengono a configurarsi in maniera prevalente, vengano fatte direttamente derivare dall'avito modello medievale: culla della famiglia giuridica romano-germanica, la cui eredità principale è rappresentata dai caratteri dell'autonomia e della propria personalità giuridica. Modello per il quale «Esse o erano corporazioni di studenti desiderosi di imparare come in Italia o corporazioni di insegnanti desiderosi di insegnare, come in Francia» (R. M. Hutchins, *Libertà e cultura*, in *Il ponte*, n. 10, ottobre 1953, p. 1392). Dalle opposte esigenze di questi due gruppi - l'auto-riproduzione del corpo docente attraverso la trasmissione della cd. *facultas legendi* e l'essere una *fuscina* di dottori, ovvero, di persone che si troveranno ad operare in contesti in cui la didattica non è parte integrante - la sintesi operata dallo Stato moderno e dalla moderna democrazia; la quale si sostanzia principalmente nel riconoscimento giuridico concesso a chi ha approfittato del suo insegnamento. Attraverso lo strumento dei cd. «gradi accademici», quindi, il contributo del decisore politico allo sviluppo dell'Istruzione quale «bene pubblico». «Bene» alla cui tutela è ispirata - ugualmente - la definizione generale dettata dall'ordinamento giuridico di Istituzione che vede i suoi elementi formativi essere: le persone che la compongono (siano essi studenti o docenti); gli scopi che essa si prefigge, come - ad esempio - la didattica o la ricerca; i mezzi con cui materialmente intende realizzare questi impegni. Caratteri che, nello Stato costituzionale e democratico, vedono come contenuto primario dell'autonomia quello normativo, essendo divenuti «Strumenti essenziali per fornire concretezza all'ultimo comma dell'art. 33 ... gli statuti e i regolamenti universitari: sia pure dotati d'una competenza ben più ampia e ben più garantita di quella

già risultante dalla legislazione universitaria del 1933» (L. Paladin, *Stato e prospettive dell'autonomia universitaria*, in *Quad. cost.*, n. 1/1988, p. 164). Autonomia normativa che verrebbe a porsi come il cuore dell'autonomia universitaria. Essa metterebbe in secondo piano quella amministrativa, costitutiva, programmatica e finanziaria, al fine di vivificare - anche nell'ambito dei suoi organi - il principio democratico; dando in ciò concretezza, ad esempio, alla tutela dell'inamovibilità dei suoi professori o ponendosi come argine alla tendenza di lungo periodo che vuole gli stessi trattati «come gli alunni della licenza liceale, che ricevono i temi dal Ministro» (Punctator, *Mainuscole e Minuscole* [commento delle risposte ottenute dai Presidi di Facoltà e Rettori delle Università italiane alla proposta della Rivista Vita Universitaria di abolire la relazione prescritta in occasione della inaugurazione dell'anno accademico. n.d.a.], in *Vita Universitaria*, n. 8, del 15 gennaio 1942, p. 3).

Ad ogni modificazione dell'ordinamento universitario deriveranno quindi dirette conseguenze per quanto attiene la sua attitudine ad essere strumento di tutela del “bene comune” Istruzione. Modificazioni che, qualora incidano sulla rivendicazione della “classe universitaria” d'essere giudice nella scelta sia dei propri nuovi docenti, sia dei propri programmi didattici ed accademici, non possono non intaccare ugualmente la sua pretesa d'essere la più alta organizzazione didattico-scientifica di un dato ambiente sociale.

Ogni istituzione, si radica nella storia come tentativo di risolvere specifici problemi politici. La banalizzazione di questo assunto fondamentale non può che portare al rischio di perdere occasioni di conoscenza per incapacità di analisi.

Al contrario il volume in oggetto sembra essere inteso a valorizzare pienamente questa constatazione. Esempio di ciò si rinviene nella ricostruzione effettuata della storia della Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Roma “La Sapienza” (ricostruzione operata dal Prof. Fulco Lanchester, per il quale «Le Facoltà di Scienze politiche risultano collegate con il pieno sviluppo dello Stato moderno e contemporaneo, e in particolare con la forma tipica dello Stato nazionale accentrato ottocentesco», *ivi*, p. 127); nella quale viene dato conto di due specifici aspetti:

a) La stretta interdipendenza e le influenze reciproche sviluppatasi ininterrottamente nel corso di un cinquantennio tra le Cattedre giuridiche delle Facoltà di Giurisprudenza e di Scienze politiche, rilevabili dallo scambio, non solo di corpo docente, ma anche di modalità organizzative, originatesi da comuni interessi di ricerca, della didattica e della stessa strutturazione all'interno dei loro Istituti.

Esempio di ciò può essere dedotto dalla comparazione delle evoluzioni qualitative a quantitative negli Istituti dedicati allo studio del Diritto pubblico e della Filosofia del Diritto nella Facoltà di Giurisprudenza e nella Facoltà di Scienze politiche. Queste sono in grado di dimostrare come, nonostante le Facoltà di Scienze politiche fossero state originariamente pensate (nel progetto liberale risalente al c.d. “Regolamento Matteucci”)

come complementari ed in grado di svilupparsi, grazie al rapporto tra scienze giuridiche ed scienze politico-amministrative, su di binari paralleli, dato il loro diverso grado di “permeabilità” al fenomeno politico, abbiano finito per divergere sistematicamente, trovando progressivamente possibili punti di convergenza solo grazie all’azione di singoli personalità o a causa di eventi contingenti.

b) La condivisione tra le Facoltà di Giurisprudenza, Scienze politiche ed Economia e Commercio di un privilegiato rapporto con il ceto politico e la classe dirigente del paese. Questo, nonostante che, a partire dalla seconda guerra mondiale e lungo tutto il primo trentennio della prima fase della storia repubblicana, all’interno del corpo accademico, forte sia stato lo sviluppo di un comune senso di appartenenza, basato su proprie regole autonome dalla politica.

Venendo ora al presente, lo sforzo compiuto in queste pagine sembrerebbe potersi identificare con il condiviso tentativo - nonostante la sua innegabile crisi - di rappresentare l’Istruzione come la “parte felice del capitale umano”. Comune agli autori è difatti la considerazione della stessa come ampliamento nello spazio delle opportunità per le persone e per la società. Sforzo che aiuta a comprendere due delle più importanti conclusioni che da queste pagine si crede possibile poter trarre; preme evidenziare come le stesse siano state ricavate principalmente dalla *Relazione* del Prof. Adalgiso Amendola sull’Università di Salerno (*ivi*, pp. 155 ss.), e dalle parole pronunciate dallo stesso in occasione del Convegno da cui questo volume nasce (l’audio della giornata è disponibile su: <http://iunisa.unisa.it/podcast-16-256-6.html>).

La prima, per la quale tra le azioni di investimento sul capitale umano, ve ne siano anche di non intenzionali; azioni che sebbene realizzino un’utilissima stabilizzazione nel mercato del lavoro, rimangono comunque attività formative a ciò non finalizzate. Difatti, le persone si trovano ad acquisire, non sempre intenzionalmente, le conoscenze e le professionalità, che riusciranno poi effettivamente a spendere nel mercato del lavoro.

La formazione come ampliamento dello spazio delle *capability* non è (non immediatamente o in tutto) finalizzata solo al mondo del lavoro; viceversa, lo è - sempre e comunque - ad avere persone più libere.

La seconda, per la quale, nonostante le esigenze che loro *governance* attualmente impone sembrerebbero dimostrare il contrario, non sia possibile pensare di poter gestire le Università come se fossero - in tutto e per tutto - aziende private; in quanto le stesse presupporranno, per la loro esistenza, sempre e comunque sforzi finanziari non remunerativi.

Simone Ferraro

[S. TRAVERSA, Studi sul Parlamento \(1990-2015\), Napoli, Jovene, 2015, pp. 366.](#)

Il volume di Silvio Traversa “*Studi sul Parlamento (1990-2015)*” raccoglie numerosi scritti dell’Autore, incentrati sulle dinamiche parlamentari italiane. Il periodo storico abbracciato dalle analisi dello studioso è di per sé notevolmente significativo. Con esso si ricostruisce il periodo delle riforme dei Regolamenti parlamentari degli anni Ottanta, per poi ripercorrere le vicende della seconda fase della storia repubblicana, interessata da considerevoli mutamenti nei rapporti tra gli organi istituzionali e tra questi e gli altri soggetti di rilevanza costituzionale – *in primis*, i partiti politici –, su cui la dottrina tanto ha riflettuto. Al lettore è offerto un interessante spaccato dell’evoluzione della forma di governo italiana negli ultimi venticinque anni. Importanza centrale è data al Parlamento, considerato per lungo tempo il fulcro del sistema costituzionale ed oggi, da un lato, oggetto di equilibrismi tra imperativi efficientistici e ineludibili esigenze rappresentative; dall’altro lato, indebolito dall’inevitabilità storica di processi politici, economici e sociali globalizzati, che non permettono più di ragionare in termini di entità nazionali atomizzate ed unilateralmente sovrane, ma all’opposto delineano realtà statuali necessariamente armonizzate in un contesto sovranazionale.

I temi trattati dall’Autore – già allievo di Carlo Esposito – sono sviluppati non soltanto attraverso la lente cristallina della sua dottrina, ma altresì alla luce delle esperienze professionali, che Silvio Traversa ha affiancato all’insegnamento universitario. Lo studioso, infatti, mette a disposizione del lettore gli anni trascorsi come co-Segretario generale della Camera dei Deputati, Segretario generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri, membro dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Consigliere di Stato e, infine, Segretario Generale dell’Istituto per gli studi e la documentazione legislativa (ISLE). Siffatto modo di procedere giova alla trattazione delle tematiche affrontate nel volume, giacché può beneficiare sia della lucidità dell’accademico sia della concretezza empirica del tecnico delle Istituzioni.

Gli scritti riproposti nel quaderno della Rassegna parlamentare, originariamente pubblicati in diverse sedi – in larga parte proprio sulla rivista dell'ISLE “Rassegna parlamentare” –, sono organizzati in progressione cronologica all'interno di tre sezioni.

La prima sezione, significativamente intitolata «Il Parlamento nel sistema», propone la collocazione degli studi dell'Autore in un quadro storico-giuridico, all'interno del quale vengono affrontate tanto le problematiche concernenti l'organizzazione interna dell'organo parlamentare, quanto quelle connesse con le dinamiche scaturenti dai reciproci rapporti tra il Parlamento e gli altri organi costituzionali. In tutto questo, risulta di grande interesse l'attenzione posta sulle vicende politiche, le quali, lungi dall'essere sacrificate in favore di un'analisi di puro diritto, assumono notevole importanza nell'esegesi dei mutamenti istituzionali enucleati dal Traversa. In tal senso, le riflessioni dello studioso sulle importanti riforme dei Regolamenti parlamentari intervenute nel corso degli anni Ottanta sono svolte ripercorrendo i fatti politico-parlamentari del tempo, corredati da aneddoti e ricordi personali dell'Autore, che si trovava allora a ricoprire la carica di consigliere parlamentare della Camera dei Deputati. Nell'ambito delle novità introdotte rispetto ai Regolamenti del 1971, Silvio Traversa dedica una peculiare attenzione alla modifica della normativa sul contingentamento dei tempi e della disciplina del voto segreto per la Camera dei Deputati. Si tratta di questioni che per molti versi hanno costituito un vero e proprio spartiacque tra la dottrina della «centralità del Parlamento» – in linea con la quale il Regolamento del '71 affidava all'organo parlamentare il “ruolo nuovo di «motore del sistema»” (p. 143) – e la necessità di adeguare i meccanismi deliberativi alle sopravvenute e sempre più pressanti esigenze di governabilità e rapidità decisionale. L'autore ricorda come la necessità di intervenire sulla regolamentazione endoassembleare per rendere più efficiente la macchina legislativa scaturisse, in quel periodo, in particolar modo dalla strategia adottata dalla componente radicale, che aveva fatto propria la condotta parlamentare del ricorso sistematico alla pratica ostruzionistica, portando l'organo assembleare sull'orlo dell'*impasse* deliberativa.

Col prendere le mosse dalle modifiche dei Regolamenti parlamentari del 1971, intervenute al termine della stagione del compromesso storico, il Traversa abbraccia una prospettiva di analisi di sistema, sottolineando come molte delle innovazioni regolamentari abbiano condizionato il funzionamento della forma di governo nel suo complesso. Nello specifico, in più momenti egli si sofferma sull'importanza del rapporto fiduciario tra Governo e Parlamento, entrando nel merito delle problematiche relative al c.d. «doppio voto» collegato alla posizione della questione di fiducia, nonché delle dinamiche politiche sulla parlamentarizzazione delle crisi di Governo e sull'istituto della mozione di sfiducia individuale. Per quanto concerne quest'ultima, lo studioso ricorda come nel 1995 si fosse proceduto all'approvazione di una mozione di sfiducia individuale nei confronti dell'allora Ministro della Giustizia Filippo Mancuso, sulla cui conformità al dettato costituzionale egli

nutriva forti dubbi, ma che fu successivamente avallata dalla Corte costituzionale nel giudizio per conflitto d'attribuzioni tra poteri dello Stato sollevato dallo stesso Guardasigilli. Le ragioni ostative all'ammissibilità di una mozione di sfiducia individuale – a detta dell'Autore – erano ricavabili dal combinato disposto degli artt. 92 e 94 della Costituzione. Tuttavia, come lo stesso Traversa ammette, “una volta inserito [l'istituto] nell'ordinamento non si poteva non prenderne atto” (p. 190).

In linea con l'attenzione posta dall'Autore sulle dinamiche evolutive della forma di governo parlamentare, nel volume è dedicato ampio spazio al tema del procedimento legislativo. Silvio Traversa ricostruisce con lucidità fonti e tipologie del procedimento di formazione delle leggi, rilevandone anche patologie o deformazioni. E' il caso della prassi della reiterazione dei Decreti legge, che aveva condotto la gran parte della dottrina e degli operatori istituzionali a denunciare lo snaturamento della decretazione d'urgenza. Il sempre più frequente ricorso ai Decreti da parte dei Governi, reso appetibile dalla rapidità del relativo *iter* parlamentare e dall'immediatezza del dispiegamento degli effetti giuridici di questa fonte di produzione legislativa, aveva prodotto due specifici effetti: per un verso, aveva condotto all'elusione della prescrizione relativa alle specifiche motivazioni di necessità e urgenza, nonché dei requisiti di specificità, omogeneità e corrispondenza al titolo; per altro verso, aveva comportato la compressione del potere legislativo del Parlamento, insieme con la distorsione dell'ordinario procedimento di formazione delle leggi. La possibilità di emendare il testo dei Decreti legge durante la fase di conversione aveva cagionato un notevole allungamento dei tempi del passaggio parlamentare, rendendo inevitabile il ricorso alla reiterazione. Ciò aveva aggravato le summenzionate criticità, portando oltre che “ad una alterazione dell'ordine delle fonti di produzione”, anche “ad una assoluta incertezza, non solo per i cittadini ma per gli stessi operatori, sulla normativa vigente e, in ultima analisi, ad una ripetuta violazione dei principi costituzionali” (p. 61). Per far fronte a tutto ciò, il Traversa – prima che la svolta giurisprudenziale della Consulta della metà degli anni Novanta intervenisse dichiarando costituzionalmente illegittima la prassi di reiterazione e riservandosi in ogni caso un controllo di merito sulla decretazione d'urgenza –, avanzava alcune proposte di soluzione. Suggestiva un intervento con Legge costituzionale che disponesse la inemendabilità del Decreto in sede di conversione, ovvero “una sorta di convenzione costituzionale tra gli organi coinvolti nel procedimento” (p. 64) finalizzata ad un'interpretazione stringente dei requisiti costituzionali del Decreto legge, presidiata da Presidente della Repubblica e Presidenti delle Camere, con effetti responsabilizzanti sull'azione di Governo.

I temi trattati dall'Autore, osservati alla luce dell'avvicinarsi delle stagioni politiche, rimangono di estrema attualità. Il tempo d'oggi, segnato dal già avanzato processo di revisione della seconda parte della Costituzione repubblicana, ne è l'esempio lampante. La presente opera può, a questo proposito, offrire interessanti spunti di riflessione e angoli di

visuale, per aiutare il lettore a districare la complessa matassa dell'intervento di riforma costituzionale attualmente al centro del dibattito pubblico, in vista della consultazione referendaria confermativa. Il Traversa, infatti, ripercorre i tentativi di revisione costituzionale delle Commissioni bicamerali Bozzi, De Mita-Iotti e D'Alema, per arrivare alla Legge costituzionale n. 3 del 2001 e alla riforma del 2005, poi bocciata in sede referendaria. L'*excursus* giova alla ricostruzione del dibattito politico e alla ricognizione dei nodi centrali su cui questo si incentrava, permettendo di valutare criticamente gli elementi a favore e contro il progetto attuale e offrendo strumenti utili per l'esercizio di un voto consapevole.

A tale scopo, il lettore può fare affidamento anche sulla strumentazione offerta dalle «Voci per un dizionario parlamentare» - cui è destinata la seconda sezione dell'opera -, in cui sono raccolti studi focalizzati su singoli istituti del diritto parlamentare. Queste pagine – insieme con quelle dedicate al ricordo di grandi personalità del diritto e delle Istituzioni come Antonio Maccanico e Leopoldo Elia, collocate nella terza sezione del volume – per la loro chiarezza espositiva hanno il pregio, a nostro parere, di rivolgersi oltre che al giurista anche al lettore laico, consentendogli di avvicinarsi a concetti tecnicamente complessi, difficilmente fruibili al di fuori della cerchia degli operatori del diritto. In tal senso, si può affermare che oltre a costituire un'utilissima risorsa scientifica, *Studi sul Parlamento (1990-2015)* di Silvio Traversa ha anche un importante valore come strumento di pedagogia civile.

Matteo Pati

[S. ROSSI, Una costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale, Pisa University Press, 2016, pp. 288.](#)

In ragione del superamento del bicameralismo perfettamente paritario, verso cui l'assetto istituzionale italiano sembra intenzionato a dirigersi, occorre interrogarsi su molteplici questioni. Qualora la riforma costituzionale, approvata in via definitiva dalla Camera dei Deputati nella seduta del 12 aprile 2016 (con 361 voti favorevoli, 7 contrari e 2 astenuti), dovesse superare il referendum previsto per la metà di ottobre ed entrare quindi in vigore, si determinerebbe un'importante modifica dell'attuale architettura istituzionale, da realizzarsi attraverso una profonda revisione del Senato così come pensato dai Padri costituenti e che ha funzionato, tra alti e bassi, fino ad oggi.

Il volume di Emanuele Rossi rappresenta un valido strumento per approfondire ogni utile sfaccettatura ed innovazione della riforma costituzionale, analizzata in prospettiva pratica, sia per quanto riguarda i punti di forza, sia relativamente ai suoi punti di debolezza. Come dichiarato dall'Autore stesso nell'introduzione – e così come emerge dalle pagine del testo *ivi* trattato – lo scopo principale non è quello di giudicare la riforma, quanto piuttosto quello di analizzarla nel profondo cercando di “*spiegare, con la massima obiettività (...) quello che verrebbe scritto nel testo costituzionale*” (pag. 11).

Da un punto di vista strutturale, il volume si articola in sei sezioni. Nella prima, intitolata “Il cammino verso la riforma”, Rossi ripercorre in maniera sommaria – ma necessaria – i precedenti tentativi di riforma del sistema bicamerale succedutisi negli anni, a partire dal decalogo Spadolini del 1982 e dalle proposte avanzate dalla Commissione parlamentare per le riforme istituzionali presieduta dall'on. Aldo Bozzi del 1983, per arrivare alle conclusioni cui sono giunte nel 2013 sia il Comitato dei dieci saggi – nominato dall'allora Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano –, sia dalla Commissione dei trentacinque esperti nominata dall'allora Presidente del Consiglio dei Ministri Enrico Letta.

Come opportunamente evidenziato dall'Autore, sulla base delle sollecitazioni espresse dal Capo dello Stato sulla urgente e improrogabile necessità di ridisegnare l'architettura costituzionale e tenuto conto delle conclusioni cui è giunta la Commissione dei 35 esperti, il Governo ha presentato un disegno di legge che delinea la riforma costituzionale recante disposizioni "per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della Parte Seconda della Costituzione"(A.S.1429), il cui procedimento di approvazione, iniziato al Senato l'8 aprile 2014 e durato due anni, è stato particolarmente lungo e travagliato. Difatti, come emerge dalle pagine introduttive del volume – e dall'intensa cronaca parlamentare –, i tentativi ostruzionistici sono stati assai rilevanti (si ricorda le migliaia di emendamenti presentati sia in sede di Commissioni Affari Costituzionali di Camera e Senato, che in sede di *plenum*), benché il ddl in questione si ponga l'obiettivo di riformare la Costituzione secondo il procedimento previsto dall'art. 138 Cost..

Le principali critiche riportate nel volume – e viepiù manifestate dalla dottrina – riguardano non solo l'ampiezza della riforma – che investe circa un terzo degli articoli della Costituzione – ma altresì il fatto che sia il Governo a farsi promotore di una riforma costituzionale, giacché *“la revisione costituzionale dovrebbe restare fuori dalla logica della contrapposizione tra maggioranza e opposizione, come anche dall'ambito delle funzioni assegnate al Governo”* (cit. pag. 29). E nel riportare taluni episodi, Rossi è in sintonia con quegli autori che hanno criticato il generale malcostume parlamentare che rende sempre più distante l'attuale Parlamento rispetto all'Assemblea Costituente.

Tra gli intenti principali del disegno di legge costituzionale si pone innanzitutto il superamento del bicameralismo perfettamente paritario, da realizzarsi attraverso l'adozione di un modello differenziato, in virtù del quale alla Camera dei deputati – la sola che sarà chiamata a rappresentare la Nazione e ad essere titolare esclusiva del rapporto di fiducia con il Governo – spetta *“la funzione di indirizzo politico, la funzione legislativa – ossia il potere di approvazione in via definitiva delle leggi, escluse quelle costituzionali – e quella di controllo sull'operato del Governo”*. Difatti, secondo quanto disposto dall'articolo 1 del ddl, che modifica l'art. 55 Cost., l'assetto costituzionale delineato con la riforma viene profondamente mutato. Ed è nella sezione II del volume che si approfondisce il *“nuovo Senato”*, con riguardo alla composizione e alla sua organizzazione interna, partendo proprio dal nuovo art. 55, in virtù del quale verrebbe a modificarsi il Senato della Repubblica – inizialmente ridenominato Senato delle Autonomie – non solo per quanto riguarda la sua natura di organo rappresentativo delle Istituzioni territoriali, ma anche per quanto riguarda: l'elettorato passivo, in quanto potranno essere eletti Senatori Consiglieri regionali o Sindaci; la modalità di elezione dei Senatori, che non sarà più popolare diretta, ma avverrà tramite un'elezione di secondo grado basata sul metodo proporzionale e che dovrà avvenire *“in conformità delle scelte espresse dagli elettori”*; la composizione numerica, in quanto il

Senato sarà composto da 95 Senatori rappresentativi delle Istituzioni territoriali, da 5 Senatori che possono essere nominati dal Capo dello Stato (ossia i cittadini che hanno illustrato la patria per altissimi meriti, la cui carica durerebbe sette anni senza possibilità di essere nuovamente nominati) e dagli ex Presidenti della Repubblica. Tali aspetti sono analizzati approfonditamente sia per quanto riguarda i pro, sia per quanto riguarda i contro, in ragione della supposta mancanza di coerenza ed omogeneità nella rappresentanza. In particolare, nel ripercorrere l'iter di approvazione dell'emendamento Finocchiaro, Rossi evidenzia come non sia ancora chiaro come avverrà la conformità dell'elezione dei Senatori rispetto alle scelte dei cittadini, in quanto il Testo della riforma rinvia alla legge statale. Non solo, richiamando quanto sancito dall'art. 121, in ragione del quale *"il sistema di elezione ... è disciplinato con legge della Regione nei limiti dei principi"* paventa il rischio che, poiché la normativa elettorale per l'elezione dei Consigli regionale è una legge regionale, vi potranno essere 21 leggi diverse. Si prosegue analizzando le modalità di attribuzione dei seggi alle Regioni, in ragione di quanto previsto dal terzo comma dell'articolo 57 Cost., in considerazione del quale nessuna Regione potrà avere un numero di senatori inferiore a 2 e che le province autonome di Trento e di Bolzano ne avranno 2. Ciò si aggiunge al vigente quarto comma dell'articolo 57 Cost., il quale dispone che la ripartizione dei seggi tra le Regioni debba essere effettuata in proporzione alla loro popolazione, quale risulta dall'ultimo censimento generale, sulla base dei quozienti interi e dei più alti resti, con la finalità di garantire la diversa consistenza della popolazione di ogni Regione.

Per effetto delle modifiche apportate in sede referente al Senato, inoltre, il Presidente della Regione non sarà più membro necessario della Camera alta, in ragione del fatto che la sua eventuale designazione dipenderà dalla sua appartenenza al Consiglio.

Con riguardo al tema dell'organizzazione interna del nuovo Senato, Rossi approfondisce taluni aspetti che, come ovvio che sia, saranno demandati al nuovo Regolamento: composizione delle commissioni permanenti, gruppi parlamentari, diritti delle minoranze, etc.

La seconda parte della II sezione analizza, invece, una delle tematiche strettamente connesse con l'obiettivo della riforma, ossia quella relativa alle funzioni del Senato: secondo quanto previsto dal ddl Renzi-Boschi, viene soppressa la sua compartecipazione alla relazione fiduciaria con il Governo e ridimensionata la sua partecipazione al procedimento legislativo, che diviene una mera facoltà di proporre modifiche, eccezion fatta per le leggi di rango costituzionale. Si precisa come al Senato non spetti solo la rappresentanza degli enti territoriali, ma anche ulteriori compiti esercitati in concorso ed in via esclusiva, quali: il raccordo tra l'Unione europea, lo Stato e gli altri enti costitutivi della Repubblica; la partecipazione alle decisioni dirette alla formazione e all'attuazione degli atti normativi e delle politiche dell'Unione europea e la valutazione del relativo impatto. Ad esso spetta altresì la verifica dell'attuazione delle leggi statali, la "valutazione dell'impatto delle politiche

pubbliche" ed il concorso all'espressione dei pareri sulle nomine di competenza del Governo nei casi previsti dalla legge. Un punto da chiarire saranno le modalità attraverso cui il Senato svolgerà tali compiti e da cui dipenderà la sua "effettiva capacità di assolverli". (cit. pag. 74).

In linea generale, le modifiche apportate dal disegno costituzionale si riflettono altresì sul procedimento legislativo, attraverso una differenziazione di poteri spettanti alle due Camere nel procedimento di formazione delle leggi. Pur mantenendo immutate le competenze legislative per entrambe le Assemblee per quanto riguarda le leggi ad approvazione "bicamerale paritaria" – le cui categorie sono espressamente indicate dalla Costituzione –, in tutti gli altri casi la competenza spetta esclusivamente alla Camera dei Deputati, presso la quale devono essere presentati *tutti gli altri progetti di legge*. In tal modo, benché l'obiettivo della riforma sia quello di un'incisiva razionalizzazione, Rossi individua l'esistenza di 9 procedimenti diversi che dipendono essenzialmente dal ruolo che spetterà al Senato e che ritiene possano essere fonte di complicazione dell'intero quadro legislativo. In particolar modo, per quanto attiene alle leggi a prevalenza monocamerale, poiché l'esame del Senato è solo eventuale (in quanto attivato previa richiesta avanzata da 1/3 dei componenti) e limitato alla delibera di "proposte" di modificazione e su cui la Camera si pronuncia in via definitiva, si ritiene che ad esso spetterebbe solo l'eventuale formulazione di proposte di modifica e che la decisione di avanzare o meno tali proposte potrebbe essere il frutto di un negoziato "*sul contenuto della legge tra i due rami del Parlamento*" (cit. pag 96). Andando oltre, Rossi si interroga anche sulle modalità attraverso cui tali proposte saranno formulate (emendamenti puntuali o riformulazioni integrali?).

Una novità assoluta e di estrema rilevanza è quella introdotta dall'art. 72 settimo comma, relativa al cd. "voto a data certa", che conferisce poteri procedurali al Governo nel procedimento legislativo presso la Camera, comportando un concreto rafforzamento del suo ruolo all'interno dell'Istituzione parlamentare e palesandosi anche come strumento alternativo alla decretazione d'urgenza. Infatti, grazie al voto a data certa il Governo avrebbe la facoltà di chiedere alla Camera dei deputati di deliberare, entro cinque giorni dalla richiesta, che un disegno di legge indicato come essenziale per l'attuazione del suo programma venga iscritto con priorità all'ordine del giorno, per essere sottoposto a pronuncia in via definitiva della Camera entro il termine di settanta giorni dalla deliberazione. I rischi opportunamente evidenziati potrebbero essere quelli legati ad un utilizzo di tale istituto "come clausola di stile", in quanto spetta al Governo stesso la facoltà di richiedere il voto a data certa. Non solo, dall'analisi del testo Rossi rileva che sembrerebbero non essere state preventivate le ipotesi di un eventuale voto contrario da parte della Camera poiché, in linea teorica il Governo, in caso di voto contrario, sarebbe tenuto a dimettersi. Ma come si concilia ciò con quanto invece disposto dall'art. 94 Cost.?

L'obiettivo principale di tale previsione sarebbe quello di rafforzare le prerogative del Governo agevolando il procedimento di approvazione dei disegni di legge di sua iniziativa indicati come essenziali per l'attuazione del programma e, al tempo stesso, ridurre sia il ricorso sistematico alla questione di fiducia e al maxi-emendamento, sia al fenomeno distorsivo della decretazione d'urgenza. Anche quest'ultima è stata oggetto di attenzioni da parte del Legislatore che, apportando modifiche all'art. 77 Cost., ha previsto la costituzionalizzazione e l'irrigidimento dei limiti introdotti dalla legislazione ordinaria (legge 400/1988) per quanto riguarda il contenuto dei decreti-legge e dell'emendabilità dei relativi disegni di legge di conversione. Inoltre, è stato introdotto il divieto di disciplinare con decreto-legge le materie coperte da riserva di Assemblea (costituzionale ed elettorale, delegazione legislativa, conversione in legge di decreti, autorizzazione a ratificare trattati internazionali e approvazione di bilanci e consuntivi), da cui però è stata esclusa, durante l'esame in sede referente, la disciplina dell'organizzazione del procedimento elettorale e dello svolgimento delle elezioni.

Molto interessante, anche per le osservazioni fatte, è il paragrafo relativo al procedimento di approvazione dei disegni di legge di conversione dei decreti-legge, dove sono poste in evidenza le problematiche derivanti dalle tempistiche e dal senso complessivo della disposizione.

Di estrema rilevanza è anche l'analisi di merito e procedurale relativa al ricorso preventivo alla Corte Costituzionale per quanto attiene la legittimità costituzionale delle leggi elettorali di Camera e Senato, ritenuta necessaria a seguito delle vicende che hanno riguardato la legge 270/2005 (il cd. *Porcellum*) e la storica sentenza 1/2014, con la quale la predetta legge è stata dichiarata parzialmente incostituzionale. Per evitare il futuro ripetersi da tali inconvenienti, il Parlamento ha colto l'occasione per introdurre un controllo preventivo, benché astratto e dunque sganciato dalla applicazione concreta della legge, che sospende la promulgazione fintanto che la Corte non si sia espressa.

A conclusione della sezione, l'Autore, nel riportare talune considerazioni d'insieme sul procedimento legislativo, osserva che la paventata lentezza del procedimento legislativo non sia direttamente imputabile al bicameralismo perfettamente paritario e che concreti sono i rischi di un contenzioso tra i due rami del Legislativo, nonostante il sacrificio richiesto al Senato. La soluzione possibile sarà raggiungibile solo attraverso la prassi che si auspica possa *“indirizzarsi positivamente a risolvere i numerosi problemi che le previsioni costituzionali lasciano aperti?”* (cit. pag. 142)

La IV Sezione si focalizza invece sulle novità riguardanti gli altri organi costituzionali – e non solo – che in alcuni casi si sono rese necessarie in ragione della direttrice principale della riforma, ossia il superamento del bicameralismo perfettamente paritario: di grande

rilievo sono le modifiche introdotte al Parlamento in seduta comune, ai quorum richiesti per l'elezione sia del Presidente della Repubblica, sia dei giudici della Corte Costituzionale.

Per quanto riguarda il primo aspetto, pur lasciando intatta la possibilità di convocare il Parlamento in seduta comune, tale organo verrebbe a modificarsi dal punto di vista numerico: non più 945 parlamentari (cui si aggiungono i deputati regionali in occasione dell'elezione del Capo dello Stato) ma circa 725 membri. Tale variazione, ad opinione dell'autore, avrà concrete ripercussioni sul “peso delle due componenti”.

La Presidenza dell'organo rimarrebbe quella della Camera, fatta eccezione per i casi in cui il Magistrato dell'Assemblea di Montecitorio fosse chiamato ad espletare compiti di supplenza del Capo dello Stato. In questo caso spetterebbe al Presidente del Senato convocare e presiedere il Parlamento in seduta comune, sebbene il Regolamento e l'Ufficio di Presidenza rimangono quelli della Camera (con tutte le difficoltà del caso, prima tra tutte quella del Presidente del Senato che, qualora fosse chiamato a presiedere il Parlamento, dovrà confrontarsi con un Regolamento e con l'applicazione di precedenti di cui non è avvezzo).

Per quanto riguarda invece l'elezione degli organi costituzionali, cambia non solo il collegio elettorale, ma altresì i quorum richiesti. All'elezione del Presidente della Repubblica non parteciperanno più i delegati regionali (la cui previsione verrebbe ragionevolmente abrogata) ed inoltre il quorum richiesto sarebbe modificato: maggioranza dei due terzi per i primi tre scrutini, maggioranza dei tre quinti dell'Assemblea dal quarto scrutinio, maggioranza dei tre quinti dei votanti dal settimo. Per l'elezione dei giudici costituzionali, invece, è eliminata la competenza del Parlamento in seduta comune ed introdotta l'elezione disgiunta: tre giudici eletti dalla Camera, due dal Senato. In entrambi i casi Rossi rileva talune e motivate perplessità, evidenziando che sarebbe stato possibile *individuare soluzioni capaci di scongiurare i rischi di un eccessivo peso della Camera* rispetto al Senato.

Nella V Sezione, invece, l'Autore analizza il secondo pilastro della riforma, ossia le modifiche introdotte al Titolo V della Parte II della Costituzione, ritenute oramai improcrastinabili in ragione dell'impossibilità di gestire ulteriormente l'eccessivo contenzioso costituzionale tra Stato e Regioni, avviatosi a seguito della legge costituzionale 3/2001 che ha trasformato – per riprendere la celebre formulazione di Valerio Onida – la Corte Costituzionale in “Corte dei Conflitti” (cfr. pag. 173).

La sezione, dunque, viene inaugurata con un'analisi puntuale dell'ordinamento regionale, cercando di approfondire quelle che sono state definite le ragioni della “riforma della riforma”: essendo oramai il contenzioso dinnanzi alla Corte Costituzionale ingigantitosi eccessivamente, anche a causa dell'attivismo statale, si rende necessario intervenire sul testo della Costituzione, sebbene le ragioni del contenzioso siano altresì ravvisabili nelle norme dettate per l'attuazione delle disposizioni costituzionali. Inoltre, numerosi problemi ha

generato la “potestà concorrente” che, qualora la riforma costituzionale dovesse superare il referendum previsto per la metà di ottobre, verrebbe espunta dalla Carta, in ragione di un sensibile riaccentramento delle competenze legislative effettuato sulla base di una giurisprudenza costituzionale oramai consolidata.

Alcune perplessità destano da un lato il terzo comma dell’art. 117, relativo alle materie, sia a livello di formulazione che di sostanza e che potrebbe non essere in grado di “*superare in modo significativo il livello di contenzioso costituzionale*” (cit. pag. 185); dall’altro il quarto comma del medesimo articolo, riguardante la cd. “clausola di supremazia”, che legittimerebbe lo Stato ad intervenire in materie non riservate alla sua competenza esclusiva facendo appello alla “tutela dell’unità giuridica o economica della Repubblica”.

Nell’analizzare gli articoli del ddl Renzi-Boschi relativi alla soppressione delle Province (l’uno) ed al potere sostitutivo dello Stato nei confronti delle Regioni e delle autonomie locali (l’altro), Rossi opera alcune considerazioni di metodo e di merito. Se da un lato osserva che l’obiettivo di espungere il riferimento all’ente provinciale dalla Costituzione non comporti automaticamente una sua soppressione *tout court* – anche in ragione dell’approvazione della Legge Delrio – dall’altro osserva che la disposizione relativa al potere sostitutivo subirebbe precisazioni ma non modifiche sostanziali.

Un’ultima notazione appare doverosa in merito alle critiche espresse nel paragrafo intitolato “*il mantenimento dello status quo per le Regioni a statuto speciale*”. Difatti, richiamando il comma 13 della disposizione transitoria n. 39, l’Autore osserva che la penna riformatrice del Legislatore con una disposizione così formulata renderebbe immuni le regioni ad autonomia speciale, in contrasto con quanto invece previsto dalla legge costituzionale 3/2001 ed aprendo la strada a numerosi problemi in sede applicativa.

Nella sesta ed ultima sezione, infine, l’Autore analizza in *primis* il disegno di legge costituzionale sotto il profilo tecnico-normativo, rilevando non solo la presenza di una scarsa precisione a livello formale – il testo sarebbe deficitario dei requisiti necessari per un corretto *drafting* normativo – ma anche criticità sotto il profilo del coordinamento, che non sono ammissibili quando si affronta una revisione così cospicua della Carta. In *secundis* rileva la mancanza di alcune tematiche che sarebbe stato opportuno novellare: forma di governo, ordinamento giudiziario, quorum per il procedimento di cui all’art. 138, razionalizzazione del sistema delle fonti, etc.

Nelle ultime pagine del volume, si riportano infine alcuni appelli di costituzionalisti a favore (Caravita, Ceccanti, Fusaro) e di costituzionalisti contrari (Ferrara, Zagrebelsky, De Siervo), sottolineando l’importanza di un voto informato e consapevole e, al tempo stesso, auspicando che la riforma non venga votata dai cittadini come voto su persona, ma semplicemente “*con un sì o con un no su una legge di riforma della Costituzione (...) se la legge di riforma faccia della nostra una Costituzione migliore oppure no*”. (cit. pag. 223). Giuliaserena Stegher

CONSTITUENT POWER AND LIMITS OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS *

Dieter Grimm **

TABLE OF CONTENTS: 1. The constituent power. — 2. The amendment power. — 3. The limits of amendments. — 4. Unconstitutional constitutional amendments. — 5. The amendability of the amendment clause.

1. The constituent power

The constituent power is a puzzle for constitutional theory ⁷¹². Where does the authority to enact a constitution come from if it is the constitution that establishes the authority? Today it is generally accepted that the constituent power lies with the people. But does this answer the question? The people are not capable of collective decision-making before they have been constituted as a political entity. After having been constituted they are no longer acting as constituent power but as constituted power, which means: within the boundaries and according to the rules prescribed by the constitution.

No satisfactory solution of this puzzle has yet been found. Most theories help themselves by assuming that constitution-making is not conceivable in legal terms, *Carré de Malberg* being a prominent voice of this concept ⁷¹³. Rather it is regarded as a matter of fact or more precisely a matter of power. Those who de facto hold the power go ahead and draft and enact a constitution and claim to do so in the name of the people. Whether this claim is justified can only be ascertained in retrospect. Not the act of adopting a constitution is decisive but what follows. The constituent power is thus dissolved in a process.

Carl Schmitt takes a different approach ⁷¹⁴. He does not escape the problem but tries to solve it by assuming that the legal constitution is preceded by an essential decision of a group of persons who understand themselves as a people. This decision determines the nature and form of the political unity. It is constitutive of a political entity although it is not an organized act and does not find expression in a text. What is usually understood as constitution, namely the document, is derived from the essential decision that it merely concretizes and makes operational. Here the constituent power is reduced to a decision.

* Relazione al Convegno “*Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*”, Roma 14 dicembre 2015.

** Professore emerito di Diritto Pubblico presso l’Università von Humboldt di Berlino, già Giudice del Tribunale costituzionale federale tedesco e Rettore del Wissenschaftskolleg zu Berlin

⁷¹² See *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, M. Loughlin, N. Walker (eds.), Oxford: Oxford University Press, 2007.

⁷¹³ See R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l’Etat*, vol. II, p. 483 ss.

⁷¹⁴ C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928, pp. 20 ss.

If we leave the theoretical puzzle aside and instead turn to the historical emergence of constitutions the question arises: How are the people involved? One possibility is that they elect a constituent assembly which then drafts and enacts a constitution. However, this presupposes some power that orders the election to be held, defines the terms and organizes the procedure. This power is itself not legally authorized to do so. It empowers itself. Another possibility is that the factual power holders themselves draft a constitution and submit the draft to a referendum. The people may then adopt or reject it. But again they are not legally authorized to do so.

Yet another possibility is that the people are not involved at all. They are but postulated as the source of all public authority. This is the case of the German Basic Law. It was drafted on request of the three western allies after World War II. The prime ministers of the previously established *Länder* appointed a so called Parliamentary Council. Thus, differing from the constitution of the German Empire of 1871, the Basic Law did not come about by a treaty of the heads of the various German states, but the Parliamentary Council agreed on a draft which was then adopted by the parliaments of the *Länder*.

What are the consequences for the legitimacy of a constitution so enacted? Apparently, there is no necessary link between the emergence of a constitution and its legitimacy. The German Constitution of 1871 adopted in form of a treaty and then ratified by a vote in parliament was widely accepted. The German constitution that was adopted by a national assembly elected by the people, the Weimar Constitution of 1919, remained contested throughout its lifetime and finally failed without ever being formally abolished. The German constitution whose popular legitimation was the weakest, the Basic Law of 1949, became the constitution that enjoyed and continues to enjoy the highest possible degree of legitimacy.

I conclude from this that the constituent power of the people should be regarded as a fiction. We *attribute* this power to the people. We behave *as if* the constitution is a product of the popular will. The fiction helps to bring the act in line with the requirements of democratic legitimacy. However, the term “fiction” should not be misunderstood as a mere imagination. It makes a difference whether the constituent power is or is not attributed to the people. If the fiction is taken seriously it establishes a relationship of accountability between the government and the people which in spite of its fictitious basis has real consequences.

2. The amendment power

Once the constitution has entered into legal force the constituent power of the people is at the same time established and consumed. It cannot become relevant under the existing constitution. During the existence of the constitution only amendments are possible. Amendments presuppose the existence of the constitution. They cannot abolish but only change it. Even if the power to amend the constitution is given to the people they do not act in the capacity as sovereign. They act like any organ of the state. The people act as sovereign only when they abolish a constitution. They then return into the “state of nature” where no legitimate authority exists. Under the existing constitution even the people may only do what the constitution permits.

This suggests that the amendment power should be regarded as an intermediate power between the constituent power and the legislative power. Other than the constituent power, it cannot enact a new constitution. Different from the legislative power, it can change the rules for decision-making including those for legislation. All then depends on how the amendment power is regulated. Yet, there are no principles or premises which the constitution-maker has to follow when regulating the amendment process. This would be incompatible with the nature of the constituent power. It can freely determine who shall exercise the amendment power, how it is to be exercised and what may be amended, i.e. the holder, the process and the limits.

If we examine constitutions, be they historical or actual, as to these questions we will find a great variety of solutions⁷¹⁵. Regarding the holder, the amendment power can lie with the people and is then exercised in form of a referendum. However, since the constituent power is not bound by any higher law it is not indispensable that the people be involved. Rather, it is generally accepted that the amendment power may be delegated to representatives of the people. The representatives can be elected especially for the purpose of amending the constitution. This is usually called a convention. It can be the ordinary representatives, to wit the legislature, or all sorts of combinations.

Regarding the procedure most constitutions provide for a regime different from the legislative procedure. If the amendment power is exercised by representatives of the people almost all constitutions require a super-majority for amendments. Some stipulate that an amendment voted by parliament will become effective only after a confirmation by the following parliament. The election in between gives the people a chance to express their opinion as to the amendment. A few constitutions do not make a difference between constitutional amendment and legislation. A simple majority is then sufficient for both. However, in this case the primacy of the constitution is sacrificed and with it the advantages that flow from the primacy of the constitution.

In Germany constitutional amendments require a two-thirds-majority in both houses of parliament. The Basic Law has been in force for 67 years and has seen 60 amendments, some of them fundamental such as the introduction of emergency rules in 1968, some technical. Many of the amendments touched more than one article of the Basic Law. Only half of the original text is preserved. Today, the Basic Law is twice as long as the original text of 1949. This raises the question of identity. Is it still the same constitution? In a formal understanding of identity the answer would be no. If a substantive notion of identity prevails one can still speak of the same constitution as it is based on the same principles whose permanence is guaranteed in Art. 79 (3) of the Basic Law.

I have argued several times that constitutional amendments are too easy in Germany. The actors are the same that take the routine political decisions. The procedure is the routine legislative procedure. The only difference consists in the requirement of a two-thirds-majority. As a consequence, there is no sufficient awareness of the difference between making ordinary law and changing the constitution. It should be mentioned however, that constitutional amendments may also be too difficult. The best example is the American constitution. The

⁷¹⁵ See R. Dixon, *Constitutional amendment rules: a comparative perspective*, in *Comparative Constitutional Law*, T. Ginsburg, R. Dixon (eds.), Cheltenham, Edward Elgar, 2012, p. 96.

procedure is so complex that amendments are extremely rare. The consequence is an increase of judicial power.

3. The limits of amendments

Since the amendment power is a constituted power there is no amendment power without limits. However, in many constitutions procedural rules are the only limits. The Weimar Constitution is an example. It confined itself to require a two-thirds-majority in parliament. This was interpreted as a license to change the constitution in whatever sense. As a consequence no identity guarantee existed. This understanding enabled Hitler to rise to power without a revolution. In order to prevent a repetition of 1933 the Basic Law contains not only formal but also substantive limits to constitutional amendments. Art. 79 (3) declares the principles in article 1 (human dignity) and 20 (republic, democracy, rule of law, social state, federalism) unamendable.

Substantive limits to constitutional amendments are often seen as undemocratic. But this view becomes untenable once it is understood that the amendment power is not identical with the constituent power. The reason is exactly that the amendment power is a constituted power even if exercised by the people and therefore not completely free. The democratic principle does not stand in the way of this understanding. If the constituent power lies with the people the people are entitled to limit the amendment power. The Basic Law limited the amendment power in the interest of democracy. No constituted power should be entitled to abolish the democratic system.

As a matter of fact substantive limits to the amendment power are older than usually known. Many constitutions contained such limits before the Basic Law. Very often the form of government – monarchic, republican, democratic – is exempted from amendments. Even the U.S. Constitution contains substantive limits: The equal representation of the states in the Senate cannot be altered without the consent of the states concerned. As early as 1814 the Norwegian Constitution provided for substantive limits. According to Art. 112, the principles of the constitution are not subject to an amendment. No amendment may alter “the spirit of the Constitution”. Only modifications of particular provisions are permitted.

It needed the experience of failed democracies and of authoritarian regimes for a breakthrough of substantive limits to constitutional amendments. Most countries that adopted new constitutions in the last quarter of the 20th century included provisions like Art. 79 (3) of the Basic Law. Meanwhile it has become usual to call them “eternity clause”. Of course, this can only be a limited eternity. It is valid for the lifetime of the constitution. It is not binding for a new constitution written after the old one was abolished, although there are a few constitutional lawyers in Germany who believe that Art. 79 (3) is also binding for a new constitution.

But what about constitutions without explicit substantive limits to amendments? Constitutional theory developed the idea of inherent limits. *Carl Schmitt* was particularly influential in this respect⁷¹⁶. He criticized the prevailing formalist understanding of the Weimar

⁷¹⁶ C. Schmitt, *Verfassungslehre* (see note 3), pp. 99 ss.

Constitution according to which parliament was completely free to determine the content of the constitution. *Schmitt* based his theory on the distinction between constitution and constitutional law. A constitution originates from an act of the constituent power. This act constitutes the form and substance of the political unity whose existence is presupposed. The act precedes the drafting of constitutional law. It is not taken in a formal procedure and not fixed in writing. It is ontological.

Constitutional law, on the contrary, is set down in a text and adopted in a formal procedure. It gives legal expression to the original act by which it is bound. It may add concretizations and more technical provisions. *Schmitt* concluded from this distinction that the constitution may only be altered by the political entity itself, the constituent power, while amendments are limited to constitutional law. They are possible only within the boundaries of the constitution. Exceeding these boundaries would amount to an “annihilation” of the constitution. It can never be done by those who hold a competence as opposed to original power.

4. Unconstitutional constitutional amendments

Eternity clauses like Art. 79 (3) of the Basic Law establish a hierarchy within the constitution. There is now a super-norm. This entails the possibility of unconstitutional constitutional amendments⁷¹⁷. Who is authorized to determine whether an amendment violates the constitution and what are the consequences of a violation? The Basic Law does not give an explicit answer to these questions. The same is true for the most other constitutions with an eternity clause. According to the Federal Constitutional Court the court is the guardian of the constitution. It has the power to review laws, and as amendments are laws they are also subject to judicial review. An amendment that violates Art. 79 (3) is null and void.

There are a handful of cases where the Court was called upon to review amendments. But the series was preceded by a 1953 case that raised the question whether a provision of the original constitution can be unconstitutional⁷¹⁸. The Constitutional Court did not completely exclude this possibility, relying on arguments that remind of natural law, but it declared it extremely unlikely that this might be the case in the Basic Law. Most of the cases in which Art. 79 (3) of the Basic Law was invoked concerned an enlargement of the surveillance powers of the secret services. The Court upheld all amendments, but in some of the cases dissenting opinions were published⁷¹⁹.

How do courts react in the absence of a clause equivalent to Art. 79 (3)? Some constitutional courts conclude that in this case no limits to amendments exist and consequently no review can take place. A special argument can be found in the jurisprudence of the French *Conseil constitutionnel*⁷²⁰. In France the constitution can be amended either by a vote of parliament or by a referendum. The *Conseil* refuses to review amendments adopted by way of referendum because the people are the holders of it the constituent power. The court did not take into account,

⁷¹⁷ See Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Migration and Success of a Constitutional Idea*, in *American Journal of Comparative Law*, 61, 2013, p. 657.

⁷¹⁸ BVerfGE 3, 225.

⁷¹⁹ See BVerfGE 30, 1 (1970); 109, 279 (2004).

⁷²⁰ Referendum Case, Décision no. 62-20 DC (1962).

however, that the referendum is created by the constitution and thus puts the people into the position of a constituted power.

Other courts found ways to review constitutional amendments without a positive provision in the constitution. The argument was that there are inherent limits to amendments. Some derived them from the notion of amendment. It presupposes the constitution and therefore cannot turn it into the opposite. Some started from the difference between constituent and constituted power and concluded that an unlimited amendment power would turn around the relationship between the two. Many relied on the notion of constitutional identity to develop inherent limits to amendments. The identity of the constitution is determined by the maker of the constitution and may be altered by no one else.

The most interesting case comes from India. The Indian Constitution does not know an eternity clause. The amendment power lies with the Indian Parliament. The Indian Supreme Court was confronted with the question of unconstitutional constitutional amendments in a period when the ruling Congress Party had a two-thirds-majority in Parliament. Whenever it disliked a decision of the Supreme Court it overruled it by a constitutional amendment. In a 1000 pages judgment with all members of the Court writing separately the majority reached the conclusion that the amendment power is plenary and includes the power “to add, alter or repeal” the various articles of the constitution but does not extend to the basic structure of the constitution ⁷²¹.

There is an illuminating story concerning the migration of constitutional ideas behind the decision. The specialist on Indian public law at the Max-Planck-Institute for Foreign Public Law and Public International Law in Heidelberg, *Dietrich Conrad*, gave a lecture on *Carl Schmitt* and Art. 79 (3) of the German Basic Law in Delhi. Lawyers involved in the *Kesavananda* case were present and introduced the theory into the procedure where the court adopted it without mentioning *Carl Schmitt* or the Basic Law, but one judge (*Khanna*) explicitly referred to *Conrad*. The Indian decision then exercised considerable influence on other courts in South East Asia that followed the basic structure doctrine.

5. The amendability of the amendment clause

Students like to ask the question whether the eternity clause can be abolished by amendment. Scholars who answer this question in the affirmative usually argue that being subject to change is the very nature of positive law. This is certainly true. But it does not answer the question whether this may happen by way of amendment. If the difference between constituent power and amendment power is accepted and if the people are postulated to be the source of the constitution one can logically conclude that the eternity clause is exempted from amendment. But it is not immunized against being repealed by the constituent power itself.

⁷²¹ *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, A.I.R. 1973 S.C. 1461.

The question gained unexpected attention in Germany when the Federal Constitutional Court reviewed the Lisbon Treaty in 2009⁷²². This treaty was generally regarded as a major step toward an ever closer union. In Art. 48 TEU it even created the possibility of minor treaty amendments by organs of the EU. Therefore, the Court found it insufficient to merely review the treaty provisions as to their compatibility with the Basic Law, as it had done in the Maastricht judgment of 1993⁷²³. Rather, it set out to concretize the constitutional limits to further European integration, irrespectively of the Lisbon-Treaty by way of *obiter dicta*.

Explicit limits can be found in Art. 23 (1) of the Basic Law. The Court noted that this provision allows a transfer of sovereign rights but not of sovereignty. It called sovereignty a pre-condition of the Basic Law. Consequently, the representatives of the people are not authorized to dispose of sovereignty. This implies the prohibition to consent to a transformation of the European Union into a state. The sovereign existence of Germany and the self-determination of the German people are to be preserved. The legal basis for this reasoning was found in Art. 79 (3). A transfer of sovereignty would amount to a violation of the constituent power of the people.

In this context, the Court reiterated that Art. 79 (3) is not subject to amendment. The amendment power is irrevocably limited. An attempt to amend the eternity clause would thus be an act of self-empowerment and hence a breach with the Basic Law. The barrier could be overcome only by an abolition of the Basic Law as a whole and the enactment of a new constitution which either states that Germany will form a part of a European State or that authorizes the representatives of the German people to decide that Germany be integrated into a European State.

The question then is when a transformation of the European Union into a state would happen. Clearly if a treaty concluded by the heads of state and government of the member states established the EU as a federal state, the United States of Europe. The same effect would occur, however, if the member states, without explicitly proclaiming the United States of Europe, agreed to hand over the constituent power to the EU itself. This would be so because it is the difference between self-determination and hetero-determination about one's basic legal foundation that distinguishes a supranational entity from a state.

Still another possibility would be a transfer of the *Kompetenz-Kompetenz*, today held by the member states, to the EU. The *Kompetenz-Kompetenz* is closely linked to sovereignty. It is an old question who is sovereign in a political entity composed by states. The answer that solved the issue for quite some time was given by *Georg Jellinek*: sovereign is the entity that holds the *Kompetenz-Kompetenz*⁷²⁴. However, the question gained new salience in the EU. Many solutions are suggested⁷²⁵. Nevertheless, the Federal Constitutional Court reaffirmed *Jellinek's* position and barred a transfer of the *Kompetenz-Kompetenz* under the Basic Law.

These parts of the Lisbon-judgment have drawn a lot of criticism. Many argued that Art. 79 (3) draws its meaning from the abolition of democracy in 1933. According to them, it is directed

⁷²² BVerfGE 123, 267.

⁷²³ BVerfGE 89, 155.

⁷²⁴ See G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 7th imprint, Bad Homburg: Hermann Gentner, 1960, p. 495.

⁷²⁵ See D. Grimm, *Sovereignty in the European Union*, in *Constitutional Sovereignty and Social Solidarity in Europe*, J. van der Walt, J. Ellsworth (eds.), Baden-Baden, Nomos, 2015, p. 39 (in *German: Souveränität in der Europäischen Union*, in D. Grimm, *Europa ja – aber welches?*, München, C. H. Beck, 2016, p. 49).

against the transformation of the Federal Republic into an autocratic regime. But it does not apply to the integration of Germany into a European *democratic* state. However, the transformation of the EU into a state would be a step of such a magnitude that it cannot be declared in the routine form of a constitutional amendment. This is for the people alone to decide. And as under the Basic Law the people cannot act as constituent power the only possible way would indeed be the enactment of a new constitution.

PODER CONSTITUYENTE Y LÍMITES A LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL VISTOS DESDE LA ESPAÑA *

Francisco Balaguer Callejón **

SUMARIO: Introducción. El poder constituyente y la reforma constitucional en el contexto del Estado nacional. La aportación de Mortati. – 1. Reforma constitucional y pluralidad de espacios constitucionales. – 2. El *status* constitucional de la reforma en el contexto de la diversidad de espacios constitucionales. – 3. La fragmentación del poder constituyente y los límites a la reforma. – 4. El *poder de reforma* en España en el marco de la integración supranacional y la descentralización política. – 4.1. El *poder de reforma* de la Unión Europea sobre los Estados miembros. – 4.2. El *poder de reforma* de las Comunidades Autónomas en España. – 5. La tensión independentista en Cataluña y su incidencia sobre la cuestión del poder constituyente y de los límites a la reforma en España. – Resumen/Abstract.

Introducción. El poder constituyente y la reforma constitucional en el contexto del Estado nacional. La aportación de Mortati

El constitucionalismo moderno está genéticamente vinculado al Estado nacional, lo que hace que gran parte de sus conceptos fundamentales se hayan elaborado para hacer frente a los problemas constitucionales del Estado constitucional. En particular, la diferenciación entre poder constituyente y poder de reforma y la previsión de límites formales y materiales a la reforma son una manifestación más del intento de racionalizar el poder del Estado, de limitar la arbitrariedad y de someter ese poder al Derecho. En el muy reducido espacio en que eso era posible en su contexto histórico y geográfico, se mueve la teoría de Mortati de la Constitución en sentido material, que refleja la tentativa de impedir una evolución del régimen fascista hacia el poder ilimitado del líder, como había ocurrido en la Alemania nazi⁷²⁶. La Constitución material opera así como el factor constituyente que se prolonga en el tiempo y que impide que el poder estatal se oriente en su contra, no sólo dentro del orden constitucional sino también por medio de la reforma constitucional⁷²⁷.

La teoría de la Constitución material presenta ciertos puntos de contacto con la teoría de la Norma fundamental kelseniana pese a las críticas que Mortati realiza a los planteamientos de

* Relazione al Convegno “Costantino Mortati. Potere costituyente e limiti alla revisione costituzionale”, Roma 14 dicembre 2015.

** Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet *ad personam* de Derecho Constitucional Europeo y Globalización

⁷²⁶ Cfr, al respecto, Costantino Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, 1940, Ristampa inalterata, Milano Giuffrè Editore, 1998.

⁷²⁷ *Ibidem*, pp. 75-6, 179, 189-190 y *passim*.

Kelsen. En realidad, en un contexto político completamente diferente, pero que anunciaba ya el fin de la democracia liberal que Kelsen intenta evitar, este autor propone una configuración lógico-jurídica del poder constituyente a través de la norma fundamental presupuesta, que apela, en realidad, a los factores de poder con capacidad para definir el orden jurídico ⁷²⁸, al igual que la Constitución material de Mortati. Ahora bien, mientras Kelsen intenta expulsar la política del ámbito jurídico (en el contexto del constitucionalismo antagónico del periodo de entreguerras) mediante la construcción de un sistema lógico de normas que limite la arbitrariedad y someta el poder al Derecho, evitando así el conflicto social radical que amenazaba al Estado liberal, Mortati integra en el ámbito jurídico un poder político ya imposible de eludir (en pleno periodo fascista) pero al que intenta marcarle límites en la coherencia con los valores y principios fundacionales del régimen totalitario que había sustituido al Estado liberal ⁷²⁹.

Ambos autores escriben en el contexto del Estado nacional y aportan soluciones a los problemas de legitimación con que se enfrenta el orden jurídico estatal. Ambos intentan someter en distinta medida (en función de la experiencia histórica que les tocó vivir) el poder político al Derecho. Kelsen mediante la idea de la norma fundamental que proyecta un sistema normativo vertebrado por medio de la Constitución material kelseniana ⁷³⁰, que en la doctrina italiana de la época se configuraría por Perassi a través de las normas sobre la producción jurídica ⁷³¹. Mortati mediante su idea de Constitución material como límite de naturaleza compleja, porque incorpora un principio político que actúa, en su propia politicidad, como frontera jurídica del poder político ⁷³².

Lo que comparten las dos teorías es la pretensión de juridificar el poder y dotar de unidad al orden jurídico. En el caso de Kelsen, esa pretensión conduce a someter al poder estatal a normas de las que se ha depurado previamente el poder constituyente (ahora transformado en norma fundamental presupuesta) que no se proyecta ya como poder político dentro del orden estatal.

⁷²⁸ Cfr., Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª Edición, de 1960, Verlag Franz Deuticke, Viena, reimpresión de 1967, p. 260.

⁷²⁹ Cada uno de estos dos pensadores deben situarse en su contexto para comprender su obra. En el caso de Kelsen será el profundo antagonismo de la política de su época y los conflictos irreductibles entre los partidos lo que le conducirá a desarrollar un planteamiento formalista del derecho para aislarlo de las tensiones de ese momento histórico, reconstruyendo la unidad del sistema jurídico a través de una Norma fundamental que se limita a determinar a quién le corresponde el poder último de configuración del ordenamiento jurídico, con independencia del contenido, que en un sistema democrático no puede estar predeterminado en la Norma fundamental pues dependerá de lo que las fuerzas políticas acuerden en un marco pluralista. Para Mortati, sin embargo, la cuestión de quién tiene el poder último venía dada por la dictadura fascista, así que su planteamiento se basa en los contenidos porque solamente a través de esos contenidos se podía limitar y controlar el poder del Estado y luchar contra la arbitrariedad, procurando que no hubiera una deriva personalista del régimen como la que algunos juristas alemanes habían legitimado respecto del nazismo.

⁷³⁰ Por Constitución material entiende Kelsen la norma o las normas que regulan la producción de normas jurídicas. Cfr. *Ibidem*, pg. 228.

⁷³¹ El concepto de Normas sobre la producción jurídica será ya utilizado a principios de siglo por Perassi, en su magistral *Introducción a la Ciencia Jurídica*, publicada inicialmente como parte introductoria de su *Curso de Instituciones de Derecho Público* en 1919-20. Cfr. Tomaso Perassi, *Introduzione alle Scienze Giuridiche*, 1922, reimpresión de CEDAM, Padova 1967, pgs. 34, 38, 57-8.

⁷³² La aportación de Mortati no consiste en la diferenciación entre una Constitución formal y una Constitución real, Derecho vivo, *law in action* o texto y contexto constitucional, formulaciones que él critica. Por el contrario, lo característico de la teoría de Mortati es que para él, la Constitución real o el Derecho vivo son una manifestación de la Constitución material, de la permanencia de la Constitución material dentro del ordenamiento. Si, por el contrario, la Constitución real o el Derecho vivo se apartan de la Constitución material entonces la unidad del sistema jurídico se ve afectada y podemos estar ante una posible ruptura constitucional que evidencie la aparición de una nueva constitución material. Por tanto, la teoría de Mortati no se limita a apelar a los factores reales de poder porque en eso no se diferenciaría de otros planteamientos, como los de Lassalle. Lo que aporta Mortati es que configura esos factores reales de poder como un factor normativo deduciendo de ellos los principios a los que debe ajustarse el ordenamiento y que configuran la auténtica Constitución en sentido jurídico.

El poder político queda así sometido a normas que encuentran su legitimidad en una cadena lógica entre postulados de “deber ser” que se remontan a la norma fundamental del sistema. En el caso de Mortati es el factor constituyente, jurídicamente reformulado en Constitución material, el que se proyecta en el ordenamiento jurídico, sometiendo así al poder estatal a los principios y valores fundacionales del sistema ⁷³³. En el planteamiento de Kelsen, la desaparición de ese poder constituyente como poder político es un presupuesto necesario para que el Estado se someta al Derecho y para que se pueda realizar una estructuración lógica del sistema jurídico entre postulados de “deber ser” en los que el poder constituyente no tiene cabida porque se sitúa en el plano de lo fáctico, del “ser” (de ahí su reformulación como norma fundamental hipotética, como postulado de “deber ser”). En los dos casos, el poder constituyente queda limitado, de manera que la supremacía de la Constitución, ya sea formal o material, aparece como una garantía esencial del Estado de Derecho y de la unidad del orden jurídico ⁷³⁴.

Sin embargo, tanto la Norma fundamental cuanto la Constitución material son conceptos vinculados al Estado nacional: plantean problemas que surgen dentro del Estado e intentan resolverlos con mecanismos nacionales internos. Son conceptos previos a la globalización y a la integración supranacional, fenómenos que han “deslocalizado” la producción normativa, afectando al sistema de fuentes del Derecho, y que han redefinido las cuestiones de legitimidad del ordenamiento jurídico. En la actualidad, el constitucionalismo se enfrenta a problemas que surgen más allá del Estado nacional y que se resuelven, en gran medida, fuera del Estado nacional. Del mismo modo, las cuestiones de legitimidad ya no se plantean solamente en el interior del Estado sino que se proyectan también hacia el exterior, en especial hacia la integración supranacional en el ámbito europeo.

Naturalmente, esta evolución no podía dejar de afectar al poder constituyente, a la supremacía de la Constitución, a la diferenciación entre poder constituyente originario y derivado o poder de reforma constitucional, a los límites a la reforma constitucional y a las grandes construcciones que, como la de Kelsen o la de Mortati, surgieron para resolver los conflictos sociales y políticos

⁷³³ Como indica Fulco Lanchester, «Il momento centrale della concezione della costituzione in senso materiale (che esclude le interpretazioni negative e polemiche dei suoi avversari) sta dunque nel connettere il mondo dell'essere a quello del dover essere, cercando di giuridicizzare il politico e rifiutando, quindi, la concezione esistenziale dello stesso» Fulco Lanchester, *Mortati e la Legislatura costituente*, en *Nomos: le attualità nel diritto*, disponible en: <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2016/02/F-Lanchester-Mortati-e-la-Legislatura-costituente.pdf>.

⁷³⁴ La Norma Fundamental de Kelsen y la Constitución material de Mortati coinciden en su finalidad: reconstruir la unidad del orden jurídico. Pero la Norma fundamental kelseniana no tiene un contenido determinado porque se limita a configurar la Constitución material en sentido kelseniano: las Normas sobre la producción jurídica. Es el proceso democrático, con sus garantías formales y materiales (entre las que se incluye la jurisdicción constitucional) el que hace posible el control del poder y la imposibilidad, dentro del sistema, de monopolizar el poder por parte de un sector social concreto. En el caso de Mortati ese monopolio ya era inevitable y los componentes formales del sistema no hacían posible el muy limitado control del poder que cabía dentro de un sistema totalitario, que debía procurarse a través de principios materiales. De ahí la continuidad de la Constitución material y su configuración como un factor jurídico y no como un mero poder de hecho, que es lo que se ha interpretado generalmente de la teoría de Mortati. Esto es, la Constitución material no apela en realidad a hechos, a poder político, sino a principios y valores derivados del poder político. Estos principios y valores, que no necesariamente están en la Constitución (como de hecho ocurría en el período fascista en Italia), se proyectan sobre el orden constitucional con una capacidad de vinculación que se impone sobre la Constitución formal. En realidad, si Mortati le otorga un contenido material a la Norma fundamental kelseniana es porque mientras para Kelsen ese contenido podía configurarse democráticamente a través de los procesos normativos dentro de una democracia pluralista, para Mortati eso no era posible en el contexto del Estado totalitario en el que construye su teoría. Por tanto, mientras en Kelsen la limitación del poder está en el proceso, en las condiciones formales de la construcción democrática del orden jurídico, en Mortati está en el contenido, en los límites derivados de los principios que configuran la Constitución material impuesta por el grupo social que ha conquistado el poder. Pero en ambos casos se pretende reconstruir la unidad del ordenamiento jurídico.

fundamentales de su época. El cambio de paradigma es necesario toda vez que los conflictos sociales y políticos de nuestro tiempo se han reformulado y han transformado su dimensión espacial y temporal así como sus sujetos políticos esenciales. Hoy ya no nos sirve eludir el conflicto político fundamental nacional y transformarlo en reglas lógicas como hace Kelsen o incorporarlo plenamente al orden jurídico a través de la constitución material como hace Mortati. El Estado ya no es el lugar donde ese conflicto se plantea ni tampoco es el instrumento para resolverlo en exclusiva.

En lo que a España se refiere, comparte con el resto de los Estados miembros de la Unión Europea una fragmentación de su poder constituyente desde el momento en que se produjo la incorporación al proceso de integración europea. Resulta peculiar, sin embargo, el hecho de que nuestro país no tiene cláusulas de intangibilidad (cláusulas de eternidad o cláusulas pétreas) como otros, que salvaguarde jurídicamente una parte de su Constitución frente a posibles reformas. Por el contrario, la Constitución prevé la posibilidad de revisión total de la Constitución, esto es, la actuación de un poder materialmente constituyente que sólo estaría limitado desde el punto de vista formal, en lo que se refiere al procedimiento de reforma (un procedimiento agravado, difícil de llevar a cabo en la práctica por la necesidad de disolver el Parlamento para proceder a la elección de un nuevo Parlamento que culminaría la reforma con una mayoría muy reforzada). Es evidente, sin embargo, que una posible revisión total no permitiría la intervención de un poder constituyente sin límites materiales, si tenemos en cuenta los límites a la reforma derivados de la integración en la Unión Europea.

En todo caso, los problemas más importantes que se plantean actualmente para España en el plano constitucional y en relación con los límites a la reforma son los derivados de la tensión independentista generada en Cataluña en los últimos años. Por tanto, se trata de cuestiones que se sitúan esencialmente en el ámbito territorial interno aunque no dejan de estar condicionadas por la pluralidad de espacios constitucionales a la que la temática de la reforma constitucional y del poder constituyente debe abrirse si tenemos en cuenta el doble proceso de integración supranacional y de descentralización política interna que ha experimentado nuestro país (como lo han hecho también Italia y otros Estados europeos).

Una pluralidad de espacios constitucionales que ha alterado los términos de la distinción clásica entre poder constituyente y poder de reforma. En la formulación de Mortati esa distinción permite diferenciar entre un poder de revisión “heterónimo” y un poder constituyente “autónimo”, lo que explica precisamente la posibilidad de establecer límites a la reforma ⁷³⁵. Como intentaremos argumentar seguidamente, la línea de fuerza de esta diferenciación no pasa ya tanto sobre la cuestión del carácter “heterónimo” del poder de revisión (que en una Constitución normativa está, o debería estar, fuera de cualquier duda) sino sobre la dificultad para determinar un poder constituyente “autónimo” en el contexto de la integración supranacional.

Podríamos decir que, en el caso de España, se comparte con otros países europeos un intervención de la Unión Europea sobre la constitución interna que resulta cada más

⁷³⁵ «In realtà la disciplina di quest'ultimo (potere di revisione) è da considerare eteronoma non autonoma, ed è appunto tale posizione che spiega la sussistenza di un problema di limiti», Costantino Mortati, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, 1962, apartado n. 41, *in fine*.

“autónoma” desde el punto de vista del Derecho Europeo, en el sentido de que, a partir de la crisis económica, tiene cada vez menos vinculación al marco normativo europeo, al principio de atribución competencial y, por tanto, a las competencias derivadas de los Tratados, las normas fundamentales de la Unión. Esto quiere decir que la Unión Europea está ejercitando cada vez más un poder constituyente autónomo sobre los Estados, en lugar de un poder de revisión heterónomo basado en reglas preestablecidas ⁷³⁶.

En el caso de España a esta tensión constitucional supranacional hay que unir la derivada del incremento de la presión independentista en Cataluña. Nos encontramos aquí frente a una situación igualmente paradójica: en un contexto de pluralidad de ordenamientos cada vez más “heterónomo” desde el punto de vista de las limitaciones al poder de reforma, los sectores independentistas catalanes están actuando de una manera cada vez más “autónoma” esto es, pretendiendo ejercer poder constituyente propio con incidencia sobre el Estado y sobre la propia sociedad catalana. Un poder constituyente que no se basa, sin embargo, en una mayoría social suficiente sino en la simple mayoría gobernante (minoritaria desde el punto de vista del apoyo electoral) por lo que está generándose una involución democrática en Cataluña que resulta muy cuestionable desde el punto de vista del patrimonio constitucional europeo.

1. Reforma constitucional y pluralidad de espacios constitucionales

La interacción dialéctica entre los diversos espacios constitucionales en Europa está afectando a conceptos clásicos del Derecho constitucional nacional como son el poder constituyente y el poder de reforma constitucional. Como indica Peter Häberle, en el contexto de la integración europea no podemos ver ya a los sistemas constitucionales de los Estados miembros en perspectiva exclusivamente “nacional” ni tampoco podemos ver el sistema jurídico de la Unión europea en perspectiva exclusivamente “europea” como si se tratara de esferas separadas ⁷³⁷. Esa interacción está generando un Derecho constitucional europeo entendido en un doble sentido: en sentido estricto como Derecho constitucional de la Unión Europea y en sentido amplio como Derecho constitucional de los diversos niveles constitucionales (europeo, estatal, territorial) en Europa ⁷³⁸.

En el contexto de esta pluralidad de espacios constitucionales, la institución de la reforma debe ser contemplada desde una perspectiva diferente a la tradicional. Esa perspectiva debe partir de

⁷³⁶ Cfr., mi trabajo *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa* KorEuropa, n° 1/2012. ISSN 2281-3349. Disponible en Internet en: <http://www.unikore.it/index.php/indici/numero-1>. Versiones posteriores en: *Crise économique et crise constitutionnelle en Europe, Constitutions*, avril-juin 2013, *Crisis económica y crisis constitucional en Europa*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 98, Mayo/Agosto 2013 y *Una interpretación constitucional de la crisis económica*, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 10, Número 19, Enero-Junio de 2013, <http://www.ugr.es/~redce>.

⁷³⁷ Cfr. al respecto Peter Häberle, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, EuGRZ, 1991, versión española de Emilio Mikunda, *Derecho constitucional común europeo*, REP, n. 79, 1993. Cfr. igualmente, Peter Häberle, *Die europäische Verfassungsstaatlichkeit*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heft 3/1995, versión española de Francisco Balaguer Callejón, *El Estado constitucional Europeo*, publicado en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* n° 2, Mexico, Enero-Junio de 2000. Disponible en Internet en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/const/cont/2/art/art4.pdf>. Cfr., por último, Peter Häberle, *¿Tienen España y Europa una Constitución?* Versión española de Miguel Azpitarte Sánchez, con Prólogo de Ángel López López, Fundación El Monte, Sevilla, 2004.

⁷³⁸ Cfr., este respecto, mi trabajo *Profili metodologici del Diritto Costituzionale europeo*, en *La cittadinanza europea*, Anno XII, numero 1/2015, pp. 39-62.

una premisa metodológica que se deriva de la constatación de un hecho fundamental: puesto que la “materia constitucional” no está hoy solamente en las constituciones nacionales, de “reforma constitucional” no se puede hablar sólo por referencia al texto de esas constituciones. Esta es una consecuencia del pluralismo ordinamental al que se abren los sistemas constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea.

La fragmentación de la materia constitucional es también la fragmentación del poder constituyente, que implica límites específicos a la reforma ⁷³⁹. Esos límites se manifiestan en todos los niveles constitucionales. En el europeo se evidencian en la cláusula de salvaguardia de la identidad constitucional de los Estados del art. 4.2 TUE reformado por el Tratado de Lisboa, que establece que: “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”.

En el plano estatal, aunque esos límites no estén expresamente contemplados, se derivan del proceso de integración europea, por lo que son hoy operativos en relación con las posibilidades de reforma de las constituciones nacionales y lo serán mientras los Estados sigan formando parte de la Unión Europea. Las constituciones nacionales no pueden reformarse ya en la práctica –aunque formalmente no haya impedimentos jurídicos para ello en un sentido contrario al Derecho de la Unión Europea.

Partiendo también de la diversidad de espacios constitucionales podemos comprender mejor las posibilidades de la reforma en relación con las necesidades constitucionales de los distintos niveles. Para ello tenemos que tener en cuenta la relación dialéctica que se genera entre los diversos niveles ordinamentales y las necesidades de reforma que esa relación dialéctica origina. En un sistema de pluralismo ordinamental, facilitar la reforma de las normas fundamentales es algo necesario para que la interacción entre los diversos ordenamientos pueda funcionar de manera eficaz.

En un contexto de pluralidad de espacios constitucionales, como el que existe actualmente en los Estados miembros de la Unión Europea, es necesario relativizar alguna de las funciones de la rigidez constitucional. Así, por ejemplo, la excesiva rigidez de las normas fundamentales como mecanismo de garantía de las minorías y del propio sistema democrático, carece en gran medida de sentido si tenemos en cuenta la transformación que supone el proceso de integración europea. La integración en la Unión Europea constituye actualmente la principal garantía frente a las involuciones democráticas que se habían intentado combatir previamente en los Estados europeos mediante disposiciones intangibles establecidas en las Constituciones o mediante procedimientos muy rígidos de reforma destinados a impedir que mayorías coyunturales pudieran alterar los fundamentos del pacto constitucional, lesionando los derechos de las minorías.

⁷³⁹ Cfr. mi trabajo *El status constitucional de la reforma y la fragmentación del Poder Constituyente*, en AAVV, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Vol. I, Madrid, 2002, pp. 99-130.

La excesiva rigidez de las constituciones, que no aporta ya nada sustancial a la estabilidad democrática de los Estados miembros de la Unión Europea, dificulta la realización de las reformas constitucionales necesarias. El aplazamiento indefinido de las reformas no contribuye a racionalizar el sistema y produce un efecto acumulativo en el que problemas menores de carácter básicamente técnico terminan por amplificarse y convertirse en grandes problemas políticos. Frente a esta situación, es necesario promover una cultura constitucional más abierta, que no se base en la sacralización de los textos fundamentales sino en su consideración dinámica. Son las normas las que deben estar al servicio de la sociedad y las que deben adaptarse para hacer frente a las nuevas necesidades sociales.

2. El *status* constitucional de la reforma en el contexto de la diversidad de espacios constitucionales

Conocidas son las trascendentales funciones que la institución de la reforma desempeña en el ordenamiento de la Constitución normativa. Entre ellas la de garantizar la propia normatividad de la Constitución frente al legislador al establecer la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos. Con ello se consagra una división jurídica o externa del poder tan trascendente como la división política o interna, que hace posible el control jurisdiccional de los actos del legislador sobre la base de las prescripciones constitucionales ⁷⁴⁰.

La técnica de la reforma alcanza esa posición nuclear en la Constitución normativa, merced a la teoría del poder constituyente ⁷⁴¹. Aun cuando esta teoría no tiene unos contornos muy precisos, ha cumplido una importante función cual es la de marcar la diferencia entre la naturaleza del poder que da lugar a la instauración de una nueva Constitución y la de los poderes que pueden ejercerse dentro de esa Constitución. Desde esa perspectiva, puede decirse que el poder constituyente es un poder político, que carece de límites estrictamente jurídicos. Esta ausencia de límites no implica que carezca de condicionamientos sociales y políticos. Algunos de estos últimos pueden formularse incluso jurídicamente, pese a que no serán motivos jurídicos los que asegurarán la vinculación del poder constituyente a los mismos.

Una segunda característica del poder constituyente es su agotamiento en el acto mismo de aprobación de la Constitución. Lo que pueda expresarse después, en una Constitución normativa, no son sino poderes constituidos, a los que la Constitución misma les otorga diversas potencialidades normativas, incluida la de la modificación del orden fundamental, la de la reforma de la Constitución. Sean cuales sean las facultades que en este último orden se otorguen a los poderes constituidos, nunca podrán alterarse jurídicamente los fundamentos mismos del sistema constitucional manteniéndose en el marco de la Constitución. A diferencia de las fuentes que se manifiestan dentro del orden constitucional, que se rigen por un principio de

⁷⁴⁰ Cfr., mi trabajo *Notas sobre la estructura constitucional del Estado español*, RDP, n. 32, 1991.

⁷⁴¹ La formulación teórica de este principio se atribuye usualmente a Sieyes. Cfr. E.J. Sieyes, *Qu'est-ce que le Tiers État?*, 1789, versión española de Jose Rico Godoy, recogida en E.J. Sieyes, *¿Qué es el estado llano?*, (reimpresión del original de 1950), CEC, Madrid 1988.

inagotabilidad ⁷⁴², la Constitución es una fuente que se agota en su producción misma, pues desaparece el poder que le dio vida.

Estas dos características del poder constituyente se corresponden con las propias de la soberanía ⁷⁴³. Por un lado, con el carácter político y jurídicamente ilimitado del poder soberano; por otro con la inevitable contradicción entre el principio de soberanía y la democracia constitucional propia de una Constitución normativa en la que todos los poderes deben estar sometidos al Derecho ⁷⁴⁴. La soberanía popular sólo puede ser ejercitada en el momento de aprobación de la Constitución, pues sólo entonces existe tanto el sujeto (el pueblo como colectivo homogéneo) como el objeto de ese principio (el poder soberano) ⁷⁴⁵.

En todo caso, el hecho de que la Constitución no esté sometida al principio de inagotabilidad de las fuentes permite diferenciar, en cuanto fuentes distintas, a la Constitución y a la reforma constitucional. Esta diferenciación nos abre las respuestas a algunos de los interrogantes doctrinales planteados en relación con la posibilidad misma de la reforma y de establecer, por medio de esta institución, límites al poder de reforma ⁷⁴⁶. Es cierto que una fuente no puede establecer límites para sí misma que determinen la actividad del poder normativo futuro. Esa tesis es correcta, pero no es aplicable a la Constitución como fuente. De ahí que no sean aceptables ni la idea que la Constitución no puede determinar su propia reforma (y por tanto, imponer límites a la misma), ni la de que la reforma de la Constitución se sitúa en un nivel superior a la propia Constitución ⁷⁴⁷. Ocurre justamente lo contrario: es la reforma de la Constitución la que se sitúa en un nivel inferior a la propia Constitución y la que se somete plenamente (mientras intervenga como poder jurídico) a la propia Constitución.

La aparente paradoja lógica se explica con suma facilidad: el postulado por el que una proposición no puede referirse a sí misma, no es aplicable a la reforma de la Constitución. En efecto, la reforma no es una proposición que se refiera a sí misma, porque reforma y Constitución son dos fuentes distintas, expresiones ambas de una voluntad normativa de naturaleza diferente, con desigual potencialidad jurídica y sometidas a un régimen diverso. La reforma está sometida a condiciones jurídicas, la Constitución sólo lo está a condiciones políticas. La reforma es expresión de un poder constituido (constituyente constituido) la Constitución es expresión de un poder constituyente. Sólo si privamos a la reforma de su naturaleza jurídica, convirtiéndola en poder constituyente, podremos decir que se trata de una fuente que, por ser entonces Constitución, no puede valer jurídicamente como límite a las

⁷⁴² Cfr. sobre este principio de inagotabilidad, Salvatore Pugliatti, *Abrogazione*, en *EdD*, Vol. I, 1958, p. 142.

⁷⁴³ Identificación que, por otra parte, tiene una base histórica. Cfr. E. Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1909.

⁷⁴⁴ Cfr. M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, 1975, 4ª edición, Westdeutscher, Opladen, 1990 (existe versión española editada por Depalma, Buenos Aires, 1980); C.J.Friedrich, *Demokratie als Herrschafts und Lebensform*, versión española de C. Zabal, *La democracia como forma política y como forma de vida*, Tecnos, Madrid, 1961. Cfr. igualmente de este último autor *Man and his Government. An empirical theory of politics*, versión española de J.A. González Casanova, Tecnos, Madrid, 1968 y *Constitutional Government and Democracy*, versión española de A. Gil, Instituto de Estudios Políticos, vol. I, Madrid 1975, pp. 60 y passim.

⁷⁴⁵ Cfr. F. Balaguer Callejón, *Soberanía popular y democracia en la Constitución española de 1978 RDP*, n. 27-8, 1988 y *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, vol. II, 1992, pp. 28 y ss. También, F. Balaguer Callejón, *Constitución y ordenamiento jurídico*, en Miguel Carbonell (compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. Editorial Porrúa/UNAM, México, 2000, pp. 194 y ss.

⁷⁴⁶ Cfr. F. Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 37 y ss.

⁷⁴⁷ Estos planteamientos proceden de A. Ross, y se pueden encontrar en sus obras, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Franz Deuticke, Leipzig/Wien, 1929, pp. 359 ss. y *On Law and Justice*, 1958, versión española de G.R. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977, pp. 76 ss.

modificaciones de la Constitución más que si se la considera como una fuente superior. Pero desde la teoría del poder constituyente, la aparente contradicción que supone la previsión de procedimientos de reforma constitucional se resuelve fácilmente. En efecto, el poder constituyente se agota con la aprobación misma de la Constitución, por lo que no hay, desde el punto de vista jurídico, autolimitación alguna de un poder de naturaleza política que se extingue en el preciso instante en que el poder jurídico (la Constitución) comienza a operar.

Los límites constitucionales a la reforma no son, en sentido estricto, límites al poder constituyente, sino la expresión de un poder distinto, de naturaleza jurídica (el poder de reforma) que interviene sólo dentro del marco constitucional. Por otra parte, el poder de reforma no puede ser considerado como superior al poder constituyente ni a la propia Constitución, ya que es un principio general del Derecho que ninguna fuente puede crear otra de superior valor⁷⁴⁸. Lo que el poder constituyente crea en la Constitución: la reforma constitucional, tiene, aunque sea parcialmente, un valor inferior a la Constitución, pues debe regirse por la regulación constitucionalmente establecida.

Que la distinción entre poder constituyente y poder de reforma tiene algo de ficción, es indudable. Como toda formalización jurídica de la realidad, no deja de indicar una cualificación de un sector concreto que sólo adquiere sentido desde una perspectiva jurídica. Es desde esta perspectiva desde la que se puede decir que el poder de reforma es un poder limitado, puesto que nada impide sin embargo, desde un planteamiento político, la alteración fundamental del orden constitucional, por las vías que se consideren convenientes, por aquellos que pueden hacerlo. Si eso ocurre, el poder constituyente habrá intervenido de nuevo, para dar lugar a una nueva Constitución. Pero en ese mismo acto se habrá agotado igualmente hasta que en el futuro un nuevo orden constitucional se alumbró por un nuevo poder constituyente. No hay sin embargo, en la dialéctica poder constituyente-poder de reforma, más “autolimitación” que la que se da en la dialéctica poder constituyente-Constitución. Si no se admite la metamorfosis del poder constituyente se está negando también la normatividad de la Constitución. Se está admitiendo la posibilidad de existencia de actos de soberanía dentro del orden constitucional. No hay pues “autolimitación”, sino transformación de un poder ilimitado en otro jurídicamente limitado, no como resultado de la voluntad del soberano, sino por exigencia lógica de la conformación democrática del orden constitucional. De otro modo, si se parte de la teoría de la pretendida (y negada) autolimitación del poder constituyente, el orden constitucional se cae por su base.

En el caso de España, aunque la Constitución establece límites formales a la reforma, no incorpora límites materiales del tipo de las disposiciones intangibles. Sin embargo, la existencia de un doble procedimiento de reforma provoca que los preceptos del procedimiento agravado actúen para el procedimiento ordinario como disposiciones cuasi-intangibles, en la medida en que la reforma no podrá afectar a esos preceptos⁷⁴⁹. Por lo demás, también se defiende en la doctrina la idea de que existen límites materiales a la reforma que se derivan de la interdicción de desnaturalizar el orden constitucional vigente. La falta de explicitación de los mismos no

⁷⁴⁸ Ninguna fuente puede crear otras que tengan una eficacia mayor o igual a la propia. Cfr. G. Zagrebelsky, *Manuale di Diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1988, p. 5. Sólo se pueden crear nuevas fuentes que tengan una eficacia menor a la de la fuente que las establece.

⁷⁴⁹ Cfr. sobre las implicaciones que supone la existencia de este doble procedimiento, Pedro de Vega, *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 151 ss.

obstaría a su eficacia jurídica que se manifiesta en la imposibilidad de aceptar, bajo el régimen constitucional vigente y desde una perspectiva jurídica, determinadas reformas que desfiguren el núcleo esencial de la Constitución ⁷⁵⁰.

Ahora bien, la cuestión de si el poder constituyente podría o no intervenir sin límites materiales en el ordenamiento constitucional español, que ha dado origen a una amplia e interesante reflexión doctrinal ⁷⁵¹ es susceptible de ser tratada con una nueva perspectiva si se tiene en cuenta la interacción constitucional entre el ámbito europeo, el estatal y el autonómico. El tema no es ya si el poder constituyente puede (en el sentido de posibilidad teórica desde un punto de vista jurídico) intervenir sin límites materiales bajo la Constitución normativa y si esa intervención debe ser calificada como “reforma” o si da lugar técnicamente a una nueva Constitución. En realidad, esta pregunta sería contestada más fácilmente si nuestra Constitución hubiera establecido disposiciones intangibles: en ese caso quedaría claro que la vulneración de esas disposiciones daría lugar, jurídicamente, a una nueva Constitución. El problema es ahora si el poder constituyente puede realmente diferenciarse, desde una perspectiva jurídica, del poder de reforma, no porque el poder de reforma actúe (de hecho) sin límites jurídicos, como el poder constituyente, sino porque éste último no pueda actuar sin límites jurídicos como tradicionalmente se ha pensado. Por tanto, el problema no es si el poder de reforma pudiera llegar a convertirse en poder constituyente en el plano fáctico, sino si el poder de reforma puede (como posibilidad jurídica) llegar a convertirse en poder constituyente: en puridad, si es posible hablar todavía de poder constituyente desde la perspectiva con la que tradicionalmente se ha diferenciado poder constituyente y poder de reforma: la ausencia de límites jurídicos del primero de ellos.

En definitiva, se trata de analizar la incidencia que la progresiva fragmentación del poder constituyente está teniendo sobre la tradicional relación entre poder constituyente y poder de reforma y si, en el contexto de la pluralidad de espacios constitucionales, es posible todavía realizar una distinción operativa entre poder constituyente y poder de reforma. Si es posible, en suma, mantener las categorías doctrinales que hemos heredado y, en el caso de que lo sea, con qué alcance.

Si el proceso de integración europea ha relativizado el poder soberano de los Estados, dando lugar a una auténtica transferencia de soberanía a la Unión Europea, cabe plantearse hasta que punto sigue siendo aplicable el propio concepto de “poder constituyente” en cuanto poder originario y sin límites jurídicos al poder constituyente que pueden ejercitar actualmente los

⁷⁵⁰ Cfr. J. Jiménez Campo, *Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución*, RDP, n. 7, 1980; Pedro de Vega, *La reforma de la Constitución*, cit., pp. 151 ss., 219 ss.; con otro planteamiento, J. Pérez Royo *La reforma de la Constitución*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pp. 187 ss., 207 ss.; cfr. igualmente F. Balaguer, *Derechos fundamentales y Constitución normativa en AA.VV.*, *Jornadas de Estudio sobre Introducción a los Derechos Fundamentales*, DGSJE, Vol. I, Madrid, 1989 y F. Balaguer, *Fuentes del Derecho*, vol. II cit., pp. 42-3.

⁷⁵¹ Cfr. P. de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, cit.; I de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*, cit.; J. Jiménez Campo, *Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución*, cit.; M. Aragón, *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1989; J. Pérez Royo, *La reforma de la Constitución*, cit.; F. Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho*, vol. II, cit.; B. Aláez Corral, *El problema de los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, CEPC, Madrid, 2000; F. J. Bastida, *La soberanía borrosa: la democracia*, *Fundamentos*, n. 1, Oviedo, 1998; M. Carbonell, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 1998; M. Contreras, *Sobre el Título X de la Constitución Española: de la reforma constitucional*, *Revista de Derecho Político*, n. 37, 1992; J. L. Requejo, *El poder constituyente constituido: la limitación del soberano*, *Fundamentos*, n. 1, Oviedo, 1998; S.A. Roura, *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española*, CEPC, Madrid, 1998; J. Ruipérez, *Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional*, *Revista de Estudios Políticos*, 75, 1992.

Estados miembros de la Unión Europea. Al mismo tiempo, puesto que una parte de la materia constitucional se sitúa ya en una esfera externa al Estado, tenemos que convenir que no es posible hablar de “reforma constitucional” sólo por referencia al Estado y a la Constitución estatal. Desde esa perspectiva, tendremos que valorar en qué medida la Unión Europea está ejerciendo un poder de reforma que puede afectar no sólo a su materia constitucional propia, sino también a sus relaciones con el Estado y con la Constitución estatal.

3. La fragmentación del poder constituyente y los límites a la reforma

El proceso de integración europea ha alcanzado una intensidad tal que resulta difícil hablar de un poder constituyente originario en los Estados miembros. En efecto, no cabe dudar ya de la existencia de límites materiales a la reforma, derivados de la integración en la Unión Europea. En la medida en que ese proceso va adquiriendo caracteres de irreversibilidad, se puede hablar de la imposibilidad de intervención del poder constituyente originario en los ordenamientos constitucionales estatales. Eso supone la transformación efectiva del poder constituyente en un mero poder de reforma. Esta es la principal consecuencia de la fragmentación del poder constituyente. Por otra parte, en cuanto el proceso de integración europea vaya avanzando, los límites materiales serán más estrictos y, por tanto, el poder de reforma tendrá un menor margen de maniobra.

Ciertamente, frente a esta consideración podrían oponerse las previsiones relativas a la retirada voluntaria de los Estados miembros que se han incorporado por el Tratado de Lisboa al art. 50 del Tratado de la Unión Europea reformado. La posibilidad jurídica de retirarse de la Unión es, pues, aceptada por la propia Unión Europea. Cuestión distinta es si resulta hoy posible esa retirada para los Estados integrados en la zona euro, cuya economía depende estrechamente de su pertenencia a la Unión Europea. Más allá de las dificultades fácticas (más bien, imposibilidad actual) de retirarse de la Unión, la cuestión puede plantearse también en el plano jurídico para todos los Estados miembros desde la perspectiva de que, incluso si aceptamos que jurídicamente la retirada voluntaria es posible, eso no significa que los Estados sigan teniendo poder constituyente originario. Una cosa es que puedan recuperar el poder constituyente que han perdido debido a la integración en la Unión Europea (mediante su retirada voluntaria) y otra muy distinta que sigan poseyéndolo mientras estén dentro de la UE.

Mientras los Estados miembros sigan formando parte de la Unión Europea sólo pueden ejercer un poder constituyente limitado, ya que tienen que respetar las obligaciones que se derivan de su pertenencia a la Unión Europea. No pueden, por ejemplo, recuperar por vía de reforma constitucional (o de ejercicio de poder constituyente) las competencias que han transferido a la Unión Europea. Tampoco pueden establecer una ordenación de los Derechos Fundamentales que limite las previsiones establecidas en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

La limitación del poder constituyente de los Estados no supone que el poder “constituyente” que ejerce la Unión Europea sobre sus propias normas fundamentales sea un poder originario. Por el contrario, la Unión Europea tiene una capacidad de conformación de sus normas fundamentales claramente determinada por los Estados. Hasta tal punto es así, que los Estados

han establecido condicionantes específicos de la capacidad de penetración del Derecho europeo a través de la cláusula de salvaguardia de la identidad constitucional de los Estados miembros (art. 4.2 TUE reformado por el Tratado de Lisboa) . Esta cláusulas suponen una aceptación o “europeización” de los llamados “contralímites” que habían sido defendidos por la doctrina constitucional nacional y por la jurisprudencia constitucional de los Estados miembros, incorporándose a algunos ordenamientos constitucionales.

La cláusula del reformado artículo 4 TUE plantea también algunas cuestiones en la relación entre poder de reforma estatal y Unión Europea. De acuerdo con lo que este precepto establece, y que hemos tenido ocasión de ver, la Unión Europea se compromete a respetar la identidad nacional de los Estados “inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional”. Esto significa que, mientras esté vigente el artículo 4 TUE, la Unión Europea deberá tener en cuenta la identidad constitucional de los Estados, sus estructuras constitucionales fundamentales. Ni siquiera la reforma de las normas fundamentales de la Unión Europea (mientras ese artículo esté vigente) podría afectar a esas estructuras. Ahora bien ¿cómo y por quién se establecen los contenidos indisponibles para el Derecho europeo por afectar a la identidad constitucional de los Estados? Se trata de una respuesta de difícil solución. Cuando las constituciones no contienen una previsión específica de contralímites frente al Derecho europeo, una solución podría ser atender a las específicas cláusulas nacionales de reforma constitucional.

En efecto, si no hay ninguna disposición intangible que proteja determinados contenidos constitucionales, habría que entender que la Constitución permite la reforma y, por tanto, su plena adaptabilidad al Derecho europeo. Si por el contrario, existen cláusulas de intangibilidad, podemos ver ahí una señal de la voluntad constitucional de no permitir ninguna reforma que afecte a esos contenidos y, por tanto, una impermeabilidad clara también frente al Derecho europeo. El problema sigue siendo, sin embargo, que las disposiciones intangibles de muchas constituciones europeas se introdujeron para impedir involuciones antidemocráticas y, a veces, incluyen un gran número de contenidos constitucionales (por ejemplo, en las constituciones de Portugal, o de Rumania). El origen de estas disposiciones es claramente el de un constitucionalismo estrictamente nacional, por lo que carecen de sentido en un contexto europeo en el que la propia Unión Europea opera como garantía frente a esas involuciones.

Vemos aquí un ejemplo claro de la interacción entre los niveles constitucionales europeo y estatal. Esa interacción nos evidencia también que ni el poder constituyente europeo ni el estatal pueden atribuirse una condición originaria de la que carecen. Por ese motivo, tenemos que asumir que el poder constituyente es un poder fragmentado bajo las condiciones de diversidad de espacios constitucionales.

Esa fragmentación es también perceptible, en el caso de España, en relación con el proceso de descentralización que ha conducido al Estado autonómico. En este punto es necesario valorar en qué medida el desarrollo del Estado autonómico está incidiendo en los límites a la reforma. No se trata ya de limitaciones derivadas de principios constitucionales incardinados en el propio texto de la Constitución como pueden ser el derecho a la autonomía o el principio democrático. Más bien, cabría hablar de limitaciones derivadas de la consolidación del Estado autonómico y de la creación de centros de poder político que ejercitan competencias y que interaccionan con las instituciones generales del Estado también en el nivel constitucional.

Tanto en el plano europeo como en el autonómico este planteamiento puede resultar extraño si se tiene en cuenta que no sería necesario producir reforma formal alguna de la Constitución para que el Estado se desvinculara del proceso de integración europea o para suprimir la autonomía política de las Comunidades Autónomas existentes. En ambos casos el nivel legislativo sería suficiente afrontando las responsabilidades internacionales correspondientes en relación con la Unión Europea y siempre que hubiera conformidad en las Comunidades Autónomas (mediante la reforma de los Estatutos de Autonomía) en relación con el Estado autonómico. Sin embargo, la cuestión es si la dinámica constitucional generada en el nivel europeo y en el autonómico no ha venido a superar las prescripciones constitucionales en este aspecto.

La progresiva fragmentación del poder constituyente plantea algunas cuestiones al Derecho constitucional nacional. Si esa fragmentación diera lugar a una plena equiparación entre poder de reforma y poder constituyente (al desaparecer el carácter jurídicamente ilimitado de este último) se pondrían en cuestión las funciones que el poder constituyente y la diferenciación misma entre poder constituyente-poder de reforma desarrollan. Sin embargo, hay que decir que tal equiparación no se produce más que en el aspecto parcial relativo a los límites que la fragmentación del poder constituyente introduce en su ejercicio. Por lo demás, queda en pie la diferenciación sustancial entre poder de reforma y poder constituyente.

Hay que tener en cuenta que la unidad de la Constitución y del ordenamiento jurídico es un reflejo de la del poder constituyente. Esa unidad podría quedar comprometida si no existiera ya, en ningún ámbito del ordenamiento, el ejercicio de un poder constituyente unitario. Por otra parte, y conectado con lo anterior, el poder constituyente da lugar a una ordenación que pretende ser sistemática, por cuanto no actúa de manera parcial sino que instaura un entero orden constitucional. Esto no ocurre con el poder de reforma. El poder de reforma puede dar lugar a modificaciones esenciales del orden constitucional. Sin embargo, siempre serán modificaciones parciales (pues, en otro caso, habrá un auténtico ejercicio de poder constituyente y una nueva Constitución).

Todo esto no impide tener en cuenta que el poder constituyente y el poder de reforma participan de una misma naturaleza. El resultado del ejercicio de ambos poderes es una ordenación constitucional. Desde esta perspectiva siempre será inestable la frontera que separa el poder constituyente originario y el derivado. Desde el punto de vista del resultado final, ambos aportan normas constitucionales al ordenamiento ⁷⁵².

Ahora bien, pese a que por diferentes vías se llegue al mismo resultado, en realidad, reforma constitucional y poder constituyente responden a una distinta razón de ser y, por tanto, no se pueden identificar. El momento de instauración de una Constitución nunca podrá ser equiparado totalmente al de la reforma, incluso si el poder constituyente está sometido a limitaciones jurídicas previas. No sólo porque la instauración de un nuevo orden constitucional presenta siempre una nota de plenitud del que la reforma carece, sino también porque a los límites jurídicos que puedan condicionar al poder constituyente, éste puede añadir los que estime convenientes respecto del poder de reforma. Resulta claro, por tanto, que la progresiva

⁷⁵² Como indica Carlos de Cabo, la reforma constitucional es la *única fuente de Derecho constitucional* de carácter formal. Cfr. Carlos de Cabo Martín, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 64.

fragmentación del poder constituyente no resta utilidad a la diferenciación teórica entre poder constituyente y poder de reforma ⁷⁵³. La fragmentación implica únicamente que el rasgo distintivo del poder constituyente originario no puede ser ya el de su configuración como un poder estrictamente político y carente de límites materiales. No obstante, más allá de sus nuevos límites, el poder constituyente interviene con plena capacidad de decisión política configurando un nuevo orden constitucional.

4. El *poder de reforma* en España en el marco de la integración supranacional y la descentralización política

4.1. El *poder de reforma* de la Unión Europea sobre los Estados miembros

Hemos visto hasta ahora la incidencia que la pluralidad de espacios constitucionales puede tener sobre la fragmentación del poder constituyente por lo que se refiere a la vertiente pasiva de ese proceso: los límites a la reforma y el acercamiento conceptual entre poder constituyente y poder de reforma. Ahora conviene que nos detengamos en la vertiente activa: la incidencia de la diversidad de espacios constitucionales en las transformaciones constitucionales de los ordenamientos con los que interactúan.

Los procedimientos de reforma constitucional no incorporan, como es lógico, mecanismos formales por los cuales la Unión Europea pueda decidir por sí misma una reforma constitucional. En todo caso, forma parte de la naturaleza de las cosas que la integración supranacional incida en el ámbito constitucional como lo hace en el infraconstitucional. Ejemplos recientes hemos visto de esta incidencia por lo que se refiere a reformas constitucionales nacionales promovidas informalmente por parte de determinadas instituciones europeas ⁷⁵⁴.

La interacción constitucional entre esos ámbitos resulta, por tanto, inevitable y de ahí que se haya insistido por la doctrina en los efectos que esa interacción ha provocado y está provocando ⁷⁵⁵. Podríamos decir que la Unión Europea está ejercitando ya poder constituyente sobre los Estados miembros ⁷⁵⁶, si bien no se trata de un poder constituyente originario (al menos hasta

⁷⁵³ Todo ello, sin perjuicio de reconocer las dudas que se puede plantear en relación con el sentido actual del concepto de poder constituyente, como bien indica Miguel Azpitarte: «El cambio en la conciencia y en la práctica jurídica, la debilidad de los mecanismos que han de garantizar la adaptación de la Constitución al tiempo y la insuficiente normatividad de la Constitución ante la existencia de problemas supranacionales, invitan a poner en cuestión la utilidad dogmática del concepto de poder constituyente», Miguel Azpitarte Sánchez, *Sobre la utilidad contemporánea del concepto de poder constituyente*, en M. A. García Herrera, J. Asensi Sabater y F. Balaguer Callejón *Constitucionalismo Crítico. Liber Amicorum Carlos de Cabo Martín*, 2ª Edición, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 856.

⁷⁵⁴ V. *supra*, nota 8.

⁷⁵⁵ Cfr. al respecto, con distintas valoraciones respecto de la congruencia de las mutaciones derivadas del Derecho europeo con los principios constitucionales, S. Muñoz Machado, S., *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993; J. Ruipérez, *La “Constitución europea” y la teoría del poder constituyente*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000; M. A. García Herrera, *Rigidez constitucional y Estado social*, en Perfecto Andrés Ibañez (dir.), *La experiencia constitucional: del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999. Cfr. igualmente B. Aláez Corral, *Soberanía constitucional e integración europea*, *Fundamentos*, n. 1, Oviedo, 1998.

⁷⁵⁶ A este respecto P. Häberle habla de la “europeización” de la teoría del poder constituyente y del poder de reforma, así como de Europa como poder constituyente mediato o indirecto, aunque no por referencia sólo a la Unión Europea (también al Consejo de Europa, por ejemplo). Cfr. P. Häberle, *Europa -eine Verfassungsgemeinschaft?*, en la recopilación del mismo autor *Europäische*

la reciente crisis económica) sino derivado ⁷⁵⁷. Este ejercicio de poder de reforma es congruente con la especial fase de transición en que se encuentra el proceso de integración. En este momento, se puede afirmar que los Estados miembros han perdido ya en gran parte la condición de ordenamientos originarios mientras que la Unión Europea todavía no ha adquirido esa condición. La interacción entre el orden constitucional incipiente de la Unión Europea y el consolidado de los Estados miembros es una realidad cada vez más tangible ⁷⁵⁸ y debe ser valorada también en su vertiente metodológica. El nivel europeo no puede desconocerse ya en el estudio del derecho constitucional nacional. El proceso de integración europea obliga a valorar las instituciones constitucionales nacionales teniendo en cuenta esas variables con un nuevo planteamiento metodológico. La interacción entre el nivel europeo y el estatal está llamada a ser cada vez más intensa y, por ello, tendrá que ser tenida en cuenta cada vez más en el análisis singularizado de esos niveles.

4.2. El *poder de reforma* de las Comunidades Autónomas en España.

Aunque la Constitución española no establece, por sí misma, la pluralidad ordinamental ⁷⁵⁹, esa pluralidad se abre paso a través de las remisiones que en ella se realizan a los Estatutos de

Autonomía de las Comunidades Autónomas ⁷⁶⁰ y a la integración en Europa ⁷⁶¹. El proceso se desarrolla a partir de las previsiones constitucionales, pero de manera *externa* a la propia Constitución. Sin embargo, es la propia Constitución la que realiza esas remisiones y la que ha hecho posible la formación de estructuras “constitucionales” en el ámbito interno y la incorporación a estructuras de esa naturaleza en el ámbito europeo.

Una reflexión similar se puede hacer respecto del orden estatutario y el constitucional acerca de la interacción específicamente constitucional que se produce. Muestra de ello han sido, por ejemplo, los sucesivos Pactos Autonómicos que han contribuido a conformar el Estado autonómico. Pero no sólo esos Pactos, porque realmente en este ámbito es donde se ha podido constatar una permanente capacidad de “innovación” o, al menos de interpretación muy

Verfassungslehre in Einzelstudien, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 94-5. Cfr. en un sentido más amplio, el planteamiento de este autor sobre el Estado constitucional cooperativo: P. Häberle, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 1978, ahora en *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996. Cfr. igualmente W. Von Simson, *Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965.

⁷⁵⁷ Cfr. F. Balaguer Callejón, *La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal*, en Miguel Ángel García Herrera (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, pp. 595-6.

⁷⁵⁸ Cfr. P. Häberle *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht* cit.. Igualmente, de Peter Häberle, *Die europäische Verfassungsstaatlichkeit*, cit. Por último, del mismo autor, *Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft*, conferencia pronunciada en Granada en marzo de 2000. Existe versión española de Francisco Balaguer Callejón, *Europa como comunidad constitucional en desarrollo*, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 1, Enero-Junio de 2004, pp. 11-24. Versión electrónica en <http://www.ugr.es/~redce>.

⁷⁵⁹ Cfr. al respecto, mi trabajo *Das System der Rechtsquellen in der spanischen Verfassungsrechtsordnung* *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Mohr Siebeck, Tübingen, Bd. 49, 2001, pp. 414, 426. Por otra parte, tampoco tiene que hacerlo ya que el pluralismo de ordenamientos y de fuentes hace posible las remisiones posteriores pues, como indica P. Häberle, no hay un *numerus clausus* de fuentes del Derecho en el Estado constitucional. Cfr. *Rechtsquellenprobleme im Spiegel neuerer Verfassungen- ein Textstufenvergleich*, *ARSP*, Beiheft 62, 1995, pp. 138-9.

⁷⁶⁰ Así, por ejemplo, en el artículo 147.1: «Dentro de los términos de la presente Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico».

⁷⁶¹ Artículo 93: «Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión».

extensiva del marco constitucional ⁷⁶². Hay que tener en cuenta, además, que la conformación específica de la organización territorial no está en la Constitución sino que depende del acuerdo entre el Estado y los territorios que se manifiesta en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas. A través de la reforma de esos Estatutos son posibles distintas configuraciones del Estado Autonómico, como se ha evidenciado en las recientes reformas estatutarias que han dado lugar a un nuevo modelo de Estatuto de Autonomía.

Ahora bien, la tensión constitucional generada por las Comunidades Autónomas no se manifiesta sólo a través de la actividad directa de los agentes políticos, sino también por medio de la jurisdicción constitucional. Es el Tribunal Constitucional el que, al actuar como árbitro entre la interpretación constitucional del Estado y la de las Comunidades Autónomas, va definiendo y redefiniendo los perfiles del Estado autonómico. A estos efectos, no puede desconocerse el carácter dinámico que adquiere esa definición, por cuanto no puede ser ajena al carácter de las pretensiones esgrimidas por las partes ⁷⁶³.

Algunas conclusiones pueden extraerse ya de las consideraciones anteriores:

1-Para empezar habría que señalar que las tensiones básicas en el sistema constitucional español se han ido centrando, progresivamente, en la distribución territorial del poder. Esta localización no implica que haya ausencia de tensiones en otros espacios, sino más bien que la incidencia constitucional de la conflictividad de esos otros espacios ha tendido a estabilizarse o incluso a disminuir mientras que la producida por la distribución territorial aumenta. Ese desplazamiento encuentra su explicación en el hecho de que es justamente en la distribución territorial donde se sitúan los conflictos políticos (conflictos de poder) con más incidencia constitucional. No se trata ya de que no existan tensiones en el interior del sistema político estatal y en la definición de las instituciones constitucionales que lo regulan sino de que esas tensiones generan menor conflictividad constitucional y cuando lo hacen, ésta suele quedar pacificada de manera estable a través de las decisiones del Tribunal Constitucional. Por el contrario, los conflictos relacionados con la distribución territorial del poder suelen incidir directamente en el nivel constitucional y son más dinámicos, quedando abiertos, en muchas ocasiones, para una eventual reconsideración por la jurisdicción constitucional.

2-Una segunda conclusión que cabe adelantar es de carácter metodológico. Se trata de la incidencia que la existencia misma del nivel europeo y el autonómico tienen sobre el análisis del derecho constitucional. Esos niveles no pueden desconocerse ya en el estudio del derecho constitucional. Tanto el proceso de integración europea como la configuración del Estado autonómico obligan a valorar las instituciones constitucionales teniendo en cuenta esas variables con un nuevo planteamiento metodológico. La interacción entre el nivel europeo, el estatal y el autonómico está llamada a ser cada vez más intensa y, por ello, tendrá que ser tenida en cuenta cada vez más en el análisis singularizado de esos niveles.

⁷⁶² Cfr. por todos, J. Tomas Villarroya, *Proceso autonómico y observancia de la Constitución*, REDC n. 15, 1985, pp. 25 ss.

⁷⁶³ Un ejemplo de hasta que punto pueden incidir las pretensiones de los agentes políticos en el plano constitucional lo tenemos en la jurisprudencia relativa a la relación entre Poder Judicial y CCAA. De hecho, pese a la contundencia del principio de interpretación constitucional de los Estatutos de Autonomía, proclamado por el Tribunal Constitucional, hemos tenido ejemplos de lo que podríamos calificar como una “interpretación estatutaria de la Constitución”, en la que se ha dado mayor relevancia a las prescripciones estatutarias que a la literalidad del texto constitucional Cfr. F. Balaguer Callejón, *Poder Judicial y Comunidades Autónomas*, *Revista de Derecho Político*, n. 47, Madrid, 2000, p. 58.

Dentro de esta vertiente metodológica habría que integrar también la incidencia del factor tiempo sobre las cuestiones constitucionales. Es difícil utilizar reglas de medida estándar del tiempo en el derecho constitucional. Las lentas etapas por las que han pasado determinadas instituciones en algunos sistemas constitucionales y que han servido para su desarrollo y consolidación, no tienen que ser agotadas por otros, que pueden usar esa experiencia previa para avanzar más allá. Es de aplicación aquí el paradigma del desarrollo gradual de los textos constitucionales de P. Häberle ⁷⁶⁴. Al mismo tiempo, el nivel de aceleración de los sistemas constitucionales puede ser muy diverso y eso hace que reformas materiales (mutaciones, si se quiere) puedan tener justificación en periodos de tiempo relativamente cortos. Este tipo de situaciones se han dado con frecuencia en el proceso de desarrollo del Estado autonómico y también para las “constituciones” de las Comunidades Autónomas, para los Estatutos de autonomía, donde el nivel extraestatutario de desarrollo institucional ha sido muy amplio, a veces ante la falta de previsión estatutaria, a veces provocando mutaciones en el Estatuto. En todo caso, es necesario tener en cuenta el carácter dinámico de la interacción entre los ordenes europeo, estatal y autonómico, que se incrementa en la medida en que ni en el europeo se ha culminado todavía el proceso de plena constitucionalización ⁷⁶⁵ ni en el autonómico se han culminado las reformas constitucionales exigidas por la consolidación del Estado autonómico ⁷⁶⁶.

5. La tensión independentista en Cataluña y su incidencia sobre la cuestión del poder constituyente y de los límites a la reforma en España.

Las últimas reformas estatutarias han tenido como consecuencia no esperada el incremento de la tensión independentista en Cataluña, donde los sectores que quieren la creación de un Estado propio han conseguido cerca del 48% de los votos en las elecciones autonómicas del 27 de septiembre de 2015, planteadas por el Gobierno de la Generalitat como unas “elecciones plebiscitarias”. Un factor importante en esa evolución ha sido la STC 31/2010 que resultó claramente insatisfactoria para las pretensiones autonomistas (no independentistas entonces) de amplios sectores de la sociedad catalana, creando un sentimiento de agravio muy extendido. Ese sentimiento se vio potenciado posteriormente por la negativa del Gobierno de la Nación a una posible negociación en relación con el modelo de financiación autonómica y por el rechazo a cualquier diálogo en torno a la posibilidad de celebrar un referéndum en Cataluña.

⁷⁶⁴ Cfr. Peter Häberle, *Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates*, 1989, ahora en la recopilación del mismo autor *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates. Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer*, Duncker & Humblot, Berlín, 1992. Cfr. algunos ejemplos en *Die Grundrechte im Spiegel der Judikatur des BVerfGE. Darstellung und Kritik*, versión española de Francisco Balaguer Callejón, *Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Exposición y crítica*, publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n° 2, Granada, 1999, pp. 14, 22, 28-9.

⁷⁶⁵ No cabe duda de que estamos y estaremos durante muchos años, como indica el profesor Rubio LLorente, en una “situación constituyente” en el ámbito europeo. Cfr. F. Rubio LLorente, *El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa*. Estudio Preliminar a F. Rubio LLorente/M. Daranas Peláez, *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ariel, Barcelona, 1997, p. XXVI.

⁷⁶⁶ Cfr. al respecto, F. Balaguer Callejón, *La constitucionalización del Estado autonómico*, *Anuario de Derecho constitucional y Parlamentario*, n° 9, Murcia, 1997.

Estas tensiones plantean diversas cuestiones en relación con la cuestión del poder constituyente y de los límites al poder de reforma en España ⁷⁶⁷.

Por lo que se refiere a la legitimidad de la opción independentista en el contexto democrático habría que señalar que Constitución y democracia pluralista no son coextensas. Por el contrario, la democracia pluralista debe ser, necesariamente, más amplia que la Constitución, haciendo posible las alternativas que quieren reformar la Constitución e incluso la revisión total de la Constitución siempre que esas alternativas se plantean de manera democrática y pacífica. Por tanto, podemos decir que entre Constitución y democracia pluralista existe una inevitable asimetría que es inherente a la idea misma de democracia en cuanto a la posibilidad de alternativas contrarias a la Constitución siempre que no sean contrarias también a la idea misma de democracia.

Desde esa perspectiva nada hay que objetar a la defensa por parte de los sectores independentistas de sus posiciones siempre que respeten las reglas democráticas, como ha establecido el Tribunal Constitucional español ⁷⁶⁸. Es preciso indicar, sin embargo, que estos sectores no han planteado, pese a que podrían hacerlo y así lo ha sugerido el Tribunal Constitucional ⁷⁶⁹ una iniciativa de reforma constitucional destinada a hacer posible la independencia de Cataluña. Por el contrario, se han centrado desde el primer momento en la idea de una referéndum, basada en el llamado “derecho a decidir”. Comoquiera que el Gobierno de la Nación ha rechazado frontalmente cualquier negociación política y se ha limitado a recurrir a instrumentos jurisdiccionales para afrontar el problema, la tensión se ha ido incrementando dando lugar a planteamientos cada vez más radicales por parte de los sectores independentistas.

Si finalmente se impusieran las posiciones independentistas en Cataluña, parece evidente que eso supondría el fin de la Constitución Española de 1978. Es cierto que ha habido experiencias históricas de cambio del sujeto constituyente y del territorio del Estado, como en la reunificación alemana, manteniendo formalmente la misma Constitución (la Grundgesetz), lo que no deja de resultar discutible desde el punto de vista teórico. En todo caso, esos cambios se producirían en Cataluña a través de una reducción y no una ampliación de ambos elementos, el territorio y el sujeto constituyente. Por tanto, habría que entender, entonces, que una parte del poder constituyente original habría realizado un nuevo acto constituyente que modificaría la Constitución común, de tal manera que habría que iniciar un nuevo proceso constituyente en España con el nuevo sujeto constituyente que ahora no integraría a una parte del anterior.

No debemos olvidar, en todo caso, que la revisión total está sometida a procedimientos formales específicos en la propia Constitución. Son esos procedimientos los que garantizan la

⁷⁶⁷ Comparto, desde luego, la inquietud que la categoría misma de poder constituyente genera en el constitucionalista y lo que de problemático supone su aparición en el escenario político español actual. Cfr., a este respecto, el trabajo de Enrique Guillén López *L'approche espagnole sur le pouvoir constituant et ses derniers développements*, en prensa en Francia.

⁷⁶⁸ «El planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable». STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 4.

⁷⁶⁹ STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 4: «el deber de lealtad constitucional, que como este Tribunal ha señalado se traduce en un “deber de auxilio recíproco”, de “recíproco apoyo y mutua lealtad”, “concreción, a su vez el más amplio deber de fidelidad a la Constitución” (STC 247/2007, de 12 diciembre, FJ 4) por parte de los poderes públicos, requiere que si la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, que tiene reconocida por la Constitución iniciativa de reforma constitucional (artículos 87.2 y 166 CE), formulase una propuesta en tal sentido, el Parlamento español deberá entrar a considerarla».

continuidad de la democracia pluralista. La democracia, como hemos indicado, no es coextensa con la Constitución, sino que necesariamente debe ser más amplia para hacer posible la propia transformación de la Constitución y su apertura al cambio. Sin embargo, lo que diferencia la revisión total prevista en la Constitución de la mera intervención del poder constituyente y, por tanto, la ruptura formal y material de la Constitución consiste justamente en que el cumplimiento de las exigencias formales de la revisión total garantiza la continuidad de la democracia pluralista, que dio lugar a la Constitución y que abre, con la revisión total, un nuevo orden constitucional. Si algún sentido tiene la previsión de cláusulas de revisión total en la propia Constitución es justamente ese, permitir que el cambio de la Constitución se realice mediante procedimientos democráticos, garantizando la continuidad de la democracia pluralista.

Desde el punto de vista de España, puesto que no existen límites formales a la reforma y se admite la revisión total de la Constitución eso sería jurídicamente viable en cuanto tal revisión total, que daría lugar a una nueva Constitución, siempre que se siguieran los procedimientos establecidos en la propia Constitución. Por lo que se refiere a Cataluña, su viabilidad debería estar condicionada a la existencia de una mayoría clara: si los partidos independentistas consideraron en su momento que la reforma del Estatuto de Autonomía exigía dos tercios del Parlamento de Cataluña ⁷⁷⁰ parece razonable que se exija una mayoría similar para iniciar un proceso que es de mucha mayor entidad que la mera reforma estatutaria. Si, por el contrario se impone por los sectores independentistas, todavía minoritarios, una declaración unilateral de independencia, estaríamos ante un acto de ruptura constitucional que no podría ampararse en el sistema constitucional ni podría considerarse democrático.

En la actualidad, los partidos independentistas, pese a tener una mayoría escasa en el Parlamento catalán, no han obtenido ni siquiera el 50% de los votos en las elecciones autonómicas. Comoquiera que habían convocado unas elecciones plebiscitarias, queda claro que aunque ganaron las elecciones, perdieron el plebiscito, al obtener tan sólo un 48% aproximadamente, de los votos. Sin embargo, esos partidos no han aceptado el resultado democrático desfavorable del plebiscito que ellos mismos convocaron. Por tanto, los pasos que están dando desde el Parlamento para impulsar la independencia son profundamente antidemocráticos desde la perspectiva de la sociedad catalana. Una minoría pretende imponer a la mayoría de la sociedad una opción constituyente de la envergadura de la construcción de un Estado propio e incluso pretende elaborar una Constitución que sirva para el conjunto de la ciudadanía catalana. Si tenemos en cuenta el contexto europeo en el que los independentistas catalanes se mueven, parece claro que estas pretensiones son contrarias también al Derecho europeo, evidenciando una involución democrática del sistema político catalán. El ejercicio de poder constituyente interno en Cataluña por una minoría de la población sobre la mayoría no puede aceptarse acríticamente. La involución democrática que está generando el Parlamento catalán supone la negación del patrimonio constitucional europeo en sus elementos esenciales: la democracia pluralista, la garantía de los derechos de las minorías (en este caso, de la mayoría en realidad) y el respeto a las reglas del Estado de Derecho.

⁷⁷⁰ Así lo establecen los artículos 222 y 223 del actual Estatuto de Autonomía de Cataluña: «La aprobación de la reforma requiere el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros del Parlamento».

Resumen

El trabajo comienza encuadrando la cuestión del poder constituyente y de los límites a la revisión constitucional en España en el contexto de la pluralidad de espacios constitucionales propia de un Estado políticamente descentralizado e integrado en la Unión Europea. Aunque la Constitución Española de 1978 no contiene límites materiales a la revisión constitucional a través de disposiciones intangibles (cláusulas pétreas o cláusulas de eternidad), lo cierto es que existen limitaciones no sólo a la reforma constitucional sino también al propio poder constituyente derivadas especialmente del proceso de integración en Europa (sin perjuicio de que esas limitaciones puedan dejar de existir en el caso de retirada voluntaria de la Unión Europea ex art. 50 TUE).

La Constitución normativa producirá la ruptura de la unidad del poder estatal tal y como se había definido por el constitucionalismo a través de la idea de soberanía popular. Tanto el componente subjetivo como el objetivo de la soberanía del pueblo se ponen en cuestión con la democracia pluralista y con la normatividad de la Constitución. El componente subjetivo, la idea de un pueblo como colectivo homogéneo con identidad de intereses y valores es incompatible con la idea de democracia pluralista. El componente objetivo, la idea de un poder político ilimitado es incompatible con la normatividad de la Constitución. En el Estado nacional, por tanto, la Constitución normativa conducirá a limitar la idea de soberanía popular de manera exclusiva al momento estricto de ejercicio del poder constituyente, en el que los diversos sectores sociales acuerdan un marco de convivencia para todos.

En el Estado nacional integrado en Europa también esa vertiente de la soberanía popular decae, de manera que no puede hablarse ya ni siquiera de ejercicio de la soberanía como unidad de poder estatal a través del poder constituyente. En efecto, la integración supranacional genera una fragmentación del poder constituyente en los diversos espacios constitucionales en los que se podrá ejercer en función de las competencias que le corresponden a cada uno de ellos. Pero ese poder ya no será ilimitado sino que estará sometido a las condiciones que se deriven del proceso de integración supranacional.

En el contexto del proceso de integración europea, se produce una fragmentación de las cuestiones constitucionales y, por tanto, esas cuestiones no están ya solamente en las constituciones nacionales. Esto supone que la reforma constitucional no puede ser analizada exclusivamente desde un punto de vista nacional. La fragmentación de las cuestiones constitucionales es también la fragmentación del poder constituyente, lo que significa la fragmentación de la soberanía de los Estados e implica límites específicos a la reforma constitucional.

Así pues, no existiendo límites internos a la reforma constitucional en España sí existen límites externos derivados de la pertenencia a la Unión Europea, al igual que en los demás Estados miembros. Al mismo tiempo, existe un poder de reforma ejercido desde las instancias europeas que se refleja en el orden constitucional interno.

Por último, este trabajo hace referencia también a los límites políticos a la reforma que se pueden derivar de la existencia del Estado Autonómico en cuanto condicionante fáctico de las reformas constitucionales así como a la cuestión más actual de las tensiones independentistas en Cataluña desde la perspectiva de la reforma constitucional y del poder constituyente.

Abstract

This paper begins by framing the issue of constituent power and the limits to the constitutional revision in Spain in the context of the plurality of constitutional spaces in a State decentralized and integrated into the European Union. Although the Spanish Constitution of 1978 contains no material limits to constitutional amendments through eternity clauses, the fact is that there are limitations, not only for constitutional reform but also for the constituent power, derived from the European integration process (notwithstanding that such limitations may cease to exist in the case of voluntary withdrawal from the European Union under article 50 TEU).

The normative Constitution produces the rupture of popular sovereignty as unity of power of the state. Both the subjective and objective components of popular sovereignty are put into question through the idea of a pluralist democracy and a normative Constitution. The subjective component, the idea of a people as a homogeneous group with identity of interests and values is incompatible with pluralistic democracy. The objective component, the idea of unlimited political power, is incompatible with normativity of Constitution. In the nation-state, therefore, the normative Constitution leads to limit the idea of popular sovereignty exclusively to the exercise of the constituent power.

In the State integrated into the European Union even this aspect of popular sovereignty weakens, so you cannot even speak of sovereignty as unity of power exercised through the constituent power. In effect, the supranational integration generates a fragmentation of the *pouvoir constituant* in the various constitutional spaces that is exercisable only in accordance with the competencies that correspond to each of them. A constituent power that is not unlimited, subject as it is to the conditions resulting from the process of supranational integration.

In the context of the European integration process, a fragmentation of constitutional matters occurs and therefore, these matters not only lay in national constitutions. This means that constitutional reform cannot be analysed solely from a national viewpoint. The fragmentation of constitutional matters is also the fragmentation of constituent power and implies specific limits on reform.

In conclusion, Spain has no internal limits to constitutional reforms but as in the other Member States there are external limits derived to the European integration process. At the same time, there is an amendment power exercised for the European institutions that reflects in the internal constitutional order.

Finally, this work also refers to the political limits that can be derived from the existence of the Autonomous State as factual constraint of constitutional reforms as well as the latest developments of the independence tensions in Catalonia from the perspective of constitutional reform and constituent power.

Palabras Clave: Soberanía, reforma constitucional, poder constituyente, límites a la reforma constitucional, integración europea, Estado Autonómico.

Keywords: Sovereignty, constitutional reform, constituent power, eternity clauses, European integration, Autonomous State.

LA “FAGLIA” DELLA BREXIT

di Giulia Caravale

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il referendum. - 3. La campagna referendaria e le polemiche sulla sua conduzione. - 4. Il processo di *exit*. - 5. Il coinvolgimento delle amministrazioni devolute nel processo di uscita dall’Unione Europea. - 6. Conclusioni.

1. Introduzione

La vittoria del *Leave* con la maggioranza del 51,89% al referendum sulla *Brexit*

del 23 giugno rappresenta un evento storico di cui è difficile definire al momento attuale le conseguenze a lungo termine sia sul processo che il Regno Unito dovrà intraprendere per uscire effettivamente dall’Europa, sia in merito al nuovo rapporto che si verrà a delineare tra il Paese e l’Unione. Si conoscono, invece, gli effetti immediati del voto, ad iniziare dalle dimissioni del premier Cameron e dalla sua sostituzione alla guida del partito e del governo conservatore con Theresa May, fino a quel momento ministro degli interni. Il risultato referendario, come noto, ha avuto ripercussioni anche nel partito laburista, dove Jeremy Corbyn è stato sfiduciato dalla maggioranza dei suoi deputati e si è aperta la sfida per la leadership, il cui risultato sarà noto il 24 settembre.

I dati che emergono dall’analisi del voto di giugno mostrano un’affluenza del 72,21%, superiore rispetto alle elezioni politiche del 2015 (66,4%), e profonde divisioni nel Paese di tipo sia territoriale, sia generazionale, sia culturale. Il referendum non ha mostrato solo una frattura tra coloro che sono favorevoli o contrari all’Europa, ma anche tra ricchi e poveri, Londra e il resto dell’Inghilterra, Scozia e Irlanda del Nord da

Professore associato di diritto costituzionale italiano e comparato – Dipartimento di Scienze politiche, Università di Roma “Sapienza”

un canto e Inghilterra e Galles dall'altro, nonni e nipoti, *élites* e classi popolari. Tali divisioni, peraltro, sembrano ritrovarsi anche all'interno dei partiti politici¹.

2. Il referendum

L'idea di un referendum sull'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea non è una novità: come noto esso era stato promesso da Cameron dietro insistenza degli euroscettici del suo partito nello *Speech* all'agenzia di stampa Bloomberg nel gennaio 2013, quando il premier si era impegnato, in caso di vittoria alle elezioni del 2015, a rinegoziare e ridefinire il rapporto del Regno Unito con l'Europa e a tenere entro il 2017 un referendum sulla permanenza nell'Unione. Probabilmente all'epoca Cameron non aveva alcuna certezza sul risultato elettorale del 2015 e riteneva plausibile l'ipotesi di proseguire la coalizione con i liberal democratici, i quali avrebbero continuato ad impedire l'indizione del referendum. L'impegno referendario era stato poi ribadito nella campagna elettorale per il rinnovo della Camera dei Comuni del 2015, anche al fine di sottrarre voti all'UKIP, il quale, alle elezioni europee del 2014, era risultato il primo partito.

Bisogna ricordare che, sin dalla sua elezione a leader del partito nel 2005, Cameron aveva subito forti pressioni da parte dell'ala euroscettica dei conservatori, al punto che il suo successo si era sostanzialmente basato sul sostegno di quest'ultima verso cui Cameron si era impegnato a fare uscire i *tories* dal PPE. Peraltro - sia come leader dell'opposizione, sia nei cinque anni di governo di coalizione - Cameron, anche al fine di cavalcare l'onda euroscettica dell'opinione pubblica e della stampa britannica, aveva espresso più volte il suo disaccordo nei confronti della politica europea e di fastidio nei confronti dell'ingerenza dell'Unione negli affari interni. Rientra, poi, nel quadro del

¹B. Caravita, *Brexit: keep calm and apply the European Constitution*, in *Federalismi.it*, 13/2016; C. Curti Gialdino, *Oltre la Brexit: brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimo dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 13/2016; E. Palici di Suni, *I britannici hanno detto sì alla Brexit: uno choc per l'Europa?*, in DPCE online 2016, 2; F. Savastano, *Brexit. Un'analisi del voto*, in

Federalismi.it, 13/2016.

diffuso sentimento di euroscetticismo anche il progetto di modifica dello *Human Rights Act 1998* e della sua sostituzione con un *British Bill of Rights*².

Dopo la vittoria alle elezioni della Camera dei Comuni del maggio 2015 Cameron si è mosso lungo due direttrici: da un canto ha presentato ai Comuni l'*European Union Referendum Bill* per disciplinare le regole relative al referendum, la campagna referendaria e il quesito referendario, dall'altro ha intrapreso una serie di colloqui bilaterali con gli altri capi di governo europei per trovare un accordo su un nuovo *status* del Regno Unito in Europa. In relazione al primo aspetto si ricorda che la legge approvata nel dicembre 2015, seguendo le indicazioni dell'*Electoral Commission*, ha definito in questi termini il testo del quesito referendario: "Should the United Kingdom remain a member of the European Union or leave the European Union?". Così i cittadini hanno dovuto decidere tra: "Remain a member of the European Union" oppure "Leave the European Union". La legge non ha fissato il *quorum* per la validità del voto, né una soglia minima di voti favorevoli, non ha richiesto il raggiungimento di una "doppia maggioranza", quella dell'intero Regno e delle quattro nazioni che lo compongono, come avrebbero voluto gli Scozzesi, né, tanto meno, ha introdotto la necessità di una doppia consultazione per rendere valido il referendum. La legge non ha nemmeno specificato se governo e parlamento fossero vincolati al rispetto del risultato referendario, né previsto modalità e tempistiche necessarie per la sua attuazione³. Tutte norme, queste, che avrebbero potuto (e – forse - dovuto) essere presenti nel testo legislativo, data la rilevanza costituzionale del tema trattato e che sarebbero risultate molto utili nell'attuale fase di transizione. Si è trattato quindi di un referendum meramente "advisory", formalmente privo di conseguenze giuridiche, ma di estrema rilevanza politica. Per quanto riguarda il secondo aspetto – quello del nuovo rapporto con l'Europa - Cameron, nel febbraio 2016, era riuscito ad ottenere dall'Unione gran parte di quanto

Per quanto riguarda, invece, il progetto di *British Bill of Rights* questo era presente nel manifesto del partito alle elezioni del 2015 e nel discorso della Regina del maggio 2016 è stato previsto di aprire una fase consultiva in materia. Theresa May già in passato si è espressa in modo favorevole alla modifica dello *Human Rights Act*.

I detrattori del premier hanno affermato che l'atteggiamento euroscettico mostrato in questi anni ha finito per renderlo poco credibile come principale sostenitore della campagna per il *Remain*.

R. Gordon, R. Moffatt, *Brexit: The Immediate Legal Consequences*, The Constitution Society, 2016, 13.

richiesto nella lettera inviata a Tusk nel novembre 2015⁴. La visione dell'Europa di Cameron e del ruolo del Regno Unito al suo interno era stata chiaramente illustrata dal premier fin dal 2013 e si muoveva sui famosi cinque punti enunciati a Bloomberg (competitività, flessibilità, maggior potere agli Stati membri, democratizzazione, equità)⁵

L'accordo raggiunto nel mese di febbraio⁶ ha riguardato la competitività, la *governance* economica, la sovranità, la libera circolazione ed i benefici sociali: esso prevedeva il mantenimento dello status particolare di cui il Regno Unito già godeva grazie ai quattro *opt out*, aggiungendo comunque altre condizioni. In materia economica, ad esempio, Cameron aveva ottenuto la conferma del mantenimento di un'Europa a più valute che non discriminasse le economie degli Stati non appartenenti all'eurozona. In materia di immigrazione interna all'Unione, poi, era stato riconosciuto al Regno Unito la possibilità di concedere il diritto di accesso ai servizi del *welfare* ai soli cittadini comunitari risiedenti nel Paese da almeno quattro anni. Per quanto riguarda il tema della sovranità, particolarmente cara ai *Brexiters*, il Paese era stato svincolato dall'impegno, stabilito nei Trattati, di collaborare ad una "ever closer union" ed il premier era riuscito ad ottenere, ancorché in modo parziale, che venisse aumentato il ruolo dei parlamenti nazionali nei processi decisionali europei⁷.

⁴ Sul punto sia consentito rinviare a G. Caravale, *"With them" o "of them": il dilemma di David Cameron*, in *Federalismi.it*, 23/2015.

⁵ C. Martinelli, *Il referendum brexit come «asso nella manica» di Cameron nel negoziato con l'Unione europea*, in *Quaderni costituzionali* 1/2016, 11.

⁶ L'accordo raggiunto il 19 febbraio dal Consiglio europeo si componeva di sette documenti: una Decisione e una Dichiarazione dei Capi di Stato e di governo e cinque Dichiarazioni. Dottrina e commentatori politici avevano anche discusso in merito alla natura di tali atti, chiedendosi in particolare se essi fossero vincolanti al pari di un trattato internazionale, ritenendo che la Decisione dei Capi di Stato e di governo era vincolante per il diritto internazionale, essenzialmente perché le parti la consideravano tale. Pertanto essa avrebbe vincolato i governi degli Stati membri, ma non le istituzioni europee.

⁷ La richiesta di Cameron si basava anche su quanto proposto nel 2014 dal rapporto pubblicato dalla Camera dei Lords sul ruolo dei parlamenti nazionali (European Union Committee, *The Role of National Parliaments in the European Union*, 9th Report, Session 2013–14, HL Paper 151). Rispetto a quest'ultimo Cameron aveva anche proposto l'introduzione di una procedura *red card*, che attribuisse ai parlamenti un potere di veto sulle proposte legislative europee al fine di garantire loro il ruolo di

"guardiani" della democrazia. Era stata ipotizzata una nuova procedura che avrebbe concesso 12 settimane di tempo alle singole assemblee per formulare un parere motivato (*reasoned opinion*) nell'ipotesi in cui si fosse ritenuto che il progetto violasse il principio di sussidiarietà. Se tale *reasoned opinion* avesse avuto il sostegno di più del 55% dei voti assegnati ai parlamenti nazionali (vale a dire 16 Paesi), si sarebbe svolta una "comprehensive discussion on these opinions" nell'ambito del Consiglio. Tale richiesta era stata accolta solo parzialmente dall'accordo di febbraio che non aveva voluto attribuire ai parlamenti un potere di veto, ma solo uno strumento più efficace rispetto all'attuale cartellino giallo.

3. La campagna referendaria e le polemiche sulla sua conduzione

L'accordo raggiunto nel mese di febbraio⁸ ha costituito la base della campagna governativa a favore del *Remain*. Esso rappresentava per il Regno Unito una buona soluzione per rimanere all'interno dell'Unione, con uno *status* particolare. Tuttavia nel corso della campagna referendaria il contenuto di tale accordo non è stato oggetto di adeguata considerazione nemmeno da parte dei sostenitori del *Remain*: entrambi gli schieramenti hanno, infatti, finito per affidarsi a slogan ad effetto, a scenari apocalittici che si sarebbero aperti in caso di vittoria degli avversari, o a presentare previsioni economiche fondate su dati non sempre affidabili, senza illustrare e discutere nel merito il significato del *new settlement* del Regno Unito in Europa⁹.

Nel mese di aprile l'*Electoral Commission* aveva definito i due gruppi ufficiali che potevano partecipare alla campagna referendaria, rispettando il tetto massimo di 7 milioni di sterline previsto per le spese di propaganda: *Vote leave, take control* a favore dell'uscita e al *take control* della sovranità nazionale e *Britain stronger in Europe*, per la permanenza nell'Unione.

Uno degli aspetti più emblematici della campagna referendaria è costituito senza dubbio dal carattere trasversale dei due schieramenti, caratteristica che ha avuto la conseguenza di evidenziare e di esasperare le fratture interne sia al partito conservatore che a quello laburista e di dar vita a forme di collaborazione normalmente impensabili tra gli esponenti dei diversi partiti. Al termine dei dibattiti svoltisi durante la campagna i commentatori politici hanno messo in evidenza più gli scontri tra gli esponenti dello stesso partito che quelli tra *Leavers* e *Remainers*.

Si deve ricordare, comunque, che né i laburisti né i conservatori al loro interno hanno mai avuto una visione omogenea sull'Europa: come noto la legge del 1972, proposta dal governo conservatore Heath, era stata approvata con il voto favorevole di

⁸C. Curti Gialdino, *Oltre la Brexit...*, cit.

⁹ Molto incisivo, invece, il dibattito dottrinario. Tra i principali contributi si ricordano i lavori contenuti nel numero monografico di *European Public Law* del 2016 che raccoglie le conclusioni dell'incontro tenutosi nel giugno 2014 dietro iniziativa dell'*Institut of European Law* (IEL) e del *Public Law and Human Rights Research Cluster* dell'Università di Birmingham; la pubblicazione curata da P.J. Birkinshaw, A. Biondi (eds), *Britain Alone! The Implications and Consequences of United Kingdom Exit from the Eu*, Wolters Kluwer The Netherlands, 2016; gli interventi pubblicati sui principali blog costituzionali britannici.

69 deputati laburisti che non avevano seguito le indicazioni del partito di opporsi al progetto. In occasione, poi, del referendum del 1975, il primo ministro laburista Wilson aveva sospeso sul punto il principio della responsabilità collegiale del governo, proprio per far esprimere liberamente i ministri: questo *agreement to differ* aveva all'epoca evitato la crisi del governo, diviso sul tema europeo¹⁰.

Risulta allora inevitabile che le tensioni della campagna referendaria combattuta anche all'interno dei partiti siano esplose dopo il voto sia tra i conservatori che tra i laburisti. Per quanto riguarda i primi, Cameron, nel mese di gennaio, aveva indirizzato una lettera ai componenti dell'esecutivo per sospendere il principio della responsabilità ministeriale sul referendum. In quell'occasione egli aveva dichiarato che i ministri avrebbero potuto mantenere "a different personal position" rispetto a quella ufficiale del governo schierato sul *Remain*, pur continuando a far parte dello stesso. Tuttavia - come specificato nella lettera - il principio della responsabilità ministeriale era stato sospeso solo sul punto dato che "All other EU or EU-related business, including negotiations in or with all EU institutions and other member states, and debates and votes in Parliament here on EU business, will continue to be subject to the normal rules of collective responsibility and party discipline." All'interno dell'esecutivo 17 ministri si sono schierati con il *Remain*, mentre 5 con il *Leave*¹¹.

La lettera di Cameron non ha evitato il sorgere di profonde tensioni nella convivenza tra le due anime del governo come, ad esempio, quando – in ossequio all'*European Union Referendum Act 2015* – l'esecutivo ha pubblicato alcuni rapporti contenenti informazioni sul significato della *membership* dell'Unione europea (*The best of both worlds: the United Kingdom's special status in a reformed European Union*, *Alternatives to membership: possible models for the United Kingdom outside the European Union*, *Rights and obligations of European Union membership*, *The process for withdrawing from the European Union* e *HM Treasury analysis: the long-*

J. O. Frosini, G. Tagiuri, *Il referendum del 1975: quando i britannici decisero di rimanere nella Comunità economica europea*, in A. Torre, J. Frosini (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Maggioli, Bari, 2012, 155; M. Purvis, *Debate on 31 January: Prime Minister's Speech on Europe*, House of Lords Library Note, 24 January 2013, LLN 2013/002; N.J. Crowson,

The Conservative Party and European Integration since 1945. At the Heart of Europe?, Routledge, 2007, 37.

Tra i ministri schierati per il *Leave* si ricorda Iain Duncan Smith, Ministro per il Lavoro e le pensioni, il quale nel mese di marzo si è dimesso dell'esecutivo, ufficialmente perché contrario ai tagli alle spese sociali per i disabili previsti nel bilancio presentato dal Cancelliere dello Scacchiere Osborne, ma, secondo molti, per arrecare un danno a Cameron in vista del referendum.

term economic impact of EU membership and the alternatives), rapporti giudicati troppo di parte dai ministri euroscettici. In più di una occasione Michel Gove e Boris Johnson, conservatori esponenti di punta del *Leave*, hanno mosso pesanti accuse al premier, tra cui quella che, in caso di vittoria del *Remain*, non sarebbe riuscito a mantenere l'impegno preso con gli elettori di ridurre i migranti. Diverse critiche sono state mosse anche ai due rapporti presentati dal Ministero del Tesoro sugli effetti dell'uscita dall'Unione, i quali avevano previsto una recessione economica e una riduzione delle prospettive di crescita in caso di vittoria del *Leave*.

Come dicevo, anche il partito laburista è entrato in crisi a seguito del referendum e non solo a motivo delle divisioni sul tema o della scarsa incisività della campagna condotta dal leader, ma anche perché la consultazione ha rappresentato un'occasione per evidenziare ulteriormente il distacco tra i deputati del gruppo e Jeremy Corbyn, eletto poco meno di un anno fa proprio grazie al nuovo meccanismo che ha ridotto il peso dei parlamentari nella scelta del leader. Mentre in occasione del referendum del 1975 i laburisti erano per lo più schierati a favore dell'uscita dalla Cee, e all'epoca Corbyn era stato molto critico nei confronti del modello capitalistico che l'Europa incarnava, questa volta la maggior parte del partito si è espressa a favore del *Remain*, anche se con alcune importanti eccezioni¹².

La crisi e le fratture interne ai due principali partiti sembrano aver avuto anche l'effetto di scalfire ulteriormente il tradizionale funzionamento del modello Westminster, già minato negli ultimi anni da molteplici fattori, tra cui l'allontanamento dal *two party system*. Ne consegue che - dopo il voto - il meccanismo del raccordo governo - parlamento, su cui si fonda il funzionamento della forma di governo britannica, sembra essersi inceppato.

L'exasperazione dei toni della campagna referendaria, culminati nel tragico omicidio della parlamentare laburista Jo Cox, è - secondo alcuni - da attribuire alla natura tipica del referendum, considerato uno strumento che non permette mediazioni e "creates a conflict-maximising mechanism that makes it impossible to arrive at decisions in a consensual, rational manner. A referendum forces politicians to present complicated

issues in simplistic black and white terms, which obviously rewards populist politics and demagoguery. A referendum is a zero-sum game of winner takes all, no matter how tiny the count is between the winners and losers”¹³.

Profonde critiche nei confronti della conduzione della campagna referendaria sono state mosse in primo luogo dal *Treasury Select Committee* dei Comuni nel rapporto *The economic and financial costs and benefits of the UK's EU membership*, pubblicato il 26 maggio, il quale ha osservato che entrambi gli schieramenti avevano fornito dati non corretti; in secondo luogo dal *Constitution Unit* che ha sollecitato la sottoscrizione di una lettera da parte di 250 accademici attraverso la quale stigmatizzare la bassa qualità del dibattito. In particolare era stato evidenziato come lo schieramento del *Leave* avesse fatto promesse (ad esempio sulla spesa pubblica) come se fosse stata in campagna elettorale, promesse che non sarebbe stato in grado di mantenere. Infine, dall'*Electoral Reform Society* la quale, il 1 settembre, ha pubblicato un rapporto in cui ha criticato la campagna referendaria per essere stata caratterizzata da “glaring democratic deficiencies”¹⁴. La bassa qualità del dibattito e la disinformazione a cui ha contribuito parte della stampa hanno inevitabilmente condizionato il voto¹⁵. In tema di media deve essere ricordato l'intervento dell'*Independent Press Standards Organisation* (IPSO), l'organismo che deve monitorare la correttezza delle notizie pubblicate, il quale ha emanato sei *complaints* nei confronti di articoli di giornale in materia di referendum perché contenenti informazioni non corrette¹⁶.

¹² Deve essere evidenziato, invece, l'impegno profuso nella campagna dagli *ex premiers* Tony Blair e Gordon Brown il quale ultimo tanto si era speso anche nella campagna referendaria scozzese.

¹³J. Zielonka, *Brexit referendum folly*, opendemocracy.net

W. Brett, *It's Good To Talk. Doing referendums differently after the EU vote*, Electoral Reform Society, 2016.

Z. Goss, A. Renwick, *Fact-Checking and The Eu Referendum*, constitution-unit.com, 23 aug 2016

Uno dei *complaints* è stato indirizzato al *Sun* per l'articolo pubblicato il 9 marzo nel quale aveva dichiarato che the “Queen backs Brexit”

4. Il processo di *exit*

Come dicevo, la prima conseguenza immediata del referendum è stata la sostituzione di David Cameron con Theresa May. Una sostituzione che è avvenuta in tempi più rapidi di quanto preventivato in un primo momento. Secondo le regole dei conservatori, infatti, in caso di vacanza della leadership i deputati selezionano attraverso successive votazioni i due candidati tra cui gli iscritti al partito scelgono poi il leader. Il risultato di tale ballottaggio sarebbe stato comunicato all'inizio di settembre. Ma il ricorso al voto non è stato più necessario, perché l'11 luglio Andrea Leadsom, l'altra candidata alla leadership, ha deciso di ritirarsi dalla sfida e così la May è stata automaticamente nominata. La May, schierata con il *Remain* anche se in modo tiepido, ha formato il suo governo mantenendo un equilibrio tra *Leavers* e *Remainers*. Alcuni commentatori avevano ipotizzato che il nuovo primo ministro avrebbe potuto chiedere lo scioglimento della Camera dei Comuni e un voto anticipato¹⁷. Un'ipotesi, tuttavia, che non è mai apparsa particolarmente percorribile, sia perché le precedenti sostituzioni di primi ministri nel corso della legislatura (da ultimo Thatcher/Major nel 1990 e Blair/Brown nel 2007) sono avvenute semplicemente attraverso il cambiamento alla guida del partito senza ricorrere a nuove elezioni, sia perché il *Fixed-Term Parliament Act 2011* rende più complesso, anche se non impossibile, per il premier ricorrere allo scioglimento anticipato.

Sarà quindi il governo May a traghettare il Regno Unito fuori dall'Europa. Un governo in cui ha trovato spazio Boris Johnson, nominato ministro degli esteri, e dove sono stati istituiti due nuovi ministeri per affrontare la *Brexit*: il *Department for Exiting the European Union*, guidato da David Davis e il *Department for International Trade* guidato da Liam Fox, entrambi sostenitori del *Leave*.

¹⁷ Lord Norton, *An Early General Election*, 27 June 2016, nortonview.wordpress.com.

La May ha chiarito fin da subito che “Brexit significa Brexit” e che “Non dovrà esserci alcun tentativo di rimanere all'interno dell'UE o di rientrarci”. Se l'obiettivo è

apparentemente chiaro, non lo sono però altrettanto né le procedure che il Regno Unito adotterà per dare avvio ai negoziati con l'Unione Europea, né le forme che assumeranno i futuri rapporti tra Regno Unito ed Europa.

Come noto, il recesso trova la sua disciplina nell'articolo 50 del Trattato di Lisbona, il quale specifica che le procedure da seguire dipendono dalle Costituzioni dei diversi Paesi. Lo Stato che desidera recedere dall'Unione deve notificare tale richiesta al Consiglio Europeo il quale, dopo aver discusso gli orientamenti generali, dà inizio ai negoziati. L'accordo di recesso tra lo Stato e l'Unione deve essere approvato dalla maggioranza qualificata del Consiglio europeo (in particolare il 72% dei membri del Consiglio, in rappresentanza del 65% della popolazione europea, dati calcolati sui 27 Stati rimanenti) e dal parlamento europeo. In ogni caso, anche senza il raggiungimento di un accordo entro due anni dalla notifica della richiesta, la *membership* britannica avrebbe comunque fine, a meno che non sia concessa all'unanimità una proroga: ipotesi, questa, che potrebbe allungare di anni le trattative¹⁸. Il Regno Unito non parteciperà alle votazioni del Consiglio in merito alle procedure relative al recesso o alla eventuale concessione di una proroga¹⁹.

Se l'articolo 50 afferma che ogni Stato membro può uscire dall'Unione “in accordance with its own constitutional requirements”²⁰, sono proprio tali “constitutional requirements” su cui non sembra esservi certezza assoluta nel Regno Unito. In assenza di Costituzione scritta o di precedenti in materia si è in questi mesi sviluppato un vivace dibattito che non si limita al rapporto tra Regno Unito e Europa, ma si è esteso ai principi fondamentali della Costituzione britannica. La maggior parte delle interpretazioni dottrinali e politiche ritengono che il potere di attivare l'art. 50 rientri nel potere estero e sia quindi da considerare una prerogativa regia, di fatto esercitata dal governo. Si tratta di una tema che si riallaccia quindi alla più ampia e complessa

¹⁸Secondo uno studio condotto da *Open Europe* la fase negoziale potrebbe durare dai 4 ai 7 anni (P. Swidlicki, *Would Brexit lead to “up a decade or more of uncertainty”?*, OpenEurope, 29 feb 2016).

¹⁹C. Curti Gialdino, *Oltre la Brexit...*, cit. 17.

²⁰Anche la Corte d'appello inglese, nel giudizio sul voto dei residenti all'estero, ha ribadito che la procedura dell'articolo 50 dipende dalle Costituzioni dei singoli stati (T. Hursit, *The Court of Appeal's judgment on expat voting rights demonstrates that the EU has no say in whether, and in what way, the UK leaves*, constitution-unit.com, 26 June 2016).

questione del rapporto tra prerogative regie e leggi e alla possibilità da parte del parlamento e delle corti di intervenire in merito all'esercizio delle prime²¹.

Anche se la materia rientra nel potere estero e, quindi, tra le competenze del governo, il mondo politico e la dottrina discutono sulla necessità o meno di coinvolgere il parlamento nell'attivazione della procedura

di recesso. Per quanto riguarda il primo, si deve ricordare che Cameron, subito dopo il risultato referendario, aveva affermato che il parlamento avrebbe dovuto trovare spazio in detta procedura, pur precisando che sarebbe stato compito del suo successore attivare l'articolo 50 e decidere le modalità attraverso cui coinvolgere l'assemblea. Sul punto la May e il suo governo sembrano avere le idee chiare: la procedura non partirà prima della fine del 2016 e l'esecutivo intende farlo senza il preventivo coinvolgimento delle Camere. Il voto del parlamento, la cui maggioranza sia ai Comuni che ai Lords è contraria all'uscita dall'Unione Europea, potrebbe essere, infatti, uno strumento per rinviare *sine die* il processo della *Brexit* o addirittura per condurre ad un secondo referendum o a nuove elezioni²².

Anche la dottrina ha dato diverse letture del tema: alcuni autori, condividendo l'interpretazione del governo, ritengono non necessario il coinvolgimento del parlamento perché si tratta di esercizio di una prerogativa regia; altri giudicano comunque opportuno far partecipare il parlamento fin dal momento dell'attivazione, dato che l'assemblea sarà

²¹ N. Barber, T. Hickman and J. King, *Pulling the Article 50 'Trigger': Parliament's Indispensable Role*, U.K. Const. L. Blog (27th Jun 2016). Come noto il concetto di *prerogative power* è legato al tradizionale ruolo del monarca nell'ordinamento e le prerogative sono i poteri, diritti e immunità che spettano al sovrano in base alla tradizione medievale, accolta dal *common law* e non abrogata dagli *statutes*. Si tratta di poteri ancora molto ampi esercitati di fatto da altri organi, in particolare dall'esecutivo. Tali poteri furono oggetto di studio da parte del governo Brown il quale, nel 2007, presentò alla Camera dei Comuni il *green paper The governance of Britain* che conteneva un pacchetto di riforme costituzionali, destinato a rendere il

“power more accountable” e a ridurre i poteri dell'esecutivo, anche attraverso la revisione dei *royal prerogative powers* di fatto esercitati dai ministri mediante una loro definizione in forma legislativa. Il Governo Brown fece approvare nel 2010 il *Constitutional Reform and Governance Act* che tuttavia si limitò a disciplinare in forma legislativa solo alcune delle numerose prerogative regie, in particolare quelle relative alla ratifica dei trattati internazionali. Peraltro, i *prerogative powers* non sono stati considerati giustiziabili, fino alla sentenza della *House of Lords Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*

(‘GCHQ’) del 1985, con la quale è stato stabilito, per la prima volta, che il loro esercizio è suscettibile di *judicial review*.

²² La Baroness Wheatcroft nel corso di un'intervista rilasciata al *Times* nel mese di luglio aveva sostenuto che i Lords avrebbero potuto rinviare la *Brexit* per il tempo necessario all'indizione di un secondo referendum. Si ricorda, inoltre, che per chiarire le procedure in caso di *Brexit* il governo, nel mese di febbraio 2016, aveva pubblicato il documento dal titolo *The process for withdrawing from the European Union*, mentre la Camera dei Lords i rapporti *Leaving the EU: Parliament's Role in the Process*, e House of Lords, European Union Committee, *The process of withdrawing from the European Union*, 11th Report of Session 2015–16HL Paper 138. Il 13 settembre, poi, il *Select Committee on the Constitution* della Camera dei Lords ha pubblicato il rapporto *The Invoking of Article 50*, 4th report of session 2016-17 nel quale ha sostenuto la necessità di un coinvolgimento del parlamento nella procedura di recesso.

chiamata in seguito a ratificare i nuovi trattati e ad abrogare molte leggi, ad iniziare dall'*European Communities Act 1972*. Altri, invece, considerano obbligatoria la preventiva

autorizzazione da parte delle Camere, perché il referendum aveva un carattere meramente “advisory” ed è compito quindi dell’assemblea dargli effetto attraverso un voto. Alcuni ricordano, poi, che la monarchia costituzionale inglese è fondata sul potere del parlamento e non su quello del governo e ritengono pertanto necessario il coinvolgimento del legislativo. Il fatto che il partito conservatore non abbia previsto nulla nel suo *manifesto* elettorale sul futuro dei rapporti con l’Unione Europea in caso di

Brexit, secondo alcuni dovrebbe comportare l’obbligo di altre elezioni o, addirittura, di un altro referendum prima della definizione del nuovo *status* del Regno. Un secondo referendum che, a detta di altri, troverebbe la sua legittimazione nello stesso disposto dell’*European Union Act 2011* per il quale ogni modifica degli esistenti trattati deve essere approvata tramite referendum²³.

Secondo David Allen sarebbero addirittura cinque le modalità corrette per l’attivazione dell’art. 50. A suo parere tale iniziativa potrebbe essere intrapresa: 1) da parte del solo premier, 2) da parte del premier e del suo consiglio di Gabinetto, 3) da parte del premier a seguito di una risoluzione del parlamento nel suo complesso, 4) da parte di un atto come un *order in council*, 5) da parte degli organi sopramenzionati con il coinvolgimento o meno delle amministrazioni devolute²⁴. Tra le tesi e le interpretazioni prospettate dalla dottrina appare maggiormente condivisibile quella di coloro che, pur riconoscendo la materia estera come prerogativa regia, ritengono necessario un coinvolgimento del parlamento fin dalle prime fasi del processo che condurrà alla *Brexit*. E ciò sia perché nel governo parlamentare deve essere il raccordo parlamento governo ad affrontare insieme la responsabilità di tale potere, sia perché il parlamento è coinvolto nella ratifica dei trattati, e quindi il suo voto sarà richiesto per la definizione dei nuovi rapporti con l’Unione, sia perché il parlamento sarà coinvolto nell’abrogazione dell’*European Communities Act 1972*²⁵. A favore di tale interpretazione deve essere ricordata anche la recente prassi in materia di esercizio delle prerogative regie, ad esempio nella gestione del *war power*, prassi che prevede la compartecipazione del parlamento.

²³Tra le opinioni espresse nel dibattito si ricordano: M. Gordon, *Brexit: The Constitutional Necessity of an Early General Election*, in *Uk Const.L. Blog* (6 Jul. 2016); A. Tucker, *Triggering Brexit: A Decision for the Government, but under Parliamentary Scrutiny*, in *U.K. Const. L. Blog* (29th Jun 2016) E. Smith, *What would happen if the government unlawfully Issued an Article 50 Notification without Parliamentary Approval?* In *Uk Const.L. Blog* (30th June 2016); S. Tierney, *Was the Brexit Referendum Democratic?*, in *Uk Const.L. Blog* (25th Jul. 2016); A.L. Young, *Brexit, Article 50 and the ‘joys’ of a flexible, evolving, un-codified constitution*, in *Uk Const.L. Blog* (1 July 2016). M. Elliott, *On Why, as a matter of law, triggering Article 50 does not require Parliament to legislate*, in *publiclawforeveryone.com*; K. Armstrong, *‘Push Me, Pull You: Who’s Hand on the Article 50 Trigger?’*, in *U.K. Const. L. Blog* (27th Jun 2016); F. C. Mayer, *‘Two Years Are Two Tears Are Two Years? When Does the Brexit Countdown Actually Begin?’*, in *U.K. Const. L. Blog* (27th Jun 2016), S. Douglas-Scott, *Brexit, the Referendum and the UK Parliament: Some Questions about Sovereignty*, in

Uk Const.L. Blog (28th Jun 2016), G. Gee, L. Rubini, M. Trybus, *Leaving the EU? The Legal Impact of ‘Brexit’ on the United Kingdom*, in *European Public Law* 2016, 51; G. G. Carboni, *A proposito della Brexit: gli effetti del referendum sul Regno Unito e l’Unione europea*, in *DPCE online* 2/2016, 12; S. Douglas-Scott, *What does ‘Brexit means Brexit’ mean (if anything)?*, *constitution-unit.com*,

16 aug 2016; K. Campbell, *Constitutional Discourse Post-referendum: Where Are We, and Where Are We Going Next?*, in *Uk Const.L. Blog* (1st Sept. 2016); G. Creelman, *The Relevance of Thoburn to the Article 50 “Trigger” Debate*, in *Uk Const.L. Blog* (6th Sept. 2016).

²⁴David Allen Green, *Article 50: Where Are We Now?* Jack of Kent Blog, 26 June 2016.

Si ricorda che l’opposizione dei Comuni all’autorizzazione dell’impiego delle forze armate nella guerra in Siria nell’agosto del 2013 ha bloccato l’intervento dell’esecutivo il quale ritenne opportuno rispettare il volere dell’assemblea.

Al di là degli aspetti meramente formali, il coinvolgimento delle Camere in una delle scelte di maggior impatto costituzionale che il Regno Unito è chiamato ad affrontare risponde anche a criteri di opportunità politica. Secondo N. Barber, T. Hickman e J. King, “Brexit is the most important decision that has faced the United

Kingdom in a generation and it has massive constitutional and economic ramifications.

In our constitution, Parliament gets to make this decision, not the Prime Minister”²⁶. Del medesimo avviso sono stati anche A. Blick e R. Gordon, i quali hanno criticato la volontà dell’esecutivo di voler utilizzare i *prerogative powers* per l’attivazione dell’art. 50. Essi hanno affermato che “The flexibility of the UK’s informal constitutional arrangements has often been viewed as a strength enabling it to adapt to constitutional change incrementally. Yet that flexibility can render these arrangements vulnerable to abuse as lacking mechanisms for identifying and giving effect to principled constitutional change”²⁷. Gli autori considerano un grave errore utilizzare i poteri di prerogativa per trattare una materia di estrema rilevanza costituzionale, un utilizzo che rischia di esporre

“our informal constitutional arrangements to the charge that they lack the necessary mechanisms for principled development. Not only that; increasingly such use has the potential to dislocate a relatively fragile set of consensual arrangements without any involvement by Parliament”²⁸.

Il problema della competenza in merito all’attivazione dell’articolo 50 non è l’unico da risolvere: altri devono essere affrontati. Ad esempio non appare chiaro se la procedura di recesso possa essere interrotta una volta avviata, oppure se, di fronte ad un’ipotetica inerzia britannica, sia possibile un intervento terzo. In merito a tale ipotesi M. Elliott ha sostenuto che l’Unione non potrebbe imporre l’attivazione dell’articolo 50 perché si tratta di materia riservata alle istituzioni nazionali²⁹; secondo i servizi giuridici di Bruxelles, invece, il rifiuto di attivazione potrebbe essere considerato come una violazione del principio dello Stato di diritto secondo il disposto dell’articolo 2 TUE e comportare la sospensione dei diritti dello Stato membro, *ex* articolo 7 TUE³⁰.

Ci si è interrogati, anche, sulle eventuali strade alternative per uscire dall’Unione rispetto a quella prevista dall’articolo 50: sul punto appare unanime l’idea che un percorso diverso sarebbe da considerare una violazione degli obblighi internazionali del Regno Unito. Infine, non sembra essere ancora chiaro se il Paese, per i futuri rapporti con l’Unione

Europea, cercherà di adottare il “modello Norvegia”, con la partecipazione all’area economica di libero scambio, o il “modello Svizzera”, con rapporti bilaterali con l’Unione, o il “modello Canada”, vale a dire quello di un mero accordo commerciale o, infine, un modello inedito. L’assenza nel governo di un chiaro progetto su questo punto è stata contestata dalle opposizioni durante il primo dibattito ai Comuni, svoltosi il 5 settembre, in cui il ministro David Davis ha affrontato l’argomento.

Nel momento in cui scrivo, quindi, appare ancora molto sensibile la distanza tra governo e parlamento sulla materia, una distanza non comune nel Regno Unito, dove il modello Westminster garantisce in genere il sostegno della maggioranza parlamentare all’operato dell’esecutivo. In questa situazione la difficoltà di arrivare a soluzioni politiche

sembra lasciare spazio anche ad un intervento di *judicial review*. A metà ottobre, infatti, la *High Court* si pronuncerà in merito ai diversi ricorsi sottoposti al suo giudizio da alcuni cittadini (primo tra tutti Santos v. Chancellor for the Duchy Lancaster, CO/3281/2016,

High Court of Justice, Queen’s Bench Division, Administrative Court – Jul 19, 2016) i quali affermano l’obbligo di coinvolgere il parlamento e le amministrazioni devolute nell’attivazione dell’art.

50. Tali ricorsi si fondano anche sul fatto che un uso scorretto delle prerogative regie può essere considerato irrazionale e quindi illegittimo.

²⁵S. Douglas-Scott, *Brexit, the Referendum ...*, cit.; N. Barber, T. Hickman, J. King, *Pulling ...*, cit.

²⁶N. Barber, T. Hickman, J. King, *Pulling ...*, cit.

²⁷A. Blick, R. Gordon, *Using the Prerogative for Major Constitutional Change: The United Kingdom Constitution and Article 50 of the Treaty on European Union*, The Constitution Society, 2016

Anche se gli avvocati dell’esecutivo appaiono fiduciosi della lettura dei poteri governativi da loro fornita e del fatto che il potere estero possa essere esercitato in via esclusiva dal governo, senza alcuna violazione dei diritti dei cittadini, anche se, nella storia inglese, sono estremamente rari i casi in cui i cittadini sono riusciti a bloccare una azione governativa attraverso un processo di *judicial review*, appare, comunque, particolarmente rilevante che nel Regno Unito una questione di “conflitto di competenza” tra parlamento e governo possa essere risolta dalle corti e non sul tradizionale piano della politica.

Una novità che mette in evidenza lacune nella Costituzione non scritta inglese e che potrebbe inaugurare un inedito funzionamento delle istituzioni. Appare condivisibile, allora, quanto affermato da S. Douglas-Scott, la quale si è chiesta: “Can the British constitution really be fit for purpose if there can be so little certainty over these matters?”³¹.

5. Il coinvolgimento delle amministrazioni devolute nel processo di uscita dall’Unione Europea

Il governo britannico, inoltre, dovrà affrontare il problema del coinvolgimento delle amministrazioni devolute nel processo che condurrà alla *Brexit*. Come dicevo, il referendum ha messo in luce una profonda spaccatura tra le diverse nazioni che compongono il Paese, spaccatura, secondo alcuni, potenzialmente in grado di condurre addirittura alla fine del Regno Unito: mentre, infatti, l’Inghilterra (con l’esclusione di Londra) e il Galles hanno votato a maggioranza per il *Leave*, la Scozia e l’Irlanda del Nord si sono chiaramente espresse per il *Remain*.

²⁸A. Blick, R. Gordon, *Using the Prerogative ...*, cit.

²⁹M. Elliott, *Can the Eu force the UK to trigger the two-year Brexit process?*, publiclawforeveryone.com

³⁰G. Carullo, *Il paradosso della Brexit: il Regno Unito è al contempo dentro e fuori l’Unione europea*, in *EuroJus.it*, 5/8/2016.

Da un punto di vista formale la materia estera è gestita in via esclusiva da Londra, ma anche in questo caso è senza dubbio politicamente opportuno, proprio al fine di evitare l’acuirsi delle fratture interne, la partecipazione dei governi devoluti al processo che condurrà alla *Brexit*. Theresa May e il suo governo, pur ribadendo che la questione sarà gestita dal governo centrale, hanno chiarito subito la loro intenzione di coinvolgere le amministrazioni devolute, tanto che la premier ha incontrato, subito dopo la sua nomina, i tre *First*

Ministers, mentre il ministro per la *Brexit* David Davis ha confermato che il governo cercherà di avere un “national consensus” sulla materia.

La posizione delle nazioni è diversa: per quanto riguarda la Scozia la Sturgeon ha dichiarato, fin dal suo insediamento nel 2014, che la *Brexit* avrebbe comportato un nuovo referendum per l'indipendenza, impegno inserito anche nel *manifesto* elettorale dello *Scottish National Party* redatto in occasione delle elezioni dell'assemblea di Holyrood del maggio

2016. Il *manifesto* annunciava l'intenzione di richiedere un nuovo referendum nel caso di “significant and material” cambiamenti, tra i quali era esplicitamente indicata l'uscita dall'Ue contro la volontà della maggioranza degli Scozzesi. Così non stupisce la dichiarazione della *First Minister*, all'indomani del voto referendario, secondo cui la Scozia non si riconosceva più nel Regno Unito in cui aveva deciso di rimanere nel 2014 e che non poteva essere costretta ad uscire dall'Europa. Attualmente sembra remota la concreta ipotesi di un secondo referendum sull'indipendenza, ventilata soprattutto sull'onda dell'emotività, anche perché la Sturgeon sa che potrà richiedere una nuova consultazione (sempre che il governo di Londra decida di concederla) solo se sicura di vincere con una forte maggioranza. In proposito, l'esempio del Québec appare emblematico: non si può rischiare di tenere due referendum nel giro di poco tempo sullo stesso argomento, dato che il doppio fallimento in Canada ha avuto la conseguenza di smorzare le istanze autonomistiche e di ridurre il peso politico del partito *québécois* a livello sia provinciale che federale.

31 S. Douglas-Scott, *What does 'Brexit ...*, cit.

Pertanto non sarebbe automatico per la Scozia indipendente rientrare in Europa, come era stato chiarito già al momento del referendum del 2014³².

In Irlanda del Nord lo Sinn Féin, dopo il referendum, ha chiesto una consultazione popolare per la riunificazione dell'Irlanda. La situazione nord irlandese risulta, comunque, sotto molti aspetti diversa da quella scozzese, dato che secondo molti osservatori l'uscita

dall'Unione potrebbe rischiare di mettere in serio pericolo il processo di pace e il precario equilibrio tra partiti unionisti e nazionalisti che ha caratterizzato le istituzioni nord irlandesi in questi anni. L'accordo del 1998 si fonda proprio sulla stretta collaborazione tra l'EIRE e il Regno Unito anche nella gestione delle frontiere³³. E proprio su tale questione, a fine agosto, alcuni deputati dell'assemblea nord irlandese hanno deciso di rivolgersi alle corti per un giudizio di *judicial review*.

La necessità di un coinvolgimento delle amministrazioni devolute appare dettata anche dal fatto che la *devolution* ha conosciuto in questi anni un'evoluzione basata sul principio del riconoscimento della specificità delle singole componenti territoriali, un principio che ha ispirato lo *Scotland Act 2016* e il disegno di legge sul Galles in questi mesi in discussione in parlamento. Tale evoluzione sembra indirizzata verso una nuova lettura della sovranità, nella sostanza non più monopolio esclusivo di Westminster, ma di fatto condivisa con le altre assemblee. Interessante appare in proposito l'opinione di J. Murkens secondo il quale: "The devolution arrangements have changed the UK's constitutional settlement. The old Westminster axis of power has become diffuse through power-sharing agreements with Edinburgh, Cardiff, and Belfast. People who voted Leave may 'want their country back', but their country has transformed over the last twenty years"³⁴. Negli ultimi mesi si è discusso anche in merito agli strumenti formali a cui la Scozia potrebbe ricorrere per opporsi all'abrogazione dell'*European Communities Act 1972*. Come noto, lo *Scotland Act 2016* ha portato il parlamento e il governo del Regno Unito a riconoscere come permanenti le istituzioni scozzesi (e un'analogia norma è contenuta anche nel disegno di legge attualmente in discussione per il Galles). Ne consegue che Westminster se ha conservato la sua sovranità, in quanto ha mantenuto l'autorità di abolire dette istituzioni, potrà esercitare tale potere solo dopo il voto referendario favorevole da parte del popolo scozzese.

La legge ha poi formalizzato la *legislative consent motion*, la convenzione nata a seguito dello *Scotland Act 1998* il quale aveva ribadito che il parlamento di Londra poteva continuare ad

approvare “laws for Scotland”. Tale convenzione prevede la votazione di una mozione preventiva da parte di Holyrood ogni volta che Westminster decida di approvare una legge nelle materie scozzesi. L’*Act* del 2016, alla *section 2*, ha formalizzato detta convenzione e limitato la possibilità del parlamento britannico di legiferare sulle *devolved matters* senza l’espreso consenso dell’assemblea di Holyrood.

La formalizzazione della *legislative consent motion* è stata oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina la quale si è chiesta se essa comportasse l’obbligo di coinvolgere il parlamento scozzese nell’abrogazione sia dell’*European Communities Act 1972* sia di tutte le ulteriori leggi necessarie per mantenere in vigore la normativa europea direttamente applicabile in Scozia. Infatti anche se la materia europea, al pari di quella dei diritti umani, è riservata a Londra, il coinvolgimento della Scozia potrebbe essere necessario per il fatto che, in virtù delle leggi istitutive delle assemblee devolute, gli atti dei parlamenti nazionali sono nulli se contrari alla normativa europea e allo *Human Rights Act*. Inoltre il parlamento di Westminster dovrebbe anche eliminare ogni riferimento alla Ue contenuto nelle leggi istitutive della *devolution*, per evitare che le assemblee nazionali continuino – pur essendo fuori dall’Europa – a rispettare l’obbligo di conformare la loro legislazione alla normativa europea, pena la nullità dei loro atti³⁵.

³²R. Hazell, *Will Brexit lead to the break up of the UK?* 24 June 2016.

³³J. Murkens, *Brexit: The Devolution Dimension*, in *U.K. Const. L. Blog* (28th Jun 2016); B. Walker, *Brexit and Northern Ireland: early indications are that post-Good Friday Agreement relationships will survive quite well* constitution-unit.com, 9 August 2016. Interessanti i rapporti pubblicati sulle conseguenze della *Brexit* sia dall’assemblea nord irlandese (A. Stennett, *The EU referendum and potential implications for Northern Ireland*, Northern Ireland Assembly. Research and Information Service Research Paper, 21 Jan 2016) sia dal *Northern Ireland Affairs Committee* dei Comuni (House of Commons, Northern Ireland Affairs Committee, *Northern Ireland and the EU referendum*, First Report of Session 2016–1, 26 may 2016).

³⁴J. Murkens, *Brexit: The Devolution Dimension*, in *U.K. Const. L. Blog* (28th Jun 2016)

³⁵S. Douglas-Scott, *Removing references to EU law from the devolution legislation would require the consent of the devolved assemblies*, in constitution-unit.com, 13 June 2016; S. Douglas-Scott, *Brexit, devolution and legislative consent: what if the devolution statutes were left unchanged after Brexit?* in constitution-unit.com, 15 June 2016.

Come dicevo, il problema è stato oggetto di ampia discussione nella dottrina e l’opinione più condivisa appare quella di M. Elliott. A suo giudizio la Scozia non ha alcun potere di bloccare la *Brexit*, dato che il parlamento di Westminster non ha ceduto la sua sovranità dopo la *devolution*. La legge del 2016 – a suo parere – non si applica alle modifiche dei poteri del parlamento scozzese, ma si limita a riconoscere l’esistenza di una convenzione politica da parte di Westminster, senza vincolare il parlamento

o modificare lo *status* di mera convenzione della *legislative consent motion*. “In reality, the relevant provision in the 2016 Act is a *law* that *recognises a convention*, but, in doing so, the Act does not, through some form of alchemy, *turn* the convention *into* a law. But as a matter of *law*, neither Scotland nor any of the UK’s other constituent nations can stop

Brexit from happening”³⁶. Peraltro anche in caso di applicazione della *legislative consent motion* Westminster potrebbe ignorare il voto contrario di Holyrood.

Non tutti, comunque, concordano con Elliott. Alcuni rilevano infatti che non debba essere sottovalutato il rischio di un potenziale ricorso da parte del governo scozzese alla Corte suprema in caso di un suo mancato coinvolgimento nella modifica della legge del 1972, ricorso che potrebbe aprire la strada ad una crisi costituzionale senza precedenti³⁷. Altri, poi, ritengono ormai accolto nel *common law* il principio per cui le leggi istitutive della *devolution* sono considerate come ‘constitutional statutes’ e che di conseguenza queste non possano essere oggetto di abrogazione implicita: qualsiasi modifica di tali atti allora dovrebbe avvenire necessariamente in modo esplicito attraverso una legge che preveda quindi anche il voto favorevole di Holyrood.

Questi ultimi rilievi appaiono particolarmente convincenti in quanto sottolineano la necessità di un coordinamento tra centro e periferia. Un coordinamento che dovrebbe essere l’obiettivo di una politica lungimirante del governo di Londra per conservare quegli equilibri interni alla “family of nations”³⁸ che – in seguito alla *Brexit* - non potranno più contare sulla funzione armonizzatrice tra i diversi livelli di governo svolta

³⁶ M. Elliott, *Brexit. Legally and constitutionally, what now?*, publiclawforeveryone.com; Id., *Can Scotland block Brexit?*, publiclawforeveryone.com. Sul tema delle convenzioni costituzionali J. Jaconelli, *The Nature of Constitutional Convention*, in

Legal Studies 2016; N. Aroney, *Law and Convention*, in B. Galligan, S. Brenton (eds.), *Constitutional Conventions in Westminster Systems. Controversies Changes and Challenges*, Cambridge University Press, 2015, cap. 2.

³⁷ M. Elliott, *Brexit. Legally and constitutionally...*, cit. ³⁸J. Murkens, *Brexit: The Devolution...*, cit.

dall’Europa, i cui settori di competenza coincidevano in gran parte con quelli devoluti. Con il pericolo, come è stato evidenziato da Patricia Hogwood, che “Brexit would spell the end of policy and legislative coherence in the UK and the start of a more wayward and unpredictable intra-Union politics”³⁹.

6. Conclusioni

L'attivazione della procedura prevista dall'art. 50 sarà solo il primo passo di un incerto cammino che dovrà condurre alla rinegoziazione di moltissimi trattati - tra cui quelli che regolano il passaggio di merci, capitali e persone tra Regno Unito e Unione Europea, lo status dei cittadini britannici residenti in Europa e di quelli europei residenti nel Regno Unito, gli accordi commerciali - e anche di leggi, come quelle in materia di asilo, immigrazione, libero commercio, sanità⁴⁰. Questa complessa fase che è stata definita di "domestic disentanglement from EU law" finirà per monopolizzare per molto tempo l'attività del parlamento e del *civil service*⁴¹. Come è stato osservato da A. Renwick: "The task of reviewing 40 years of EU and domestic legislation could take five or ten years. It would make it very difficult for the government to embark on any new policy while it reviews all these old policies"⁴². Né appare possibile, data la diversa natura degli atti attraverso cui si è proceduto a recepire la legislazione europea, limitarsi, come alcuni hanno sostenuto, alla mera abrogazione della legge del 1972, e appare dunque necessario procedere a specifiche abrogazioni di ogni atto⁴³.

D'altro canto, stante la particolare natura dell'ordinamento inglese, ci si dovrà interrogare anche sulla validità dei precedenti che hanno previsto la disapplicazione delle leggi nazionali perché incompatibili con la normativa europea. E in ogni caso resta da

39 P. Hogwood, *From devolution to revolution? Brexit threatens to stir up the UK's regional politics*, <http://blogs.lse.ac.uk/> 40 Vaughne Miller, *Brexit: impact across policy areas*, House of Commons Library, 26 August 2016.

⁴¹Il ministro Davis ha già precisato di avere a disposizione uno staff di 180 esperti a Londra e 120 a Bruxelles.

⁴² A. Renwick, *The road to Brexit: 16 things you need to know about what will happen if we vote to leave the EU*, constitution-unit.com

⁴³ A. Renwick, *The road to Brexit...*, cit. Si ricorda che nel 2013 era stato presentato un *Private Members' bill*, l'*European Communities Act 1972 (repeal) bill* per l'uscita dall'Europa il quale prevedeva che fosse mantenuta in vigore tutta la legislazione approvata ai sensi della legge del 1972, con la possibilità di abrogarne singole disposizioni attraverso *statutory instruments* sottoposti a controllo delle Camere, disposizione che però sarebbero in evidente contrasto con il divieto noto come *Henry VIII clause*. R. Gordon, R. Moffatt, *Brexit: The Immediate Legal Consequences*, The Constitution Society, 2016, 27.

chiedersi quale evoluzione avrà in futuro il *common* presenti nei partiti o in quelle che hanno determinato le fratture generazionali, territoriali e sociali emerse dal voto referendario. Tuttavia, al di là della retorica, bisogna riconoscere che il mondo di adesso poco ha a che fare con *law* che in questi anni, pur conservando la

propria tradizionale identità⁴⁴, ha necessariamente conosciuto una significativa contaminazione da parte dell'Europa.

In questi mesi i commentatori politici hanno più volte evidenziato come la situazione in cui si è trovato il Regno Unito dopo il referendum sulla *Brexit* abbia assunto i toni della tragedia shakespeariana. Si è attinto all'opera del Bardo per giustificare la considerazione che hanno gli Inglesi della loro unicità rispetto alle altre nazioni, in particolare scomodando il "Riccardo II" dove, nella prima scena del secondo atto, Giovanni di Gand, lo zio del re, definiva l'Inghilterra "questo superbo trono di re, quest'isola scettrata, questa terra di sovrani, questo soglio di Marte, novello Eden, quasi un paradiso, questa fortezza che la natura si è costruita contro ogni contagio o minaccia di guerra, questa razza di uomini fortunati, questo piccolo universo, pietra preziosa incastonata nell'argenteo mare che la difende, quasi come un vallo od un fossato circondano un maniero, contro l'invidia di meno elette nazioni; quest'aiuola beata, questa terra, questo reame d'Inghilterra nutrice e fertile fattrice di grandi monarchi"⁴⁵. Ma i toni shakespeariani sembrano particolarmente evidenti soprattutto nelle faide interne e nelle lotte fratricide l'età shakespeariana e la scelta dei *Brexiters* sembra proiettare il Paese verso un glorioso passato che difficilmente potrà tornare. Il risultato del referendum sulla *Brexit* ha quindi evidenziato la "faglia" presente nel Paese, il cui movimento corre il rischio di attivarne di nuove e di generare conseguenze difficilmente controllabili e non del tutto prevedibili, quali la definitiva crisi del modello Westminster o la disgregazione del Regno.

⁴⁴S. Boyron, *The Judiciary's Self-Determination, the Common Law and Constitutional Change*, I *European Public Law* 2016, 165; P.J. Birkinshaw, M. Varney, *Britain Alone Constitutionally: Brexit and Restitutio in Integrum* in P.J. Birkinshaw, A. Biondi, *Britain Alone! The Implications and Consequences of United Kingdom Exit from the Eu*, Wolters Kluwer The Netherlands, 2016, 22.

⁴⁵W. Shakespeare, *Riccardo II*, Garzanti, 1995.

APPUNTI SULLA GIUSTIZIABILITÀ DEI DIRITTI POLITICI *

di Massimo Siclari **

SOMMARIO: 1. A proposito della categoria dei diritti politici. – 2. L'ardua configurazione della giustiziabilità del diritto di petizione e dell'iniziativa legislativa popolare. – 3. La giustiziabilità del diritto di voto – 4. Notazioni conclusive.

1. A proposito della categoria dei diritti politici

La categoria dei diritti politici (al pari di tutti i tentativi di classificazione dei diritti costituzionali) è caratterizzata dall'indeterminatezza #####. In essa, in via generale, possono includersi tutte le ipotesi *di diritti e libertà fondamentali che consentano – più o meno direttamente – la partecipazione democratica*. Dunque, fra i diritti politici in senso lato sono talvolta ricompresi – oltre al diritto di voto (nelle sue varie accezioni), al diritto di costituire partiti politici (o di aderirvi e non aderirvi o di dimettersi da essi), al diritto di petizione, all'iniziativa legislativa popolare – anche le libertà di espressione, di riunione, di associazione: «condizioni basilari di una democrazia vivace, “pietre angolari” di un ordinamento democratico e fattori costitutivi di un processo politico ispirato ai principi della democrazia liberale», com'è stato efficacemente sottolineato da Paolo Ridola §§§§§§§§§§§§. E potrebbero arrivare a rientrare nel

* Il presente contributo (destinato al *Liber amicorum* in onore di Augusto Cerrri) riprende e cerca di riordinare le considerazioni svolte dall'a, in occasione di alcuni incontri di studio svoltisi tra il 2014 ed il 2015, i cui atti non sono stati pubblicati (si tratta, in particolare del Seminario “*Ex voto*”, organizzato dal CRISPEL presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre, il 13 febbraio 2014; .del Convegno *Diritti politici, Corte costituzionale forma di governo*, tenutosi il 10 ottobre 2014 nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Salerno nonché *I costituzionalisti e le riforme. Dieci anni dopo*, Giornata di studi in ricordo di Sergio Panunzio, svoltosi nella Facoltà di giurisprudenza della Sapienza – Università di Roma il 27 marzo 2015.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale, Dipartimento di Scienze politiche – Università di Roma Tre.

Di ciò vi era consapevolezza nella dottrina più risalente, v., ad es., A. Dallari, *Diritti politici*, in *Dig. It.*, vol. XI, pt. II, Torino Utet, 1898-1901, p. 762: «stante la incerta e vaga terminologia, purtroppo ancora usata dagli scrittori di diritto pubblico, ognuno di essi intende variamente il concetto di diritto politico, e, di conseguenza, vi comprende o meno certi diritti, che altri classifica in diversa maniera».

§§§§§§§§§§§§ P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, ne *I diritti costituzionali* a cura di P. Ridola e R. Nania, vol. I, Torino, Giappichelli, 2006, 2ª ed., p. 178. Ma si vedano, già, le osservazioni in tema di esercizio della sovranità popolare di C. Esposito, *Commento all'art. 1 della Costituzione* (1948), ora in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, pp. 10 s. [«il contenuto della democrazia non è che il popolo costituisca la fonte storica o ideale del potere, ma che abbia il potere; non già che esso abbia solo il potere costituente, ma che a lui spettino poteri costituiti; e che non abbia la nuda sovranità (che praticamente non è niente) ma l'esercizio della sovranità (che praticamente è tutto). E che esso possa riunirsi e formare associazioni per discutere liberamente ogni atto dei governanti, possa iscriversi a partiti che influiscono sulle direttive di vita dello stato, e che esista libertà di stampa e libere elezioni popolari, e che siano esclusi dal voto solo gli incapaci, e che le decisioni degli organi supremi dello stato siano pubbliche e possibilmente prese innanzi al popolo in sedute pubbliche] e di V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana* (1958), in Id., *Stato Popolo Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, *passim*, ma v., spec. p. 127: «anche attraverso il riconoscimento ai cittadini di talune libertà fondamentali, l'ordinamento statale perviene inoltre ad organizzare politicamente il popolo e, quindi, nei sistemi basati sulla sovranità popolare, a costituire ulteriori modi di esplicazione di questa, non più in forma unitaria, stavolta, ma bensì in forma di atti singoli e particolari, teoricamente imputabili a ciascun cittadino, in quanto membro del popolo e perseguente un interesse

2. L'ardua configurazione della giustiziabilità del diritto di petizione e dell'iniziativa legislativa popolare

Cominciando ad esaminare alcune ipotesi che possono farsi rientrare nella accezione più ristretta di diritti politici, troviamo che appare arduo ritenere che possano trovare tutela giurisdizionale, da un lato, l'esercizio del diritto di petizione alle Camere di cui all'art. 50 Cost., dall'altro, l'iniziativa legislativa popolare (che nel nostro ordinamento costituzionale è possibile esercitare sia a livello statale sia a livello regionale). Sono diritti che si esauriscono con la presentazione della petizione o del progetto di legge alle Camere. Non può esservi la pretesa di una loro presa in considerazione da tutelare in via giurisdizionale. Il seguito che possono avere petizioni e proposte di legge, una volta recapitate nelle sedi parlamentari, è determinato solo dalla discrezionalità delle forze politiche e non c'è alcun giudice che possa intervenire al riguardo, anche se, in sede parlamentare, è stata adombrata «la possibilità un conflitto di attribuzioni in caso di omesso esame ingiustificato di una petizione collettiva, configurata come espressione di un diritto politico costituzionalmente garantito a favore di una “frazione” (che sia consistente) della collettività organizzata dei cittadini ++++++».

La loro tutela, dunque, risulta rimessa alla effettività delle norme dei regolamenti parlamentari rivolte a consentirne la presa in esame da parte delle Commissioni competenti ++++++.

3. La giustiziabilità del diritto di voto

E veniamo al diritto di voto, espressione che sintetizza in realtà una pluralità di diritti, giacché esso può esercitarsi per designare i rappresentanti nei vari livelli di rappresentanza politica ovvero (sotto il profilo passivo) per esservi eletti o, ancora, per esprimere delle scelte nei vari *referendum* ammessi dal nostro ordinamento costituzionale. Ora non è dubbio che l'espressione del voto riceva tutela giurisdizionale e non è acquisizione recente: la repressione penale dei delitti contro i diritti politici dei cittadini, ad esempio (sia pure con diversa dizione, ma il bene tutelato era lo stesso), risale almeno al Codice penale del 1889. Più recente, per fare un altro esempio, è il passaggio alla giurisdizione amministrativa del contenzioso elettorale degli enti territoriali.

Una vera e propria novità è stata l'azione di accertamento circa il mancato esercizio del diritto al voto in coerenza con i principi costituzionali, nell'ambito della quale è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale della legge elettorale politica risolta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 1 del 2014. Con essa sono state dichiarate costituzionalmente

+++++ Così V. Di Ciolo – L. Ciaurro, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, Giuffrè, 2013, 5ª ed., pp. 702 ss., ove possono riscontrarsi indicazioni sugli atti parlamentari al riguardo.

+++++ Per le petizioni, cfr. artt. 109 Reg. Camera e 140-141 Reg. Senato. Per i disegni di legge d'iniziativa popolare, v. art. 68, Reg. Camera e 74 Reg. Senato.

che «La funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere» (art. 70 Cost.) e che potrebbe ben darsi il caso di diversi orientamenti dei due rami del Parlamento in ordine alla costituzionalità di una legge #####.

C'erano stati vari tentativi per espugnare la “fortezza” delle leggi elettorali, il cui fallimento pareva confermare la sussistenza di una “zona franca”. Nel 2006 è stata dichiarata l'inammissibilità di un conflitto di attribuzioni sollevato contro le regole che presidiano la presentazione delle liste, in quanto sollevato da un partito politico #####. Né maggiore fortuna hanno sortito i tentativi di far sollevare alla Corte costituzionale di fronte a se stessa questioni di costituzionalità, nei giudizi di ammissibilità dei *referendum* proposti per l'abrogazione di varie disposizioni della legge n. 270 del 2005 *****. La Corte ha ribadito in tali occasioni come le sia precluso di autoinvestirsi del giudizio di costituzionalità nell'ambito del giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo pur se sottolineando un profilo d'incostituzionalità della legge, destinato a trovare accoglimento nella sent. n. 1 del 2014. Così, nella sent. n. 15 del 2008 si rilevava come, «L'impossibilità di dare, in questa sede, un giudizio anticipato di legittimità costituzionale non esime tuttavia questa Corte dal dovere di segnalare al Parlamento l'esigenza di considerare con attenzione gli aspetti problematici di una legislazione che non subordina l'attribuzione del premio di maggioranza al raggiungimento di una soglia minima di voti e/o di seggi» #####. Com'è noto, tuttavia, tale monito non ha avuto alcun seguito legislativo. E, comunque, fino all'ordinanza della prima sezione della Corte di Cassazione 17 maggio 2013, n. 12060, con la quale è stata sollevata la questione di costituzionalità risolta dalla sentenza n. 1 del 2014, sembrava confermarsi l'esistenza di una “zona franca” dell'ordinamento #####.

L'ammissibilità delle questioni risolte dalla Corte costituzionale con tale pronuncia, incontrava diffidenze già fra i commentatori dell'ordinanza di rimessione, i quali, soprattutto, mettevano in risalto la mancanza di distinzione tra il *petitum* del giudizio di costituzionalità e quello del giudizio comune #####. In realtà, pur se un po' contraddittoriamente, tale diversità era in qualche modo dimostrata dall'ordinanza di rimessione.

sull'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione e le prospettive della innovazione costituzionale italiana – Sapienza Università di Roma – Facoltà di Scienze politiche – 12 giugno 2013), in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2013, n. 1; Id., *L'incandidabilità non è una pena, ne Il fatto quotidiano*, 29 agosto 2013.

Sul punto, v. L. Ciaurro – V. Di Ciolo, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, cit., pp. 241 ss.

Corte cost., 24 febbraio 2006, n. 79.

***** Corte cost., 30 gennaio 2008, n. 15 e 16; Id., 24 gennaio 2012, n. 13.

Così, in particolare, Corte cost., 30 gennaio 2008, n. 16.

Vedila in <http://www.osservatorioaic.it/corte-di-cassazione-ord-i-sez-civ-17-maggio-2013-n-12060.html>.

Sull'ordinanza, v., in vario modo, E. Rossi, *La Corte costituzionale e la legge elettorale: un quadro in tre atti e dall'epilogo incerto*, in *www.federalismi.it*, n.12/2013; *Le corti e il voto. Seminario sull'ordinanza di remissione della Corte di Cassazione e le prospettive dell'innovazione elettorale in Italia* (Roma 13 giugno 2013), con contributi di F. Lanchester, A. Anzon Demmig, G. Azzariti, R. Borrello, P. Carnevale, A. Cerri, A. Gigliotti, O. Massari, M. Siclari, in *www.nomos-leattualitaneldiritto.it*, n. 1/2013; G. Repetto, *Il divieto di fictio litis come connotato della natura incidentale del giudizio di costituzionalità. Spunti a partire dalla recente ordinanza della Corte di Cassazione in tema di legge elettorale*, 21/09/2013, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2013; U. De Siervo, *Alla consulta un ricorso inammissibile*, in *La Stampa*, 29/11/2013; E. Olivito, *Fictio litis e sindacato di costituzionalità della legge elettorale. Può una finzione processuale aprire un varco nelle zone d'ombra della giustizia costituzionale?*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 2/2013. In generale, sulla problematica della *fictio litis*, per tutti, v. la magistrale trattazione di A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., pp. 165 ss.

CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DE LA RÉFORME CONSTITUTIONNELLE DANS LA RÉGION ANDINE

par César Landa *

SOMMAIRE: 1. Théories du pouvoir constituant. – 1.1. Le Pouvoir constituant et le pouvoir constitué. – 1.2. Les limites à la réforme constitutionnelle: totale et partielle. – 2. Le contrôle juridictionnel de la réforme constitutionnelle pour la réélection présidentielle. – 2.1. Le cas péruvien. – 2.2. Le cas bolivien. – 2.3. Le cas colombien. – 2.4. Le cas équatorien. – 3. Conclusion.

Au XXI^{ème} siècle, il y a des vieux et des nouveaux défis constitutionnels pour surpasser les restes autoritaires dans les démocraties andines, comme le phénomène du *candillo*, lesquels impliquent aussi affronter l'extrême pauvreté, le combat contre le trafic de stupéfiants, et aussi, promouvoir le développement économique soutenable, en surpassant les menaces écologiques à la Terre, entre autres problèmes. Celui-là sans qu'on souligne les phénomènes qui passent dans l'Europe et particulièrement, en France. Par exemple, la lutte contre le terrorisme et le fondamentalisme religieux, la nécessité de respect des droits humains devant des phénomènes comme celui des migrants, la production et vente d'armes avec un haut pouvoir destructif et son utilisation dans des conflits armés internes et internationaux, les déficits éthiques dans la politique et les entreprises, entre autres #####.

Pour confronter ces conflits, les États constitutionnels ont besoin d'établir nouvelles lois, et aussi d'introduire amendements à ses Constitutions ; cela a comme conséquence une tension entre deux principes fondamentaux : d'un côté, un principe politique, la souveraineté populaire ; de l'autre, un principe juridique, la suprématie constitutionnelle ~~~~~~. Dans la région andine, quand il y a eu besoin d'une réforme constitutionnelle, la mise en question politique et/ou juridique de celle-là n'a pas été judiciairisé devant des Tribunaux Constitutionnels, mais dans le siège parlementaire. Cependant, dans les dernières décennies, les réformes constitutionnelles, surtout celles vinculés à la réélection présidentiel au Pérou, Bolivie, Colombie et l'Equateur, on été matière de demandes devant les tribunaux constitutionnels.

Conséquemment, le débat sur la théorie du pouvoir constituant et les limites à la réforme constitutionnelle est né une nouvelle fois. De la même façon, le débat sur la portée et les limites de la justice constitutionnelle dans le contrôle de la réforme constitutionnelle de la réélection

** Professeur de Droit Constitutionnel et ex Doyen de la Faculté de Droit de la Pontificale Université Catholique du Pérou. Ex Président du Tribunal Constitutionnel du Pérou.

C. Landa, *El derecho constitucional comparado en el ordenamiento constitucional nacional: a propósito del IX Congreso Mundial de Derecho Constitucional*, DERECHO PUCP, n° 75, 2015, Lima: pp. 12-14.

~~~~~ P. De Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 24-38.





Sans aucune doute, la subordination de toutes les autorités et organes du gouvernement à une Constitution écrite, qui est un instrument d'expression de la volonté de la souveraineté du peuple des États et en conséquence, seulement eux peuvent la reformer, est la nouveauté la plus remarquable du system nord-américain

Depuis les origines historiques modernes de l'idée de pouvoir constituant du peuple, c'est indubitable que celui est lié à la notion de la suprématie de la Constitution. Ce lien a comme conséquence que le pouvoir souverain du peuple se transformé en pouvoir souverain de la Constitution. C'est à cause de ce pouvoir que le souverain s'ordonne et subordonne à son propre œuvre juridique, parce que cette œuvre est la vraie expression de la volonté générale. Celui n'est pas un obstacle pour se demander si le pouvoir constituant de hier peut subordonner le pouvoir constituant d'aujourd'hui.

Le pouvoir constituant plus que disparaître quand son travail est fini, se transforme en pouvoir de réforme consacré dans la Constitution par soi-même. En conséquence, ce pouvoir réapparaît dans les moments constituants où la réforme constitutionnelle est nécessaire et possible, pas de manière absolue, mais de manière limité selon la Constitution

Ce qui est permanent et inaltérable est la souveraineté de peuple, laquelle dans une démocratie constitutionnelle est aussi partie des pouvoirs constitués. Sauf en périodes des grands changements politiques ou sociales pour faire une réforme totale de la Constitution. En circonstances politiques e historiques dans lesquelles c'est nécessaire appeler à une Assemblé Constituant, la même que beaucoup de fois a exercé des pouvoirs souverains illimités

## 1.2. Les limites à la réforme constitutionnelle: totale et partielle

C'est indéniable que historiquement, quand les changements politiques et sociaux sont devenus en révolution, l'alternative pratique est refonder l'État, en appelant un nouveau

---

Sur cela, l'idée des leaders nord-américains d'avoir une Constitution écrite a comme origine les ordonnancements anglais du XVIème siècle, où une Constitution suprême ou raide a régi pour bref temps dans la forme du célèbre *Instrument of Government* de 1653; de la même manière, cette idée est dans l'influence des personnages comme James Harrigton, une des prééminents penseurs de cette époque, qui démontrait la nécessité d'avoir une Constitution, en proposant que celle-ci devait être souscrite par le peuple pour le donner suprême autorité. Voir James BRYCE, *The american commonwealth...*, *Op. cit.*, p. 37.

C. De Cabo Martin, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 13 ss.

Celui est le cas des changements des régimes politiques, comme le cas de l'installation de la Deuxième République Espagnole, dans laquelle pendant la séance inaugurale des Cours Constituants, du 4 Juillet 191, le Président du Gouvernement Provisoire de la République, Alcalá Zamora, affirmait que: «*et la souveraineté pleine. Quelqu'un dira : pleine est la souveraineté des Cours Constituants. Dans le papier, oui, dans la réalité, non. En vérité, la souveraineté plus pleine que celle du Parlement personne l'a connu*». Dans *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española*. T. I, Madrid, Cesores de Rivadeneyra, 1933, p. 5.

pouvoir constituant du peuple, à travers des Assemblées Constituantes qui adoptent une nouvelle Constitution.

En effet, en la pratique, la réapparition d'un moment constituant est une décision politique des représentants, lesquels considèrent que c'est une nécessité du peuple avoir une nouvelle façon d'organisation politique et juridique. Dans ces cas, la réforme constitutionnelle totale est une manière d'établir une nouvelle légitimité politique et sociale dans le suprême ordonnancement juridique.

Dans les autres périodes de temps où une situation révolutionnaire n'est pas arrivée à se constituer, selon le peuple et ses leaders, le pouvoir constituant est transformé en pouvoir de réforme constitutionnelle, avec lequel les pouvoirs constitués opèrent selon la Constitution. Ce pouvoir constituant-institué peut être de deux types : un pouvoir de réforme exercé par la représentation, ou un pouvoir de réforme exercé directement par le peuple. Cependant, dans la modernité, la réforme constitutionnelle peut aussi être intégrée par ces deux systèmes dans un procédé combiné de démocratie représentative et démocratie directe. Par exemple, on a le cas de l'article 206 de la Constitution péruvienne de 1993 #####.

Néanmoins, le titulaire démocratique de la réforme constitutionnelle, soit les représentants ou le peuple directement, doit savoir que le pouvoir constituant ne peut pas être détruit par le pouvoir constitué, ni le pouvoir constituant peut remplacer le pouvoir constitué. Donc, la Constitution doit établir limites explicites et implicites qui assurent au pouvoir constitué son status de porte-parole du pouvoir constituant, pas du pouvoir constituant originaire, mais du pouvoir constituant du présent.

Par conséquent, le pouvoir constitué ne peut pas replacer le pouvoir constituant originaire sauf si le pouvoir constituant institué dans la Constitution a prévu la réforme totale de la Constitution et pas seulement partielle. Cela c'est le cas de l'article 32,1 de la Constitution péruvienne de 1993 #####. Pour cela, *«la révision constitutionnelle peut avoir comme but soit réformer quelques aspects spécifiquement, soit l'abroger et replacer pour une autre. Mais, n'importe quel*

---

##### Article 206.- Toute réforme constitutionnelle doit être approuvée par le Congrès avec la majorité absolue du nombre légal de ses membres, et ratifiée moyennant référendum. Le référendum peut être omis quand l'accord du Congrès est obtenu dans deux législatures ordinaires successives avec un vote favorable, en chaque cas, supérieur à deux tiers du nombre légal des représentants. La loi de réforme constitutionnelle ne peut pas être « observé » par le Président de la République.

*L'initiative de réforme constitutionnelle correspond au Président de la République, avec l'approbation du Conseil de Ministres, aux congressistes, et à un nombre de citoyens équivalent à zéro point trois pour cent (0.3%) de la population électorale, avec des signatures constatées par l'autorité électorale.*

##### Article 32.- les suivantes matières peuvent être soumis à referendum:

- La réforme totale ou partielle de la Constitution
- L'approbation des lois
- Les ordonnances municipales
- Les matières sur le processus de décentralisation

*L'élimination et réduction des droits fondamentales de la personne, les règles de caractère tributaire et budgétaires, les traités internationaux en vigueur ne peuvent pas être soumis à referendum.*

*soit le changement constitutionnel, soit total ou partiel, ce changement devra suivre les règles établis par la Constitution pour sa modification» \*\*\*\*\*.*

Dans l'histoire républicaine du Pérou, on a vécu "en faisant et défaisant Constitutions"#####. Selon le Tribunal Constitutionnel péruvien, «derrière ce pratique, est implicite une idée erroné, selon laquelle la Constitution est plutôt un plan de gouvernement avant que une norme qui contient les principes et valeurs civiques, politiques et étiques les plus importants de notre société, dont son accomplissement on aspire à obtenir. Les ravages de cette façon de voir les choses sont dramatiques, quand le régime qui a donné la nouvelle Constitution a fini, la Constitution succombait avec celui» #####.

Le problème principal n'est pas que la Constitution soit l'expression juridique d'un programme politique #####, mais que celle-ci a été réalisée comme un mécanisme de solution unilatéral de crises politiques ou économiques dans notre histoire. S'il aurait eu le consensus national suffisant entre les élites nationales et le peuple, la stabilité juridique et la démocratie politique auraient pu s'harmoniser dans une Constitution légitime, par conséquent durable. La stabilité n'est pas incompatible avec la réforme constitutionnelle, précisément, c'est ce institut juridique-politique lequel permet à l'État être un organisme ouvert au changement et, en conséquence, stable et durable \*\*\*\*\*.

D'ailleurs, même si l'article 200, 4 de la Constitution péruvienne ne prévoit pas expressément l'existence des lois de réforme constitutionnelle comme objets de contrôle de constitutionnalité, le Tribunal Constitutionnel est compétente d'évaluer la constitutionnalité ou inconstitutionnalité de certains dispositions que, éventuellement, à travers d'une réforme partielle, peuvent être introduites avec une loi de réforme constitutionnelle.

C'est pour cela que l'ordonnancement juridique se modifie par une loi d'origine constitutionnelle. En plus, le pouvoir de réforme de la Constitution, propre d'un pouvoir constituant institué dans les attributions législatives du Congrès, soit spécial et singulier, ne cesse pas d'être un pouvoir constituant- institué, lequel procède à travers d'une loi constitutionnelle limité et, conséquemment, soumis au contrôle de constitutionnalité de la Courte Constitutionnelle #####.

---

\*\*\*\*\* R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome deuxième, Paris, Sirey, 1922, p. 497 et pp. 583-599.

##### M. V. Villarán, *Páginas escogidas*, Lima, P. L. Villanueva, 1962, p. 45.

##### Tribunal Constitucional. *Exp. N.º 014-2002-AI/TC. Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N.º 27600*, fondement 39.

##### A. Pizzorusso, *Lecciones de Derecho Constitucional*, T. 1., Madrid, CEC, 1984, p. 11.

\*\*\*\*\* P. De Vega, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente...*, op. cit., p. 59.

##### C. De Cabo Martín, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 62 ss.



que la majorité de partis de l'opposition parlementaire cherche diriger le malaise socio-économique de la population, en remettant contre le gouvernement et pas dans un processus de réforme constitutionnelle et le caractère de réforme totale ou partiel ainsi comme débâter la signification des articles spécifiques de cette réforme constitutionnelle.

Mais, les éléments indispensables pour faire une réforme constitutionnelle juste dans un État Constitutionnel, comme on a déjà remarqué, sont la démocratie comme paradigme de la souveraineté populaire et la Constitution comme cadre institutionnel pour le changement économique, sociale et juridique ; mais avec stabilité politique, laquelle est nécessaire pour le développement de l'État Constitutionnel. En ce ligne, la réforme constitutionnelle est légitime seulement quand ses fins et moyens sont démocratiques.

La démocratie se développe seulement en États avec systèmes juridiques constitutionnels qui accomplissent le principe de suprématie de la Constitution, elle ne se développe pas dans dictatures de la majorité, même si elles ont un origine dans une mal interprété volonté populaire. En ce sens-là, c'est constitutionnel et démocratique qu'une Assemblée Constituant n'est soit pas compétente de faire une réforme totale de la Constitution.

Mais, comme tout décision d'importance politique, la réforme constitutionnelle en particulier a besoin d'un consensus politique et social. C'est à dire l'accomplissement d'une formalité constitutionnelle et aussi d'un pacte démocratique-constitutionnel entre partis politiques et groupes parlementaires pour faire une réforme.

Il faut se rappeler que quand le principe démocratique s'éloigne des contenus de la Constitution et sa réforme, celle-ci perd sa légitimité sociale est devient en un processus vide qui peut se perpétuer dans le temps, mais qui va pas maintenir sa efficacité comme processus fondamentale de re démocratisation de l'État et de la société. De la même manière, quand le principe de suprématie de la Constitution d'un texte constitutionnel et sa réforme, même si il a peu légitimité d'origine ou souveraineté, acquière légitimité politique – principe de souveraineté populaire – par l'utilisation démocratique du referendum populaire, celle-ci devient dans le cadre institutionnel pour démocratiser le développement de l'Etat et la société.

C'est indéniable que la Constitution de 1993 avec le temps, depuis novembre 2000 quand le régime de Fujimori a conclu, a acquis la minime légitimité nécessaire pour diriger formellement le processus de rétablissement pacifique de la démocratie au Pérou. Mais, à cause de ses défauts d'origine démocratique, cela a eu comme conséquence une crise de consensus politique au tour de la réforme totale ou partielle de la Constitution. Cela nous permet proposer qu'en implémentant le principe démocratique, à travers du référendum constitutionnel, il sera entièrement incorporé dans les procédures de réforme constitutionnelle de la Constitution de 1993, selon le Tribunal Constitutionnel a jugé.

---

Wieland, *La supresión de una firma y el inicio de una reforma constitucional*, <http://www.cajpe.org.pe>, Aussi, E. García-Cobian, *Reforma constitucional: avances y retrocesos*, *Legal Express*, Año 5, N.º 29, mai 2003, p. 15.



clause inamovible dans la Constitution de 1993 la non-réélection présidentielle  
 #####.

Pour les élections de 1995, Fujimori a postulé comme candidat présidentiel, mais sa candidature a été refusé parce qu'il a été élu entre 1990 et 1995, avec la Constitution de 1979, laquelle interdisait la réélection immédiate. Cependant, le Jury National d' Elections a débouté la contestation, en disant que dans le cadre de la Constitution de 1993, Fujimori été autorisé à une réélection immédiate #####. Une fois Fujimori a été réélu avec le 64,4% des votes pour le période 1995-2000, sa majorité parlementaire dans le Congrès a adopté en 1996 la Loi No. 26657, Loi d'Interprétation Authentique de l'Article 112 de la Constitution, selon laquelle la réélection présidentielle est celle des mandats présidentiels commencés après la promulgation de la Constitution de 1993 #####.

Selon cette interprétation, la première élection de Fujimori dans le cadre de la Constitution de 1993 était celle de 1995 ; pour cela, Fujimori pouvait être candidat à une réélection présidentielle immédiate dans l'année 2000 pour le période 2000-2005. Cependant, cette interprétation de la Constitution par le Congrès était objectée, parce que le suprême interprète de la Constitution était le Tribunal Constitutionnel, devant lequel, une action de inconstitutionnalité contre la Loi No. 26657 a été présenté pour la violation de l'article 112 de la Constitution \*\*\*\*\*.

### **Tribunal Constitutionnel du Pérou. Dossier No. 0002-1996-AI/TC (Affaire Fujimori)**

Le Tribunal Constitutionnel (TC) a déclaré inconstitutionnel la Loi No. 26657 et, conséquemment, elle n'est pas applicable au procès électoral de l'année 2000, sur la base des arguments suivantes : premièrement, son caractère d'interprète de la Constitution ; second, l'application de la norme dans le temps, et, finalement, la non-rétroactivité de la norme constitutionnelle.

Sur ces questions, le Tribunal Constitutionnel reconnaît qu'en promulguant des lois de développement constitutionnel, le Congrès accomplit sa fonction d'interpréter la Constitution ; mais celui n'habilite pas au Congrès à donner effets rétroactifs à la Constitution,

---

##### Article 142.- La réélection présidentielle est interdite. Cette prohibition ne peut pas être reforme ou abrogé. L'auteur ou les auteurs de la proposition réformatrice ou abrogative, et ceux qui la soutient direct ou indirectement, cesseront de facto dans l'exercice de ses respectives postes et seront déclarés inaptes pour l'exercice de tout fonction publique.

##### Jury National d'Elections. Résolution No. 172-94-JNE, Lima, le 26 octobre 1994.

##### Seul Article : Il faut interpréter de façon authentique que la réélection mentionnée dans l'article 112 de la Constitution est rapportée et conditionnée aux mandats présidentiels commencés après la date de promulgation du texte constitutionnel. En conséquence, il faut interpréter authentiquement que le calcul ne compte pas les périodes présidentiels commencés avant que la Constitution entre en vigueur. Cette norme est basé en l'article 112 de la Constitution et la Huitième Disposition Finale et Transitoire de la Constitution.

\*\*\*\*\* C. Landa, *Límites constitucionales de la ley de la reelección presidencial*, in *Journal El Comercio*, 11 octobre 1996, p. A2.

en faisant du bien particulièrement au Président Fujimori pour prétendre la réélection consécutive, parce que celui est abus de droit. Dans ce sens, le TC a dit que :

«[...] sans remettre en question la puissance législative d'interprétation que le Parlement non-constituant possède et exerce quand il promulgue des lois de développement constitutionnel, c'est juridiquement inacceptable qu'en utilisant ce system, le Congrès prétend modifier avec caractère rétroactive, incompatible avec l'article 103 de la Constitution et en profit d'une situation concrète, pas seulement le sens de l'article 112 de la Constitution [...] ++++++».

Le TC a reçu une action d'inconstitutionnalité qu'avait besoin de 6 votes sur 7 magistrats pour déclarer son inconstitutionnalité (contrôle abstract), mais le TC a décidé, avec 3 votes, déclarer la loi mentionnée non-applicable à cause de son inconstitutionnalité (contrôle diffus), parce que les autres 4 magistrats ont décidé de s'abstenir de voter, car ils avaient donné son opinion dans différents forums. Mais l'argument juridique était que la Loi No. 26657 n'était pas une loi générale, abstract et intemporelle, objet de contrôle abstract de lois ; par contre, elle était une norme légale particulière, concrète et temporelle favorable au Président Fujimori, laquelle s'épuisait avec son accomplissement, pour cela, le contrôle diffus ou concret pouvait être fait. De plus, si le TC n'avait pas les votes nécessaires pour expulser la loi de l'ordonnancement juridique, au mois, il pouvait déclarer non-applicable la loi.

Mais, la vérité est que les magistrats du Tribunal Constitutionnel ont été la cible de l'extrême pression du gouvernement. À tel point qu'après le jugement d'inconstitutionnalité de la Loi No. 26657 a été publié, les trois magistrats- Aguirre, Rey et Revoredo-, sous le prétexte d'avoir usurpé la fonction du Tribunal Constitutionnel, ont été soumis au jugement politique par la majorité du gouvernement dans un Congrès monocaméral et ils ont été expulsés arbitrairement du Tribunal Constitutionnel, le 28 mai 1997. Le 18 janvier 2001, après le régime autocratique est tombé, et Fujimori a fui et renoncé à la Présidence du Pérou depuis Tokyo, le nouvel Président Constitutionnel Paniagua a rétabli les magistrats dans ses postes.

Comme la débâcle du gouvernement corrompu de Fujimori s'est accentuée avec sa réélection l'année 2000 pour 5 années plus, la protestation nationale et la mise en question internationale ont fait que Fujimori renonce à la Présidence, en réduisant son période présidentiel à une année- lequel il n'a pas fini-. De l'autre cote, le Congrès monocaméral était obligé à réformer l'article 112 de la Constitution pour retourner à la réglé historique d'interdiction de la réélection présidentielle immédiate ++++++. Depuis le retour de la démocratie jusqu'à l'actualité, cette règle a été respectée rigoureusement.

+++++ Tribunal Constitucional. *Jugement de la Ley N.º 26657*. Dans : *El Peruano*, Lima, le 17 janvier 1997, p. 146046.

+++++ Article 112.- *Le mandat présidentiel est par cinq années, la réélection présidentiel est interdite. Quand une période constitutionnel comme minimum s'est passé, l'ex Président peut postuler une autre fois, sujet aux mêmes conditions.*

## 2.2. Le cas bolivien

Evo Morales, le leader indigène du Mouvement au Socialisme, a été élu Président de la Bolivie pour un période de 4 années (2006-2010) dans le cadre de la Constitution de 1967, laquelle ne permettait pas la réélection immédiate. Une de ses promesses pendant la campagne électorale était donner une nouvelle Constitution, à cet effet, il a convoqué une Assemblée Constituante.

De cette manière, à la fin de l'année 2007, quand la Constitution était approuvé mais n'était pas encore en vigueur, dans un essai de freiner la confrontation politique, le Président Evo Morales a présenté devant le Congrès un projet de loi lequel permettait la convocation d'un referendum révocatoire des préfets de tous les départements et aussi de la poste de Président de la République. Même si dans la Constitution une figure comme celle-ci n'existait pas, elle a été approuvée par le Congrès. Le 10 août 2008, le referendum était fait avec la participation du 83% de la population et le Président a été ratifié par un 67% des votes

Une fois l'appui populaire à sa gestion était assuré, Evo Morales a soumis à référendum populaire la Constitution de l'État Plurinational de la Bolivie, en obtenant le 61,43% de l'approbation. La Constitution a été promulgué le 7 février 2009. Cette nouvelle Constitution a comme base les principes du « neo constitutionalisme » andine, et incorpore la revalorisation ethnique des peuples indigènes, promeut la nationalisation de l'industrie qui exploite les ressources naturels, comme le gaz ; propose la révocatoire de tous les autorités publiques, le Président de la République inclus ; la décentralisation administrative, et la redistribution du pouvoir dans les zones autonomes.

Sur la réélection présidentielle, l'article 168 de la Constitution de 2009, approuvé par référendum populaire, le gouvernement a établi une période de mandat de 5 années avec la possibilité d'une réélection immédiate de façon continue. De l'autre côté, l'opposition a obtenu incorporer la Disposition Transitoire Première, laquelle établissait que les mandats avant la Constitution sont tenus en compte pour le calcul des nouveaux périodes des fonctions.

Cependant, le gouvernement a promu dans l'Assemblée Législative Plurinational la Loi d'Application Normative \*\*\*\*\* , dont son objet était établir le cadre de validité de quelques préceptes constitutionnels en respectant le sens littéral et l'esprit de la Constitution, en relation à la réélection présidentielle, de conformité avec l'article 168 de la Constitution. En effet, le Président élu pour la première fois depuis la norme constitutionnelle est entrée en vigueur était habilité à une réélection pour une seule fois de manière continue. Par contre, la Disposition Transitoire Première était applicable aux autorités qu'après le 22 janvier 2010, ont continué à exercer les charges publiques sans nouvelle élection, désignation ou nomination.

Cela excluait de la norme au Président Evo Morales, parce qu'il a été élu le 09 décembre 2009, en obtenant 64% du soutien populaire- en réduisant son mandat à une année- et il a

\*\*\*\*\* N. Vargas, *La segunda o primera? Reelección presidencial de Juan Evo Morales Ayma: Hacia un mandato presidencial de 14 años ininterrumpidos*, in *Reelección presidencial nos sistemas políticos das Américas*, A. Santano (coord.), Curitiba, Ithala, 2015, p. 116.

\*\*\*\*\* Loi No. 381 du 20 mai 2013, dénommé Loi d'Application Normative.

assumé nouvellement les attributions présidentiels le 22 janvier 2010. Conséquemment, pour le gouvernement, cette élection serait la première réalisée dans le cadre de l'actuelle norme constitutionnelle.

Cette disposition a causé beaucoup de controverse, car elle disposait que la réélection présidentielle d'Evo Morales était possible et, en conséquence, il pouvait rester au pouvoir pendant 3 périodes consécutifs. Pour cela, la Chambre de Sénateurs de l'Assemblée Plurinational, à travers de la résolution 010/2013-2014, a décidé expédier une consulte sur la Loi d'Application Normative au Tribunal Constitutionnel Plurinational (TCP), pour dirimer le conflit de constitutionnalité qui proposaient les secteurs de l'opposition.

### **Tribunal Constitutionnel Plurinational, Dossier N° 02856-2013-CC, Résolution 003-2003 (Affaire Evo Morales)**

Le Tribunal Constitutionnel Plurinational a signalé que si le Président a été élu pendant le nouveau régime constitutionnel était en vigueur, il était habilité à la réélection, parce qu'une interprétation littérale de la Disposition Transitoire Première devait être fait dans le sens que le mandats avant que la Constitution était en vigueur, sont calculés jusqu'à la possession des nouveaux autorités, car il n'y avait pas une mention expresse dans le sens que le période constitutionnel en développement était ou n'était pas un premier période constitutionnel  
+++++

Egalement, le TCP précise que l'article 168 de la Constitution est parti de la partie organique de la Constitution, et pour cela, il avait besoin de lois expresses de développement. En conséquence, il passe à développer une analyse de constitutionnalité de la Loi d'Application Normative.

L'analyse du Tribunal par rapport aux articles de la loi est centrée en voir si le calcul du délai pour la réélection des autorités proposé par le texte déborde ce qui est signalé dans l'article 168 de la Constitution. Sur cela, l'analyse du Tribunal conclu que c'est absolument raisonnable et en accord avec la Constitution, faire le calcul du délai pour l'exercice d'attributions du Président et du Vice-président de l'État Plurinational de la Bolivie depuis le moment quand la fonction constituant a refondé l'État et par conséquent, a créé un nouvel ordonnancement juridique- politique +++++; en optant de cette manière la théorie de la refondation de l'État bolivien à travers du procès constituant.

C'est-à-dire que le premier période du mandataire Evo Morales développé dans le cadre de la Constitution précédente ne serait pas tenu en compte dans le nouvel ordre établi. Ce raisonnement est accompagné d'une interprétation littérale de la Disposition Transitoire Première de la Constitution, dans le sens que les mandats précédentes à l'entrée en vigueur de

+++++ Déclaration Constitutionnelle Plurinational 0003/2013 du 25 avril, fondement III.9.

+++++ Déclaration Constitutionnelle Plurinational 0003/2013 du 25 avril fondement III.5.

la Constitution seront calculés jusqu'à la possession des nouvelles autorités  
 ~~~~~.

Par conséquent, le TCP de majorité du gouvernement a fait appel de la théorie du pouvoir constituant, qu'à cause de son caractère originaire et souverain peut générer un nouvel ordre, comme celui de la refondation de l'État bolivien. Le calcul de délais pour l'exercice de la fonction présidentielle doit être réalisé depuis le moment dans lequel le pouvoir constituant a refondé l'État et a créé un nouvel ordonnancement juridique politique. Pour cela, le TCP a déclaré constitutionnel la Loi d'Application Normative.

«En effet, comme il a été précisé antérieurement, le caractère souverain de la fonction constituant n'est pas lié à aucune norme juridique précédente, car sa nature est celle d'un pouvoir pré-juridique ; ainsi la fonction constituant, à cause de son trait autonome, est une source et essence du nouvel ordonnancement juridique, différent à l'ordre préconstitué, pour cela, comme on a déjà dit, le nouvel ordre dessiné est différent à celui préexistant»
 *

Pourtant, le Président Morales, pendant son troisième période de gouvernement, a fait appel à la consultation populaire pour que le peuple lui donne le droit de postuler une nouvelle fois à la Présidence de la République, en laissant sans effet le mandat de l'article 168 de la Constitution †, en prétendant avec cela ouvrir le chemin pour un quatrième période présidentiel consécutif. Mais, il a été battu dans la consultation populaire du 23 février 2016, par une majorité de 52.3% des votes du peuple bolivien qui a rejeté la possibilité d'avoir à Evo Morales comme candidate des prochaines élections présidentielles 2019.

2.3. Le cas colombien

Dans l'histoire constitutionnelle de la Colombie, celui qui a été Président de la République peut être réélu pour une fois seulement si au moins un période complet est passé. En d'autres termes, la tradition démocratique de ce pays a été l'alternance de partis politiques dans le gouvernement national.

Cependant, avec la Constitution de 1991, laquelle a permis le processus de paix avec le groupe de guérilla M19, cette matière a changé radicalement vers sa prohibition. Ainsi, son article 197 a disposé que : *«le citoyen qui a exercé à n'importe quel titre la Présidence ne pourra pas être élu Président de la République»*.

Mais une décennie après, la crise de légitimité de partis politiques traditionnels a transformé à ses leaders en caudillos. Ainsi, Alvaro Uribe, dissident du Parti Liberal, a gagné les élections présidentielles pour le période 2002-2006, avec une proposition politique de sécurité et guerre

~~~~~ N. Vargas, *La segunda o primera? Reección presidencial de Juan Evo Morales Ayma: Hacia un mandato presidencial de 14 años ininterrumpidos...*, op. cit., pp. 121-122.

\* Déclaration Constitutionnelle Plurinationale 0003/2013 du 25 avril fondement III.9.

† Article 168.- Le période du mandat du Président ou Présidente et du Vice-président ou Vice-présidente de l'État est de 5 années, et ils peuvent être réélus ou réélues pour une seule fois de façon continue.

frontale contre les groupes de guérilleros rebellés et les groupes d'autodéfense (FARC, ELN y CAD), avec le support des Etats Unis.

Avec sa majorité parlementaire, le Congrès de la République, moyennant l'Acte Législative No. 02 de 2004, a reformé la Constitution pour permettre la réélection présidentielle d'Uribe pour un période additionnel, c'est-à-dire jusqu'à huit années consécutives‡. En plus, cette réforme constitutionnelle a disposé que le Congrès dicte une loi statutaire pour garantir l'égalité et protéger les droits de l'opposition dans la campagne des élections présidentielles, quand le Président de la République en exercice irai à la réélection immédiate.

### **Cour Constitutionnelle, Jugement C-1040 du 19 octobre (Affaire Réforme Constitutionnelle)**

En 2005, la Cour Constitutionnelle, en exercice de sa fonction constitutionnelle de contrôle de constitutionnalité sur les lois et les réformes constitutionnelles, a reçu 18 demandes présentés par différents groupes de citoyens en contre de l'Acte Législative No. 2 de 2004 de réforme constitutionnelle. Les citoyens ont contesté la norme à cause de trois types de vices : de compétence (le Congrès est allé au-delà de son pouvoir de réforme quand il a remplacé l'ordre constitutionnel), de fond (divergence entre la réforme et différents articles de la Constitution), et de procédure (démarche défectueuse de l'acte législative) §.

La Cour Constitutionnelle a signalé que le Pouvoir Législative ne comptait pas avec la souveraineté pleine ou le pouvoir illimité pour réformer la Constitution, de façon qu'il ne pouvait pas remplacer l'une par l'autre. Précisément, les arguments sur le remplacement de la Constitution ont permis à la Cour affirmer sa compétence pour juger si une réforme remplace ou ne remplace pas la Constitution, cela est interdit, et conséquemment, la Cour ne se limite pas à juger les réformes constitutionnelles seulement à cause de vices de procédure, comme celle qu'on pourrait déduire d'une lecture initiale de l'article 241 de la Constitution \*\*.

Par rapport aux charges allégués par les demandeurs, la Court a conclu que la réélection présidentielle pour une seule fois dans la Charte, accompagné d'une loi statutaire pour garantir les droits de l'opposition, était une réforme qui ne remplaçait pas la Constitution de 1991, par contre, elle préservait tous ses éléments essentiels, les piliers immuables qui définissent son identité ††.

‡ Article 197. *Personne peut être élu pour occuper la Présidence de la République pour plus de deux périodes (...) Paragraphe transitoire. La personne qui exerce ou a exercé la Présidence de la République avant l'entrée en vigueur de cet acte législative peut être élu seulement pour un nouvel période présidentiel.*

§ A. Hernández, *Presidencialismo y reelección presidencial en Colombia*, in *Reeleicao presidencial nos sistemas políticos das Américas...*, A. Santano (coord.), *op. cit.*, p. 187.

\*\* Article 241. *À la Cour Constitutionnelle est confié la garde l'intégrité et suprématie de la Constitution dans les termes strictes et précises de cet article. À cet effet, elle accomplira les suivantes attributions : 1. Décider sur les demandes d'inconstitutionnalité promus par les citoyens contre les actes réformatrices de la Constitution, n'importe quel soit son origine seulement pour vice de procédure dans sa formation.*

†† Cour Constitutionnelle, Jugement C-1040 du 19 octobre 2005.

Par rapport aux charges concernant aux vices de fond, la Cour a signalé que c'est interdit pour elle contrôler les réformes constitutionnelles pour son contenu matériel, autrement dit, la Cour n'avait pas compétence pour exercer le contrôle de fond pour juger si la réforme était ou n'était pas contraire à autres dispositions substantives de la Constitution, celui parce que ce n'était pas formulé *«un charge pour remplacement de la Constitution sur lequel la Cour puisse se prononcer»*.

À propos des vices de procédure, la Cour a refusé toutes les charges quand elle a vérifié que la réforme s'est fait de conformité stricte aux démarches établies dans la Constitution et le règlement du Congrès. De cette façon, la Cour Constitutionnelle a déterminé que l'Acte Législative No. 2 de 2004, qui a habilité au Président Alvaro Uribe aspirer à sa réélection immédiate et gouverner entre le 2006-2010, était constitutionnel.

### **Cour Constitutionnelle, Jugement C-141 du 26 février 2010 (Affaire référendum constitutionnel)**

En 2008, il est né un mouvement citoyen pour présenter au Congrès un projet de loi d'initiative populaire pour lequel un référendum constitutionnel – qui permettait un troisième mandat consécutif d'Alvaro Uribe pour le période 2010-2014 – était convoqué. Avec de la controverse publique, le Congrès a donné la Loi No. 1354 du 8 septembre 2009, en convoquant un référendum constitutionnel pour soumettre à considération du peuple un projet de réforme constitutionnelle pour permettre Alvaro Uribe un troisième réélection présidentielle immédiate #.

De conformité avec la Norme Suprême, la loi a été soumise à contrôle automatique de constitutionnalité par la Cour Constitutionnelle. Moyennant le Jugement C-141, elle a déclaré la loi « inconstitutionnel » pour deux raison principales : i) vices de procédure, variés et nombreux, et ii) remplacement constitutionnel pour vulnération de la Constitution dans son essence.

À cet effet, la Cour est parti d'une distinction claire entre le pouvoir constituant et le pouvoir constitué. Ensuite, elle passe à déterminer la compétence de la Cour Constitutionnelle pour l'examen d'une loi de convocation de référendum constitutionnel, en disant que : premièrement, on doit identifier les aspects définitoires de l'identité de la Constitution qui pourraient avoir été remplacés ou arriver à être remplacés ; deuxièmement, il faut analyser l'acte contesté pour interpréter ses conséquences juridiques par rapport aux éléments essentiels de la Constitution antérieurement identifiés. Troisièmement, le contraste entre les premières prémisses et les deuxièmes permettra, en suivant la jurisprudence établie, *«vérifier si la réforme*

#Article 1. L'incise 1 de l'article 197 de la Constitution Politique sera : *«Celui qui a été élu à la Présidence de la République pour deux périodes constitutionnels, pourra être élu seulement pour un autre période »*.

*remplace la Constitution par autre intégralement différent, si elle change un de ses axes définitoires par un élément contraire et si le remplacement fait est permanente ou transitoire §§».*

Dans ce sens-là, la Cour – en suivant sa jurisprudence – a signalé que la violation à l'identité constitutionnelle se produira seulement si la Constitution ou un de ses éléments essentiels étaient remplacés, de tel façon que ce n'était pas possible *«harmoniser la réforme constitutionnelle avec les autres normes constitutionnelles qui n'étaient pas modifiés par elle et qui reflètent aspects clefs de ce qui est irremplaçable, à cet propos le bloc de constitutionalité est spécialement remarquable \*\*\*».*

Par conséquent, la Cour a déterminé que convoquer à un référendum constitutionnelle pour une deuxième réélection du Président de la République était inconstitutionnel, parce qu'il conduirait à l'exercice d'un troisième mandat immédiate, en accumulant un période de 12 années comme Président de la République, celui-là affecterait négativement sur l'équilibre institutionnel par rapport à autres dignitaires des pouvoirs publiques qui se renouvèlent chaque quatre années, également, sur le principe d'alternance dans l'exercice du pouvoir publique et la rénovation du gouvernement démocratique.

Finalement, la Constitution a été reformé nouvellement moyennant Acte Législative No. 02 du 01 juillet 2015, pour retourner à la règle de non-réélection présidentielle de la Constitution de 1991 †††.

## 2.4. Le cas équatorien

Le cas de l'Équateur n'est pas beaucoup différent des cases des autres pays de la région, parce que également depuis de coups d'État, il avait des réélections présidentielles constitutionalisées. Et après le période présidentiel a vaincu, une réélection immédiate a été facilitée pour, finalement, incorporer la réélection présidentielle indéfinie.

En effet, la Constitution de 1998 a disposé que la réélection présidentielle était possible quand un période présidentiel s'est passé †††. Avec ce cadre normative constitutionnel, Rafael Correa a été élu Président en 2006 pour quatre années avec le 57,7% des votes dans la deuxième ronde électorale (ballotage), mais avec un programme de réforme totale de la Constitution, caractérisé par un État de Droits, où les droits à bien vivre, les droits de la nature, la participation populaire, le contrôle citoyen, le pouvoir de contrôle, la transparence et la réélection présidentielle étaient reconnus.

Celui a causé un conflit institutionnel entre le Tribunal Suprême Electoral et un secteur de l'opposition de l'Assemblée Législative, due à l'absence de légalité de la convocation d'un référendum pour appeler à une Assemblée Constituant. Ce secteur de l'opposition était séparé du Parlement, ce qui a aplani le chemin pour la convocation dans l'année 2007 du référendum

§§ Jugement C-1040 du 2005.

\*\*\* *Ibidem.*

††† Article 197. *Le citoyen qui a exercé la Présidence à n'importe quel titre ne pourra pas être élu Président de la République (...). L'interdiction de la réélection pourra être reformé ou abrogé seulement par initiative populaire ou par l'Assemblée Constituant.*

††† Article 98.- [...] *Le Président et le vice-Président de la République pourront être réélus après un période de celui pour lequel ils ont été élus.*

populaire pour convoquer à une Assemblée Constituant, la mémé qui a soumis la Constitution à référendum populaire et qui a été adopté en 2008, en fixant la réélection présidentielle immédiate pour une seule fois <sup>§§§</sup>.

En effet, le Président Correa a été réélu en 2009 jusqu'à 2013 avec 52% des votes en première ronde, et en 2013, avec 57,2% en deuxième ronde. Clairement, l'élection de l'année 2009 était considéré comme la première élection et l'élection de 2013 jusqu'à 2017, la réélection immédiate permis par la Constitution de 2008 <sup>\*\*\*\*</sup>.

Mais, la demande gouvernementale de se prolonger dans le pouvoir ne s'a pas fait attendre et elle a conçu un amendement constitutionnel, lequel est un de mécanismes que la Constitution équatorienne reconnaît pour réformer la Norma Suprême. Ainsi, après la demande de la Présidente de l'Assemblée Nationale et la Représentante de la Fonction Législative, un projet d'amendement a été présenté devant la Cour Constitutionnel.

Entre les sujets abordés par le projet d'amendement, il se trouvait nouvellement la réélection présidentielle, elle se justifiait dans la continuité de politiques publiques pour assurer une stabilité économique, politique et sociale, et dans le droit des citoyens d'élégir à ses autorités comme une manifestation d'un exercice démocratique de son droit.

### **Cour Constitutionnelle de l'Équateur. Opinion N° 001-14-DRC-CC (Affaire Correa)**

L'amendement proposé à la Cour Constitutionnelle proposait la réforme de l'article 144 de la Constitution équatorienne qui permettait la réélection présidentielle pour une seule fois. De façon que, les articles 3 et 5 du projet de réforme constitutionnelle cherchaient éliminer l'expression « pour une seule fois ». Pour défendre cette proposition, il avait deux arguments : i) le droit des citoyens de choisir à ses représentantes, et ii) la non-discrimination contre les personnes qui voulaient être réélus dans un charge publique.

Par rapport au premier point du projet, la Cour Constitutionnel a considéré que dans une démocratie participative c'est au peuple la élection de ses autorités et d'obtenir la confiance de l'électorat sur l'autorité élu, correspond légitiment l'exercice démocratique de sa réélection.

La Cour Constitutionnelle a aussi donné son aval à cet argument en signalant : premièrement que la participation citoyenne est un garantie pour que toutes les personnes puissent exercer le même droit de manière vaste, et deuxièmement que l'État est responsable pour que les droits se garantissent sans aucune discrimination. La Cour conclut en réitérant que la proposition de modification garantie le droit des citoyens à élégir à ses représentantes, sans qu'il existe discrimination vers les personnes qui désirent présenter une candidature à une poste publique

<sup>§§§</sup> Article 144.- [...] La Présidente ou Président de la République restera quatre années dans ses fonctions et pourra être réélu(e) seulement pour une fois [...].

<sup>\*\*\*\*</sup> R. Oyarte, *Reelección presidencial en Ecuador, Reeleicao presidencial nos sistemas políticos das Américas...*, in A. Santano (coord.), *op. cit.*, p. 140.

d'élection populaire pour se réélégir, en respectant ses droits constitutionnels de participation, précisément, le droit à être élu.

Ce tribunal renforce sa position en insistant qu'avec cet amendement, les éléments constitutifs de l'État ou sa structure fondamentale ne sont pas modifiés, car, d'un côté, l'amendement ne prétend pas changer les principes basiques et présumés constitutionnels prévus dans la Constitution.

En ce sens-là, la Cour Constitutionnel décide que la réélection présidentielle non-limité à une seule fois proposé par le projet de amendement constitutionnel est constitutionnel de conformité avec l'article 441, numéral 2 de la Constitution de la République, parce que ces sujets ne modifient pas la structure fondamentale ou le caractère et les éléments constitutifs de l'État, ils ne établissent pas des restrictions aux droits et garanties, et ils ne modifient pas le procédure de réforme de la Constitution.

Après l'Opinion No. 001-14-DRC-CC a été émis, le Congrès de la République a créé la Commission Spécialisée Occasionnelle pour le traitement de la demande de amendement constitutionnel, celle-ci a fait des informes pour le débat dans la plénière. Finalement, le 15 décembre 2015, l'Assemblée Législative a approuvé les 15 amendements, dans lesquels était celle de la réélection présidentielle, cette décision a obtenu 100 votes affirmatifs, 8 négatifs d'opposition, 1 en blanc et 1 abstention.

Cette réforme entrera en vigueur le 24 mai 2017, cependant, par disposition expresse, le Président Correa est interdit de postuler à la réélection du 2017, mais il pourra postuler en 2021. Pourtant, le dernier 13 avril, la Cour Constitutionnelle a prononcé une opinion en approuvant une demande citoyenne de soumettre à référendum l'abrogation de l'empêchement constitutionnel de la réélection présidentielle (Cas No. 0001-16-TC). En conséquence, l'Équateur s'incorpore dans la liste de pays où la réélection indéfinie du Président de la République est consacrée, comme dans Venezuela et Nicaragua.

### 3. Conclusion

C'est évident que les processus démocratiques qui sont actuellement implémentés dans beaucoup de pays émergentes de l'Amérique Latine, après les dictatures militaires sont tombés, sont contaminés par des forces radicales traditionnels, parce que la profonde racine de l'autocratie bat vie chaque fois que la légitimité démocratique traverse des périodes de crise de gouvernabilité.

En conséquence, la modernisation traditionaliste a établi démocraties minimales, où la citoyenneté affirme la légitimité des institutions pour le leadership charismatique du caudillo présidentiel et pas pour le système politique constitutionnel. Pour cela, les *caudillos* appellent

au pouvoir constituant moyennant un référendum populaire ou, à travers de la convocation d'une Assemblée Constituant, ce qui a causé conflits avec l'opposition politique parlementaire et/ou sociale, parfois dehors les institutions constitutionnelles.

Mais, la tension entre le gouvernement et l'opposition est présente aussi dans les procédures devant les Cours et Tribunaux Constitutionnels. Où quelques Cours Constitutionnelles ont été en syntonie avec la volonté du Président de la République et sa demande de réélection présidentielle, comme dans le cas de la Bolivie et l'Équateur, pendant qu'autres Tribunaux Constitutionnels ont fait le contrôle judiciaire de la réélection présidentielle en la rejetant, comme dans le cas du Pérou et de la Colombie.

On peut dire que la justice constitutionnelle a été sous le feu direct du présidentielisme. Pourtant, en démocraties plus institutionnalisées de la Région Andine, la justice constitutionnelle a joué un rôle d'affirmation du processus démocratique, du contrôle du bilan entre pouvoirs et de l'alternance du pouvoir. Pendant qu'en pays de démocraties débiles, la justice constitutionnelle a succombé au présidentielisme, du *caudillismo populare*, plusieurs fois démagogique, pour assurer une vieille maladie latino-américaine : la réélection présidentiel.

## L'IRRISOLTA QUESTIONE DELLA RIFORMA DEL SENATO IN CANADA: DALL' "IMPOSSIBILE" REVISIONE COSTITUZIONALE AL TRUDEAU PLAN

di Rino Casella \*

SOMMARIO: 1. Premessa: la riforma del Senato come costante della storia politica e istituzionale del Canada – 2. L'*Upper House* nel dibattito costitutivo e la peculiarità del suo ruolo tra federalismo e forma di governo parlamentare – 3. Le "anomalie" del Senato canadese – 3.1. La nomina dei Senatori e la *partisan affiliation* – 3.2. I poteri del Senato nel procedimento legislativo ordinario – 3.3. Una Camera non rappresentativa delle Province – 4. I tentativi di riforma – 4.1. I progetti degli anni Sessanta e Settanta: il Senato come effettiva Camera di rappresentanza delle Province – 4.2. Gli anni Ottanta e Novanta: dalla modifica della formula di revisione costituzionale al progetto del «*Triple E-Senate*». Il fallimento degli accordi di Meech Lake e Charlottetown – 4.3. I progetti di riforma del Governo Harper (2006-2014) – 4.4. (*Segue*) la pronuncia della Corte Suprema *Reference re Senate Reform* – 5. Il *Trudeau Plan* e la ricerca di un *non-partisan Senate* – 6. *Mater artium necessitas*: dall' "impossibile" revisione costituzionale ad una possibile autoriforma? In guisa di conclusione.

### 1. Premessa: la riforma del Senato come costante della storia politica e istituzionale del Canada

La riforma del Senato è da tempo uno dei temi centrali del dibattito politico e istituzionale canadese. Fin dalla sua costituzione, infatti, in ragione delle peculiarità che caratterizzano la sua composizione e il suo funzionamento, l'*Upper House* è sempre stata oggetto di forti critiche e contestazioni che hanno dato origine, già subito dopo la nascita della Federazione, a numerose proposte di riforma destinate a porsi costantemente al centro dell'agenda politico-parlamentare, contraddistinguendosi sulla base della diversa finalità e incisività delle soluzioni suggerite †††.

Al riguardo, quasi tutti i progetti sono stati accomunati dalla volontà di trasformare l'istituzione in una vera Camera rappresentativa dei territori chiamata a operare come un'istanza di riflessione e di raccordo con il sistema delle autonomie ovvero di rafforzarne la legittimazione democratica, ridefinendone i poteri legislativi a vantaggio della Camera dei Comuni, ma non sono comunque mancate anche proposte più radicali volte a prevedere la sua abolizione in favore di un assetto di tipo monocamerale, giudicato più funzionale alla dinamica

\* Ricercatore confermato di diritto pubblico comparato – Dipartimento di Scienze politiche, Università di Pisa.

††† Così, per L. Trivelli, *Le bicamérisme, institutions comparées, étude historique, statistique et critique des rapports entre le conseil national et le conseil des États*, Lausanne, Pont frères SA, 1974, p. 90, «Molti canadesi non sono soddisfatti del loro Senato; comparano il suo fallimento nella protezione degli interessi regionali, la natura esclusivamente politica delle nomine, la sua debolezza generale, al potente Senato degli Stati Uniti. (...) Sempre più, è considerato come un'appendice superflua del sistema politico, ancora tollerato nella misura in cui non crei troppi ostacoli». Secondo il *Law Clerk* del Senato Russell Hopkins, «il vulcano della "riforma del Senato" non è mai estinto; ha conosciuto una letargia per un certo tempo, ma potrebbe eruttare di nuovo» (R. Hopkins, *What's Right about the Senate*, in *McGill Law Journal*, vol. 8, n. 3, 1962, 16; secondo R. Jackson e D. Jackson, *Politics in Canada: Culture, Institutes, Behaviour and Public Policy*, Scarborough, Prentice-Hall Canada Inc., 1990, p. 371, la riforma dell'*Upper House* è «ampiamente intesa come una sorta di panacea per ogni genere di male che affligge la società canadese».

del parlamentarismo maggioritario e quindi alla forma di governo del Canada <sup>###</sup>. Tutti i tentativi di riforma, anche se limitati, hanno sempre incontrato forti resistenze politiche e hanno costantemente sollevato obiezioni costituzionali, soprattutto di natura procedurale, legate alla difficoltà di chiarire se le modifiche da essi proposte fossero da ricomprendere tra le materie di esclusiva competenza parlamentare oppure richiedessero anche la complessa approvazione da parte delle Province.

L'iter del progetto presentato nel 2011 dal Governo Harper, destinato a riallacciarsi ad analoghe proposte risalenti alla precedente legislatura, ha incontrato infatti nel 2014 un invalicabile ostacolo in una storica pronuncia della Corte Suprema che ha sancito l'illegittimità costituzionale di ogni riforma volta a modificare l'architettura costituzionale della Camera Alta adottata unilateralmente dal Parlamento federale, ovvero senza il consenso delle Province. Vista l'impossibilità, nell'attuale congiuntura politica e istituzionale canadese, di modificare la Costituzione al fine di procedere alla riforma del Senato, la soluzione adottata dal nuovo Governo di Justin Trudeau vuole rendere la Camera Alta più politicamente indipendente attraverso lo scioglimento del *caucus* del Partito Liberale nella *Red Chamber* e la creazione di un comitato di saggi chiamato ad assicurare una *non-partisan selection* delle candidature senatoriali.

## 2. L'Upper House nel dibattito costituente e la peculiarità del suo ruolo tra federalismo e forma di governo parlamentare

Il Senato canadese è stato istituito nel 1867, anno in cui fu votato dal Parlamento di Westminster <sup>§§§§</sup> il *British North America Act* (BNA), l'atto destinato a sancire la creazione del *Dominion of Canada* e a delinearne l'assetto istituzionale sulla base delle risoluzioni adottate nella Conferenza di Charlottetown (settembre 1864) dai delegati delle Province unite del Canada (composte dall'*Upper* e dal *Lower Canada*, rispettivamente corrispondenti alle odierne Province del Québec e dell'Ontario), del Nuovo Brunswick, della Nuova Scozia e dell'Isola del Principe Edoardo, poi rapidamente approvate nella successiva Conferenza del Québec (ottobre 1864) alla quale parteciparono anche i delegati di Terranova e Labrador <sup>\*\*\*\*</sup>.

La creazione del Senato, inizialmente chiamato dai Padri della Federazione come *Legislative Council*, scaturì dalle lunghe negoziazioni finalizzate ad assicurare il consenso sull'unificazione politica del Canada in seno alle due conferenze dei rappresentanti delle diverse Province. In

<sup>###</sup> Per un'esauriente ricostruzione delle proposte presentate, J. Stilborn, *Senate Reform Proposals in Comparative Perspective*, [BP-316E](#), Parliament Information and Research Service, Library of Parliament, 1992, pp. 5 ss., nonché, molto schematicamente, J.-R. Paré, *Senate Reform in Canada*, [PRB, 09-08E](#), ivi, 17-05-09, pp. 2 ss.. In merito, anche S. Grammond, *Qui peut reformer le sénat canadien?*, in [Revista catalana de droit public](#), 48, 2014, pp. 56 ss..

<sup>§§§§</sup> R. MacGregor, *The Government of Canada*, Toronto, Toronto University Press, 1947, pp. 21-39; T. Groppi, *Canada*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 84 ss.; G. Doria, *In cerca di una normalizzazione. Il Senato canadese alla luce dei modelli comparati del bicameralismo*, in [Federalismi.it](#), n. 23, 2007, pp. 1 ss..

<sup>\*\*\*\*</sup> Il progetto di unificazione si concretizzò in un testo di 147 articoli che nei tre anni seguenti venne sottoposto alle Assemblee provinciali, ottenendo l'approvazione solo da parte di quelle del Canada, del Nuovo Brunswick e della Nuova Scozia. L'art. 147 del BNA disciplinava l'ingresso nel *Dominion* dell'Isola del Principe Edoardo e di Terranova, contrari alla ratifica del progetto: la disposizione trovò applicazione nel 1873 con l'adesione alla Federazione del primo ([Prince Edward Island Terms of Union](#)) e poi nel 1949 della seconda ([Newfoundland Act](#)).

ragione delle diversità presenti tra i territori, soprattutto riguardo l'identità culturale e il profilo socio-demografico, apparve centrale l'esigenza di concordare una soluzione istituzionale che garantisse, a partire dal ruolo e dalla composizione della Camera Alta, un bilanciamento tra la rappresentanza proporzionale (già assicurata dalla *House of Commons*) e quella di tipo paritario, alla base del modello statunitense, ma nettamente avversata dalla comunità francofona, intenzionata a vedersi riconosciuto un peso in maggiore di quello corrispondente alla propria mera consistenza numerica ††††.

L'accordo raggiunto, fondato su un vero e proprio «equilibrio alchimistico» †††† in grado di salvaguardare lo stesso accordo costituente, vide il Senato divenire la Camera rappresentativa non degli enti federati, ma delle *Divisions*, entità meramente geografiche prive di corrispondenza ad un'istituzione territoriale che in alcuni casi coincidevano con le Province e in altri ne costituivano una loro aggregazione §§§§. Tale soluzione era così in grado di neutralizzare le sproporzioni presenti tra le Province Unite e quelle "atlantiche" (o *Maritimes Provinces*: Nuova Scozia, Nuovo Brunswick e Isola del Principe Edoardo), nonché tra la comunità anglofona e quella francofona \*\*\*\*\*.

Così, in base all'ottava delle [72 resolutions](#) adottate in seno alla Conferenza del Québec, il numero di Senatori previsto fu di 24 per ognuna delle tre grandi *Divisions* in cui si articolava la Federazione, ovvero Basso Canada, Alto Canada e le due Province marittime (Nuova Scozia e Nuovo Brunswick) †††††. Il Senato, tuttavia, pur chiamato a garantire la coesistenza dei rappresentanti delle diverse Province e quindi l'equilibrio istituzionale della nuova Federazione, non venne inquadrato esclusivamente nelle dinamiche proprie del federalismo,

†††† In merito, P. Passaglia, *Il Senato canadese: anomalia o originalità?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, pp. 1915 ss.; sulle vicende che hanno portato alla creazione della Federazione canadese, fra tutti, L. Codignola, L. Bruti Liberati, *Storia del Canada. Dalle origini ai nostri giorni*, Milano, Bompiani, 1999, pp. 398 ss..

†††† Cfr., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada, 2005 Student Edition*, Toronto, Thomson, 2005, pp. 47 ss.; P. Passaglia, *Il Senato canadese*, cit., p. 1916. Per T. Groppi, *Canada*, cit., p. 84, «senza le garanzie che il Senato pareva assicurare, soprattutto in termini di rappresentanza delle Province, sarebbe stato difficile, all'epoca del BNA, raggiungere l'accordo che portò alla nascita della Confederazione».

§§§§ L'art. 22 del BNA stabilisce infatti che «Ai fini della costituzione del Senato, il Canada sarà ritenuto consistere di quattro Divisioni».

\*\*\*\*\* Sul punto, P. Passaglia, *Il Senato canadese*, cit., 1916. Sul Senato canadese come caso in cui l'istituzione della seconda Camera federale viene a rispondere all'esigenza di «equilibrare e fungere da collante tra aree territoriali diversamente disegnate per ragioni etniche o economiche», P. Martino, *Seconde camere e rappresentanza politica*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 189.

††††† Tale schema fu modificato già nel 1870 quando furono concessi 2 Senatori alla Provincia del Manitoba ([Manitoba Act](#)), poi elevati, sulla base dei censimenti decennali, a 3 nel 1882 e a 4 nel 1892. L'anno seguente, il [British Columbia Terms of Union](#) assegnò 3 seggi alla Columbia Britannica, mentre nel 1887 i Territori del Nord-Ovest ottennero 2 seggi, poi divenuti 4 nel 1903. L'[Alberta Act](#) e il [Saskatchewan Act](#) (entrambi del 1905) sancirono l'ingresso delle Province dell'Alberta e del Saskatchewan con l'attribuzione di 4 Senatori a ciascuna e la contestuale eliminazione dei 4 seggi riconosciuti ai Territori del Nord-Ovest. Un decennio dopo, il numero complessivo dei membri salì a 96 in quanto il [Constitution Act 1915](#), superando la prassi di assegnare i Senatori alle nuove Province direttamente con gli atti che sancivano il loro ingresso nel *Dominion* (fatto salvo il caso dell'Isola del Principe Edoardo), istituì, simmetricamente alle altre, una quarta *Division*, rappresentata da 24 Senatori divisi in modo paritario tra le quattro grandi Province dell'Ovest (Manitoba, Columbia Britannica, Saskatchewan e Alberta). Nel 1949, il citato [Newfoundland Act](#) assegnò 6 Senatori al Labrador (divenuto Provincia, ma non inserita in una Divisione), mentre il [Constitution Act \(n. 2\) 1975](#) riconobbe 2 Senatori ai Territori del Nord-Ovest e allo Yukon. Infine, la separazione del Territorio Nunavut dai Territori del Nord-Ovest, sancita dal [Nunavut Act](#) del 1993, ha determinato l'attribuzione diretta, da parte di tale atto, di un ulteriore Senatore, così da elevare il totale dei seggi della Camera Alta a 105. Da sottolineare come tutte le Province entrate nella Federazione dopo il 1867 (ad eccezione dell'Isola del Principe Edoardo che però partecipò, com'è stato evidenziato, alla fase costituente) si siano viste assegnare, inizialmente o nel corso del tempo, sempre 6 seggi senatoriali.

ma anche in quelle tipiche della forma di governo, soprattutto alla luce delle modalità adottate per la designazione dei suoi componenti e delle funzioni ad esso riconosciute.

I delegati, eccetto quelli dell'Isola del Principe Edoardo, si dichiararono infatti contrari all'elezione diretta dei membri del *Legislative Council*, invocando l'inutilità di affiancare all'*House of Commons* un'altra Camera elettiva, peraltro non legata al Governo da un rapporto di fiducia, nonché l'esperienza rappresentata dalle seconde Camere provinciali (con l'eccezione di quella dell'Isola del Principe Edoardo, tutte non elettive) e l'insostenibilità economica delle elezioni senatoriali in collegi così ampi #####.

Così, sul modello della *House of Lords* della madrepatria britannica, i Padri della nuova Federazione configurarono il Senato come l'espressione del dualismo sotteso alle diverse fonti di legittimazione del potere sovrano, ma non potendo rappresentare, nel contesto canadese, la componente monarchico-aristocratica, affidarono ad esso il compito di operare come una Camera di impronta conservatrice, chiamata a garantire il bilanciamento dei potenziali eccessi egualitari dell'Assemblea eletta a suffragio universale §§§§§§.

Riguardo la scelta del criterio di nomina dei Senatori, fu deciso di non mutuare il modello del *Senate* statunitense, allora ancora incentrato sull'elezione dei propri membri da parte delle Assemblee legislative statali (e per giunta inserito in un assetto istituzionale che, a causa della guerra di secessione, appariva in profonda crisi), ma al contrario di optare per un sistema assai simile a quello britannico (designazione da parte della Corona su proposta del Governo) che rendeva prevalente la logica politica su quella strettamente territoriale di protezione degli interessi regionali e provinciali.

In altri termini, grazie alla nomina vitalizia dei Senatori da parte del Governatore Generale su indicazione da parte del Primo Ministro, la Camera Alta, più che a garantire gli equilibri tra la Federazione e le Province, veniva chiamata a svolgere un ruolo «moderatore» nei confronti delle «pulsioni popolari» che si temevano potessero essere espresse dalla *House of Commons* in ragione della sua elezione diretta.

La scelta dei costituenti di esaltare il ruolo politico della nuova Assemblea, dotata anche di un significativo «peso decisionale» e non solo di una funzione meramente consultiva, fu decretata dal BNA, chiamato a riflettere in via definitiva gli accordi raggiunti nelle conferenze di Charlottetown e di Québec.

Così, la denominazione della nuova istituzione cambiò da *Legislative Council* in *Senate* e alla sua disciplina venne dedicata la prima parte del testo (artt. 21-36) del [capitolo IV dedicato al legislative power](#), mentre quella relativa alla Camera dei Comuni fu inserita nella seconda.

La configurazione del Senato come una Camera di proprietari ad impronta conservatrice, chiamata a «frenare» sul piano politico-istituzionale la *House of Commons*, fu in particolare

##### Al riguardo P. Passaglia, *Il Senato canadese*, cit., pp. 1918 ss..

§§§§§§ Sul punto, T. Groppi, *Canada*, cit., p. 84. Per I. Ruggiu, *Contro la Camera delle Regioni*, Napoli, Jovene Editore, 2006, p. 224, il Senato veniva a rispondere ad un'esigenza di «estetica istituzionale»: una volta adottata una forma di governo «impostata totalmente sul modello inglese», il Canada doveva riprodurre «in qualche modo» la *House of Lords*. In tale ottica, quindi, la Camera Alta non nasceva con il preciso compito di assicurare la rappresentanza degli interessi delle Province quanto piuttosto di «imitare una struttura istituzionale importata da oltre oceano».

sancita dall'art. 23 del BNA, volto a esplicitare i requisiti per la nomina dei suoi membri. Oltre infatti al possesso della cittadinanza canadese (per nascita o naturalizzazione), al compimento del trentesimo anno di età e alla residenza nella Provincia di designazione, era richiesta una precisa condizione censitaria: la disponibilità di beni di un valore pari ad almeno 4.000 dollari canadesi \*\*\*\*\*.

In merito alle funzioni e i poteri riconosciuti al Senato, il BNA, nel rinviare nel proprio preambolo all'assetto costituzionale britannico incentrato sul "modello Westminster", sanciva l'impossibilità per la Camera Alta di esprimere la sfiducia al Governo, ma nel procedimento legislativo riconosceva ad essa gli stessi poteri della *House of Commons*, fatti salvi i progetti di legge in materia tributaria o di spesa (*money bills*) che dovevano originare solo da quest'ultima in omaggio al tradizionale principio *no taxation without representation* (art. 53). Durante la Conferenza di Londra, il Governo inglese, preoccupato di un eventuale *deadlock* tra le due camere, impose che la nuova Costituzione prevedesse, all'art. 26, la possibilità di ricorso allo *swamping* attraverso la nomina da parte della Corona, su proposta del Governatore Generale, di 3 o 6 nuovi Senatori (numero poi elevato a 4-8 dal *British North America Act*, 1915) in rappresentanza delle *Divisions*.

Così, nonostante le diverse modifiche apportate alla «*Constitution of Canada*» (com'è noto comprendente l'insieme degli atti che si sono succeduti nel tempo a partire dallo stesso BNA, poi divenuto dopo la c.d. *Patriation* del 1982 il *Constitutional Act, 1867*), le norme relative al Senato di Ottawa, sono rimaste in gran parte immutate, visto che le uniche revisioni adottate hanno riguardato da un lato, com'è già stato sottolineato in precedenza, il numero complessivo dei componenti e il "peso" delle diverse *Divisions* e dall'altro l'abolizione nel 1965 del principio del *during good behaviour* sotteso al mandato vitalizio (previsto dall'art. 29 del BNA) attraverso l'introduzione dell'obbligo di ritiro dei Senatori al compimento del 75° anno di età #####.

Posto ciò, la disciplina "a maglie larghe" caratterizzante il BNA ha comunque nel tempo consentito al Senato di evolversi peculiarmente sul piano della composizione e del funzionamento, fino a costituire, alla luce delle molteplici e marcati profili di differenziazione dalle altre Camere Alte presenti negli ordinamenti federali, un *unicum* nello scenario comparatistico #####.

### 3. Le "anomalie" del Senato canadese

In ragione infatti delle scelte originarie dei costituenti canadesi e degli effetti delle successive, seppur limitate, revisioni costituzionali, il Senato di Ottawa si caratterizza per alcune diverse

\*\*\*\*\* Tale somma da tempo non è più indicativa, nel suo ammontare, dell'appartenenza ad una ristretta classe sociale, nonché del tutto ininfluenza sullo *status* economico dei Senatori, posto il riconoscimento dal 1953 di un'indennità a loro favore (cfr., P. Passaglia, *Il Senato canadese*, cit., p. 1922).

##### Cfr., [BNA, 1965 \(14 Eliz. II, c. 4, Parte I\)](#).

##### Al riguardo, per una efficace comparazione, si veda R. L. Watts, *Bicameralism in Federal Parliamentary Systems*, in *Protecting Canadian Democracy. The Senate you never knew*, S. Joyal (ed.), Montreal and Kingston, McGill-Queen's University Press, 2003, pp. 67 ss; Id., *Federal Second Chambers Compared*, in [Federalismi.it, 15, 2006](#), pp. 4 ss., nonché Pesauriente, *A World of Second Chambers. Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism*, J. Luther, P. Passaglia, R. Tarchi (ed.), Milano, Giuffrè, 2006.

«anomalie» §§§§§§§§: un procedimento di nomina dei propri membri che in quanto affidato alla disponibilità di un Governo di lungo periodo può rendere, in caso di alternanza, i due rami del Parlamento politicamente dissonanti; il criterio «inusuale» §§§§§§§§ di riparto dei Senatori in rapporto alle Province, non basato sul ricorso a uno dei modelli adottati negli altri sistemi federali per assicurare la rappresentanza degli enti federati nella Camera Alta; il peculiare ruolo svolto nella dinamica politico-istituzionale canadese, a fronte dell'equiparazione dei suoi poteri a quelli della Camera dei Comuni nel procedimento legislativo ordinario.

### 3.1. La nomina dei Senatori e la *partisan affiliation*

In quanto Camera di fatto nominata dal Governo in carica (sulla base di una convenzione costituzionale che consente al Primo Ministro di proporre i nuovi Senatori al Governatore Generale §§§§§§§§), l'*Upper House* ha assunto una connotazione fortemente partitica. Le nomine senatoriali, infatti, sono sempre state effettuate, nella pressoché totalità dei casi §§§§§§§§, tra i membri del Partito del *Premier* e i Senatori, nonostante la possibilità di un lungo mandato in grado di garantire loro una posizione indipendente, hanno operato politicamente ed espresso il proprio voto sulla base dell'appartenenza a *caucus* chiamati a riflettere i gruppi parlamentari di maggioranza e minoranza presenti alla *House of Commons*. Il numero fisso dei componenti e l'età media dei Senatori al momento della nomina (pari a circa 65 anni §§§§§§§§) consentono un lungo mandato in grado di coprire potenzialmente più di una legislatura, ma non precludono tuttavia ad un Esecutivo, posta la stabilità della forma di Governo canadese nel quadro del regime dell'alternanza tra i due principali partiti e i loro *Leader*, la possibilità di utilizzare l'avvicendamento dei seggi per modificare la composizione politica dell'Assemblea, allineandola a quella della maggioranza presente alla Camera §§§§§§§§.

§§§§§§§§ G. Doria, *In cerca di una normalizzazione*, cit., pp. 6 ss.. Al riguardo, sugli «elementi distorsivi» caratterizzanti il ruolo del Senato all'interno del sistema canadese, A. Mastromarino, *Un senato per le società distinte del Canada*, in *A Trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, a cura di E. Ceccherini, Genova, Genova University Press, 2013, p. 108.

§§§§§§§§ Così, il dossier [Le Camere alte nei Paesi extraeuropei](#), n. 118 predisposto dal servizio studi del Senato della Repubblica, VII Legislatura, marzo 2014, p. 51.

§§§§§§§§ Cfr., A. Heard, *Canadian Constitutional Conventions: the Marriage of Law and Politics*, Toronto, Oxford University Press Canada, 2014<sup>2</sup>, p. 141.

§§§§§§§§ Per D.C. Docherty, *The Canadian Senate: Chamber of Sober Reflection or Loony Cousin Best Not Talked About*, in *The Journal of Legislative Studies*, vol. 8, n. 3, 2002, p. 31, ciò è avvenuto in oltre il 95% dei casi. Per un quadro aggiornato delle nomine senatoriali alla luce della *partisan affiliation*, si veda la relativa [tabella](#) pubblicata sul sito del Parlamento canadese.

§§§§§§§§ Si vedano i dati pubblicati dal Parlamento canadese sulla [pagina](#) relativa all'*average age* dei Senatori attualmente in carica. §§§§§§§§ L'alternanza al governo tra liberali e conservatori, infatti, avviata già nei primi anni e continuata nel periodo compreso tra i due conflitti mondiali, si è mantenuta anche nel secondo dopoguerra. Dopo il predominio liberale tra il 1948 e il 1957, assicurato dal Governo guidato da Louis Saint-Laurent, i conservatori hanno guidato l'Esecutivo con la figura John Diefenbaker fino al 1963, quando si è aperto di nuovo un lungo periodo segnato dalla prevalenza dei liberali con i Governi di Lester Pearson (1963-1968) e di Pierre Trudeau (1968-1979). Quest'ultimo, dopo la breve esperienza del conservatore Joe Clark (1979-1980), è tornato al potere fino al 1984, seguito dal liberale John Turner (1984) e poi dai conservatori Brian Mulroney (1984-1993) e Kim Campbell (1993). I liberali hanno poi riconquistato la maggioranza sotto la guida di Jean Chrétien (1993-2003) e Paul Martin (2003-2006), mentre i conservatori sono ritornati in maggioranza con Stephen Harper (2006-2015). La vittoria del Partito Liberale nel 2015, sotto l'egida di Justin Trudeau, ha avviato un nuovo ciclo, riproponendo così la tradizionale dinamica politica canadese.

Tuttavia, dal momento che, in ragione delle suddette peculiari caratteristiche istituzionali e dell'assoluta limitatezza dello *swamping* previsto dal citato art. 26 del BNA (in grado di elevare il numero dei seggi fino al massimo di 113, con la necessità di riassorbire comunque quelli eccedentari), non tutti i Gabinetti sono in grado di acquisire, all'inizio della legislatura e in breve tempo, il controllo del Senato attraverso un' "inforata" di nuovi membri. In ragione di ciò, può verificarsi che dopo una lunga fase di stabilità politico-governativa, un cambio di maggioranza obblighi il nuovo Esecutivo a fronteggiarsi con un' *Upper House* composta in prevalenza da membri legati ai precedenti Gabinetti che li avevano nominati come strumento di *patronage*, ossia di ricompensa dei propri sostenitori ††††††. La consuetudine degli Esecutivi canadesi di creare una sorta di «riserva» †††††† formata dai seggi resi vacanti nel tempo – ma in un numero tale da non pregiudicare la piena funzionalità dell'organo – consente infatti di preconstituire, spesso nell'imminenza di elezioni generali, una maggioranza destinata ad assicurare per un lungo periodo il controllo politico del Senato ††††††††.

Ciò mette in luce l'anomalia di un Senato a nomina governativa che, a differenza di analoghe Camere Alte (presenti soprattutto nel panorama costituzionale del XIX secolo), in alcuni periodi della storia politico-istituzionale canadese è giunto ad assumere, anche se con intensità diversa, un ruolo oppositivo nei confronti dell'Esecutivo in carica ††††††††.

Così, nella fase compresa tra la nascita della Federazione e gli anni Venti del XX secolo, l'alternanza al potere dei due principali partiti ha generato intermittenti periodi di contrapposizione tra il *Senate* e il Governo, anche se non di particolare intensità: tra il 1873 e il 1878 con l'arrivo al potere dei liberali, tra il 1896 e il 1900, dopo una nuova successione di

†††††† Sul punto, L. Scaffardi, *La revisione del mandato senatoriale in Canada*, in *Composizione e funzioni delle seconde camere. Un'analisi comparativa*, a cura di S. Bonfiglio, Padova, Cedam, 2008, p. 228; K. Swinton, *La forma di Governo, L'ordinamento costituzionale del Canada*, a cura di J. Frémont, A. Lajoie, G. Otis, R. J. Sharpe, R. Simeon, K. Swinton, S. Volterra, Torino, Giappichelli, 1997, p. 133. Sulla prassi di «sbandierare» i seggi lasciati vacanti quali «potenziali premi da elargire», T. Groppi, *Canada*, cit., p. 85.

†††††† P. Passaglia, *Il Senato canadese*, cit., p. 1926.

†††††††† Sul Senato di Ottawa come «vera e propria Camera del Governo di ieri», G. Doria, *In cerca di una normalizzazione*, cit., pp. 13 ss., per il quale è possibile formulare, partendo dal tasso di *turn-over* dei Senatori, un modello capace di predire l'eventuale dissonanza politica della Camera Alta rispetto al Governo in rapporto alla ciclicità dell'alternanza al potere dei due principali partiti (elemento quest'ultimo, com'è stato sottolineato, caratterizzante la dinamica del sistema politico canadese). Così, nell'ipotesi che il Gabinetto in carica sia espressione dello stesso partito dei Governi succedutisi nei 10-15 anni precedenti, il Senato e la Camera dei Comuni saranno politicamente omogenei; se invece, sempre nei 10-15 anni precedenti, i Governi di uno o dell'altro partito sono rimasti in carica per un equivalente periodo di tempo, il risultato ipotizzabile è quello di un Senato politicamente equilibrato (con la tendenza, con cicli di alternanza di 5-6 anni, ad una modesta contrapposizione subito dopo il cambio di maggioranza); infine, quando al potere è un Governo di colore diverso da quello dei Governi succedutisi nei 10-15 anni precedenti, ovvero l'alternanza è caratterizzata – come di frequente accade nelle dinamiche politiche delle democrazie occidentali – da un ciclo più lungo, le due Camere saranno politicamente divergenti e il Senato, almeno fino al passaggio ad una nuova fase di equilibrio assicurata dalle nuove nomine, potrà assumere un ruolo antigovernativo.

†††††††† Il riferimento è alle Camere Alte a nomina governativa presenti negli ordinamenti di diversi Paesi europei del XIX secolo, tra cui, tra le altre, la Camera dei Pari francese dalla Restaurazione alla Monarchia di Luglio (poi *Sénat* nel Secondo Impero), il *Senado* spagnolo tra la Costituzione del 1845 e quella del 1869, la *Herrenhaus* austriaca del 1867 e il Regio Senato italiano, ma non alla *House of Lords*, istituzione che, seppur influenzata dai grandi partiti, nella sua lunga storia si è dimostrata spesso critica nei confronti delle politiche del Governo e in grado, grazie all'elevato numero dei propri componenti e alla propria peculiare composizione (almeno fino al *Life Peerage Act* del 1958 e all'*House of Lords Act* del 1999), di non veder costantemente limitata la propria indipendenza dalla minaccia di inforate di nuovi Pari finalizzate a cambiarne la linea politica. Il ricorso del Governo allo *swamping* al fine di ottenere il consenso della Camera Alta risultò invece evidente nel caso della Camera dei Pari francese, posto il raddoppio dei suoi membri fino al 1830. In merito, G. Doria, *In cerca di una normalizzazione*, cit., pp. 9-10; P. Martino, *Seconde camere e rappresentanza politica*, cit., p. 129.

questi ultimi ai *Tories* e fra il 1911 e il 1913 quando il Partito Conservatore, tornato al Governo, fu chiamato a confrontarsi con una Camera Alta dominata dai liberali ††††††††.

Dagli anni Trenta fino agli Settanta, il predominio politico del Partito Liberale, alla guida del governo del Canada pressoché ininterrottamente, si venne a tradurre in un altrettanto durevole periodo di totale egemonia sul Senato (1941-1990) destinato di fatto in questa fase ad operare come una mera *chambre d'enregistrement* chiamata, sempre più ai margini della dinamica politico-istituzionale, ad avvallare tutte le decisioni dell'Esecutivo. I rapporti di forza interni alla *Red Chamber* vennero solo in minima parte riequilibrati dalle nomine operate durante le parentesi dei Governi conservatori Diefenbaker (1957-1963) e Clark (1979-1980), tanto che Trudeau, una volta tornato al potere, poté facilmente garantire di nuovo al Partito Liberale, un'ampia maggioranza di Senatori, destinata poi a contrapporsi al successivo Gabinetto del conservatore B. Mulroney, vincitore delle elezioni generali del 1984 ††††††††.

Il cambio di maggioranza aprì un periodo di forte contrapposizione tra il Governo conservatore e il Senato largamente liberale, destinato a segnare la dinamica politico-istituzionale canadese fino al 1990. La Camera Alta, infatti, abbandonato il *self restraint* spesso adottato in passato nei momenti di dissonanza politica dalla *House of Commons*, respinse alcuni disegni di legge giudicati dall'Esecutivo particolarmente rilevanti sul piano politico-programmatico, come quelli sui rapporti commerciali con gli Stati Uniti, sulla nuova imposta su beni e servizi o riguardanti il tema dell'aborto ††††††††††.

Al fine di porre fine a tale scontro, il *Premier* Mulroney, decidendo nel 1990 di ricorrere per la prima volta nella storia costituzionale canadese alla possibilità di *swamping* prevista dall'art. 26 del BNA, nominò 8 Senatori aggiuntivi che gli consentirono, grazie anche alla designazione dei seggi resesi vacanti, di assumere il controllo della Camera Alta ††††††††††. Ulteriori nomine effettuate nel 1993, utilizzando la "riserva" dei seggi vacanti, rafforzarono la maggioranza del Partito Conservatore prima dell'arrivo al potere del liberale Chrétien che, a sua volta, al fine di superare i contrasti con il Senato (anche se meno intensi di quelli del decennio precedente),

---

†††††††† In particolare, se nel 1867, al momento della *Royal Proclamation* i due principali partiti disponevano dello stesso numero di seggi, in seguito i conservatori hanno avuto il controllo del Senato fino al 1902, poi tra il 1918 e il 1929 e tra il 1932 e il 1941, mentre i *Liberals* solo tra il 1903 e il 1917 e tra il 1930 e il 1931. In merito, si veda il [dossier](#) del Parlamento canadese, THE SENATE OF CANADA, *A Legislative and Historical Overview of the Senate of Canada*, elaborato dal *Committees and Private Legislation Directorate*, 2001, pp. 12 ss; G. Doria, *In cerca di una normalizzazione*, cit., 15; P. Passaglia, *Il Senato canadese*, cit., p. 1925. †††††††† All'inizio della nuova legislatura, nel 1984, i Senatori liberali erano 76 contro i 24 assegnati ai conservatori. Significativamente, nel 1956 i conservatori disponevano solo di 5 seggi contro i 76 dei liberali e rischiavano di perdere, sotto tale soglia, l'*official status party*, tanto che il Primo Ministro liberale Saint-Laurent procedette a nominare per la prima volta un Senatore conservatore e alcuni indipendenti. Successivamente, anche i Governi Trudeau e Martin hanno scelto Senatori dell'opposizione, in percentuale pari rispettivamente a circa il 10% e il 30% del totale. Sul punto, si veda PARLIAMENT OF CANADA, SENATE, [The Canadian Senate in Focus, 1867-2001](#), *Committees and Private Legislation Directorate*, Ottawa, 2001, p. 7.

†††††††††† Il rigetto del disegno di legge governativo sugli accordi di libero scambio con gli Stati spinse peraltro il Governo Mulroney ad indire le elezioni politiche anticipate nel novembre 1988, destinate poi a confermare al Partito Conservatore la maggioranza dei seggi alla Camera dei Comuni.

†††††††††† L'unico precedente tentativo di applicazione di tale disposizione era stato quello del Primo Ministro MacKenzie nel 1874, richiesta che tuttavia si scontrò con l'allora decisivo rifiuto del Governo di Londra. In merito, M. Dunsmuir, *The Senate: Appointments Under Section 26 of the Constitution Act, 1867*, Library of Parliament Research Paper, 1990.

procedeva a riconquistarne il controllo, mantenuto poi dal Liberale Martin, suo successore al Governo dal 2003 al 2006.

Sia nel 2006 con la vittoria del Conservatore Harper, che nel 2015 con il ritorno al Governo dei *Liberals* guidati da Justin Trudeau, il Senato si è riproposto come «un'istituzione intrinsecamente anticiclica» ††††††††††, ovvero destinata a riflettere costantemente la tendenza che ha segnato il Canada nel precedente ciclo politico. Harper ha proceduto a rovesciare i rapporti di forza tra i due partiti grazie a ben 59 nomine (alcune delle quali operate sulla base delle indicazioni scaturite da elezioni popolari dirette svoltesi nella Provincia dell'Alberta ††††††††††) e nel luglio 2015, nell'imminenza di nuove elezioni generali al termine della legislatura, ha imposto una sorta di “moratoria” sulle nomine dei nuovi Senatori, rifiutandosi apertamente di coprire i 22 seggi ancora vacanti ††††††††††. Trudeau, invece, prima di essere

---

†††††††††† Così, G. Doria, *In cerca di una normalizzazione*, cit., p. 17. Sul Senato canadese come organo «mosso da una forza di inerzia che lo lega alla maggioranza di ieri, al Governo inteso come istituzione e non come forza governante», A. Mastromarino, *Un Senato per le società distinte del Canada*, cit, p. 108.

†††††††††† L'Alberta è l'unica Provincia del Canada a scegliere con elezioni popolari dirette i Senatori da indicare al Governatore Generale per la nomina. Le consultazioni, non vincolanti per il Governo federale, si svolgono sulla base dell'[Alberta's Senatorial Selection Act](#) adottato nel 1987 in virtù degli accordi di Meech Lake stipulati, come sarà sottolineato in seguito, tra l'Esecutivo federale e i governi provinciali con l'obiettivo, tra l'altro, di modificare la modalità di nomina dei Senatori. In seguito al fallimento di tali accordi, nonché di quelli successivi di Charlottetown, il Governo di Ottawa continuò a nominare di propria volontà i Senatori, ma nel 1998, dopo la decisione del Primo Ministro Chrétien di coprire due seggi dell'Alberta senza attendere lo svolgimento delle elezioni, il Governo provinciale modificò il *Senatorial Selection Act* per consentire l'elezione dei Senatori prima che i seggi assegnati alla Provincia divenissero vacanti. Sulla base della nuova disciplina, i Senatori erano eletti per sei anni e nell'eventualità si fosse reso disponibile un seggio, il Governo dell'Alberta poteva richiedere formalmente al Primo Ministro federale di tener conto del risultato della consultazione riguardo la nomina da proporre al Governatore Generale. Tuttavia, solo nel 1990 uno dei Senatori eletti fu nominato su indicazione del *Premier* Mulroney, mentre i successivi Governi liberali si rifiutarono di prendere in considerazione le indicazioni scaturite dalle elezioni senatoriali svoltesi nell'Alberta, in cui peraltro, sia nel 1998 che nel 2004, non si presentò alcun candidato dei *Liberals* e dei *New Democrats*. Nel 2007 e nel 2012 il Primo Ministro Harper, rispettando l'impegno assunto durante la campagna elettorale, propose al Governatore Generale la nomina di due *Senators-in-waiting*, il cui mandato, essendo stati eletti nel 2004, era stato peraltro prolungato dal Governo dell'Alberta oltre la naturale scadenza dei sei anni a causa dello slittamento al 2012 della nuova consultazione. Sul punto, si veda P. Malcolmson, *Reflections on Canada's First Senate "Election"*, in [Canadian Parliamentary Review](#), 3, 1991, pp. 15 ss. Nel 2009, la Provincia del Saskatchewan ha adottato, sul modello della legge dell'Alberta, il *Senate Nominee Selection Act* (ch-S46.46.003), mai promulgato e poi abrogato nel 2013 contestualmente all'adozione di una mozione volta a richiedere l'abolizione del Senato (cfr., J. Graham, *Saskatchewan passes motion calling for Senate abolition, repeals law for electing nominees*, in [The Canadian Press](#), 06-11-2013).

†††††††††† Secondo Harper, il Governo non voleva contribuire a mantenere lo *status quo* di «un Senato non eletto e non riformato», ma riproporre l'urgenza di una sua «ampia riforma» o l'ineluttabilità della sua abolizione (in merito, S. Lambert, *Harper Announces Moratorium On Senate Appointments*, in [The Canadian Press](#), 24-07-15). Già nel dicembre 2014, contro la decisione del *Premier* Harper di lasciare vacanti i seggi del Senato era stato promosso da parte dell'avvocato di Vancouver Aniz Alani un procedimento innanzi alla Corte Federale affinché fosse accertata la sussistenza dell'obbligo a carico del Primo Ministro di suggerire, «in un tempo ragionevole», al Governatore Generale la nomina dei nuovi Senatori dopo l'inizio della vacanza del seggio, ai sensi dell'art. 32 del BNA e sulla base della convenzione costituzionale in base alla quale le nomine avvengono sulla base del parere vincolante del capo dell'Esecutivo. Secondo il richiedente, la moratoria decisa dal Governo era infatti incostituzionale, lasciava sottorappresentate le Province e impediva al Senato di svolgere pienamente il proprio ruolo di Camera di riflessione. Secondo il dipartimento di giustizia, intervenuto a nome del Governo federale, l'azione doveva invece essere rigettata, non solo perché avviata da un soggetto privo della qualità per agire in tale giudizio, ma anche in quanto la Corte era impossibilitata a decidere su una questione riguardante una convenzione costituzionale, nonché del tutto priva di giurisdizione sul ruolo svolto dal Primo Ministro nell'indicazione delle nomine senatoriali da effettuare. La Corte, in [Alani v. Canada \(Prime Minister\)](#), 2015, FC 649 del 21-05-2015, respingeva la richiesta di rigetto avanzata dal Governo, riconoscendo al richiedente la legittimità ad agire e la propria competenza a pronunciarsi riguardo una «decisione», come quella di non coprire i seggi resisi vacanti, adottata sulla base di una convenzione costituzionale. La pronuncia doveva poi essere confermata dalla Corte Federale di Appello in [Alani v. Canada \(Prime Minister\)](#), 2016, FC, 22 del 25-01-16. In merito, si veda A. Alani, *Is it (still) worth making federal case out of unfilled Senate vacancies?* in [Policy Options](#), 05-01-16. Al riguardo, secondo E. MacFarlane, *Senate*

eletto Primo Ministro, ha delineato un piano per rendere più indipendente la Camera Alta senza il ricorso ad una modifica della Costituzione. Il *Trudeau Plan* è risultato così caratterizzato da due fasi destinate a realizzarsi in tempi diversi, ovvero prima e dopo il ritorno del Partito Liberale al governo. La prima è stata segnata dalla decisione adottata da Trudeau nel gennaio 2014 di espellere i membri dal *caucus* liberale della Camera Alta affinché occupassero il seggio senatoriale come indipendenti \*\*\*\*\*; la seconda, avviata dopo la vittoria elettorale del dicembre 2015, ha visto il Governo coprire 7 seggi vacanti con personalità *non-partisan* selezionate dall'*Independent Advisory Board for Senate Appointments*, comitato di “saggi” istituito proprio con lo scopo di avviare un nuovo processo finalizzato a premiare, nella scelta dei nuovi Senatori, più il «merito» che l'appartenenza ad un partito politico †††††††††.

### 3.2. I poteri del Senato nel procedimento legislativo ordinario

La Costituzione attribuisce alle due camere poteri pressoché identici nello svolgimento della funzione legislativa ordinaria e quindi il consenso della *Red Chamber* è altrettanto necessario di quello dell'altro ramo di *Parliament Hill* affinché un progetto di legge possa poi essere definitivamente sottoposto alla sanzione regia. In sostanza, il Senato dispone di un veto assoluto e nel caso non approvi il testo già adottato dalla Camera e si siano esauriti i previsti tentativi di conciliazione volti al raggiungimento di una soluzione di compromesso, il procedimento legislativo deve essere necessariamente interrotto. Dopo la revisione del 1982, nel procedimento ordinario di revisione costituzionale (disciplinato dall'art. 47 del *Constitution Act, 1982* che richiede anche il consenso dei 2/3 delle Assemblee legislative delle Province, rappresentanti almeno la metà della popolazione complessiva del Canada), l'opposizione del Senato può essere invece superata dopo 6 mesi da una seconda deliberazione dell'*House of Commons*.

Il bicameralismo sostanzialmente paritario conosce due eccezioni: una, implicita e derivante dalla natura non elettiva dell'*Upper House*, riguarda, com'è già richiamato, la mancanza di un legame fiduciario con il Governo; l'altra, invece sancita dall'art. 53 del BNA, è rappresentata dai *money bills* che devono essere presentati in prima lettura alla Camera dei Comuni, ma sui quali, per prassi, nonostante le diverse e contrastanti interpretazioni della disposizione costituzionale offerte nel tempo, il Senato esercita il potere di emendamento †††††††††.

---

*Reform: The Good, the Bad and the Unconstitutional*, [ivi, 21-09-15](#), p. 2, la decisione del Primo Ministro di lasciare scoperti un elevato numero di seggi, alterando in modo unilaterale «l'essenziale funzionamento del Senato», si traduce di fatto in un «tentativo incostituzionale di emendare la Costituzione».

\*\*\*\*\* J. Trudeau, *Major Announcement: Ending partisanship and patronage in the Senate*, [in Liberal Party of Canada, 29-01-14](#); C. Spencer, *Justin Trudeau kicks all 32 Liberal Senators out of caucus in bid for reform*, in [National Post, 29-10-14](#).

††††††††† Su cui, *amplius*, si veda il paragrafo 5.

††††††††† Sul punto, D. Pinard, *The Canadian Senate: An Upper House criticized yet conemned to survive unchanged?*, in *A World of Second Chambers*, J. Luther, P. Passaglia, R. Tarchi, (ed.), cit., p. 493; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cit., pp. 268 ss.; P. Passaglia, *Il Senato canadese*, cit., pp. 1927 ss.; sul «bicameralismo paritario senza parità di legittimazione» del Senato di Ottawa, si veda G. Doria, *In cerca di una normalizzazione*, cit., pp. 46 ss.





In effetti, la peculiarità del Senato di Ottawa appare evidente anche rispetto ai modelli di Camera Alta adottati dalla dottrina per tratteggiare la struttura istituzionale del bicameralismo in uno Stato federale, non potendo i suoi componenti essere da un lato considerati, secondo il modello «ambasciatoriale», come i rappresentanti giuridici dei governi Provinciali, né dall'altro, sulla base del modello invece «senatoriale», essere equiparati ai rappresentanti politici delle comunità provinciali\*\*\*\*\*. I Senatori canadesi, infatti, se da un lato non sono soggetti, a differenza dei membri del *Bundesrat* tedesco, a vincolo di mandato, al *recall* e al voto per delegazione, dall'altro, per il fatto di essere direttamente nominati dal Governo di Ottawa, non intrattengono un rapporto di rappresentanza politica con le Province destinato a risolversi in un rapporto di responsabilità ++++++.

In altri termini, i Senatori canadesi, al di là dell'obbligo di residenza nelle Province che sono chiamati a rispettare (art. 23 del BNA), invece di assicurare un effettivo legame con i territori, finiscono per rispecchiare, secondo una tendenza peraltro comune a tutte le Camere federali, la logica politica del sistema partitico #####. Inoltre, il loro procedimento di nomina non consente alla Camera Alta di funzionare come un autentico *forum* delle interessi e delle istanze provinciali, posta anche la costante centralità dei raccordi di tipo intergovernativo (consolidati dalla creazione nel 2003 del *Council of the Federation*) nello sviluppo dell'*executive federalism* canadese §§§§§§§§§§§§§§§§.

---

«minimale» di Camera federale, ovvero «l'Assemblea in cui si esplica una forma di rappresentanza degli enti federati», G. Doria, *In cerca di una normalizzazione*, cit., p. 21; sul concetto di rappresentanza degli enti federati alla luce della necessità di elaborare una «giustificazione federale del bicameralismo», Id., *Bicameralismo e federalismo. Analisi dei modelli di relazione*, Roma, Carocci editore, 2014, pp. 75 ss.. Sul tema si veda anche R. Pelletier, *Le principe fédératif et les institutions fédérales: le Sénat canadien correspond-il au «modèle» d'une Chambre haute dans une fédération?*, in *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 3, 2010, pp. 1 ss.; I. Ciolli, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Napoli, Jovene, 2010, p. 199; Id., *Le seconde camere e la rappresentanza territoriale*, in *Le seconde camere e la rappresentanza territoriale*, a cura di S. Bonfiglio, cit., pp. 157 ss..

\*\*\*\*\* Così, G. Doria, *In cerca di una normalizzazione*, cit., p. 25; su tale distinzione, Id., *The Paradox of Federal Bicameralism*, in *European Diversity and Autonomy Papers* (EDAP), 5, 2006, disponibile sul [sito](#) dell'*Eurac Research*; per una puntuale analisi della genesi dei due modelli istituzionali del bicameralismo federale a partire dalla doppia distinzione fra ciò che viene rappresentato (Governo-Comunità) e il tipo di rappresentanza (giuridica-politica), Id., *Bicameralismo e federalismo*, cit., pp. 76 ss.. che al riguardo inserisce il Senato canadese nel modello senatoriale nonostante il suo peculiare metodo di nomina (catalogato nella tab. 4.1, ivi, 123 come «altro» rispetto all'elezione diretta, a quella indiretta e al sistema di tipo misto). In merito, è necessario sottolineare come l'alternativa tra Camera senatoriale e ambasciatoriale ricalchi sia quella tra «modello Senato» e «modello *Bundesrat*» (elaborata da L. Trivelli, *Le bicamérisme – Institutions comparées – Etude historique, statistique et critique des rapports entre le Conseil National et le Conseil des Etats*, Lausanne, Payot, 1975, p. 38) che quella tra *Bundesrat* e «Camera delle regioni», al centro della riflessione sul bicameralismo sviluppatasi in Italia negli anni Settanta e Ottanta (cfr., G. Doria, *Bicameralismo e federalismo*, cit., pp. 83 ss. e L. Violini, *Bundesrat e Camera delle regioni. Due modelli alternativi a confronto*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 10 ss., ivi citato).

+++++ In particolare, secondo G. Doria, *In cerca di una normalizzazione*, cit., p. 23, il fatto che i Senatori non siano eletti, ma nominati dal Governo centrale, non impedisce in via teorica che possano essere legati alle Province da un rapporto di rappresentanza politica fondato su un rapporto di responsabilità. Tuttavia, dal momento che l'intervento di un organo terzo nella scelta dei rappresentanti, in ragione del carattere «traslativo» della responsabilità, genera un rapporto di rappresentanza politica solo se chi procede alla nomina è a sua volta responsabile nei confronti delle comunità provinciali «separatamente intese» (24) – condizione non presente in Canada in ragione della responsabilità del Governo centrale nei confronti dell'intera collettività nazionale e del carattere centralizzato del sistema partitico – «nei fatti» il Senato di Ottawa non può essere considerato una Camera federale (25).

##### In merito, P. Martino, *Seconde camere e rappresentanza politica*, cit., pp. 186 ss.; G. Doria, *The Paradox of Federal Bicameralism*, cit., p. 27 ss..

§§§§§§§§§§§§§§§§ Per I. Ruggiu, *Contro la Camera delle Regioni*, cit., p. 227, il termine *executive federalism* è da attribuirsi a D.V. Smiley, *An outsider's observations of intergovernmental relations among consenting adults*, in *Consultation or collaboration: intergovernmental relations in Canada today*, R. Simeon (ed.), Toronto, Institute of Public Administration of Canada, 1979, p. 54 che lo definisce come il





poteri effettivi sul modello del *Senate* statunitense, non sono sfociate in alcuna riforma, com'è stato emblematicamente evidenziato dal fallimento tra il 1990 e il 1992 degli ambiziosi accordi di Meech Lake e di Charlottetown.

Nel 2006, alla luce di tali esperienze e della complessità del procedimento di revisione costituzionale, il Governo Harper ha deciso di adottare una diversa e più prudente strategia politico-istituzionale incentrata sull'approvazione di alcune limitate modifiche da far approvare unilateralmente dal Parlamento federale, senza l'intervento delle Province. Tale disegno, riproposto dall'Esecutivo anche nelle successive legislature attraverso la presentazione al Parlamento di una lunga serie di progetti di legge, è stato rigettato dalla Corte Suprema canadese in una storica sentenza nel 2014 che ha sancito l'incostituzionalità di ogni riforma del Senato adottata unilateralmente dal Governo senza il coinvolgimento delle Province previsto dalla procedura ordinaria di revisione.

#### 4.1. I progetti degli anni Sessanta e Settanta: il Senato come effettiva Camera di rappresentanza delle Province

L'esigenza di procedere alla riforma della Camera Alta, soprattutto per consentire una sua maggiore rappresentatività, si evidenziò già subito dopo la costituzione della Federazione.

Nel 1874, infatti, fu presentata una proposta di modifica del BNA finalizzata a consentire ad ogni Provincia di scegliere i propri rappresentanti in seno alla Camera Alta e nel 1906 l'*House of Commons* discusse un progetto di riforma che limitava il mandato dei Senatori a tre legislature, mentre tre anni più tardi un'altra iniziativa fu rivolta a far eleggere per sette anni i due terzi dei seggi dell'Assemblea <sup>#####</sup>. A metà degli anni Venti venne poi presentata la prima proposta di abolizione dell'istituzione, mentre nuovi progetti di riforma furono discussi durante la Conferenza del *Dominion* e delle Province del 1927.

La questione della riforma del Senato venne rilanciata negli anni Sessanta a causa della crescente insoddisfazione manifestata nei confronti del Governo centrale da parte del Québec, sempre più animato da pulsioni autonomiste, e dalle Province occidentali, da tempo contrarie alla concentrazione del potere politico nella parte orientale del Paese e critiche verso le istituzioni di Ottawa, ormai da esse giudicate del tutto incapaci di rispondere alle loro necessità. La Conferenza dei Primi Ministri del 1969 affrontò la questione, concordando sulla necessità di accrescere la partecipazione delle Province nella nomina dei Senatori in modo da rendere la Camera Alta capace sia di esprimere gli interessi degli enti federati che di esercitare «una positiva influenza sull'unità del Canada» <sup>#####</sup>.

<sup>#####</sup> Sul punto, F. L. Seidle, *Senate Reform and the Constitutional Agenda: Conundrum or Solution?*, in *Canadian Constitutionalism: 1791-1991*, J. Aizenstat (ed.), Ottawa, Canadian Study of Parliament Group, 1991, pp. 92 ss..

<sup>#####</sup> Cfr., *The Canadian Senate in Focus, 1867-2001*, cit., p. 6. Sui progetti di riforma del periodo, volti a inquadrare il Senato come «una sorta di mandatario delle Province» e a trasferire la tutela delle loro esigenze dall'ambito delle relazioni interprovinciali e delle conferenze dei Primi Ministri «allo stesso apparato legislativo federale» si veda PARLIAMENT OF CANADA, LIBRARY OF PARLIAMENT, *Reforming The Senate of Canada: Frequently Asked Questions*, n. [2011-83-E](#), 2011, p. 7.



In particolare, i giudici non soltanto stabilirono che il Parlamento non poteva abolire la Camera Alta, né prevedere l'approvazione delle leggi dopo un certo periodo di tempo anche senza il suo consenso, ma risposero negativamente anche alla questione relativa all'introduzione dell'elezione popolare diretta dei Senatori. Riguardo quest'ultimo punto, la Corte Suprema sottolineò infatti come tale modifica implicasse un cambiamento radicale nella struttura del Parlamento canadese, fondato, ai sensi del preambolo del BNA, sugli stessi principi della Costituzione del Regno Unito e quindi, tra l'altro, sulla presenza di una Camera non elettiva chiamata, proprio in ragione della propria indipendenza, a rivedere con imparzialità tutti i provvedimenti adottati dalla Camera bassa. I giudici escludono infatti che il Parlamento potesse modificare in via unilaterale sia i «tratti fondamentali» che le «caratteristiche essenziali» ##### attribuiti all'istituzione per «assicurare la rappresentanza regionale provinciale nel processo legislativo federale» #####.

#### 4.2. Gli anni Ottanta e Novanta: dalla modifica della formula di revisione costituzionale al progetto del «*Triple E-Senate*». Il fallimento degli accordi di Meech Lake e Charlottetown

In seguito, il tema della riforma del Senato venne ad intrecciarsi a quello, da tempo centrale nel dibattito politico-istituzionale, della *Patriation* della Costituzione canadese. Com'è noto, dopo il fallimento, nel corso degli anni Settanta, di tutti i tentativi di raggiungere un accordo, nell'ottobre del 1980 il Governo Trudeau decise di presentare alle camere un progetto di revisione del BNA (avente per oggetto la formula di revisione e l'introduzione di una *Charter of Rights and Freedoms*) da sottoporre poi all'approvazione del Parlamento britannico, posto che la procedura di emendamento di alcune sue disposizioni ancora non rientrava nella competenza di Ottawa.

Il testo, adottato dalle due Camere nell'aprile del 1981 mediante una *resolution* congiunta, ottenne il consenso solo di due Province su dieci (Ontario e New Brunswick) e fu impugnato da altre tre, attraverso il giudizio di *reference*, di fronte alle Corti di Appello e quindi alla Corte Suprema al fine di ottenere una sua pronuncia \*\*\*\*\*. I giudici, chiamati tra l'altro a esprimersi riguardo la necessità di un largo consenso dei Governi provinciali per l'approvazione della revisione, nella sentenza [Resolution to Amend the Constitution](#) del 1981, stabilirono che il progetto governativo era contrario alla consuetudine costituzionale in base alla quale gli emendamenti destinati ad incidere sui diritti e i poteri delle Province richiedono

##### *Ibidem*, p. 77.

##### *Ibidem*, p. 78.

\*\*\*\*\* Sul punto, T. Groppi, *Canada*, cit., p. 37.

il consenso, ma non necessariamente l'unanimità, di un numero «sostanziale» di esse  
 #####.

Nel novembre 1981, un nuovo testo predisposto dal Governo federale ottenne l'approvazione da parte delle Province (ad eccezione del Québec) e, una volta adottato dal Parlamento di Westminster a seguito di una deliberazione di quello di Ottawa, divenne il *Constitutional Act, 1982*, chiamato a consacrare il «rimpatrio» della Costituzione canadese. Tra l'altro, la formula di revisione costituzionale venne a subire significative modifiche (incentrate sulla previsione di una serie di procedure differenziate a seconda dell'oggetto della riforma) che riguardavano, tra l'altro, direttamente il Senato. Il ruolo di quest'ultimo nel processo di revisione risultava sensibilmente ridimensionato dalla partecipazione delle Province e alcuni rilevanti profili della sua disciplina costituzionale rientravano tra le materie alle quali si applicavano procedure diverse #####. Com'è già stato anticipato, l'art. 47 del *Constitutional Act*, riconoscendo all'*Upper House*, esclusi i casi previsti dall'art. 44, solo un veto sospensivo di sei mesi sui disegni di legge di revisione, poneva fine a quella equiparazione di poteri tra le camere che consentiva ai Senatori di impedire, con la propria opposizione, ogni modifica della Costituzione #####.

Sullo sfondo di tali rilevanti modifiche costituzionali, i progetti di riforma elaborati nei primi anni Ottanta furono costantemente caratterizzati da soluzioni in cui il ruolo assunto dal Senato nel procedimento legislativo (nel quadro di meccanismi volti comunque a scongiurare

---

##### Cfr., *Resolution to Amend the Constitution*, [1981], 1 S.C.R., 753, p. 906.

##### Dopo la riforma, infatti, tre dei cinque tipi di procedura previsti, oltre alla deliberazione del Parlamento federale, richiedono anche l'approvazione da parte di un certo numero di Province, variabile a seconda delle norme costituzionali che sono oggetto della revisione. In particolare, la procedura «normale» di revisione, prevista dall'art. 38 *Constitutional Act, 1982*, sancisce l'obbligo di accompagnare le risoluzioni della Camera dei Comuni e del Senato con quelle delle Assemblee legislative di almeno sette Province che rappresentino almeno il 50% della popolazione (e per questo viene definita «*seven-fifty*» o «7/50») e tra le materie a cui viene specificatamente applicata, ai sensi dell'art. 42, rientrano proprio «le competenze del Senato e le modalità di nomina dei Senatori» (lett. *b*), nonché il numero minimo di Senatori da cui una Provincia può essere rappresentata e le condizioni che i Senatori devono rispettare per essere considerati residenti in una Provincia (lett. *c*). L'art. 41 prevede una procedura «superaggravata» (risoluzione del Parlamento di Ottawa e approvazione di tutte le dieci Province) per l'adozione di emendamenti relativi ad un'ulteriore serie di materie (tra l'altro, le competenze della Corona e del Governatore Generale, il principio della rappresentanza proporzionale delle Province in seno alla Camera dei Comuni, la composizione della Corte Suprema e il procedimento di revisione costituzionale), mentre l'art. 43 limita l'efficacia della revisione, approvata dal Parlamento federale, alle Province che si siano espresse in favore della stessa. In base invece al procedimento previsto dall'art. 44, il Parlamento federale può modificare con semplice legge ordinaria le norme costituzionali relative all'Esecutivo federale, al Senato e alla Camera dei Comuni, fatte salve quelle disposizioni per le quali sono espressamente previsti i procedimenti disciplinati dagli artt. 41 e 42. Sulla revisione costituzionale in Canada, F. Lanchester, *La «patriation» della Costituzione canadese: verso un nuovo federalismo?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, pp. 337 ss.; N. Olivetti Rason, *Manutenzione costituzionale: l'esperienza canadese*, in S. Gambino e G. D'Ignazio, *La revisione costituzionale e i suoi limiti tra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 339 ss..

##### Per P. Passaglia, *Il Senato canadese*, cit., p. 1933, dal momento che tale veto assoluto operava come «il surrogato dell'approvazione da parte delle singole Province» (posto che queste ultime non erano chiamate a pronunciarsi), la nuova disciplina sanciva in modo definitivo «l'allontanamento del Senato dalla funzione di rappresentanza delle autonomie territoriali». In altri termini, «l'aver ridotto l'intervento del Senato di Ottawa ad un mero potere di veto sospensivo (oltre tutto, per un periodo abbastanza limitato) rendeva infatti palese (...) l'acquisita estraneità di questa Camera rispetto al *genus* di quelle tipiche degli Stati federali» (ivi, p. 1935).

potenziali conflitti istituzionali tra le due Camere) si veniva ad abbinare alla sua elezione popolare diretta \*\*\*\*\*.

Così, la proposta della *Canada West Foundation* del 1981, prevedeva l'elezione diretta di un egual numero di Senatori in ogni circoscrizione provinciale sulla base di un identico sistema elettorale (secondo la formula del singolo voto trasferibile) e riconosceva all'*Upper House* dei poteri uguali a quelli della Camera riguardo l'attività legislativa ordinaria (esclusa l'iniziativa in materia finanziaria e di bilancio), nonché un veto sulle modifiche costituzionali, su alcune nomine e sull'esercizio di poteri eccezionali da parte della Corona. Il progetto garantiva tuttavia alla *House of Commons* la possibilità di superare a maggioranza qualificata l'eventuale opposizione dell'altro ramo del Parlamento ++++++.

Nel 1984, lo *Special Joint Committee on Senate Reform* (comitato Molgat-Cosgrove), oltre a esprimersi per l'elezione diretta dell'*Upper House* attraverso uno scrutinio maggioritario, con rinnovi parziali ogni tre anni, la sovra-rappresentazione in termini di seggi delle Province più piccole e il divieto di rinnovo del mandato di 9 anni dei Senatori, ripresentò, in ordine ai poteri da riconoscere, la proposta del Governo Trudeau relativa al veto sospensivo di 120 giorni (riconosciuto invece come assoluto per i progetti di legge e le misure riguardanti le lingue ufficiali della Federazione) #####. Significativamente, nel proprio rapporto del 1985, la *Royal Commission on the Economic Union and Development Prospects for Canada* (Commissione Macdonald) ripropose poi tale modello di Senato, anche se con l'indicazione di un meccanismo di elezione dei suoi membri di tipo proporzionale sssssssssssssssssssssssssssss.

Tuttavia, tra tutti i progetti presentati negli anni Ottanta, quello elaborato nel 1985 dal comitato speciale istituito dalla Provincia dell'Alberta finì per caratterizzare il movimento riformatore in modo permanente\*\*\*\*\*. L'idea alla base della proposta, destinata in seguito a porsi al centro del dibattito come «una delle ipotesi di riforma più accreditate»+++++, era quella del «*triple E-Senate*», ovvero di una Camera «*elected*», «*equal*» ed «*effective*» che in ragione della propria diretta legittimazione popolare e della capacità di assicurare un'eguale rappresentanza di ogni Provincia, fosse in grado di esercitare effettivi poteri decisionali #####.

Così, partendo dalle stesse premesse del progetto della *Canada West Foundation*, il comitato raccomandava un'eguale rappresentanza per ogni Provincia, un mandato elettorale pari alla durata di due legislature della Camera, il rinnovo di metà dei seggi coincidente con il turno

\*\*\*\*\* Cfr. J. Stilborn, *Senate Reform Proposals in Comparative Perspective*, cit., pp. 6 ss., nonché *Reforming The Senate of Canada: Frequently Asked Questions*, cit., pp. 8 ss..

+++++ CANADA WEST FOUNDATION, *Regional Representation. The Canadian Partnership*, Calgary, Canada West Foundation, 1981, pp. 94 ss.; A. Hynes, *Electing Senators by the Single Transferable Vote*, in [Canadian Parliamentary Review](#), 1, 2010, p. 41.

##### Cfr., SPECIAL JOINT COMMITTEE ON SENATE REFORM, [Report of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on Senate Reform](#), Ottawa, January 1984.

ssssssssssssssssssssssssssss Cfr., *Report of Royal Commission on the Economic Union and Development Prospects for Canada*, Ottawa, Minister of Supply and Services, 1985, vol. 3, pp. 86 ss..

\*\*\*\*\* Sul punto, L. Scaffardi, *La revisione del mandato senatoriale in Canada*, cit., p. 234.

+++++ P. Passaglia, *Il Senato canadese*, cit., p. 1938.

##### In merito, A. Tremblay, *La réforme de la constitution au Canada*, Montréal, Les éditions Thémis, 1995, p. 148.



quindi, in definitiva, della Camera dei Comuni, numericamente preponderante sul Senato (301 seggi contro appena 62).

Nonostante, il sostegno ricevuto da tutti i Primi Ministri e dai *Leader* dei Territori, gli accordi di Charlottetown furono respinti nel *referendum* indetto nell'ottobre 1992 con il voto contrario della maggioranza della popolazione nella maggioranza delle Province ++++++.

#### 4.3. I progetti di riforma del Governo Harper (2006-2014)

Nel maggio e nel dicembre 2006 il nuovo Governo conservatore Harper, uscito dalle urne privo della maggioranza assoluta dei seggi alla Camera dei Comuni, dando attuazione ai propri impegni elettorali, presentava al Senato due disegni di legge che prevedevano la nomina dei Senatori per un mandato di 8 anni (con la possibilità di una permanenza in carica nel periodo intermedio fino al 75° anno di età) (*bill S-4*) e l'introduzione di elezioni popolari a livello provinciale finalizzate alla loro designazione (*bill C-43*) ++++++. In particolare, mentre quest'ultimo aveva un carattere ordinario ++++++, il *bill S-4* era invece un progetto di legge di revisione che, in quanto attinente solo alla durata del mandato senatoriale (materia non compresa tra quelle previste dall'art. 41), poteva essere sottoposto ad approvazione attraverso il procedimento semplificato previsto dall'art. 44 del *Constitutional Act, 1982*, ovvero senza l'intervento delle Province \*\*\*\*\*.

---

+++++ Cfr., art. 4, *Charlottetown Accord, 1992*. Sui punti dell'accordo riguardanti il Senato, si veda *Reforming The Senate of Canada: Frequently Asked Questions*, cit., 10 e per un'esauritiva tabella comparativa di tutte le proposte di riforma della Camera Alta presentate negli anni Ottanta e Novanta, ivi, 28 e 29. Sul punto, J. Stilborn, *Senate Reform Proposals in Comparative Perspective*, cit., pp. 7 ss.; M. Dunsmuir, *Constitutional Activity from Patriation to Charlottetown*, cit., pp. 18 ss.; P. Passaglia, *Il Senato canadese*, cit., pp. 1938 ss.; S. Grammond, *Qui peut reformer le sénat canadien?*, cit., pp. 58 ss.. Sul fallimento degli accordi di Meech Lake e di Charlottetown, A. Scerbo, *La Costituzione canadese tra principio federale, potere di revisione e spinte alla disgregazione*, in *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, a cura di S. Gambino e G. D'Ignazio, cit., pp. 865 ss..

+++++ Cfr., *Bill S-4, An Act to amend the Constitution act, 1967, (Senate tenure)*, May 30, 2006; *Bill C-43, An Act to provide for consultations with electors on their preferences for appointments to the Senate*, December 13, 2006. In merito, PARÉ, *Senate Reform in Canada*, cit., p. 2.

+++++ Sul punto, C. Mathieu e P. Taillon, *Aux frontières de la modification constitutionnelle: le caractère para-constitutionnel de la réforme du Sénat canadien*, in *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 5, 2013, p. 10, che sottolineano come i progetti di legge (nonché quelli successivi) si differenzino tra loro soprattutto riguardo «il contenuto stesso delle riforme proposte»: da un lato quelli volti a modificare espressamente la durata del mandato dei Senatori secondo la procedura prevista dall'art. 44 del *Constitutional Act, 1982*, dall'altro quelli sulle elezioni «consultative» finalizzate invece a preservare, almeno in apparenza, la tradizionale modalità di nomina dei Senatori e quindi a porre in essere delle riforme, qualificate come «para-costituzionali», in grado di incidere sul funzionamento delle istituzioni senza formalmente modificare la loro disciplina costituzionale. Secondo la definizione elaborata da J. Poirier in riferimento agli accordi intergovernativi una «funzione para-costituzionale designa infatti una funzione che si iscrive al margine o come complemento delle norme costituzionali» così da «aggirare, completare, interpretare, eludere o evitare le norme o la necessità di riforme istituzionali» (cfr., J. Poirier, *Quand le non-droit fait la loi: les ententes entre partenaires fédéraux et l'hypothèse du pluralisme juridique* (disponibile sul *Site collaboratif de recherches sur l'avenir du droit public*, Centre de droit public de l'ULB, Université Libre de Bruxelles, 2007). In merito, viene sottolineato come il ricorso alla legislazione para-costituzionale, sempre più frequente in Canada dopo il fallimento degli accordi di Meech Lake e Charlottetown, presenti tre caratteristiche essenziali: la volontà del legislatore di non intervenire sul testo della Costituzione; il fatto che le modifiche proposte rientrino in una delle materie per le quali è previsto il ricorso alle procedure multilaterali di revisione costituzionale di cui alla parte V del *Constitutional Act, 1982*; l'incertezza relativa agli effetti giuridici prodotti, posto il «contraddittorio» obiettivo perseguito, ovvero lasciare inalterate le norme costituzionali e nel contempo assicurare, con legge ordinaria, un sostanziale cambiamento delle pratiche politico-istituzionali sottese ad esse (ivi, p. 24).

\*\*\*\*\* Su tale approccio «minimale», G. Doria, *In cerca di una normalizzazione*, cit., p. 3.

Alla luce di ciò, i motivi e le finalità della riforma, elencati in sei brevi punti nel *Preamble* anteposto all'articolato del *bill* S-4, assumevano un particolare valore politico-istituzionale #####. Così, venivano sottolineati l'importanza di far evolvere le istituzioni rappresentative del Canada, a partire dal Senato, «di concerto con i principi di una democrazia moderna e le attese dei canadesi», l'impegno assunto dal Governo nell'individuare le soluzioni più idonee a rendere la Camera Alta capace di esprimere i valori democratici e di rispondere in modo efficace ai bisogni delle regioni canadesi e la necessità di conciliare il mandato senatoriale con «i principi di una democrazia moderna». Oltre a ciò, il *Preamble*, richiamate la riforma costituzionale del 1965 che aveva introdotto il limite dei 75 anni per la cessazione del mandato da Senatore e la competenza del Parlamento federale, ai sensi dell'art. 44 del *Constitutional Act, 1982*, in ordine alla modifica delle norme costituzionali riguardanti il Senato, sottolineava come di quest'ultimo dovessero essere conservate le «caratteristiche essenziali» in seno alla democrazia canadese quale «*chamber of independent, sober second thought*» #####.

L'avvio della discussione parlamentare del *bill* S-4 fu caratterizzata dalla Costituzione nel giugno del 2006 di una speciale commissione senatoriale sulla riforma incaricata di valutare i potenziali effetti della revisione sull'istituzione e sui complessivi equilibri costituzionali #####. Nell'ottobre successivo, dopo numerosi audizioni, compresa quella del Primo Ministro, lo *Special Committee* presentò, a maggioranza, il proprio rapporto finale sul disegno di legge in cui giudicò l'introduzione di un limite alla durata del mandato senatoriale come una misura valida a «migliorare» la Camera Alta \*\*\*\*\* e si espresse, sulla base di un'interpretazione formalista della Costituzione, a favore della decisione governativa di procedere alla revisione senza l'intervento delle Province, escludendo altresì la necessità di richiedere il parere della Corte Suprema, in quanto la Costituzione del Canada era «sufficientemente chiara al riguardo» #####.

Al contrario, nel giugno 2007, la Commissione affari legali e costituzionali del Senato, deliberando a maggioranza, non soltanto propose la sospensione dell'esame del progetto di legge fino a quando il Governo non avesse richiesto alla Corte Suprema di pronunciarsi sulla sua costituzionalità (raccomandazione subito accolta dall'aula), ma approvò anche alcuni rilevanti emendamenti al testo. Come indicato nel proprio *report*, la Commissione aveva infatti

---

##### Come richiama L. Scaffardi, *La revisione del mandato senatoriale in Canada*, cit., pp. 235 ss., tali preamboli, seppur privi – secondo la dottrina canadese – di forza di legge, svolgono «l'importante ruolo di chiarire il contesto più generale in cui si inserisce il programma di riforme (...)», nonché le «possibili ambiguità che attengono all'atto sottoposto ad approvazione».

##### Sul punto, *ibidem*, p. 236.

##### Il Senato chiedeva alla commissione di esprimersi non solo sul contenuto del progetto di legge S-4, ma anche sulla mozione dei Senatori Murray e Austin volta a modificare la composizione della Camera Alta a favore di una migliore rappresentanza delle Province occidentali.

\*\*\*\*\* Cfr., SPECIAL SENATE COMMITTEE ON SENATE REFORM, [Report on the Subject-Matter of Bills-4. An act to amend the Constitution Act, 1867 \(senate tenure\)](#), October 2006. In merito, si veda S. Spano, *Bill S-4: An Act to amend the Constitution Act, 1867 (Senate tenure)*, n. [LS540 E](#), Parliamentary Information and Research Service, Library of Parliament, Ottawa, 05-10-2007, p. 1.

##### *Ibidem*. Su tale approccio interpretativo della parte V del *Constitutional Act, 1982*, C. Mathieu e P. Taillon, *Aux frontières de la modification constitutionnelle*, cit., pp. 32 ss..

deciso di sostituire il mandato di 8 anni con uno non rinnovabile di 15 anni in quanto riteneva che solo quest'ultimo, in ragione della propria maggiore durata, avrebbe tutelato il ruolo costituzionale riconosciuto alla Camera Alta dalla Corte Suprema nella richiamata sentenza *Upper House Reference* del 1980.

La possibilità di un rinnovo del mandato, non esplicitamente esclusa dal progetto governativo, avrebbe inoltre aumentato l'influenza del Primo Ministro sui Senatori, limitandone l'indipendenza, mentre la mancata previsione del limite di età anche per i nominati dopo l'entrata in vigore della riforma, oltre a compromettere la qualità dei lavori dell'*Upper House*, sarebbe stata contraria alla revisione del 1965, volta a eliminare il mandato vitalizio.

Riguardo infine la formula scelta per procedere alla revisione, la Commissione riteneva che il Governo e il Parlamento avrebbero dovuto ancora attenersi ai principi-guida fissati dalla sentenza *Upper House Reference* e quindi valutare se l'ampiezza complessiva della riforma fosse compatibile con la portata limitata dell'art. 44 del *Constitutional Act, 1982*. Una volta prese in considerazione le misure connesse non solo al *bill S-4*, ma anche al *bill C-43*, le ripercussioni costituzionali della riforma complessivamente intesa avrebbero infatti modificato i «tratti fondamentali» e le «caratteristiche essenziali» del Senato richiamati dalla Corte Suprema, sollevando così forti preoccupazioni circa la costituzionalità del ricorso alla procedura di revisione prevista dall'art. 44 #####.

Posto ciò, nonostante la volontà politica dell'Esecutivo di assicurare un esito all'iniziativa riformatrice, ribadita pubblicamente dallo stesso Harper attraverso la formula «*change or vanish*» relativa al futuro del Senato #####, alla fine della prima sessione della legislatura l'iter parlamentare di entrambi i progetti di legge risultava ancora bloccato (alla Camera il *bill C-43* non era stato neppure discusso in commissione \*\*\*\*\*). Così, al fine di impedirne la decadenza, il novembre 2007, dopo averlo ufficialmente annunciato attraverso lo [Speech from the Throne](#) all'inizio della nuova sessione, il Governo decise di ripresentare ambedue i progetti alla Camera dei Comuni (denominati, rispettivamente, [bill-C19](#) e [bill C-20](#)#####), introducendo, così come indicato dalla Commissione affari legali e

##### **THE STANDING SENATE COMMITTEE ON LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS**, *Bill S-4, An Act to amend the Constitution Act, 1867 (Senate tenure)*, [Report of the Committee, June 12, 2007](#); S. Spano, *Bill S-4: An Act to amend the Constitution Act, 1867*, cit., p. 4. Sull'inapplicabilità della procedura prevista dall'art. 44 della Costituzione, C.-E Côté, *Modifier la Constitution du Canada sans la modifier? Les limites de la compétence unilatérale fédérale sur le Sénat*, in *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 5, 2013, pp. 83 ss.; sulle caratteristiche essenziali del Senato, S. Joyal, *Conclusion*, in *Protéger la démocratie canadienne: le Sénat en vérité*, Id. (dir.), Montréal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2003, pp. 290 ss.; G. Rémillard, *La réforme du Sénat, le nécessaire retour aux sources*, ivi, pp. 113 ss..

##### Nel settembre 2007, nel corso di un viaggio di Stato in Australia, rivolgendosi al Parlamento di Camberra, Harper affermò: «Quando guardiamo all'Australia, noi canadesi siamo resi da una sorte di “invidia del Senato”. I nostri Senatori, infatti, non sono eletti, ma nominati, e non debbono ritirarsi che all'età di settantacinque anni, dopo aver scaldato i loro scranni perfino per quarantacinque: in una parola, in virtù della natura del nostro sistema, essi non sono responsabili di fronte agli elettori. (...) Ecco perché i canadesi hanno ben chiaro che il nostro Senato, per come esso è fatto oggi, deve o cambiare o – come già accaduto alle antiche camere alte delle nostre Province – svanire» (citato da G. Doria, *In cerca di una normalizzazione*, cit., p. 1).

\*\*\*\*\* In merito, M. Bédard, *Bill C-43 Appointment Consultation Act*, n. [LS 553E](#), Parliamentary Information and Research Service, Library of Parliament, Ottawa, 23 April 2007.

##### *Bill C-19, An Act to amend the Constitution Act, 1867 (Senate tenure)*, November 13, 2007; *Bill C-20, An Act to provide for consultations with electors on their preferences for appointments to the Senate*, November 13, 2007. In merito, S. Spano, *Bill C-*

costituzionali del Senato riguardo il *bill* S-4, la non rinnovabilità del mandato senatoriale  
#####.

Anche questi due progetti di legge, tuttavia, si bloccarono nella prima fase della discussione alla Camera dei Comuni (solo il secondo giunse nel febbraio 2008, prima della seconda lettura, all'esame della commissione legislativa) e decaddero con la fine anticipata della legislatura nel successivo settembre #####.

Il Governo Harper, uscito ancora minoritario dalle elezioni generali, ripresentò nel maggio 2009 il *bill* come [S-7](#) con alcune ulteriori modifiche (permanenza in carica per 8 anni, riconoscimento di un effetto retroattivo alla modifica, decorrenza del mandato dei nominati dopo il 14 ottobre 2008 ed estensione del limite dei 75 anni di età a tutti i Senatori, indipendentemente dalla data della loro nomina), ma la sua discussione non andò oltre la prima lettura. Nel marzo 2010, nel corso della successiva sessione della legislatura, il testo fu ripresentato alla *House of Commons* ([bill C-10](#)), mentre al Senato, nel mese successivo, la parte della riforma relativa alle modalità di selezione dei candidati alla nomina senatoriale divenne l'oggetto del [bill S-8](#) \*\*\*\*\*. Tuttavia, entrambi i progetti di legge conobbero la stessa sorte dei precedenti a causa dello scioglimento anticipato decretato nel marzo 2011.

Nel successivo giugno, dopo aver vinto le elezioni, il Gabinetto Harper riaffermava, attraverso lo [Speech from the Throne](#), che la riforma della Camera Alta, volta a «incoraggiare» le Province ad indire elezioni popolari per la designazione dei Senatori sul modello del *Senatorial Selection Act* dell'Alberta e a ridurre la durata del loro mandato, rappresentava una delle priorità del suo programma. Così, il 21 giugno 2011 il Governo presentava alla Camera il *Senate Reform Act* ([bill C-7](#)) che riproduceva il testo del progetto di legge C-10 (con l'importante eccezione di elevare da 8 a 9 anni la durata del mandato senatoriale) e, nella parte relativa al processo di selezione dei Senatori, quello del *bill* S-8 #####.

---

19: *An Act to amend the Constitution Act, 1867 (Senate tenure)*, n. [LS-580E](#), Parliamentary Information and Research Service, Library of Parliament, Ottawa, November 21, 2007; M. Bédard, *Bill C-20: The Senate Appointment Consultations Act*, n. [LS-553](#), ivi, 13 December 2007.

##### Su tale passaggio, G. Doria, *In cerca di una normalizzazione*, cit., p. 4.

##### Sull'ordine cronologico di presentazione dei progetti di legge, C. Mathieu e P. Taillon, *Aux frontières de la modification constitutionnelle*, cit., p. 7 (nota n. 2).

\*\*\*\*\* S. Spano, *Legislative Summary of Bill C-10: An Act to Amend the Constitution Act, 1867 (Senate term limits)*, n. [40-3-C10-E](#), Parliamentary Information and Research Service, Library of Parliament, Ottawa, 06-10-10; M. Bédard e S. Spano, *Legislative Summary of Bill S-8: The Senatorial Selection Act*, ivi, n. [40-3-S8E](#), May 20, 2010.; C.-E. Côté, *L'inconstitutionnalité du projet d'élections fédérales sénatoriales*, in *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 3, 2010, pp. 81 ss..

##### GOVERNEMENT OF CANADA, [Harper Government Introduces the Senate Reform Act](#), Ottawa, June 21, 2011. In merito, S. Spano, *Legislative Summary of Bill C-7: An Act respecting the selection of Senators and amending the Constitution Act, 1867 in respect of Senate term limits*, n. [41-1-C7E](#), ivi, 27-06-2011; D. Gros, *La réforme du Sénat canadien*, cit., pp. 1730 ss.. Sulle soluzioni proposte dai diversi progetti di legge relativi alle elezioni per la designazione dei Senatori, nonché sulla necessità di giustificare il dispositivo previsto dal *bill C-7* attraverso «acrobazie, piroette e creatività intellettuale», posto il **«paradosso di una riforma destinata ad operare profondi cambiamenti nell'assetto e nel ruolo della Camera Alta, senza però modificare il testo della Costituzione, si vedano** C. Mathieu e P. Taillon, *Aux frontières de la modification constitutionnelle*, cit., rispettivamente p. 17 (nota n. 27) e p. 48. Sui «cambiamenti fortemente significativi» apportati alla disciplina costituzionale del Senato dal progetto di legge, si veda J. D. Whyte, *The Federal Senate Proposals*, cit., p. 51 e per una valutazione dei potenziali effetti della trasformazione dell'*Upper House* in un'Assemblea elettiva sulle due fondamentali convenzioni costituzionali (nomina dei Senatori da parte del Governatore Generale su proposta del Primo Ministro e subordinazione del ruolo svolto dal Senato in ambito legislativo a quello della Camera dei Comuni), si rinvia a F. Gélinas e L. Sirota, *Constitutional Conventions*

Tuttavia, il *Premier* del Québec Jean Charest chiedeva, il 1° maggio 2012 #####, alla Corte di Appello della Provincia di esprimersi sulla costituzionalità del disegno di legge e, in relazione a ciò, in un clima di diffusa ostilità verso la Camera Alta, alimentata da un grave scandalo che aveva coinvolto alcuni suoi membri #####, il Primo Ministro Harper si rivolgeva il 1° febbraio 2013 alla *Supreme Court* per ottenere un giudizio di *reference* sulla riforma \*\*\*\*\*. Mentre il sostegno all'abolizione *tout court* dell'istituzione andava crescendo nell'opinione pubblica e nel mondo politico canadesi #####, la Corte si pronunciava il 25 aprile 2014 ([Reference re Senate Reform](#) #####) nel senso non auspicato dallo stesso Harper, dichiarando l'incostituzionalità di una riforma dell'*Upper House* adottata in modo unilaterale dal Governo e dal Parlamento federale, ovvero senza il coinvolgimento delle Province #####.

---

*and Senate Reform*, ivi, pp. 107 ss.. Sull'incostituzionalità dell'elezione dei *Senate nominees*, anche D. Sarro, *Two Paths to Senate Reform*, ivi, pp. 125 ss..

##### Cfr., *Décret 346-2012, Renvoi à la Cour d'appel du Québec relativement au projet de réforme du Sénat*, (2012) 144 G.O. II, 2277. In merito, P. J. Carver, *Whose Senate is it anyway?*, in [Constitutional Forum / Forum constitutionnel](#), 2, 2013, p. 2.

##### Lo scandalo, i cui riflessi politico-giudiziari al momento peraltro appaiono tutt'altro che esauriti, era iniziato alla fine del 2012 una volta emerso che quattro Senatori, tre dei quali nominati dal Primo Ministro Harper, avevano richiesto all'amministrazione del Senato dei rimborsi spese in modo poco trasparente, se non addirittura fraudolento. Per una ricostruzione della vicenda, si veda *A timeline of the Senate expenses scandal*, in [The Record](#), 20-05-16.

\*\*\*\*\* Cfr., *Décret C.P.*, 2013-70, 01-02-2013.

##### In effetti, secondo un [sondaggio](#) condotto dall'*Angus Reid Institute*, nel novembre 2013 il 50% dei canadesi era favorevole all'abolizione del Senato, il 43% sosteneva la necessità di una sua riforma e solo il 7% riteneva che l'istituzione dovesse essere lasciata com'era. In un'analoga [rilevazione](#) effettuata nel febbraio 2013, i favorevoli all'elezione dei Senatori erano il 67% del totale, mentre la percentuale dei sostenitori di una consultazione nazionale sul futuro della Camera Alta risultava pari addirittura al 73%. Nel maggio successivo, inoltre, il rappresentante del Governo nel Senato (e *Leader* del *caucus* conservatore) Marjory LeBreton sostenne la necessità di abolire la Camera Alta nell'ipotesi non potesse essere riformata, mentre successivamente il Ministro Maxime Bernier, facendo eco al suo collega Jim Flaherty, sostenitore dell'abolizione, si dichiarò a favore di un *referendum* popolare sul futuro dell'Assemblea, posizione quest'ultima peraltro sostenuta pure dai socialdemocratici del *National Democratic Party* (NDP), allora principale partito di opposizione (cfr., D. Gros, *La réforme du Sénat canadien: considérations politiques et constitutionnelles*, in *Revue du droit public*, 6, 2014, pp. 1725-1726). Nel febbraio 2013, anche Kathleen Wynne, *Premier* dell'Ontario, Provincia favorevole, al pari della Columbia Britannica e del Manitoba, più all'abolizione del Senato piuttosto che all'avvio di un lungo negoziato con il Governo federale sulla sua riforma, espresse il proprio sostegno alla consultazione (cfr., B. Hepburn, *Kathleen Wynne and the drive to abolish the Senate*, in [TheStar.com](#), 14-02-13). Inoltre, come già ricordato, la Provincia del Saskatchewan approvò nel novembre 2013 una mozione volta a richiedere l'abolizione dell'*Upper House* (su cui, tra gli altri, B. Wall, *Il est temps d'envisager l'abolition du Sénat*, in *Revue parlementaire canadienne*, 4, 2013, pp. 6-9).

##### Cfr., *Reference re Senate Reform*, 2014, CSC 32.

##### Il Governo chiedeva alla Corte di esprimersi su sei «*reference questions*»: la costituzionalità della riduzione del mandato senatoriale (a 8, 9 o 10 anni); le modalità di consultazione delle Province sulla riforma; l'introduzione di elezioni popolari per la designazione dei Senatori; la possibilità di abolire il requisito della condizione censitaria stabilito dalla Costituzione per la nomina a Senatore; l'applicabilità della formula di revisione costituzionale generale nell'ipotesi di abolizione della Camera Alta; la necessità di richiedere, in quest'ultimo caso, l'unanimità delle Province (cfr., *Harper government asks Supreme Court to rule on legality of Senate reform*, in [National Post](#), 01-02-13 SCC 32). In merito, si vedano C.-E. Côté, *Modifier la Constitution du Canada sans la modifier?*, cit., 85 e S. Spano, *The Supreme Court of Canada and the Senate*, n. 2013-93-E, Parliamentary Information and Research Service, Library of Parliament, Ottawa, November 6, 2013; G. Carnevale, *Le elezioni della House of Commons canadese del 19 ottobre 2015: un ritorno al passato*, in [Federalismi.it](#), 21, 2015, pp. 7-8. In particolare, la Corte di appello del Québec nella sua pronuncia del 24 ottobre 2013 *Projet de loi fédéral relatif au Sénat*, (Re) (2013 [QCCA 1807](#)) aveva ritenuto che l'elezione consultativa per la nomina dei Senatori fosse da considerarsi come una modifica della Costituzione da adottarsi con il consenso delle Province e che la riduzione del mandato senatoriale non potesse essere approvata dal Parlamento federale solo sulla base dell'art. 44 del *Constitutional Act, 1982* (sul punto, S. Grammond, *Qui peut reformer le sénat canadien?*, cit., pp. 60 ss.).



popolare e di una legittimità democratica» † era da considerarsi come una modifica dell'architettura costituzionale adottata senza una formale modifica della Carta e quindi destinata ad alterare «la natura e il ruolo fondamentale del Senato come «Camera legislativa complementare chiamata ad una riflessione indipendente, equilibrata e attenta» ‡. In altri termini, i giudici ritenevano i rischi sottesi all'introduzione delle elezioni consultative equivalenti a quelli connessi all'elezione del Senato a suffragio universale, soluzione, quest'ultima, già rigettata dai Costituenti al fine di sottrarre i membri della Camera Alta al processo elettorale in cui erano coinvolti i Deputati, da loro giudicato un'«arena politica faziosa» finalizzata solo al mero raggiungimento di «obiettivi politici di corto termine» §.

Inoltre, la *Supreme Court* argomentava l'incostituzionalità del meccanismo delle elezioni consultive sulla base del riferimento all'art. 42 (1) (b) della Costituzione in cui viene fatto riferimento al «modo di selezione» dei Senatori e non solo, così come invece sostenuto dal Governo, al mero atto della loro nomina da parte del Governatore Generale \*\*. In altri termini, secondo i giudici, il *Constitutional Act, 1982* tutelava «tutto il processo di “selezione” dei Senatori» †† e quindi per la sua modifica doveva necessariamente essere adottato il procedimento ordinario di revisione, caratterizzato, com'è noto, dall'intervento delle Province.

Riguardo la proposta del Governo federale di ridurre la durata del mandato dei Senatori in virtù dell'art. 44 della Costituzione, la Corte sottolineava come quest'ultimo, in quanto costituiva un'eccezione alla procedura ordinaria prevista dall'art. 38 del *Constitutional Act, 1982*, avesse una portata limitata e quindi fosse applicabile soltanto a modifiche costituzionali minori e non a quelle – come nel caso della riforma proposta dal Gabinetto Harper – destinate a modificare la natura e il ruolo del Senato. Tale revisione, seppur non espressamente prevista dall'art. 42 della Carta, richiedeva quindi il consenso di un minimo di sette Province corrispondenti ad almeno la metà della popolazione.

Secondo i giudici, inoltre, l'abolizione del Senato, in ragione degli effetti che avrebbe prodotto sulla formula stessa di revisione costituzionale (adottata nel 1982 dando per acquisito il carattere bicamerale del Parlamento federale) ††, non poteva essere adottata, come richiesto dal Governo, con la procedura normale prevista dall'art. 42, bensì con quella “superaggravata” ex art. 41 e quindi attraverso la deliberazione di tutte le Province §§.

Infine, la Corte, astenendosi dal valutarne «l'opportunità», giudicava ammissibile il ricorso all'art. 44 per l'abrogazione dell'ormai desueto requisito patrimoniale richiesto dalla Costituzione per la nomina a Senatore, ma riteneva obbligatorio il consenso alla riforma da

† *Ibidem*, par. 63.

‡ *Ibidem*, par. 52.

§ *Ibidem*, par. 57.

\*\* Per S. Grammond, *Qui peut réformer le sénat canadien?*, cit., p. 62, in questo passaggio il ragionamento della Corte viene «curiosamente» a fondarsi «su un argomento puramente letterale».

†† Cfr., *Reference re Senate Reform*, par. 65.

‡‡ *Ibidem*, par. 107 e 110.

§§ Sul punto, D. Gros, *La réforme du Sénat canadien*, cit., pp. 1749 ss.; in merito, anche K. Glover, *Complexity and Amending Formula*, in *Constitutional forum*, 2, 2015, pp. 9 ss..

parte del Québec, posta la peculiare articolazione di questa Provincia in Divisioni senatoriali permanenti \*\*\*.

## 5. Il *Trudeau Plan* e la ricerca di un *non partisan Senate*

La necessità di ridefinire il ruolo del Senato nel sistema bicamerale canadese senza il ricorso al procedimento di revisione costituzionale ha sollecitato la ricerca di nuove soluzioni volte ad una sua, anche parziale, riforma.

Così, nell'ottobre 2015, un cospicuo gruppo di Senatori *Tories*, liberali e indipendenti ha dedicato al tema della «*modernization*» della Camera Alta alcune *working sessions*, poi sfociate nella presentazione di 11 «raccomandazioni» volte a rinnovare la fiducia dei cittadini canadesi verso di essa: tra le altre, chiarire i compiti e il ruolo dell'Assemblea, rinnovare l'attenzione pubblica sull'attività svolta dalle sue Commissioni in quanto più incisiva rispetto a quella svolta dagli omologhi *Committees* della *House of Commons*, rendere elettivo il suo *Speaker* e trasmettere per televisione le sue sedute ††.

L'obiettivo di «rendere il Senato più efficace nel quadro costituzionale esistente», è anche quello individuato dalla [mozione](#) adottata l'11 dicembre 2015 dalla Camera Alta con cui è stato istituito lo speciale *Senate Modernization Committee*, composto da 15 Senatori e chiamato ad indicare all'Aula entro il giugno 2016 le possibili opzioni per «modernizzare» l'*Upper House*. Il Comitato, tuttavia, ha iniziato i propri lavori solo nel febbraio 2016 dopo l'elezione di un *Chairman* e non ha quindi ancora presentato il rapporto conclusivo sulla propria attività, fino ad oggi prevalentemente incentrata sulle audizioni di esperti, docenti universitari e funzionari.

Pressoché contestualmente, dopo aver sciolto nel 2014 il *caucus* dei liberali nel Senato e aver inserito l'impegno a superare la natura *partisan* di quest'ultimo tra i punti qualificanti del proprio [programma](#) per le elezioni politiche dell'ottobre 2015, Justin Trudeau, una volta assunta la guida del Governo, ha avviato una riforma, non legata alla revisione della Costituzione, per la predisposizione di un nuovo processo, basato sul merito e non sull'affiliazione politica, volto a consigliare il Primo Ministro nella scelta dei Senatori da nominare †††.

Con il [decreto PC 2016-0011](#) del 19 gennaio 2016, presentato dal Ministro per le istituzioni democratiche Maryan Monsef, è stato infatti istituito l'*Independent Advisory Board for Senate Appointments* (IABSA), un organismo indipendente chiamato a formulare delle

\*\*\* I Senatori *québécois* sono infatti tenuti ad avere la propria residenza e la prevista qualifica censitaria in ciascuna delle 24 circoscrizioni permanenti della Provincia in cui vengono nominati. Così, dal momento che in base all'art. 43 del *Constitutional Act, 1982* le disposizioni costituzionali riguardanti una Provincia in particolare debbono essere modificate solo con il consenso della Provincia stessa, il requisito previsto dall'art. 23 del BNA non può essere abrogato, secondo la Corte, senza l'assenso dello stesso Québec. Per S. Grammond, *Qui peut reformer le sénat canadien?*, cit., p. 63, il ragionamento dei giudici, una volta applicato all'art. 22 del BNA sull'articolazione in Divisioni senatoriali del Québec, finisce per riconoscere a quest'ultimo un veto su ogni riforma del Senato incentrata sulla riduzione del numero dei seggi attribuiti ad ogni Provincia. Si veda anche D. Gros, *La réforme du Sénat canadien*, cit., p. 1733.

†† Cfr., LIBERAL SENATE FORUM, [Working Sessions on Senate Modernization Report, 11-12-15](#).

††† Come sottolinea S. Dion, *Time for Boldness on Senate Reform, Time for the Trudeau Plan*, in [Constitutional Forum Constitutionnel, 2, 2015](#), p. 61, tra le tre opzioni disponibili, ovvero trasformare il Senato in una Camera elettiva, abolirla o renderla più indipendente, quest'ultima, adottata dal Governo di Justin Trudeau, appare l'unica «realistica» in quanto in grado di riformare la Camera Alta nel modo «più significativo» dalla nascita della Confederazione.

raccomandazioni non vincolanti al Primo Ministro riguardo le nomine dei Senatori <sup>§§§</sup>. Il *Board* è composto da tre membri permanenti federali (di cui uno nominato presidente) e da due membri *ad hoc* provenienti da ciascuna delle Province in cui il seggio senatoriale è vacante, nominati in qualità di «consiglieri speciali del Primo Ministro» sulla base di un diverso mandato. I primi, infatti, in carica per due anni, sono chiamati ad esprimersi su tutti i seggi vacanti, mentre i secondi, nominati per un anno, partecipano solo alle deliberazioni sulle nomine relative alla loro Provincia o al loro Territorio <sup>\*\*\*\*</sup>.

Sulla base di ciò, all'inizio del 2016 è stata avviata una fase transitoria finalizzata alla formulazione delle prime raccomandazioni da parte del Comitato in vista della nomina di cinque Senatori chiamati a coprire i due seggi vacanti dell'Ontario, i due del Manitoba e quello del Québec, posta sempre la facoltà del Primo Ministro di nominare comunque un numero superiore di Senatori a fronte dell'elevato numero di seggi senatoriali scoperti <sup>†††</sup>.

Una volta concluso tale processo, è prevista l'adozione di un procedimento permanente di selezione «aperta» destinata a consentire ai cittadini la presentazione della propria candidatura alla Camera Alta. Il 18 marzo 2016, raccogliendo le indicazioni del Comitato (che aveva al riguardo definito un *pool* di 25 candidature), il Primo Ministro Trudeau ha [annunciato](#) la nomina – poi ufficializzata il successivo 12 aprile – di sette nuovi Senatori chiamati a coprire, come indipendenti, i seggi relativi alle Province dell'Ontario, del Québec e del Manitoba <sup>###</sup>.

Tali nomine – le prime dopo ben tre anni – non hanno coinvolto Ministri dei precedenti Gabinetti liberali, né candidati sconfitti nelle elezioni politiche, consiglieri del Primo Ministro, membri dell'apparato organizzativo o finanziatori del *Liberal Party*, ma al contrario personalità

<sup>§§§</sup> Sulla similarità dell'IABSA con l'*House of Lords Appointment Commission*, (HOLAC) insediata nel Regno Unito nel 2000 e composta da 7 membri, in parte delegati dei principali partiti e personalità indipendenti, chiamati a proporre al *Premier* i nomi dei Pari a vita indipendenti e vaglia le nomine dei Pari a vita di nomina politica), si veda l'audizione del 12 aprile 2016 della Prof.ssa Meg Russell, di fronte al citato *Special Committee on Senate Modernization* (cfr, *Meg Russell gives evidence to Canadian Senate on Senate reform*, in [The Constitution Unit, 12-04-16](#) e in PARLIAMENT OF CANADA, *Proceedings of the Special Senate Committee on Senate Modernization, Issue n. 2 - Minutes of Proceedings - April 12, 2016*). Da sottolineare come il 2 agosto 2016, il Governo Trudeau, abbia [annunciato](#) l'avvio di un nuovo processo di nomina dei giudici della Corte Suprema «trasparente, inclusivo e responsabile», istituendo al riguardo l'*Independent Advisory Board for Supreme Court of Canada Judicial Appointments*, organismo chiamato a raccomandare le candidature più qualificate a tale ufficio.

<sup>\*\*\*\*</sup> Tuttavia, al momento della costituzione del Comitato, la permanenza in carica dei membri federali, al fine di scaglionare i relativi mandati, è stata differenziata in 30 mesi per il presidente e in 24 e 12 mesi per gli altri due membri. Al riguardo, le nomine dei [membri del Board](#), presentate nel gennaio 2016 dal Governo Trudeau come l'espressione di una *non partisan selection* in quanto operate tra *civil servants*, accademici ed esponenti della società civile, non sono state riconosciute come tali dal Partito Conservatore. In particolare, la presidenza del Comitato è stata assegnata a Huguette Labelle, *ex* Governatore dell'Università di Ottawa, mentre sono stati nominati, come altri membri federali permanenti, il Rettore dell'Università dell'Alberta e il Preside della Facoltà di diritto dell'Università McGill. La componente provinciale del Comitato è risultata invece composta, per l'Ontario, da un *ex* Procuratore Generale e dalla Presidente dell'Associazione delle donne autoctone canadesi, quella per il Québec da una campionessa olimpica e da un medico psichiatra e quella relativa al Manitoba dall'*ex* Presidente dell'Associazione filantropica *Centraide Winnipeg*, nonché da una musicista indipendente.

<sup>†††</sup> Le tre Province sono state invitate dal Governo federale alla selezione delle candidature in quanto hanno da tempo il maggior numero di seggi vacanti in Senato. Il Primo Ministro della Colombia Britannica Christy Clark ha invece [rifiutato](#) di partecipare, giudicando il nuovo processo come un'iniziativa destinata solo a legittimare un'istituzione non elettiva in cui da tempo la sua Provincia risulta fortemente sotto-rappresentata.

<sup>###</sup> Il Senato di Ottawa è risultato così composto da 42 conservatori, 26 *ex* liberali e, alla luce delle nuove nomine da 20 indipendenti, mentre il numero dei seggi vacanti è sceso a 17.

politicamente indipendenti <sup>§§§§</sup>. In particolare, il [rapporto](#) presentato dal comitato al Primo Ministro il 31 marzo 2016, ai sensi dell'art. 13 del mandato, ha consentito di evidenziare il *modus operandi* adottato dal Comitato nella fase transitoria per selezionare le personalità più idonee in grado di coprire i seggi senatoriali vacanti. Così, come annunciato in un [Comunicato](#) del 29 gennaio 2016, è stata preliminarmente lanciata una consultazione rivolta a tutte quelle organizzazioni capaci di indicare, grazie ad appositi formulari, «i migliori candidati» sulla base delle loro personali «competenze, conoscenze ed esperienze» <sup>\*\*\*\*</sup>. Nella fase transitoria, solo le candidature sostenute da un'organizzazione sono state accettate, mentre la presentazione di quelle individuali, potenzialmente aperte a tutti i cittadini canadesi, è stata invece rinviata alla fase permanente, programmata per la primavera 2016.

Riguardo lo svolgimento del processo di selezione, il Rapporto pone in evidenza come il Comitato, sostenuto dal *Privy Council Office*, si sia riunito più volte (anche in teleconferenza) per esaminare le 284 candidature pervenute, verificandone l'ammissibilità non solo in riferimento ai requisiti richiesti dalla Costituzione (età compresa tra i 30 e i 75 anni, cittadinanza canadese, valore netto del patrimonio non superiore ai 4.000 dollari canadesi, residenza nella Provincia del seggio senatoriale vacante), ma anche ad alcuni criteri *merit-based* stabiliti direttamente dal Governo.

Così, i candidati hanno dovuto dimostrare al *Board* di esser capaci di assicurare in seno al Senato l'equilibrio nella rappresentanza dei sessi, la tutela dei popoli autoctoni, la protezione delle minoranze linguistico-culturali, di saper contribuire ai lavori dell'Assemblea da una posizione di imparzialità, nonché di possedere una «solida conoscenza» del processo legislativo e della Costituzione canadese in modo da comprendere e valorizzare il peculiare ruolo riconosciuto al Senato in quanto «*body of sober second thought*» e Camera rappresentativa delle Province e delle minoranze.

Oltre a ciò, sono state richieste qualità personali «eccezionali» soprattutto riguardo il rispetto dei principi e delle norme «della «vita pubblica, dell'etica e dell'integrità» e la capacità di poter contribuire all'intera attività del Senato, trattando anche tematiche non comprese nell'ambito delle proprie competenze professionali. Proprio riguardo al peculiare ruolo politico e istituzionale dell'*Upper House*, ai candidati è stato richiesto un profilo corrispondente ad almeno uno dei criteri espressamente richiamati dal Comitato: un'elevata e consolidata esperienza raggiunta sia a livello federale che provinciale riguardo il processo legislativo e la funzione

<sup>§§§§</sup> Così, sono stati [nominati](#) Peter Harder (Ontario), già *civil servant* e più volte vice-Ministro, incaricato dal Primo Ministro di svolgere le funzioni di «Rappresentante del Governo nel Senato» (chiamato dopo il 2014 a sostituire la figura, presente nel *Cabinet* fin dalla nascita della Federazione, di «*Leader del Governo nel Senato*»); Murray Sinclair (Manitoba), giudice aborigeno ed ex Presidente della *Truth and Reconciliation Commission*; Chantal Peticlerc (Québec), campionessa paraolimpica; Raymonde Gagné (Manitoba) già Rettore dell'Università di Saint-Boniface; Frances Lankin (Ontario), in precedenza Direttore generale di *Centraide Toronto*, nonché Ministro; Ratna Omidvar (Ontario), impegnata sul fronte dell'immigrazione, del multiculturalismo, dell'integrazione e della tutela delle minoranze; André Pratte (Québec), giornalista e co-fondatore di un *think-tank* sul federalismo.

<sup>\*\*\*\*</sup> Così, sono stati invitati ad esprimere le proprie indicazioni «gli organismi, le associazioni e le istituzioni senza finalità di lucro, le strutture finalizzate alla promozione dell'eguaglianza tra i sessi, alla tutela dei popoli nativi, delle comunità linguistiche, minoritarie ed etniche, le Camere di commercio, le organizzazioni professionali, sindacali, sportive o svolgenti attività in ambito artistico, spirituale o rivolte alla tutela dell'ambiente, nonché i Collegi e le Università».

pubblica; un lungo e riconosciuto servizio reso ad una comunità (compresa quella di appartenenza); l'acquisizione di una posizione di indiscussa *leadership* e il conseguimento di risultati eccezionali nel proprio ambito professionale o settore di competenza.

Il 7 luglio 2016, il Ministro Monsef in un [comunicato stampa](#) ha annunciato ufficialmente l'avvio della fase permanente del processo indipendente di nomina dei Senatori, garantendo così a tutti i cittadini la possibilità di presentare la propria candidatura sulla base degli stessi requisiti e criteri stabiliti per quella transitoria. Al riguardo, sono stati nominati otto nuovi membri provinciali del Comitato chiamati a rappresentare ciascuna delle quattro Province non ancora coinvolte nel processo di selezione (Columbia Britannica, Nuovo Brunswick, Nuova Scozia e Isola del Principe Edoardo) e destinate a veder scadere il mandato di almeno un proprio Senatore nel corso della fase permanente ††††. Nella stessa data, il comitato ha [annunciato](#) il lancio di un nuovo sito *web* in grado di consentire a tutti i cittadini la presentazione *on-line* della propria candidatura per la nomina ad un seggio senatoriale.

## 6. *Mater artium necessitas*: dall' "impossibile" revisione costituzionale ad una possibile auto-riforma? In guisa di conclusione.

In un [sondaggio](#) dell'*Angus Reid Institute* condotto nel maggio 2016, ben il 64% dei canadesi ha espresso il proprio scetticismo riguardo la possibilità che il Senato di Ottawa, in quanto «*too damaged*», possa riguadagnare la fiducia del Paese sul piano politico e istituzionale e solo il 6% di essi ha giudicato non necessaria una riforma della Camera Alta (opzione invece caldeggiata dal 55% dei cittadini), mentre il rimanente 39% si è addirittura espresso per la sua radicale abolizione anche a costo di una «battaglia costituzionale».

Il giudizio ostile dell'opinione pubblica canadese verso l'*Upper House*, inaspritosi dopo lo scandalo che ha coinvolto negli ultimi anni alcuni dei suoi componenti, mantiene vivo il dibattito politico e accademico sull'opportunità di una profonda riforma che superi le sue carenze (mancanza di legittimazione democratica e scarsa rappresentatività delle Province) e ne ridefinisca conseguentemente i poteri (soprattutto nel procedimento legislativo) ††††.

Tuttavia, l'esito fallimentare di tutti i tentativi di riforma degli ultimi decenni, nonché i limiti imposti dalla pronuncia della Corte Suprema del 2014, hanno reso al momento politicamente "impossibile" ogni iniziativa volta ad avviare nuovamente il processo di revisione costituzionale. Del resto, l'eccessiva complessità di quest'ultimo e la difficoltà di individuare un punto di equilibrio tra le diverse Province in grado di assecondare soprattutto le

†††† Nell'agosto 2016 il numero complessivo dei seggi senatoriali resisi vacanti è salito a 20 (6 dell'Ontario e del Québec, 2 del Manitoba, del Nuovo Brunswick e della Nuova Scozia e 1 della Colombia Britannica e dell'Isola del Principe Edoardo).

†††† Per una valutazione critica, alla luce dei loro potenziali effetti, dei diversi tipi di riforma del Senato che sono stati proposti, si vedano le considerazioni di Doria, *In cerca di una normalizzazione*, cit., 54 ss., sulla necessità di ricercare solo quelle soluzioni capaci di impedire la «cronica situazione di minoranza» in cui l'Esecutivo canadese è destinato a trovarsi nella *Red Chamber*, l'inutilità di ogni tentativo di intervento sulla «natura federale» dell'Assemblea e l'importanza di accompagnare l'aumento della legittimità democratica di quest'ultima ad una diminuzione dei poteri da essa finora esercitati al fine di evitare una sua pericolosa involuzione politico-istituzionale, giudicata in grado di stravolgere il funzionamento del sistema parlamentare canadese imperniato sul "modello Westminster".

rivendicazioni di quelle occidentali (favorevoli, com'è noto ad una Camera Alta elettiva e dotata di incisivi poteri), non consentono al momento di prefigurare un'iniziativa del Governo finalizzata ad imporre unilateralmente alle Province un nuovo progetto di riforma, né la ripresa di negoziati costituzionali in grado di assicurare un accordo sulla sua adozione §§§§§.

Anche l'abolizione *tout court* del Senato a favore di una soluzione monocamerale appare di fatto irrealizzabile visto che, da un lato, impone di raccogliere il consenso unanime da parte delle Province e, all'altro, non può essere sottoposta ad una consultazione referendaria pan-canadese abbinata alle elezioni federali. In quest'ultima ipotesi, infatti, sussiste il rischio che l'esito negativo anche in una sola Provincia comporti l'opposizione della sua Assemblea legislativa all'intero processo riformatore e quindi l'apertura di un'ulteriore frattura politica e istituzionale all'interno della Federazione \*\*\*\*\*.

L'attuale stallo di tali iniziative pare tuttavia non precludere l'adozione di significativi riforme di natura non costituzionale, in grado di operare il rinnovamento sul piano politico e istituzionale dell'*Upper House*. Ciò è dimostrato, *in primis*, dal *Trudeau Plan* che ha introdotto un inedito meccanismo di selezione di candidati alla nomina di Senatore incentrato sulla valutazione dell'*Independent Advisory Board for Senate Appointments*, organismo costituito, com'è noto, in via amministrativa all'interno del *Privy Council Office*. La presenza di una crescente componente di Senatori indipendenti, in grado di impedire ad un solo gruppo parlamentare di orientare l'intera attività legislativa dell'Assemblea in funzione delle politiche governative, può potenzialmente ridefinire il ruolo della Camera Alta, quale autentica *non partisan institution*, all'interno del sistema politico canadese †††††.

Oltre a ciò, anche le *working sessions* organizzate nel 2015, nonché l'attività del *Senate Modernization Committee* denotano la volontà di una parte significativa dei componenti del Senato, di procedere verso l'adozione di alcune riforme che, seppur non mirate alla modifica della disciplina costituzionale dell'Assemblea, possono tuttavia incidere su aspetti non

---

§§§§§ Sulla riforma del Senato come «un altro dei dilemmi nei quali si dibatte il federalismo canadese», già T. Groppi, *Canada*, cit., p. 86.

\*\*\*\*\* Così S. Grammond, *Qui peut reformer le sénat canadien?*, cit., pp. 64 ss. per il quale la ripresa del processo riformatore esige da parte della classe politica canadese «una buona dose di coraggio, di pazienza e di umiltà». Efficace, al riguardo, anche il giudizio espresso già nel 2013 da Brad Wall, *Premier* del Saskatchewan: «abolizione difficile, riforma impossibile, *status quo* inaccettabile» (citato da L. Trimble, *Status quo Unacceptable; Senate Reform Possible; Abolition by Stealth Anti-Democratic*, in [Constitutional forum, 2, 2015](#)).

††††† Emblematica, al riguardo, la discussione del disegno di legge governativo relativo alla disciplina della «morte medicalmente assistita» svoltasi nel giugno 2016 (*bill* C-14) nel corso della quale, dopo un approfondito e vivace dibattito, sono stati presentati da parte di alcuni Senatori indipendenti dell'area liberale due emendamenti non sostenuti dal Governo che l'aula ha poi in parte adottato. Nonostante il voto contrario a tali modifiche da parte della Camera dei Comuni e il permanere della tensione tra il Governo e i Senatori indipendenti, il Senato ha in seguito comunque assicurato l'approvazione definitiva del disegno di legge nei tempi previsti (cfr., A. Wherry, *C-14 shows the Senate merely doing its job*, in [CBS News, 19-06-16](#)). Contrario ad una completa trasformazione del Senato in una Camera composta solo di *Independents*, A. Heard, *The Senate's Role in Reviewing Bills from the House of Commons*, cit., 9, secondo cui sussiste il rischio che molti di essi, in assenza di un *caucus* parlamentare di riferimento, si dimostrino non adeguatamente preparati ad esprimersi con il necessario equilibrio sulle diverse e complesse questioni sottoposte abitualmente all'Assemblea; né capaci di garantire la trasparenza del dibattito politico.

secondari della sua attività politica e istituzionale, consentendole di guadagnare di nuovo il sostegno dei cittadini canadesi #####.

In tale direzione, anche una riforma del regolamento parlamentare relativa agli *standard* di condotta dei Senatori e ad alcuni passaggi del procedimento legislativo consentirebbe infatti alla Camera Alta di esprimere il proprio fondamentale carattere senza violare i limiti imposti dalla Corte Suprema. Tali misure potrebbero assicurare la «riabilitazione» §§§§§§ della *Red Chamber* presso l'opinione pubblica canadese, introducendo nuove regole per combattere l'assenteismo che cronicamente contraddistingue le sue sedute e per fissare elevati parametri deontologici in base ai quali sospendere o addirittura rimuovere quei suoi membri che abbiano discredito il profilo dell'istituzione con la loro condotta personale oppure a causa di un insanabile conflitto di interesse.

Un Senato «rin vigorito» \*\*\*\*\* , in quanto resosi promotore della sua stessa riforma, sarebbe inoltre chiamato ad intervenire sulle proprie regole interne anche per ridurre quei poteri che ne caratterizzano la posizione nel processo legislativo in relazione alla Camera dei Comuni.

Così, l'introduzione di alcune modifiche alle *Senate Rules* finalizzate, tra le altre, a migliorare l'esercizio del potere di emendamento, a ridurre al minimo la fase di disaccordo delle Camere nell'approvazione di un testo di legge ed a superare le pratiche che consentono ai Senatori di dilatare intenzionalmente i tempi di discussione prima della chiusura della sessione (il già richiamato *indirect veto*), consentirebbe all'*Upper House*, come indicato dalla stessa *Senate Reform Reference*, di operare pienamente quale «*complementary legislative chamber of sober second thought*» †††††.

Alla luce di ciò, il Senato può quindi trasformarsi in un' autentica «*House of Review*» ##### chiamata non a competere con l'altro ramo di *Parliament Hill*, ma a migliorare in modo costruttivo la qualità dei disegni di legge da esso adottati e a moderare le politiche governative che ne contraddistinguono in modo prevalente l'attività, ponendosi così come un originale esempio di Camera non elettiva in grado di garantire l'equilibrio dei poteri in una matura forma di governo maggioritaria §§§§§§.

---

#### Sul superamento di quella imperante «ortodossia» che sancisce la necessaria contestualità di tutti gli interventi di riforma del Senato, B. Hicks, *Placing Future Senate Reform in Context*, in [Constitutional Forum, 2, 2015](#), 18 ss.. Invece, per una «riforma progressiva» dell'*Upper House*, S. Stilborn, *Senate Reform: An Incremental Option*, in [Canadian Parliamentary Review, 3, 2015](#).

§§§§§ A. Heard, *Tapping the Potential of Senate-Driven Reform*, cit., p. 52.

\*\*\*\*\* *Ibidem*.

††††† Sull'opportunità di perseguire *self-reforms*, limitate, ma «innovative e audaci», emersa dalla conferenza *Time for Boldness on Senate Reform*, organizzata dall'*University of Alberta's Centre for Constitutional Studies* il 13 e 14 marzo 2015, nel XXX anniversario del citato *Report of Alberta's Select Special Committee* (a cui è stato dedicato un numero speciale del *Constitutional forum*), si vedano M. Burton e S. Patten, *A Time for Boldness? Exploring the Space for Senate Reform*, [ivi](#), pp. 1 ss.; A. Dodek, *Addressing the Senate's "Triple-Deficit": The Senate as Driver of its own Reform*, [ivi](#), pp. 39 ss..

##### Cfr., P. G. Thomas, *Modernizing the Senate: Moving from a House of Political Parties to a House of Review?*, [relazione](#) allo *Special Committee on Senate Modernization*, 13-04-16.

§§§§§§ A. Heard, *Tapping the Potential of Senate-Driven Reform*, cit., pp. 49 ss.. Sulla necessità di un simile «equilibrio differenziato» L. Scaffardi, *La revisione del mandato senatoriale in Canada*, cit., p. 238. Sull'esperienza del Canada intesa come un autentico «laboratorio costituzionale», G. Rolla, *L'ordinamento costituzionale del Canada: un laboratorio in continua evoluzione*, in, *A trent'anni dalla Patriation canadese*, a cura di E. Ceccherini, cit., pp. 16 ss..

The aim of this paper is to explain the development of the proposals for reform of the Canadian Senate, a second Chamber that appears quite different from most of the second Chambers in federal systems because it is modelled on the British House of Lords and its primary function is not to represent the provincial interests into the Federation. Reform of the Upper House has been an issue for much of Canadian history and the various proposals debated over the years have concerned the appointment mechanism, the popular election of senators, the length of senators' terms and its legislative power. After the failure of the constitutional reform attempts of the 1980s and 1990s and the recent advisory opinion rendered by the Supreme Court of Canada as to which constitutional amending procedure is applicable to the reform of the Senate, the proposals focused on reforms that did not require constitutional amendments. In December 2015 the new Prime Minister Justin Trudeau has adopted a non-constitutional reform based on the establishment of a non-partisan senatorial appointment process and in March 2016, seven new senators, selected under this procedure, were appointed.

#### ANTEPRIMA/ABSTRACT

Il tema della riforma del Senato è da sempre centrale nel dibattito politico e istituzionale canadese. Fin dalla sua costituzione, infatti, in ragione delle peculiarità che caratterizzano la sua composizione e il suo funzionamento, l'*Upper House* è stata costantemente oggetto di numerose proposte di riforma che si sono caratterizzate per la diversità delle soluzioni suggerite. I progetti presentati hanno infatti proposto da un lato di trasformare il Senato in una vera Camera rappresentativa dei territori chiamata a operare come un'istanza di riflessione, dall'altro di rafforzare la sua legittimazione democratica e di ridefinire i suoi poteri legislativi a vantaggio della Camera dei Comuni. Non sono comunque mancate anche proposte più radicali volte a prevedere semplicemente l'abolizione della Camera Alta in favore di un assetto di tipo monocamerale, giudicato più funzionale alla dinamica della forma di governo del Canada. Sebbene tutti i tentativi di riforma, anche se limitati, abbiano sempre sollevato resistenze politiche e obiezioni costituzionali, quello avviato su iniziativa del Primo Ministro Harper si è scontrato con i limiti imposti dalla storica pronuncia della Corte Suprema canadese del 2014 che ha sancito l'illegittimità costituzionale di ogni riforma del Senato adottata dal Parlamento federale senza il consenso delle Province. La soluzione invece recentemente adottata dal nuovo *Premier* Justin Trudeau si limita a rendere più politicamente indipendente l'Assemblea attraverso lo scioglimento del *caucus* del Partito Liberale nella *Red Chamber* e la creazione di un comitato di saggi chiamato ad assicurare una *non-partisan selection* delle candidature senatoriali.

## CONSIDERAZIONI SULL'INDIRIZZO POLITICO IN OCCASIONE DELLA RIPUBBLICAZIONE DEL SAGGIO DI VEZIO CRISAFULLI

di Ylenia Maria Citino \*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La generazione dei giovani costituzionalisti degli anni Trenta e l'eterodossia metodologica nello studio dell'indirizzo politico. – 3. La rilevanza giuridica del "politico" nel nuovo panorama del diritto pubblico italiano. – 4. Il pensiero di Crisafulli fra teoria esistenziale e teoria normativa. – 5. Una rapida contestualizzazione con riguardo all'ordinamento fascista. – 6. Il dibattito sull'attualità della teoria giuridica di Crisafulli.

### 1. Premessa

Il tema dell'indirizzo politico non perde mai di attrattiva agli occhi del giurista, che se ne continua ad interessare con rinnovata attenzione alla luce degli sviluppi nell'ordinamento e dei nuovi equilibri che nel corso di decenni si sono potuti instaurare nei rapporti fra i poteri dello Stato \*\*\*\*\*. Ne è prova la riedizione di "Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico", uno scritto appena precedente la seconda guerra mondiale e fino a ieri di non agevole reperimento ++++++. Esso fa da contraltare alla ripubblicazione dell'opera di un altro autore, il Mortati #####, che con il suo "L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano" nel 1931 aveva tratteggiato i primi profili della tematica, senza tuttavia farne oggetto di una trattazione esclusiva.

Riaffiorano, dunque, su pagine non più ingiallite dal tempo, i termini di un'antica diatriba fra nozione normativa e nozione esistenziale §§§§§§§§, ciascuna variamente finalizzata alla comprensione di quella particolare attività di individuazione dei fini politici dello Stato. L'attualità del tema non è da sottovalutare, se si considera la proposta di modifica dell'art. 55

---

\* Dottoranda di ricerca in Governo e Istituzioni – Dipartimento di scienze politiche, Università di Roma Tre.

\*\*\*\*\* Di recente, per esempio, R. Nania, *Indirizzo politico e accordi di coalizione nel funzionamento della forma di Governo*, in *La riflessione scientifica di Pier Alberto Capotosti sulla forma di Governo, Atti del convegno, Roma 19 marzo 2015*, a cura di G. Amato, F. Lanchester, Milano, Giuffrè, 2015, p. 29 e ss.; Id., *Prime considerazioni sulla "funzione di Governo" come "funzione di indirizzo"*, in *Annuario 2001, Il Governo. Atti del 16° Convegno annuale, Palermo, 8-9-10 novembre 2001*, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Padova, Cedam, 2002, p. 295 e ss. Più tecnico il saggio di R. Dickmann, *Il rapporto tra le Camere "entranti" e il governo "uscente" all'inizio della legislatura. Il potere parlamentare di indirizzo politico ad "acta singula"*, in *Federalismi.it*, 2013, 10, p. 8. Cfr. ancora G. Rivosecchi, *Regolamenti parlamentari del 1971, indirizzo politico e questione di fiducia: un'opinione dissenziente*, in *Costituzionalismo.it*, 2008, 3, p. 11. Si consideri anche la nota di M. Dogliani, *Indirizzo politico*, in *Dig. dir. pubbl.*, VIII, Torino, Utet, 1993, p. 244 e ss. e Id., *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1985, *passim*. L'ampia letteratura in tema di indirizzo politico verrà riprodotta in prosieguo, per motivi espositivi.

+++++ Cfr. V. Crisafulli, *Prima e dopo la Costituzione*, con premessa di F. Modugno e intr. di M. Dogliani e G. Silvestri, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 3 e ss.

##### Cfr. C. Mortati, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Roma, 1931), rist. inalterata con pref. di E. Cheli, Milano, Giuffrè, 2000. Inoltre, per una ricostruzione del pensiero dell'Autore si vedano M. Galizia, *Forme di Stato e forme di Governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 2007; M. Brigaglia, *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 2006; F. Lanchester, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia, P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1990, p. 195, ma anche, *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di F. Lanchester, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1989, in part. p. 89.

§§§§§§§§ Riportata nei suoi termini essenziali da T. Martines, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 134-171, ma soprattutto p. 145 e ss.

della Costituzione \*\*\*\*\* nel quadro di una più radicale revisione costituzionale non ancora conclusasi al momento in cui si scrive ++++++, che affiderebbe la titolarità dell'indirizzo politico all'esercizio congiunto del Governo e della sola Camera dei Deputati (questo, giusta l'abolizione del bicameralismo perfetto) #####.

Ne discende che una perdurante insidiosità caratterizza il concetto di indirizzo politico, rendendone complicata la trattazione a causa dell'intersecarsi di terreni pre-normativi e pre-giuridici, sociologici, filosofici, ma anche, evidentemente, politici, nella constatazione, oramai, di quella tendenza al cd. abbandono del metodo giuridico §§§§§§§§. L'alto tasso di "politicalità" si lega con l'irrinunciabile dimensione esecutiva della teoria sull'indirizzo politico, che spesso ha fatto storcere il naso ai costituzionalisti più inflessibili, intesi a non cadere in discorsi innegabilmente prossimi alla scienza del diritto amministrativo \*\*\*\*\*.

---

\*\*\*\*\* Il cui testo, ai sensi dell'art.1 del ddl. di cui appresso in nota, sarebbe in caso di approvazione sostituito dal seguente: «Art. 55. – Il Parlamento si compone della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Le leggi che stabiliscono le modalità di elezione delle Camere promuovono l'equilibrio tra donne e uomini nella rappresentanza. Ciascun membro della Camera dei deputati rappresenta la Nazione. *La Camera dei deputati è titolare del rapporto di fiducia con il Governo ed esercita la funzione di indirizzo politico* [il corsivo è mio, ndr.], la funzione legislativa e quella di controllo dell'operato del Governo. Il Senato della Repubblica rappresenta le istituzioni territoriali ed esercita funzioni di raccordo tra lo Stato, gli altri enti costitutivi della Repubblica e l'Unione europea. Partecipa alle decisioni dirette alla formazione e all'attuazione degli atti normativi e delle politiche dell'Unione europea. Valuta le politiche pubbliche e l'attività delle pubbliche amministrazioni e verifica l'impatto delle politiche dell'Unione europea sui territori. Concorre ad esprimere pareri sulle nomine di competenza del Governo nei casi previsti dalla legge e a verificare l'attuazione delle leggi dello Stato. Il Parlamento si riunisce in seduta comune dei membri delle due Camere nei soli casi stabiliti dalla Costituzione». Sul tema v. il recente contributo di M. Luciani, *Funzione di controllo e riforma del Senato*, in *Rivista AIC*, 2016, 1, in part. p. 3.

+++++ Si vd. il ddl S. 1429-D presentato al Senato della Repubblica il 15 aprile 2014 e recante "Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione", trasmesso in terza lettura alla Camera dei Deputati il 21 gennaio 2016 e approvato definitivamente in seconda deliberazione con la maggioranza assoluta dei componenti il 12 aprile 2016. Il testo della riforma costituzionale è stato pubblicato in G.U. n. 88 del 15 aprile 2016 ma la sua entrata in vigore è, al momento in cui si scrive, condizionata dall'esito della celebrazione del referendum confermativo.

##### Per Mortati, invece, non sarebbe concepibile una titolarità congiunta dell'indirizzo politico: diversa e separata è l'attività di Governo che periodicamente determina i propri fini rispetto all'attività legislativa, condizionata dalla prima. Poiché l'attività di Governo serve ad enucleare il fine dello Stato, essa si pone in posizione preminente rispetto a tutte le altre attività. Cfr. C. Mortati, *L'ordinamento*, cit., p. 17. Per un raffronto fra gli esiti di Mortati e Crisafulli in tema di indirizzo politico, cfr. S. Parisi, *Fonti del diritto e criterio gerarchico in Costantino Mortati*, in *Quad. cost.*, 2009, 4, p. 843 e ss., in particolare pp. 845-848. Crisafulli, infatti, matura una serie di obiezioni al pensiero di Mortati, ritenendo che l'eterogeneità degli atti consistenti nell'attività di indirizzo politico renderebbe impossibile individuare un singolo organo, anche di tipo complesso, che in maniera autonoma eserciti una piena attività di governo, ponendosi dunque in posizione di supremazia rispetto agli altri organi. Non sarebbe persuasiva, per il Nostro, l'idea dell'epoca di considerare organo "complesso" di governo l'insieme costituito da Corona, Capo del Governo, Ministri e Gran Consiglio del Fascismo. Cfr. V. Crisafulli, *Prima e dopo*, p. 37.

§§§§§§§§ Un fenomeno che si presenta sotto varie forme, quello dell'abbandono del metodo giuridico, derivante dal rifiuto del formalismo e della concezione logico-deduttiva, oltre che da un approccio al diritto sempre più multidisciplinare, aperto all'influenza di impostazioni politologiche e sociologiche. Così, M. Dogliani, *Indirizzo politico. Riflessioni*, cit., p. 2 e ss. Notevoli gli influssi della sociologia giuridica, su cui discute R. Treves, *Sociologia del diritto: origini, ricerche e problemi*, Torino, Einaudi, 1987, *passim* oltre che N. Luhmann, *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1990, *passim*. Non si omettano gli spunti dottrinali forniti da un'altra scuola di pensiero, quella del realismo giuridico: *inter alia*, cfr. lo studio di G. Tarello, *Realismo giuridico*, in *Nov.mo Dig. It.*, XIV, Torino, Utet, 1967, p. 923 e ss.

\*\*\*\*\* Con riguardo alla tesi che l'attività di governo sia, seppur in posizione apicale, parte dell'ambito amministrativo, cfr. O. Ranalletti, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, L. Pièro, 1912, I, p. 323 e ss. Sulle trasformazioni del rapporto governo-amministrazione in correlazione con l'indirizzo politico, v. M. Cuniberti, *L'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in *Seminario annuale sul tema "Il Governo tra tecnica e politica"*, *Atti del Convegno di Como, 20 novembre 2015*, [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), pp. 1-120.

## 2. La generazione dei giovani costituzionalisti degli anni Trenta e l'eterodossia metodologica nello studio dell'indirizzo politico

Nella giuspubblicistica italiana degli anni Trenta, che ha come epicentro intellettuale la scuola romana della Sapienza, emerge in maniera sempre più pressante il problema del rapporto fra diritto e politica #####. Un problema che ha in sé profondi risvolti metodologici e che scaturisce dalla fine dello Stato liberale ottocentesco di matrice oligarchica e dall'irruzione sulla scena dei partiti di massa, tutti proiettati verso la configurazione di un nuovo Stato pluriclasse ##### destinato a trasformarsi in regime autoritario.

Nel tentativo di trovare una via di mezzo alla nota contrapposizione fra i puristi del metodo giuridico e gli studiosi tendenti ad ipostatizzare il ruolo della politica e la dimensione storica del diritto #####, la dottrina degli anni Trenta assiste a (e sancisce) la crisi della mistica perfetta di derivazione orlandiana, divenuta ormai inadatta a descrivere la complessità del nuovo contesto giuridico \*\*\*\*\*. Il mutato approccio si apre ad integrazioni *altrunde*, prendendo in prestito schemi di analisi appartenenti alla storiografia e alle scienze sociali, tra cui principalmente la scienza politica #####.

Compiere le dovute precisazioni metodologiche diventa una premessa ricorrente nello studio dell'indirizzo politico, non solo agli albori, all'epoca di Panunzio e dei giovani Mortati, Elia e Crisafulli, ma anche negli anni a venire, dopo il crollo del fascismo, quando il tema viene ripreso per saggiarne la perdurante attualità e per ricalibrarlo con il nuovo assetto pluralista #####.

La questione del metodo non può essere, del resto, risolta *a priori*. Non è possibile individuare il corretto “dosaggio” di dogmatismo e storicismo. Nell'intento di recuperare temi poco trattati come il ruolo e le funzioni del governo, la posizione dei partiti politici nell'ordinamento e lo

##### Sulla dottrina giuspubblicistica degli anni Trenta, v. F. Lanchester, *Costantino Mortati e la “dottrina” degli anni Trenta*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di F. Lanchester, cit., p. 89 e ss.; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000; L. Elia, *Diritto costituzionale*, in AA. VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 350 e ss. Cfr. anche M. Galizia, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, nn. 1-2, 1963, p. 85 e ss.

##### La teoria dello stato pluriclasse si deve a M. S. Giannini, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, Padova, Cedam, 1988, in part. p. 139 e ss.; S. Cassese, *Lo “Stato pluriclasse” in Massimo Severo Giannini*, in *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, a cura di S. Cassese, G. Carcaterra, M. D'Aliberti, A. Bixio, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 11 e ss.

##### Su cui risultano interessanti le osservazioni di M. Galizia, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1954.

\*\*\*\*\* Orlando preferirà parlare di «crisi mondiale del diritto». Cfr. V.E. Orlando, *Intorno alla crisi mondiale del diritto – La norma e il fatto*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Padova, Cedam, 1950, p. 624 e ss.; analogamente L. Volpicelli, *La certezza del diritto e la crisi odierna*, in *Studi in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 713 e ss.

##### Sul limitato ruolo assiomatico delle scienze sociali, vedi però S. Bartolini, *Metodologia della ricerca politica*, in *Manuale di scienza politica*, a cura di G. Pasquino, Bologna, Il Mulino, 1986, p. 77.

##### Sul metodo ritenuto valido da Mortati, v. G. Zagrebelsky, *Il metodo di Mortati*, in *Costantino Mortati costituzionalista calabrese*, cit., p. 51 e ss. Cfr. anche T. Martines, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 15 per il quale al centro della riflessione va messa l'angustia di un formalismo di matrice kelseniana, che rischierebbe di relegare l'oggetto della ricerca ad una dimensione di «puri principi che divengono pure formule». Il tema è oggetto di considerazione anche oggi. Cfr. S. Bartole, *Norme di correttezza ed indirizzo politico*, in *Norme di correttezza costituzionale, convenzioni ed indirizzo politico, Atti del convegno organizzato in ricordo del Prof. Paolo Biscaretti di Ruffia*, a cura di G. Mor [et al.], Milano, Giuffrè, 1999, p. 20, per cui l'indirizzo politico è un fenomeno «da cui analisi sfugg[e] ai metodi ordinari della scienza giuridica, in una ripetuta oscillazione fra storiografia e scienze sociali in genere, in primo luogo la scienza politica».

stesso principio d'indirizzo politico, si manifesta in capo alla giovane dottrina giuridica degli anni Trenta la necessità non solo di rompere con il passato ma anche di distinguersi dall'altra dottrina, cd. "engagée", che andava assumendo atteggiamenti più radicali §§§§§§§§§§. Ne deriva un metodo di studio del diritto che affianca il momento statico (la fattispecie contenuta nella proposizione normativa) a quello dinamico (il "fatto" normativo e normogenetico) \*\*\*\*\*.

Questa virata metodologica conduce ad un «mutamento del diritto costituzionale da scienza prescrittiva a scienza ricostruttiva solo dei significati che le norme assumono di fatto» ††††††††††. Il che, a sua volta, consente l'ingresso a pieno titolo, nei discorsi dei costituzionalisti, di nuovi elementi che prima erano ai margini del discorso giuridico in quanto reputati meri dati esistenziali, ossia i partiti politici. La loro fenomenologia diventa quanto mai necessaria per capire le radici del processo di formazione e consolidamento di un indirizzo politico ††††††††††.

### 3. La rilevanza giuridica del "politico" nel nuovo panorama del diritto pubblico

In un tale contesto, si fa strada l'idea di riconsiderare il tema dell'indirizzo politico in stretta connessione con il sistema dei partiti, passati dall'essere fattori pre-giuridici e pre-normativi a componenti imprescindibili della forma di governo. Sotto l'epoca del regime totalitario a partito unico, il P.N.F. «in rappresentanza aristocratica e riassuntiva del popolo» assume una piena rilevanza giuridica §§§§§§§§§§.

Centrale è l'impostazione di Panunzio, che rompe la tradizionale tripartizione montesquiviana per prefigurare un concetto di potere politico o corporativo preminente e precedente le altre funzioni \*\*\*\*\*. L'equivalenza dei due termini è spiegata dalla vasta accezione che l'autore dà del concetto di «corporativo». Esso prende le mosse dalla «compenetrazione organica» fra forze sociali e Stato, ma finisce per pervadere la totalità della vita costituzionale esprimendo il mezzo e il fine ultimo per realizzare l'unità «politica, economica e sociale» del regime fascista ††††††††††. La tesi di Panunzio ††††††††††, poi riaffermata nella monografia di Mortati, muove dall'idea che questa quarta funzione di governo

§§§§§§§§§§ Cfr. F. Lanchester, *La dottrina costituzionalistica italiana tra il 1948 e il 1954*, in *Quaderni fiorentini*, 1999, v. 28, II, p. 752 e più estens. Id., *I giuspubblicisti tra storia e politica*, Torino, Giappichelli, 1998.

\*\*\*\*\* Cfr. N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo* (Padova, 1942), ripubbl. con intr. di P. Grossi, Torino, Giappichelli, 2010. Per uno studio completo e più recente sul fatto normativo v. Q. Camerlengo, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002, *passim*.

†††††††††† Cfr. M. Dogliani, *Indirizzo politico. Riflessioni*, cit., p. 12.

†††††††††† Come risulta anche da un commento di S. Bartole, *Norme di correttezza*, cit., p. 16: «essenziale ai fini della conoscenza dell'indirizzo politico [...] è la conoscenza del concreto articolarsi dei rapporti costituzionali e politici».

§§§§§§§§§§ Così S. Panunzio, *Teoria generale dello Stato fascista*, Cedam, Padova, 1939<sup>2</sup>, p. 141.

\*\*\*\*\* S. Panunzio, *Teoria generale*, cit., p. 111. Per Panunzio, il potere politico è il «potere dei poteri dello Stato», cit., p. 128. A sua volta, l'autore si rifà alle teorie tedesche di inizio secolo, in particolare le opere di O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2. vol., München-Leipzig, 1895-96 e di R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale* (tit. or.: *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig, 1928), con intr. di G. Zagrebelsky, Milano, Giuffrè, 1988.

†††††††††† S. Panunzio, *Teoria generale*, cit., p. 128.

†††††††††† Tale tesi era già stata elaborata in una precedente opera, dove l'Autore discuteva della funzione corporativa come la «nuova quarta dimensione dello Stato». Cfr. S. Panunzio, *Il sentimento dello Stato*, Roma, Libreria del Littorio, 1927, p. 173.









legati tra loro se non dalla semplice rilevanza nell'ottica dell'interpretazione finalistica dell'attività dell'organo che li ha emanati.

Così inteso, l'indirizzo politico si limita ad essere collocato su un terreno giuridicamente irrilevante #####. Si pensi, ad esempio, alla dottrina formulata dal Bonaudi #####, che afferma che esso «sfugge alla normatività» poiché non è altro che un'attività di governo che riduce a sintesi le manifestazioni eclettiche della vita sociale. Cionondimeno, con una contraddizione evidente, la norma giuridica viene ritenuta necessaria per orientare l'attività di governo nel suo ripartirsi nei vari livelli di amministrazione, sino ai gradi inferiori. L'indirizzo servirebbe ad assicurare armonia e coordinazione, limitandosi a consistere in un insieme di criteri politici utili ai fini di una corretta esecuzione della norma giuridica. Tant'è che, a partire da un certo livello, gli atti del Governo non sono più sindacabili, sulla base di una *raison di Stato* che fonda e allo stesso tempo giustifica una discrezionalità politica che «soverchia di gran lunga quell[a] giuridica» \*\*\*\*\*.

È stato detto, tuttavia, dalla critica successiva #####, che tale nozione non aggiunge nulla di nuovo in punto di diritto ad atti che sono giuridicamente già prodotti e che hanno spiegato i loro effetti, indipendentemente l'uno dall'altro. Concatenarli sulla base dell'attuazione di uno specifico indirizzo politico potrebbe risultare utile ai soli fini interpretativi, rappresentando un dato ermeneutico valido dal punto di vista del diritto, soprattutto alla luce di criteri teleologici #####. Ne deriverebbe una blanda normatività dell'indirizzo politico, che avrebbe un suo rilievo in ambito di fonti del diritto #####. In realtà, rimanendo nell'ambito della concezione esistenziale dell'indirizzo politico, si tratterebbe di riaffermare il valore della *ratio* o della finalità inespressa di un atto, che viene in rilievo solo come elemento successivo di questo, non costituendo, dunque, alcun vincolo al momento della sua adozione.

Ed allora, magari, piuttosto che essere giuridicamente irrilevante, essendo l'indirizzo politico il fine unitario (ma ricavabile solo *a fortiori*) di una serie di atti, la sua coerenza, la sua tenuta

---

##### Quest'interpretazione estrema appartiene ad una dottrina francese risalente, che tendeva a mantenere separato il diritto pubblico da ogni "interferenza" politica, finendo per considerare non appartenenti al diritto gli atti di Governo. Cfr. L. Michoud, *Des actes de gouvernement*, in *Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble*, Paris, Larose et Forcel, 1899, I, p. 2 citato da vari autori, tra cui C. Mortati, *L'ordinamento*, cit., 8.

##### E. Bonaudi, *Principii di diritto pubblico*, Torino, Utet, 1936, p. 361.

\*\*\*\*\* *Ibidem*, p. 376.

##### M. Dogliani, op. cit., p. 49.

##### In quegli anni, si stava sviluppando il metodo teleologico del diritto, grazie al quale si riusciva a mettere in relazione il diritto e la politica ritenendosi che la politica costituisse il fine unico del diritto pubblico. Così, E. Triepel, *Staatsrecht und Politik – Rede beim Antritt des Rektorats der Fr. Wilhelms – Universität zu Berlin am 15. Okt. 1926*, Berlin und Leipzig, 1927, p. 16 e ss. citato da T. Martines, *Contributo*, cit., p. 23. Cfr. anche G. Treves, *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto*, in *Riv. int. fil dir.*, 1933, p. 547 e ss.

##### V. C. Lavagna, *Contributo*, cit., p. 68, nota 45 ove, a differenza di Crisafulli, egli ritiene che l'indirizzo politico abbia una rilevanza giuridica «in un senso semplicemente indiretto», che si manifesta nel fatto che gli organi tenuti a seguire un preciso indirizzo politico possono ritenersi vincolati quanto ai criteri generali ivi deducibili, alla stregua dell'analogia o dei principi generali del diritto. Quindi l'indirizzo politico agirebbe come limite per gli organi costituzionali a non adottare un atto se contrastante rispetto all'orientamento politico ricavabile *ex professo*. A tal fine, dunque, l'indirizzo politico, secondo l'autore (p. 70), deve necessariamente ricomprendere anche «i principi e i fini generali che, in diretta connessione con i principi e i fini fondamentali comuni a tutte le sfere governative, disciplinano e informano le singole forme di azione governativa e i diversi dipartimenti dell'amministrazione statale».



ad opera degli organi competenti <sup>\*\*\*\*\*</sup>, un'attività teleologica <sup>#####</sup> che si avvale di categorie generali ma che è di volta in volta concreta, per individuare il contenuto preciso dei compiti a cui gli organi di governo devono adempiere. La discrezionalità amministrativa <sup>#####</sup>, perciò, sarebbe sovrastata da questo potere di direzione più ampio che lo Stato soltanto può esercitare dall'alto.

È proprio lo Stato che, quotidianamente, «sceglie e determina [...] bene o male, opportunamente o meno, non importa, i singoli fini, perciò sempre più o meno contingenti e limitati, della propria azione, che stanno quindi alla base ed a giustificazione dell'ordinamento giuridico positivo e degli istituti e delle norme di esso» <sup>#####</sup>. Non bisogna dimenticare, poi, che taluni di questi fini possono essere resi stabili e coercibili attraverso la trasposizione in norme legislative programmatiche o di indirizzo, idonee ad orientare l'attività dei poteri subordinati anche *pro futuro*.

Tuttavia, aggiunge Crisafulli <sup>\*\*\*\*\*</sup>, non può accettarsi la teoria intesa a relegare il momento di determinazione dei fini in un terreno metagiuridico o prenormativo <sup>#####</sup>. A seconda degli ordinamenti, infatti, può variare il «raggio della rilevanza giuridica» <sup>#####</sup>, ma non può mai scomparire del tutto. Nello Stato moderno, l'indirizzo politico è a tutti gli effetti riconosciuto e disciplinato. In tale ottica, data per valida la teoria della sua efficacia giuridica, gli organi che sono titolari del potere di indirizzo debbono essere dotati di una serie di poteri accessori che ne consentano l'effettiva realizzazione: atti di impulso, di coordinamento, di direzione <sup>#####</sup>.

Ne consegue persino la configurazione dell'indirizzo politico quale principio generale del diritto, volto ad informare tutta l'attività esecutiva in armonia con quella amministrativa <sup>\*\*\*\*\*</sup>: il suo contenuto si rifarebbe ad un più generico principio di collaborazione

<sup>#####</sup> Quando parla di fini, il Crisafulli guarda all'opera di A. Bonucci, *Il fine dello Stato*, Roma, 1915, p. 117 e ss. ma anche

S. Romano, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1933<sup>4</sup>, p. 9 e 58.

<sup>\*\*\*\*\*</sup> V. Crisafulli, op. cit., p. 42

<sup>#####</sup> Cfr. T. Martines, op. cit., p. 136, ma anche p. 146, laddove afferma che «la normatività del momento teleologico discende [...] dal nesso inscindibile fra la scelta e la specificazione dei fini e l'apparato organizzativo che deve presiedere alla loro attuazione, o [...] le forze giuridicamente disponibili che sole possono realizzare e portare ad effetto gli interessi della comunità giuridica». Presupposto, allora, è che le determinazioni volitive di tipo teleologico siano riconoscibili e rinvenibili in atti formali che abbiano valore giuridico.

<sup>#####</sup> All'epoca erano rilevanti le notazioni di G. Criscuoli, *La discrezionalità nelle funzioni costituzionali*, in *Ann. Un. di Perugia*, vol. III, Roma, 1922, p. 458 e 461 citato da V. Crisafulli, op. cit., p. 42.

<sup>#####</sup> V. Crisafulli, op. cit., p. 42, nota 3.

<sup>\*\*\*\*\*</sup> V. Crisafulli, op. cit., p. 74.

<sup>#####</sup> E. Bonaudi, *Principii*, cit., pp. 375-276.

<sup>#####</sup> V. Crisafulli, op. cit., p. 75.

<sup>#####</sup> Si fa qui riferimento alla teoria degli atti politici e di Governo. Cfr. V. Crisafulli, op. cit., p. 19. Ma anche, F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, Cedam, 1916, p. 58 e ss.; G. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, Paris, Giard et Brière, 1913, II, pp. 330-331; B. Liuzzi, *Sulla nozione di atto di Governo*, in *Foro amm.*, 1927, IV, p. 51 e ss; E. Guicciardi, *L'atto politico*, in *Arch. di dir. pubbl.*, 1937, p. 265 e ss.; L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1928, p. 316 e ss.

<sup>\*\*\*\*\*</sup> O, per meglio dire, tutta l'attività di Governo, in quanto "quarta funzione" dello Stato. V. Mortati, *L'ordinamento del Governo*, cit., pp. 10-11 che si rifà al pensiero di R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, cit., p. 96 e ss. Se ne occupa lo stesso Crisafulli, *Prima e dopo*, op. cit., pp. 13-38.







Per realizzare efficacemente l'indirizzo politico, l'art. 3 della Legge del 1925 attribuisce al Capo del governo tre importanti poteri: di direzione, di coordinamento e di soluzione dei conflitti tra ministri. Il primo si riferisce sia alla direzione generale di tutte le attività del Governo sia alla direzione delle attività dei singoli ministri, che sono responsabili nei suoi confronti. Il potere di coordinamento «a ben guardare, non ha un'autonoma consistenza, ma si riduce, necessariamente, parte nel potere di direzione (come coordinamento preventivo) e parte in quello di soluzione delle divergenze in senso lato (come coordinamento *ex post*)» ††. Quanto al potere di soluzione dei conflitti tra ministri, non è altro che l'attribuzione al Capo del governo di funzioni arbitrali a livello prettamente politico. Vezio Crisafulli, nel citare ulteriori leggi attributive di competenze †‡, illustra bene questo fenomeno di allargamento e rafforzamento dei poteri del «Duce Capo di Governo».

Mediante quali atti vengono esercitate tali competenze? Sul tema sarebbe possibile stendere un catalogo estremamente vario ed eterogeneo, sia dal punto di vista formale e sostanziale, che quanto al regime della loro efficacia e rilevanza giuridica. La definizione più limpida è fornita da Crisafulli, secondo cui sono atti *politici* o *di governo* quelli che trovano la causa giuridica nell'interesse generale dello Stato all'unità e, come tali, si sottraggono a qualsiasi controllo giurisdizionale §§. Alla luce del diritto vigente all'epoca, tale teoria trova conferma scritta nel dato testuale di una legge sul Consiglio di Stato \*\*\*, in base a cui sugli «atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del suo potere politico» non era possibile alcuna ingerenza della giurisdizione amministrativa.

D'altro canto, il fascismo arriva al punto di reinterpretare, ribaltandolo, un noto principio del regime parlamentare di tipo monistico, secondo cui il Parlamento è l'organo di vigilanza sul potere esecutivo ed impone la propria direzione politica sull'operato del Governo, pena la revoca della fiducia †††. Nel regime fascista italiano, invece, è il Governo che gradualmente diventa il centro di gravità della politica: dalla mancanza di dialettica politica, che si traduce, all'atto pratico, con la messa fuori legge di tutti i partiti al di fuori del Partito Nazionale Fascista

†† C. Lavagna, op. cit., p. 89.

†‡ Come la legge del 19 gennaio 1939, n. 129, istitutiva della Camera dei Fasci e delle Corporazioni, sulla cui composizione incideva pesantemente la volontà del Duce.

§§ V Crisafulli, op. cit., p. 21.

\*\*\* Così, l'art. 31 del Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato, del 26 giugno 1924, n. 1054.

††† Mortati osserva che «il fine proprio del regime parlamentare [...] è quello di ottenere che fra il Parlamento e il Governo permanga costantemente perfetta identità di intenti e si attui piena unità di azione. L'organo che promuove tale uniformità è la Camera elettiva, e ciò con l'impiego dei noti procedimenti». C. Mortati, op. cit., p. 156.

##, all'introduzione di un sistema elettorale "plebiscitario" con lista unica \$\$\$, che svilisce un parlamento destinato a diventare Camera dei Fasci e delle Corporazioni \*\*\*\*. Di conseguenza, se alla stregua del modello parlamentare ogni organo "direttivo", che esprime il suo indirizzo politico, è anche organo "attivo", ponendo in essere l'attività susseguente necessaria alla realizzazione del fine, con l'accentramento dei poteri sotto il regime autoritario +++, l'organo direttivo è unico e si identifica con il Capo del Governo, mentre gli organi attivi sono in realtà esecutori passivi ###.

Da queste fugaci osservazioni può desumersi che «con maggior rigore che non altri sistemi» \$\$\$\$ il giurista in epoca fascista necessita di giustificare e fondare l'efficacia giuridica del potere di indirizzo politico, come mezzo di esplicazione della preminenza del Capo di Governo e condizione di coercibilità delle sue decisioni, a fronte di situazioni di recalcitranza da parte di organi sottoposti.

Sarebbe corretto affermare, da queste premesse, che le teorizzazioni sull'indirizzo politico nascono e muoiono con l'ordinamento fascista? Se non fosse dato trovare letteratura successiva, volta a criticare, correggere o confutare la produzione degli albori, certamente allora significherebbe che il dibattito era caduto nel nulla per via dell'irrelevanza della categoria "indirizzo politico" nel diritto pubblico. L'esistenza di una letteratura successiva dimostra che non è così, pertanto occorre piuttosto interrogarsi sull'attualità del pensiero del primo iniziatore di questi studi: Vezio Crisafulli.

## 6. Il dibattito sull'attualità della teoria giuridica di Crisafulli

Ricordare il saggio di Crisafulli non è solo compiere un tributo ad uno dei più significativi costituzionalisti del Novecento \*\*\*\*\*. Se si vuol riportare alla luce questo particolare frammento

---

## Il R.D. 6 novembre 1926, n. 1848 recante "Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza", attribuiva al prefetto il potere sciogliere partiti, associazioni o organizzazioni contrarie al regime. Si rileva come, peraltro, lo stesso partito fosse destinato a diventare una scatola vuota nelle mani del Capo del Governo. Sottolinea opportunamente Mortati che «nonostante la lettera dell'art. 11 della legge 9 dicembre 1928, n. 2263, le direttive politiche del Partito siano nella sostanza opera del Capo del Governo. Questi, sia nella nomina dei gerarchi, sia nella prefissione delle norme statutarie, interviene nella sua veste caratteristica di organo del potere politico, in quanto con tali atti mira in modo immediato a realizzare intorno ai fini politici da lui posti, il sentimento nazionale di comprensione e di adesione, necessario alla loro efficace realizzazione». Così, C. Mortati, op. cit., p. 190.

\$\$\$ Tramite la Legge 2 settembre 1928, n. 1993 recante "Approvazione del testo unico della legge elettorale politica", il Gran Consiglio del Fascismo deve approvare, in ultima analisi, le nomine dei candidati compiute da diversi enti ed organizzazioni economiche di tipo corporativo.

\*\*\*\* Con la Legge 19 gennaio 1939, n. 129. A proposito dell'esautoramento dell'organo parlamentare, cfr. L. Paladin, *Fascismo*, in *Enc. dir.*, cit., p. 892, ma anche T. Martines, *Contributo*, cit., p. 109 e ss.

+++ Sull'identificazione totalitaria fra indirizzo politico del Governo e orientamento generale della politica dello Stato, cfr. G. Cuomo, *Unità e omogeneità*, op. cit., p. 164 e ss.

### Di conseguenza, non possono essere ritenuti atti di indirizzo i discorsi tenuti alle Camere dai Ministri, poiché si limiterebbero a palesare orientamenti politici di condotta già precedentemente espressi dal Duce.

\$\$\$\$ V. Crisafulli, op. cit., p. 109.

\*\*\*\*\* Per un tributo al giurista e per un'analisi dei grandi temi di riflessione di Vezio Crisafulli, cfr. A. Cervati, *Vezio Crisafulli nella didattica e nello studio del diritto costituzionale*, in *Atti della giornata in ricordo del Giudice emerito della Corte costituzionale Vezio Crisafulli, Palazzo della Consulta, 5 novembre 2010*, Roma, 2011, p. 63 e ss.

del suo pensiero giuridico, lo si fa per puntare a comprendere i primordi di una dottrina, le cui scaturigini si identificano con uno stato profondamente ideologizzato, e che è tuttavia stata in grado di produrre risultati postumi, avendo aperto un capitolo su un argomento che prima non apparteneva al diritto pubblico.

La trattazione di Crisafulli, come quella del primo Mortati ††††, nasce dall'esigenza di spiegare il modello organizzativo e statutale nel quale egli si trova, vale a dire il regime fascista ††††. Quest'ultimo, infatti, impregna talmente la cultura giuridica dell'epoca da far ritenere, agli occhi di alcuni studiosi, parzialmente inutilizzabili le sue elaborazioni teoriche §§§§§.

Eppure, si deve proprio a Crisafulli la predisposizione, per la prima volta, di una teoria sull'indirizzo politico in senso veramente moderno \*\*\*\*\*. Rispetto alla prima dottrina giuspubblicistica italiana †††††, in atteggiamento reverenziale con le impostazioni tedesche e francesi †††††, il pensiero giuridico nel periodo fascista solleva il problema della teorizzazione dei poteri di governo. Alcuni vi accordano una posizione suprema legandoli al potere di indirizzo politico, come espressione di una autonoma quarta «funzione di governo» §§§§§, il Crisafulli si distacca da queste tesi, ritenendo l'indirizzo un principio imprescindibile al fine di favorire l'unità dello Stato \*\*\*\*\*. Egli, infatti, non mira ad attestare la preminenza di un organo sugli altri, intende piuttosto spiegare l'attività di governo nel suo momento dinamico fondamentale, quello dell'individuazione dei fini. In questo senso, sì, l'indirizzo si configura come attività staccata dalle funzioni statali, ma lo è in quanto concettualmente autonoma e diversa †††††.

†††† Lo ricorda Cheli quando invoca il dilemma fra la pervasività di uno Stato ideologico e la molteplicità di realtà sociali sottostanti, le quali invece di trovare la sintesi nello Stato, erano da quest'ultimo schiacciate. Cfr. E. Cheli, *Prefazione*, in C. Mortati, *L'ordinamento*, op. cit., p. IX.

†††† Cfr. P.A. Capotosti, *Accordi di Governo*, cit., p. 12 per il quale l'aver configurato in tal modo l'attività di Governo e la sua parte più eminente, consistente nell'indirizzo politico, fu chiaramente ispirato dalle esigenze autoritarie dell'epoca e «comportò particolari, inevitabili implicazioni con le connesse tematiche del regime politico e della costituzione materiale». Come quella che persuase alcuni autori ad intendere il regime politico come «il risultato di un processo per cui una concezione politica fondamentale s'immette nella costituzione di uno Stato»: V. Gueli, *Il regime politico dello Stato fascista: contributo allo studio giuridico del nuovo stato italiano*, Roma, R. de Luca, 1939, p. 21. *Contra*, invece, M. Dogliani, che sottolinea come, nel dare risalto concettuale all'attività di indirizzo politico, Crisafulli abbia inteso riferirsi non già agli stati autoritari a partito unico, bensì agli stati parlamentari pluripartitici. Cfr. M. Dogliani, *Introduzione*, cit., p. L.

§§§§§ Così, ad esempio, G. B. Verbari, *L'indirizzo politico: discussione sull'attualità della teoria giuridica di Vezio Crisafulli*, in *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale: atti delle giornate di studio di Trieste, 1-2 ottobre 1993*, a cura di L. Carlassare, Padova, Cedam, 1994, p. 237.

\*\*\*\*\* Cfr. P.A. Capotosti, op. cit., p. 4, per il quale l'emergere di ordinamenti autoritari nel primo dopoguerra ha comportato un necessario superamento delle dottrine tradizionali su indirizzo politico, atti e attività politiche in genere.

††††† In questo senso, P. Chimienti, *Manuale di diritto costituzionale*, II, Roma, 1920, p. 298 e ss.; A. Gioffi, *I soggetti e le difese dei diritti pubblici*, Milano, Società Editrice Libreria, 1920, p. 258 e ss.; F. P. Contuzzi, *Trattato di diritto costituzionale*, Torino, Utet, 1895, pp. 162-163; V. E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, Giuffrè, 1901, p. 902 e ss.; O. Ranelletti, *Principii*, cit., p. 323 e ss.

††††† Vedi *supra*, nota 80.

§§§§§ Oltre a C. Mortati, *L'ordinamento*, cit., p. 8 e ss., anche G. Perticone, *Elementi di una dottrina generale del diritto e dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 204; G. D. Ferri, *La funzione di Governo e il Gran Consiglio del fascismo*, Roma, 1939, p. 119; S. Lessona, *La potestà di Governo nello Stato fascista*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1934, p. 45.

\*\*\*\*\* Così, V. Crisafulli, op. cit., p. 36 nel respingere l'opposta concezione.

††††† Per una trattazione sintetica delle conclusioni cui pervenne Crisafulli, cfr. G. Ferrara, *L'indirizzo politico dalla nazionalità all'apolidia*, in *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin. Atti del Convegno di studio per celebrare la Casa editrice CEDAM nel I centenario dalla fondazione (1903-2003)*, Padova, 19-20-21 giugno 2003, a cura di L. Carlassare, Padova, Cedam, 2004, p. 114.

Resta, dunque, da comprendere se, alla luce dei cambiamenti apportati dalla caduta del fascismo sull'assetto generale dello Stato e dell'approvazione di una Carta Costituzionale rigida, pluralistica e democratica, si sia incorso in un mutamento anche della funzione e della titolarità dell'indirizzo politico. A tale domanda bisogna rispondere affermativamente. Lo stesso Crisafulli, anni dopo, ha rivisto il proprio pensiero per constatare che l'ampliamento delle competenze di tipo politico-amministrativo e il "policentrismo" nel loro esercizio atto a coinvolgere molteplici soggetti – come le autonomie territoriali ##### – ha fatto emergere nuovi e paralleli indirizzi politici, oltre quello "generale" del Governo §§§§§§§.

A più di settantacinque anni da quel primo scritto, i termini del problema sono indubitabilmente mutati per svariate ragioni. L'istituzione di una Corte Costituzionale e il controllo di legittimità da essa esercitato sull'attività legislativa, espressiva di un dato indirizzo politico \*\*\*\*\*, va interpretato in tutta la sua valenza assiologica data dal raffronto che la Corte compie fra le norme e quel compiuto sistema di valori e di principi generali impliciti nella Costituzione. Il giudizio di ragionevolezza e il principio di uguaglianza sono assurti a baluardi contro la discrezionalità legislativa, che prima trovava un limite solo in quella «conformità al pubblico interesse» che Crisafulli ravvedeva come contenuto ultimo, invalicabile e implicito dello Stato moderno. Il pluralismo partitico ha introdotto nuove forze atte ad influire sulla determinazione di un indirizzo politico, ampliando la sfera dei titolari ad una maggioranza spesso diversificata +++++. Non solo, il decentramento territoriale e l'ingresso nell'Unione europea hanno spostato in basso e in alto diversi centri decisionali #####, frantumando l'unitarietà marmorea del vecchio indirizzo statale. Ed infine, le riforme della pubblica amministrazione hanno intaccato il vecchio principio dell'insindacabilità dell'attività di indirizzo attraverso l'instaurazione di un rapporto paritario fra cittadino e pubblica amministrazione §§§§§§§. L'elenco sarebbe destinato a continuare.

La conclusione va nel senso che oggi esistono sfere autonome di indirizzo, ciascuna nella propria direzione, ma tutte egualmente ispirate a quel nucleo inossidabile di principi contenuti

##### V. fin dal principio, T. Martines, *Studio sull'autonomia politica delle regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 140.

§§§§§§§ V. Crisafulli, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Ius*, 1958, p. 10.

\*\*\*\*\* Per la tesi della centralità del Parlamento nel circuito di indirizzo politico ed il nesso con l'uso dei poteri normativi, cfr. M. Cartabia, *Legislazione e funzione di Governo*, in *Rivista del diritto costituzionale*, 2006, p. 82.

+++++ Cfr. M. Carducci, *Il ritorno della direttiva parlamentare – riflessioni in prospettiva comparativa*, Milano, Giuffrè, 1999; C. Lavagna, *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1956, p. 405; E. Sica, *Natura e caratteri dell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Rass. parlam.*, 1960, p. 1148; C. Mortati, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di Vittorio Emanuele Orlando*, II, Padova, Cedam, 1957, p. 130 e ss. Con riguardo alla teoria dell'indirizzo politico costituzionale e di quello di maggioranza, si veda P. Barile, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 308, il quale pone una distinzione fra l'indirizzo politico derivabile dalla Costituzione grazie all'interpretazione dei suoi principi fondamentali, e l'indirizzo rimesso alla maggioranza, che decide, in base alle circostanze politiche del momento, in che modo e con quali mezzi attuare i fini costituzionali.

##### Per un recente contributo sull'indirizzo politico del Parlamento e la necessità di un rafforzamento dei parlamenti nazionali nella fase ascendente si veda D. Girotto, *Parlamenti e diritto comunitario: gli atti parlamentari di indirizzo politico in Italia e in Francia*, in *Quaderni costituzionali*, XXII, 3, 2002, pp. 577-602. Per la tesi che propende per un ruolo più incisivo dei parlamenti nazionali nel processo decisionale comunitario cfr. P. Caretti, *I riflessi dell'ordinamento comunitario nella forma di Governo italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 1981, soprattutto p. 319 e ss.

§§§§§§§ Cfr. ad esempio, G. B. Verbari, art. cit., p. 240, che sottolinea come l'individuazione del responsabile del procedimento crea nell'organizzazione amministrativa tanti organi quanti sono i responsabili, con la conseguenza che l'ufficio sovraordinato non può sostituirsi all'ufficio sottordinato nell'esercizio della discrezionalità di quest'ultimo.

nella Costituzione. Per questo, la Costituzione stessa non sembra tracciare una linea univoca dell'indirizzo politico ma si limita a farvi cenno nell'art. 95, con riguardo soltanto all'attribuzione del Presidente del Consiglio dei ministri di un «potere di unità di indirizzo politico» di vago richiamo zanardelliano. Cercare un vincolo a questo indirizzo, ci insegna Amato, può essere «defatigante e forse inutile» \*\*\*\*\*. Meglio, allora, individuare, e puntare a migliorare, gli strumenti che l'ordinamento concretamente conferisce agli organi competenti per effettuare interventi di programmazione e di gestione delle risorse in modo armonico e coerente.

---

\*\*\*\*\* Così, G. Amato, art. cit., p. 561.

## QUALE “STATUS” PER LE UNIVERSITÀ NON STATALI? UNA LETTURA ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

di Adele De Angelis \*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disciplina normativa delle università non statali. – 3. La tesi pubblicistica. – 4. La tesi privatistica. – 5. L’influenza nel diritto comunitario e la nozione funzionale di ente pubblico. – 6. Conclusioni.

### 1. Premessa

Il sistema universitario, inteso come istituto di istruzione superiore e di alta cultura, che nei tempi moderni è stato designato più comunemente con il nome di “università,” rappresenta una delle istituzioni sociali più antiche. Esso, con il passare dei secoli, ha saputo evolversi secondo vari modelli, dapprima di stampo pubblicistico, per poi subire un cambiamento di rotta, soprattutto negli anni più recenti, che ne hanno mutato la sua missione originaria di luogo di sperimentazione culturale e di trasmissione del sapere †††††††.

Questo processo evolutivo, ha interessato sia le università italiane che straniere, anche se, un ruolo significativo in questa evoluzione, è stato svolto soprattutto dall’università italiana tanto che si annovera proprio un ateneo del nostro Paese, l’Università di Bologna, come il primo esempio di università †††††††.

Vari sono i fenomeni di trasformazione che hanno interessato le università italiane. Tra le principali si includono soprattutto negli ultimi anni: la crescita a dismisura del numero delle università, l’eccessiva omogeneità ed uniformità normativa tra i diversi tipi di università, l’introduzione dei c.d. meccanismi competitivi.

In riferimento al primo aspetto, è da registrare che negli ultimi venti anni, si è assistito ad una moltiplicazione del numero delle università non statali §§§§§§§§. Ad esse, come è noto, è stata uniformata la disciplina delle università statali, ove compatibile, ad eccezione di alcuni ambiti di *governance*.

Ma ciò che rappresenta, spesso, un marcato punto di dissenso e che si è voluto uniformare la stessa disciplina, anche alle c.d. università telematiche o a distanza, di recente formazione, che presentano una struttura normativa, molto snella, che ne disciplina le strutture e le

\* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico comparato ed europeo – Dipartimento di Economia e Diritto, Università di Roma “Sapienza”.

††††††† Sullo scadimento della formazione universitaria, si veda A. Graziosi, *L’Università per tutti. Riforme e crisi del sistema universitario italiano*, Bologna, il Mulino, 2010. In cui l’Autore ripercorre le tappe fondamentali del sistema universitario a partire dagli ultimi cinquant’anni evidenziando come la formazione e la ricerca sembrano collocate in un secondo piano.

‡‡‡‡‡‡‡ Sul punto G. Piperata, *Università degli studi*, in *Enc. giur.* XXXII, Roma, Treccani, 1994, pp. 9 ss.

§§§§§§§§ Si pensi che in epoca fascista in Italia vi erano solo 22 Università, di cui 10 a totale finanziamento statale, 8 statali con un finanziamento annuale dello Stato, e 4 università libere. (Camerino, Ferrara, Perugia e Urbino). Negli ultimi quindici anni il numero degli Atenei è notevolmente cresciuto, nel 2013, si contavano 96 università (67 statali, 18 non statali ed 11 telematiche).

funzioni, demandato tutto il resto alle deliberazioni dell' ANVUR e alle decisioni dei giudici  
\*\*\*\*\*

La crescita esponenziale di questi tipi di università, diverse da quelle statali, ha finito per alimentare, da sempre, sia in dottrina che in giurisprudenza, un vivace dibattito circa la natura giuridica da attribuire a queste particolari forme di università, senza però giungere ad una soluzione circa lo *status* da conferire ad esse, come dimostrano anche tre sentenze del Tar Lazio [sez. III 15 giugno 2015, n. 8374, n. 8375, n. 8376], e più di recente, la sentenza del Consiglio di Stato, [sez. VI, del 11 luglio 2016 n.3043], che conferma quanto stabilito dai giudici di primo grado.

Le tre sentenze del Tar. Lazio, vedono coinvolte nella prima pronuncia, otto Università non statali, nella seconda, l'Università Commerciale "Luigi Bocconi" e nella terza l'Università Cattolica del Sacro Cuore.

Le Università ricorrenti, hanno impugnato con distinti ricorsi, la delibera dell'A.N.AC n. 144/2014 recante "*Obblighi di pubblicazione concernenti gli organi di indirizzo politico nelle pubbliche amministrazioni,*" chiedendone, in entrambi i casi, l'annullamento nella parte in cui si identificavano, anche le università non statali legalmente riconosciute come pubbliche amministrazioni tenute a dare attuazione alle disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 33/2013.

Le motivazioni del ricorso proposte dai ricorrenti, e le argomentazioni su di esse svolte dal Collegio romano prima, e dai giudici di Palazzo Spada poi, offrono lo spunto per compiere alcune riflessioni sulla irrisolta questione della natura giuridica pubblica o privata da attribuire a tali tipi di Università e che, come riconosciuto anche dalle sentenze citate, hanno visto svilupparsi, sul punto, nel corso degli anni, due opposti orientamenti giurisprudenziali e di dottrina.

Dopo un'attenta analisi sulle peculiarità delle università ricorrenti, il Tribunale romano di prima istanza, in tutte e tre le pronunce, richiamando anche l'orientamento determinante che ha avuto il diritto comunitario sul dibattito afferente la natura giuridica degli enti, accoglie i ricorsi proposti dalle università proponenti, ritenendole non soggette ad applicare la delibera n. 144/2014 adottata dall'ANAC," e considerando, per questo, le università non statali, non sottoposte alla disciplina a cui devono uniformarsi le amministrazioni pubbliche, comprese le

---

\*\*\*\*\* Sul tema delle università telematiche si veda il recente ed efficace contributo di F. Sciarretta, *Le università telematiche tra dimensione costituzionale diritto pubblico e diritto privato*. Bologna, Il Mulino, 2015; L'Autore considera le università telematiche enti preposti alla funzione dell'istruzione superiore e sottoposti ad una disciplina farraginoso, per più aspetti derogatoria rispetto a quella degli atenei convenzionali. In tal senso anche A. Sandulli, *L'Arcipelago delle università non statali*, in *Munus*, n. 3/2015, p. 616. Secondo l'Autore, «Il dato abbastanza preoccupante è che la normativa delle telematiche, o università a distanza, poggia sulla sabbia. Un articolo di legge più tosto scarno, art. 26, comma 5, l. n. 289/2002, che richiama le università non statali legalmente riconosciute; un breve decreto ministeriale istitutivo del 17 aprile 2003; il d. m n. 47/2013; che disciplina in particolare l'accreditamento delle sedi e dei corsi delle telematiche; quasi più nulla, se non, più di recente, delibere ANVUR e sentenze dei giudici».

Sui rischi provocati dall'irrompere delle nuove tecnologie digitali in campo universitario, M. Deaglio, *Tramonto dell'Università?*, Bologna, il Mulino 1998, pp. 624 ss, pp. 628-629. Per contributi più recenti, P. Prodi, *Università dentro e fuori*, Bologna, il Mulino, 2013; G. Fontana, *La libertà di insegnamento*, in *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione. Atti del convegno di Roma, 23-24 gennaio 2014*, a cura di F. Angelini, M. Benvenuti, Napoli, Jovene, 2014, pp. 9 ss, pp. 104-106.

università statali, in materia di obblighi di trasparenza e pubblicità, di cui al d.lgs. 14 marzo 2013 n. 33, poiché non rientranti nella nozione di ente pubblico non economico.

Secondo i giudici del Tar del Lazio, vi sarebbe in dottrina e giurisprudenza, un primo orientamento, che individuando come aspetti sintomatici di pubblicità: il fine pubblico, il controllo statale, e il valore legale dei titoli di studio, considera le università non statali rientrante nella nozione di enti pubblici non economici ed, in quanto tali, tenute al rispetto del codice dei contratti pubblici.

Ed un secondo orientamento, che pur riconoscendo tali profili pubblicistici, non riconosce a tali tipi di università una natura giuridica pubblica, e per questo, non individuabili nella nozione di enti pubblici. In sintesi, secondo i giudici del Tar romano, quando si tratta di stabilire l'applicabilità o meno del d.lgs. n. 33/2013 alle Università non statali, bisogna prendere le mosse da un approccio che privilegi la nozione statica di pubblica amministrazione e il dato formalistico, che nel caso di specie, deriva dall'art. 33 Cost. e dall'art. 4 l. n. 70/1975, che sancisce che “nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge.”

Il Consiglio di Stato, con la sentenza, del 11 luglio 2016, sez. VI, n. 3043, nel respingere il ricorso di appello, presentato dalla Autorità ANAC, ribadisce che alle Università non statali non si applica la disciplina in materia di obblighi di trasparenza e pubblicità di cui al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, in quanto non rientranti nella nozione di amministrazioni pubbliche.

L'individuazione di un ente pubblico, secondo tale giurisprudenza, al fine di determinare l'applicabilità o meno di una normativa pubblicistica, deve avvenire in base a parametri non “statici” e “formali”, ma “dinamici” e “funzionali”. Ciò implica che il criterio da utilizzare per classificare un ente come pubblico, muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato.

Per questo, nell'attuale sistema ordinamentale, la nozione di ente pubblico non può, ritenersi fissa ed immutabile, ma bensì, “funzionale” e “cangiante”.

Nei paragrafi che seguiranno, dopo una breve descrizione della disciplina normativa a cui sono sottoposte le università non statali, ci si soffermerà, in particolare, sull'evoluzione del concetto della loro natura giuridica, attraverso una disamina sugli orientamenti giurisprudenziali e di dottrina che si sono sviluppati intorno al tema.

## **2. La disciplina normativa delle università non statali**

Alle università non statali legalmente riconosciute, si applica fin dove compatibile, la disciplina delle università statali e la loro istituzione e soppressione scaturiscono da provvedimenti amministrativi.

Esse sono soggette alla disciplina generale contenuta nel regio decreto 31 agosto 1933 n. 1592, nella legge 9 maggio 1989 n. 168, nella legge del 2 luglio 1991, n. 243 e nella più recente legge 240/2010 (c.d. “legge Gelmini”).

In riferimento al regio decreto, esso all'art 1, riconosce tra i soggetti idonei ad impartire l'istruzione superiore, anche le università non statali e gli istituti liberi ++++++, riconoscendo, ad entrambi, personalità giuridica, autonomia amministrativa, didattica, e disciplinare, che è svolta sotto il controllo dello Stato (attualmente del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della ricerca).

Inoltre, dispone, che l'ordinamento delle università non statali deve essere conforme alle norme del testo unico. Prevede ancora, che il loro statuto insieme ad una motivata relazione e un documentato piano finanziario, deve essere sottoposto al Ministero, che lo approva, se risulta nel suo complesso rispondente all'interesse generale degli studi e dell'istruzione superiore, e soprattutto, se il piano finanziario sia sufficiente al raggiungimento dei fini prefissati. Il ruolo organico ed il trattamento economico dei professori, inoltre, sono soggetti all'approvazione del Ministro dell'Istruzione dell'Università e della ricerca, di concerto con quello dell'Economia e delle finanze.

Infine, l'art. 212 del regio decreto, prevede la soppressione delle università e degli istituti superiori liberi o anche solo alcune loro Facoltà o Scuole, nei casi in cui, sia stata accertata l'insufficienza dei mezzi finanziari o del materiale didattico, oppure per ragioni inerenti all'interesse generale degli studi o allo loro distribuzione territoriale.

In riferimento, invece, alla l. n. 168/1989, essa riconosce alle università non statali e agli istituti liberi, personalità giuridica, autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile. Inoltre, dispone, che esse si danno ordinamenti autonomi con propri statuti e regolamenti, e sono regolate, oltre che da quest'ultimi, "esclusivamente da norme legislative che vi operino espresso riferimento".

A sua volta, la l. n. 243/1991, prevede che tali tipi di università "operano nell'ambito dell'art. 33 u. c. Cost. e delle leggi che li riguardano, nonché dei principi generali della legislazione in materia universitaria in quanto compatibili".

Per quando riguarda le università non statali, sia la disciplina del personale docente che quella del personale non docente, è equiparata totalmente a quelle delle Università statali; per questo, al personale dipendente si applicano le norme di cui al d.lgs.30 marzo n. 165/2001, mentre per quanto riguarda il reclutamento dei docenti, si applicano i principi contenuti nella c.d. "legge Gelmini" del 2010.

Quest'ultimo punto, fa apparire condivisibile la tesi di quanti interpretano incluse nell'art. 1 del d.lg. 165/2001, le università non statali tra le istituzioni universitarie comprese nell'ambito delle pubbliche amministrazioni.

In riferimento a ciò, però, appare utile richiamare, la distinzione operata dall'art. 1 (commi 3, 4, 5, 6, 7 e 8) del d.lgs. 18/2012, dove si trova un riferimento alle università pubbliche a proposito di alcuni obblighi per l'introduzione di un nuovo sistema di contabilità e bilancio

---

+++++ La definizione di università libere si considera normativamente superata ed è stata utilizzata dal legislatore nei primi decenni del '900, per indicare le istituzioni universitarie diverse dalle università regie (poi divenute statali). La definizione di università private è tuttora impiegata nella prassi per differenziare, soprattutto il sistema pubblico delle università statali rispetto al sistema delle università non statali, in special modo per quanto riguarda il settore del finanziamento.

delle università. Tali norme prevedono, che i relativi obblighi sono estesi anche alle amministrazioni pubbliche comprese nell'elenco Istat sulla base dell'art. 1 comma 2, l. n. 196 del 2009.

Invero, se si guardano gli elenchi Istat del 2010 e 2011, si legge, che tra le amministrazioni pubbliche rientrano anche l'Università della Valle D'Aosta, la Libera Università di Bolzano e la Libera Università di Kore di Enna, vale a dire, tutte università non statali, nate su iniziativa di enti pubblici non statali, e per questo, considerate delle libere università di origine privata, assoggettate a obblighi differenziati in ragione della loro qualificazione pubblica.

Come è stato giustamente individuato dalla dottrina, infatti, "quell'elenco Istat deve essere letto in sintonia con i fini che la disciplina dell'art. 1.c. 2 l. n. 196/2009 persegue: essa infatti predispose l'obbligo di individuare le pubbliche amministrazioni per il rispetto degli obiettivi di finanza pubblica stabiliti dall'UE" \*\*\*\*\*.

Con ciò, ben si comprende, come il peso delle università non statali di iniziativa pubblica, sia ben diverso da quello delle università di origine privata §§§§§§§§§§. Secondo questa interpretazione, il fine della norma citata, è limitatamente quello di monitorare la categoria di soggetti per la verifica dei vincoli di finanza pubblica, e pertanto, non appare idoneo a contestare la natura pubblicistica delle università non statali.

Un'ulteriore precisazione, a tal punto, va fatta anche in riferimento all'art. 16 legge n. 133/2008. Occorre indicare infatti, che il c. 14 dispone che alle fondazioni universitarie «continuano ad applicarsi tutte le disposizioni vigenti per le università statali in quanto compatibili con il presente articolo e con la natura privatistica delle fondazioni medesime». Come si può notare, tale disposizione, rivela il fine opposto di applicarsi alle sole università statali \*\*\*\*\*.

Invero, se la disposizione sopra esposta comprendesse anche le università non statali di origine pubblica, tutte le disposizioni, che diversificano tali tipi di università, dalle università statali non avrebbero senso di esistere. Di conseguenza, la norma produrrebbe, come effetto, anche se non manifestamente dichiarato, quello di equiparare le università non statali (pubbliche) a quelle statali e consentirebbe la loro trasformazione.

\*\*\*\*\* F. Giglioni, *Pubblico e privato nel sistema universitario italiano*, in *L'università e la sua evoluzione, questioni ricorrenti e principi evolutivi*, a cura di G. Piperata, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 46

§§§§§§§§§§ Rientrano tra la categoria delle università non statali promosse da enti pubblici, l'Università degli studi di Enna «Kore» la Libera Università di Bolzano e l'Università della Valle d'Aosta. Fanno parte della categoria delle università non statali promosse da soggetti privati, la Libera Università «Maria SS. Assunta» di Roma (Lumsa), la Libera Università degli studi «San Pio V di Roma», che di recente, ha cambiato il nome in «Università internazionale di Roma» la Link Campus University di Roma, la Libera Università di lingue e comunicazioni di Milano (IULM), la Libera Università degli studi sociali «Guidi Carli» di Roma (LUISS), la Libera Università Mediterranea «Jean Monnet» di Bari (LUM), l'Università «Carlo Cattaneo» di Castellanza (LIUC), l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano (nel cui statuto gli viene espressamente riconosciuta personalità di diritto pubblico), l'Università Campus Bio-Medico di Roma, l'Università commerciale «Luigi Bocconi» di Milano, l'Università degli studi «Suor Orsola Benincasa» di Napoli, l'Università degli studi di Scienze gastronomiche di Bra, l'Università Vita-Salute «San Raffaele» di Milano, l'Università europea di Roma. In tema di università non statali si veda lo studio condotta dalla Fondazione CRUI, *Il sistema delle università non statali in Italia. Un primo quadro descrittivo*, Roma 2014.

\*\*\*\*\* In tal senso anche A. Marra, *Trasformare le università in fondazioni? Riflessioni a margine dell'art. 16 del d.l.112/2008*, in *Dir. Econ.* 2009, p. 667; F. Giglioni, *Pubblico e privato nel sistema universitario italiano*, cit. p. 47

Sostengono tale profilo di indagine, le interpretazioni più recenti a cui è giunta la scienza giuridica, che rifacendosi al comma 4 *lett. d* della l.59/1997, la c.d. “legge Bassanini”, considera le università come amministrazioni ad autonomia funzionale, comprendendole, così, tra quei soggetti che beneficiano di un’ampia autonomia nell’esercizio delle funzioni attribuite, che può arrivare anche all’autorganizzazione ††††††††††.

È opportuno notare, come, tale interpretazione attribuisce la sua efficacia ai soggetti universitari, in ragione della loro origine, e come è stato opportunamente osservato ††††††††††, «consente (...) di affermare sia la sottrazione delle università all’amministrazione statale, sia il loro legame con i corpi sociali intermedi, valorizzando quel tratto di autonomia sociale che le università hanno mantenuto nella storia per mezzo del dialogo universale che esse sanno sviluppare tra i soggetti omogenei oltre le appartenenze statuali». Inoltre, questa posizione intermedia tra controllo pubblico e legame sociale delle c.d. autonomie funzionali, ben si presta a rispondere all’ipotesi di includere tra le formazioni sociali le università non statali di origine privata.

### 3. La tesi pubblicistica

La questione sulla natura giuridica delle università private, ha origine dalla controversia interpretazione che si attribuisce all’art. 33, comma 6 Cost., il quale tace (a differenza di quanto fa lo stesso articolo nei commi precedenti per le tipologie da attribuire alle scuole) in riferimento alla tipologia da riconoscere alle università, alle istituzioni di alta cultura e alle accademie, chiarendo per esse solo sulle garanzie di autonomia che le sono riconosciute §§§§§§§§§§.

Tale silenzio, come è stato giustamente osservato da una parte della dottrina ††††††††††, non equivale ovviamente ad ammettere il sostegno ora di una tesi ora di un’altra, ma in realtà, la *ratio* degli artt. 33 e 34 Cost. nella parte in cui disciplina l’istruzione superiore, è quella di stabilire le garanzie di autonomia, mentre affida alla discrezionalità del legislatore il regime di

†††††††††† Tale definizione non differisce molto da quella che considera le università come un ente comunitario, elaborata da G. Napolitano, *Enti pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, p. 228.

†††††††††† F. Giglioni, *Pubblico e privato nel sistema universitario italiano*, cit. p. 48. In riferimento al legame tra università e formazione sociali, si rimanda a U. Pototschinig, *L’Università come società*, in *Riv.giur. scuola*, 1976, p. 269. Il legame alla società civile delle università è affrontato da G. F. Ferrari, *Accademia*, in *Dig. disc. Pub.*, Torino, Utet, 1987, pp. 9 ss.

§§§§§§§§§§ In riferimento alle origini delle università non statali si vedano: F. Giampietro, *Rilievi costituzionali sul riconoscimento delle università non statali*, in *Riv.giur. Scuola*, 1965, pp. 40 ss. M. A. Carnevale Venchi, *Università libere e università private: considerazioni e proposte*, in *Riv. giur. Scuola*, 1972, pp. 417 ss.; G. C. De Martin, *Riflessioni in tema di riconoscimento di università paritarie nell’ordinamento italiano*, in *Atti del Convegno internazionale di diritto scolastico*, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 195 ss.

†††††††††† F. Giglioni, *Pubblico e privato nel sistema universitario italiano*, cit. 2014, 41 Secondo l’Autore «a differenza di quanto lo stesso art 33 Cost. fa per la scuola, distinguendo per sommi casi le scuole statali da quelle private, con riferimento alle università la Costituzione tace sulle distinzioni tipologiche, soffermandosi solo sulle garanzie di autonomia da rilasciare a loro. Tuttavia sarebbe incorretto dedurre da questo silenzio il sostegno di una tesi invece che di un’altra: infatti in entrambi i casi, l’interpretazione pare utilizzata strumentalmente per dar forza a tesi che trovano sostegno su altre ragioni. In realtà gli art. 33 e 34 Cost., con riferimento all’istruzione superiore, si preoccupano di stabilire delle garanzie senza preoccuparsi di delineare un assetto preciso di soggetti e il regime del settore è affidato alla discrezionalità del legislatore».

regolazione da riconoscere a queste istituzioni, fatta salva l'autonomia di «darsi propri ordinamenti» ++++++++.

Sulla base di queste disposizioni costituzionali, bisogna ammettere, che contribuiscono a formare il sistema universitario, anche organizzazioni universitarie private, pure quando le stesse svolgono funzioni, che per la maggior parte sono attribuite a soggetti che abbiano natura strettamente pubblica. (Si pensi, ad esempio, al rilascio di titoli di studio aventi valore legale ++++++++).

Il silenzio del costituente e la mancanza di una espressa disposizione di legge, che chiarisca quale sia la natura giuridica di tali tipi di istituzioni, ha indotto, soprattutto in passato, parte della dottrina a ritenere che «l'autonomia a cui si riferisce la norma costituzionale sia autonomia pubblica e che pertanto le istituzioni che formano oggetto siano esclusivamente pubbliche» ++++++++.

---

+++++++ Non è mancato, in campo dottrinario, chi ha interpretato questo silenzio del costituente, come una conferma dell'assetto disciplinare in vigore prima della Costituzione, mettendo in evidenza, che in assemblea costituente, il dibattito sul punto fu retrodatato all'ottocento e senza nessun collegamento con il principio di uguaglianza sostanziale che avrebbe invece dovuto portare i costituenti a concepire l'apparato educativo in un'ottica di servizio. Sul punto, S. Cassese, A. Mura, *Commento agli articoli 33 e 34*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1976, p. 212. Sull'ambito dell'autonomia universitaria, S. Cassese, *L'autonomia delle università nel rinnovamento delle istituzioni*, in *Il Foro italiano*, 1993, V, pp. 82

ss;  
M. Cammelli, *Autonomia universitaria. Ovvero: il caso e la necessità*, in *Diritto pubblico*, 1995, pp. 16 ss.; D. Sorace, *L'autonomia delle università italiane nel nuovo quadro normativo: una lettura critica*, in *Modelli di università in Europa e la questione dell'autonomia*, Torino, Fondazione Giovanni Agnelli, 1996, pp. 219 ss. L. Mazzaroli, *Il principio costituzionale di autonomia universitaria, alla luce della più recente normativa*, in *Diritto amministrativo*, 1997, pp. 1 ss. A. Poggi, *Il "caso" dell'autonomia universitari: la costruzione un "effettivo" modello di "autonomia" di un soggetto pubblico*, in *L'effettività tra sistema delle fonti e controlli. Alcuni casi emblematici*, a cura di A. Bardusco, F. Pizzetti, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 129 ss. A. D'Atena, *Un' autonomia sotto tutela ministeriale: il caso dell' Università (Osservazioni a Corte cost. 27 novembre 1998, n.383)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 3322. U. Potosching, *L'Università come società*, in *Riv. giur. della scuola*, 1976, ora in *Scritti scelti*, Padova, Cedam, 1999, p. 823; S. Cassese, *L'autonomia e il testo unico sull' università*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, pp. 515 ss. R. Finocchi, *Le Università*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, tomo II, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1349; F. Midiri, *L'istruzione universitaria tra servizio pubblico e autonomia funzionale*, Torino, Giappichelli, 2004; F. Merusi, *Legge e autonomia nelle università*, in *Diritto amministrativo*, 2008, pp. 739 ss.; C. Pinelli, *L'autonomia universitari*, in *Autonomia universitaria e rappresentanza delle comunità accademiche, dei saperi e delle discipline, Atti della giornata di studio indetta dalle società scientifiche delle scienze giuridiche con il patrocinio del Consiglio Universitario Nazionale*, Roma 19 settembre 2011 disponibile su [www.cun.it](http://www.cun.it).

+++++++ Per un approfondimento sul valore legale del titolo di studio, si veda, S. Cassese, *Il valore legale del titolo di studio*, in *Annali di storia delle università italiane*, vol. 6, Bologna, Clueb, 2002, il quale chiarisce che «tuttavia gli uffici pubblici e le professioni sono ordinati in modo che per accedere ai concorsi pubblici e agli esami di Stato è necessario avere un titolo di studio». Inoltre, senza pretesa di completezza sull'argomento, si segnalano: F. Saitta, *Titoli di studio e di cultura*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, Treccani, 1994, pp. 6 ss.; E. Carloni, F. Merloni, A. Pioggia, *Sul valore legale del titolo di studio*, 2012, disponibile su [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); B. G. Mattarella, *L'equivoco del valore legale del titolo di studio*, 2012 disponibile su [www.nelmerito.com](http://www.nelmerito.com); A. Stella, *Riflessioni sull'abolizione legale del titolo di studio*, 2012 disponibile su [www.roars.it](http://www.roars.it); A. Bartolini, *Appunti sul valore legale del titolo di studio*. Relazione al Convegno *Concorrenza e merito nelle università*, Roma 12 marzo 2009; M. Libertini, *Competizione tra Università e valore legale del titolo*, in *federalismi.it*, 3/2009, disponibile su A. Romano, *Alcune considerazioni sul valore legale delle lauree universitarie: note storiche e prospettive*, in *Annali di storia delle Università italiane*, vol. 13 Bologna, Clueb, 2009; F. Saitta, *Dalla filippica di Einaudi alla riforma Gelmini: il punto dopo mezzo secolo di discussione sul valore legale del titolo di studio*. Relazione al Convegno *Concorrenza e merito nelle università* Roma 12 marzo 2009, disponibile su [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

+++++++ V. Crisafulli, *La scuola nella costituzione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1956, pp. 81 ss. Tra gli autori che sostengono la tesi pubblicistica si ricordano: A. Valentini, *La libertà d'insegnamento*, in *Rass. Dir. pubb.* 1960; O. Sepe, *Note sulla natura giuridica delle università statali*, in *Riv. Giur. Scuola*, 1972, p. 295; P. Caretti, *Libertà "della scuola" e libertà "nella scuola"*, in *Quale giustizia?* 1973, 19, pp. 123 ss. N. Daniele, *La pubblica istruzione*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 307; P. Barile, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1987, pp. 638 ss. F. Merloni, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, Giuffrè, 1990, 135; F. Merloni, *Università*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 6109 ss. M. Dugato - Piperata, *Università degli studi*. I) *Diritto pubblico*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 2007, p. 5; *Competizione e accountability nel governo delle Università. Il finanziamento*

Inoltre, seguendo questa tesi, e ritenendo di racchiudere con l'espressione «ordinamenti autonomi», anche la libertà di organizzazione privata, si ammette finanche la possibilità di creare università private, soggette a speciali limitazioni da sancire con una norma di legge. Per questo, l'autonomia di cui si parla nell'art 33 della Costituzione è da intendersi come autonomia pubblica, che ha per oggetto solo istituzioni pubbliche \*\*\*\*\*.

La tesi pubblicistica, ha avuto specie in passato, un forte eco soprattutto in campo giurisprudenziale.

Anche nelle ultime sentenze sul tema ++++++, infatti, l'Autorità resistente, richiama sul punto quella parte della giurisprudenza che inquadra le università "libere" come enti pubblici non economici, e a sostegno di ciò, cita la sentenza della Cassazione civile, SS: UU. n. 5054/2004 concernente l'Università Luiss.

Tale sentenza, riconosce natura pubblicistica all'Università Luiss, in quanto essa è regolata dall'ordinamento dell'istruzione superiore (R.D. 31 agosto 1933 n. 1592). Questa circostanza, secondo i giudici della Cassazione fa apparire *“non dubitabile il riconoscimento della suddetta natura, che riposa sulla ineludibile rilevanza di scopi, struttura organizzativa e poteri amministrativi del tutto analoghi a quelli delle U. statali.”*

Inoltre, la sentenza afferma che l'unica principale differenza tra le Università "libere" e quelle statali *“si coglie sotto l'aspetto finanziario, in quanto le prime non gravano sul bilancio dello Stato o vi gravano in minor misura delle seconde (cfr. art. 2 e 3 citato R.D. n. 1592 del 1933 (t.u.); v. anche l'art. 1 R.D.L. 20 giugno 1935 n. 1071), ma per il resto esiste una larga coincidenza di natura e di disciplina nel senso suindicato. Basti pensare, quanto all'elemento finalistico, che l'art. 1 citato R.D. n. 1592 del 1933, dopo aver enunciato, nel comma primo, il principio che “l'istruzione superiore ha per fine di promuovere il progresso della scienza e di fornire la cultura scientifica necessaria per l'esercizio degli uffici e delle professioni” (sul presupposto, ovviamente, di un titolo di studio avente valore legale), dispone, nel comma secondo, che essa è impartita nelle Università “statali” e in quelle “libere” (categoria, quest'ultima, alla quale appartiene ogni Università “il cui ordinamento sia conforme alle nonne del presente t.u.” art. 198), alle une e alle altre quindi affidando a pari titolo il perseguimento di quel fine; e statuisce nel comma terzo, con riguardo a entrambe le categorie di Università, che esse “hanno personalità giuridica e autonomia amministrativa, didattica e disciplinare, nei limiti stabiliti dal presente T.U. e sotto la vigilanza dello Stato”. [Cassazione Sezioni unite, 11 marzo 2004, n. 5054].*

Ma il punto più interessante di questa pronuncia, richiamato anche dalle recenti sentenze citate, [Tar Lazio sez. III 15 giugno 2015, n. 8374, n. 8375, n. 8376, e Cons. di St., sez. VI, 11 luglio 2016, n.3034], è quello in cui si individuano alcuni elementi, quali il fine pubblico, il

dell'Università, a cura di G. Colombini, Napoli, Editoriale scientifica, II, 2013, p. 218. F. Gigliani, *Pubblico e privato nel sistema universitario italiano*, cit.

\*\*\*\*\* D'altra parte, come è stato osservato sul punto, argomentando in termini pubblicistici, «la formulazione testuale costituzionale mostrerebbe la chiara intenzione di regolare in modo particolare l'intera materia delle università, escludendo che il principio della libertà della scuola si estenda anche all'istruzione universitaria, nel senso cioè di consentire la possibilità di creazione libera di istituti in concorrenza con quelli statali, o l'affidamento a privati di tale istruzione attraverso la procedura di parificazione prevista per gli altri ordini di scuola. In tal senso, M. A. Carnevale Venchi, *Università libere e Università private*, in *Riv. giur della scuola*, 1972, pp. 427ss.

+++++ Tar Lazio sez. III 15 giugno 2015, n. 8374, n. 8375, n. 8376.

controllo statale, i poteri certificativi e disciplinari, il valore legale del titolo di studio, ritenendoli “indizi sintomatici di pubblicità,” ricomprendendole, in quanto tali, tra la nozione di “amministrazioni aggiudicatrici,” regolata per questo dal Codice dei contratti pubblici.

A questa giurisprudenza, si è ispirato, invero, anche il giudice amministrativo, che soprattutto riferendosi alla materia delle procedure ad evidenza pubblica, ha anch'esso riconosciuto una natura pubblicistica a tali tipi di Università #####.

Il carattere pubblico delle università non statali è stato riconosciuto finanche dalla Corte dei Conti, che e per questo, le ritiene sottoposte alla giurisdizione contabile, nella fattispecie di danni causati all'ente di riferimento da un professore universitario #####, le ritiene sottoposte alla giurisdizione contabile.

#### 4. La tesi privatistica

In netto contrasto a tale interpretazione pubblicistica, si è posto un altro ramo della dottrina, che concepisce, le università non statali, come avente una natura giuridica privata, e obietta, che non necessariamente il termine «ordinamenti autonomi» contenuto nell'art 33 Cost. implica un necessario riferimento ad enti pubblici, in quanto, si può attribuire autonomia giuridica, anche a soggetti privati, intesa come autonomia organizzativa, che ricorre sia nel diritto pubblico che nel diritto privato \*\*\*\*\*. Di conseguenza, secondo questa interpretazione, bisogna ritenere che i termini «ordinamenti autonomi» e «piena libertà» presenti nel 4. comma e nel 6. comma dell'art 33 Cost., debbano intendersi nello stesso valore, essendo due espressioni non in contrasto tra loro, poiché tra i molteplici significati che possono essere attribuiti al termine autonomia si può intendere anche quello che lo raffigura come autodeterminazione, vale a dire, come un potere di darsi un ordinamento escludendo in questa sfera giuridica l'ingerenza dello Stato #####.

In campo giurisprudenziale, soprattutto negli anni più recenti, si è andata affermandosi la tesi privatistica per quanto riguarda la tipicità da attribuire alle università non statali” (e le sentenze in esame ne possono costituire un esempio).

A tale tesi, ha aderito, infatti, soprattutto la giurisprudenza civile ed amministrativa, che pur rilevando l'esistenza di indici pubblicistici nella disciplina che regola le Università c.d. “libere”,

##### Sul punto, le sentenze Cons. Stato, sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 841; TAR Lombardia, sez. IV, 6 settembre 2011 n. 2158).

##### Sul punto si veda: Corte dei Conti, sez. giurisdizionale del Lazio, n. 477/2010. sulla stessa linee le tre recenti sentenze del Tar Lazio n. 8374; n. 8375; n. 8376.

\*\*\*\*\* V. Zangara, *I diritti di libertà della scuola*, Napoli, Jovene. *Estratto dalla Rassegna di diritto pubblico* fasc. 3 e 4, 1959. Secondo tale Autore, «l'espressione usata nell'ultimo comma dell'art 33 può ritenersi di ben altro valore di quella usata nel quarto comma: «ordinamenti autonomi» e «piena libertà» sono due espressioni che non sembrano in contrasto».

##### Tra gli autori che sostengono la tesi privatistica si ricordano: S. Lariccia, *Libertà delle Università ideologicamente impegnate e libertà di insegnamento*, in *Giur.cost.*, 1972, pp. 2185 ss.; A. Accardo, *La scuola*, Padova, Cedam, 1991, p. 91; L. Ferrara, *Le università “libere: enti pubblici di dubbia costituzionalità o enti privati autorizzati?* In *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. Cerulli Irelli, G. Morbidelli, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 276 ss.

non le ritiene tali da assoggettarle alla disciplina normativa delle amministrazioni pubbliche  
#####.

Le argomentazioni più rilevanti apportate sul punto da questa giurisprudenza riguardano:

- L'ammettere, secondo il dettato costituzionale dell'art. 33 Cost., che l'istruzione universitaria può essere impartita anche da soggetti di natura privata;
- L'istituzione per legge di qualsiasi ente pubblico;
- Il rilevamento di indici sintomatici rilevatori della natura pubblicistica che debbono assumere una valenza univoca;
- Il rispetto del principio pluralistico a cui la Costituzione si ispira e che garantisce l'iniziativa privata anche in ambiti di interesse pubblico.

La qualificazione come persone giuridiche pubbliche, come chiarito dalle recenti sentenze ispiratrici di queste riflessioni, *“deve essere caratterizzata da indici rilevatori più incisivi di pubblicità e comunque diversi da quelli riconducibili al riconoscimento di rilasciare titoli aventi valore legale”* #####.

Inoltre, lo stesso Consiglio di Stato, chiarisce che in tema di trasparenza e pubblicità, lo stesso decreto legislativo n. 33 del 2013, opera ai fini della sua applicazione, una distinzione rilevante, tra ente pubblico “tout court” ed enti privati, che svolgono attività di pubblico interesse.

Per gli enti privati, infatti, (ricorrendo tutte le condizioni previste, l'art. 11 del decreto legislativo n. 33 del 2013, così come modificato dall'art. 24-bis del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114), prevede che le disposizioni in materia di pubblicità e di trasparenza si applichino “limitatamente all'attività di pubblico interesse” e non integralmente.

È opportuno rilevare, che le recenti pronunce sia del Tar che quella del Consiglio di Stato, pur riaprendo i termini della questione, evidenziano chiaramente il cambiamento di rotta in senso privatistico sul tema della natura giuridica da conferire alle università non statali.

Ciò è sostenuto dal fatto che, soprattutto negli ultimi tempi, sono state introdotte importanti novità, che hanno apportato alcune modifiche al diritto positivo in tema di università non statali.

Le novità riguardano soprattutto l'introduzione di alcuni provvedimenti normativi, che riservano alle università pubbliche un campo di applicazione disciplinare che distingue nettamente le università statali da quelle non statali.

Oltre alla tesi pubblicistica e privatistica, la questione sulla natura giuridica da attribuire alle Università non statali ha avuto anche osservazioni diverse, non è mancato, per questo, chi ha considerato le università non statali, dei soggetti ibridi e sostiene che la loro natura non deve

---

##### Si veda, in particolare, Cass. civ. sez. lavoro, n. 14129/1999; TAR LAZIO, sez. III, n. 351/2005; Tar Lazio, sez. II, n. 3971/2013; Cons. Stato, sez. VI, n. 2660/2015 Si veda, in particolare, Cass. civ. sez. lavoro, n.14129/1999; TAR LAZIO, sez. III, n.351/2005; Tar Lazio, sez. II n. 3971/2013; Cons. Stato, sez. VI, n.2660/2015 nella quale si afferma che *«la nozione di ente pubblico cui si deve fare riferimento è funzionale e cangiante»*, tale affermazione evidenzia come la *«circostanza che talvolta le Università private siano state ritenute enti pubblici dalla giurisprudenza ( e trattate come tali ai fini della giurisdizione sulle controversie in materia di impiego o della giurisdizione della Corte dei Conti non è di per se sufficiente che lo siano sempre»* (punto 19 della motivazione). Seguono la stessa tendenza le sentenze del Tar Lazio Sez. III n. 8375/2015, 8376/2015, 8377/2015.

##### Tar Lazio, Sez. III n. 8375/2015, 8376/2015, 8377/2015.

essere ricercata in maniera astratta e generale, ma deve essere valutata ogni volta, rilevando i punti in comune tra norme e caratteristiche dell'ente \*\*\*\*\*.

## 5. L'influenza del diritto comunitario e la nozione funzionale di ente pubblico

Il dibattito dottrinario circa la natura giuridica da attribuire alle università non statali, come già accennato all'inizio, è stato influenzato fin dagli anni '70 nel nostro ordinamento, anche dall'interpretazione che ne dà il diritto comunitario.

Secondo l'ordinamento comunitario, non vi è una definizione "statica" di pubblica amministrazione, ma bensì "dinamica," in esso prevale il profilo c.d. "funzionale" di pubblica amministrazione, vale a dire, che l'ambito soggettivo di applicazione di una determinata normativa può variare a seconda del fine da raggiungere. Un esempio, diventato tipico, è quello delle direttive in materia di contrattualistica pubblica, le quali al fine di un rafforzamento della concorrenza del mercato in ambito europeo, ha allargato il campo delle entità soggette a tale disciplina, fino ad includere alcune tipologie di soggetti di diritto privato, beneficiari, anche se solo in parte, di finanziamenti pubblici.

Questa distinzione tra nozione statica e dinamica del concetto di pubblica amministrazione ha portato nel nostro ordinamento, soprattutto in campo giurisprudenziale, ad utilizzare la tecnica del principio funzionale alla normativa da applicare, anche laddove non si trattava di dare attuazione ad obiettivi o principi di rango comunitario. Ciò, ha determinato, spesso, la conseguenza di qualificare come pubblici, enti che seguono invece schemi privatistici. (Un esempio può essere quello delle società a partecipazione pubblica), generando spesso notevoli dubbi sulla disciplina da seguire, specie quando non vi era una normativa chiara od espressa che qualificasse l'ente come un soggetto pubblico o privato.

La nozione "funzionale" di ente pubblico è attualmente quella più condivisa dalla dottrina, ciò comporta, come evidenziato recentemente dai giudici del Tar romano, [Tar Lazio sez. III 15 giugno 2015, n.8374, n.8375, n.8376] e precedentemente dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, [Cons. St. sez.VI, n. 2660/2015], che *«il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico non è sempre uguale a se stesso, ma muta a seconda dell'istituto o regime normativo a cui deve essere applicato e della ratio ad essa sottesa, nel senso cioè che ciò che a certi fini costituisce un ente pubblico, potrebbe non esserlo ad altri fini, rispetto all'applicazione di altri istituti che danno rilievo a diversi dati funzionali e sostanziali»*.

Anche la più recente pronuncia del Consiglio di Stato sull'argomento [Cons. St. sez. VI, 11 luglio 2016 n. 3043], condivide e rafforza questo punto, ribadendo che: *«l'individuazione dell'ente pubblico debba avvenire in base a criteri non "statici" e "formali", ma "dinamici" e "funzionali"»*.

---

\*\*\*\*\* Tra i sostenitori di questa tesi, M. A. Cabiddu, *L'Università – azienda e la questione della responsabilità amministrativa*, in *Amministrazione*, 2011, 3, pp. 372 ss. Secondo cui la natura dell'università non statale non deve essere ricercata in modo astratto e generale, ma deve essere valutata caso per caso mettendo in relazione norme e caratteristiche dell'ente e per questo motivo, le università non statali devono essere annoverate tra i soggetti ibridi. Per una lettura critica, G. Azzariti, *Per un'università "senza condizione"*, disponibile su [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 1/2009.





La premessa del ragionamento del Tar secondo cui, (l'Università libere non sono enti pubblici ai fini del decreto trasparenza), presenta, secondo i giudici del Consiglio di Stato, un elemento di criticità. Esso è rinvenibile nel fatto che il Tar. «*Valorizzando la previsione di cui all'art. 4 legge n. 70 del 1975, presuppone l'esistenza di uno scenario che, in realtà, l'ordinamento non conosce più da tempo (e forse non ha mai conosciuto)*».

Tale scenario si sostanzia nel fatto che «*il legislatore attribuisce univocamente e formalmente la qualifica di ente pubblico ad una cerchia delimitata di soggetti, i quali, in virtù della qualificazione pubblicistica formalmente ricevuta, soggiacciono in maniera fissa ed immutevole, ad ogni tipo di disciplina dedicata all'ente pubblico*». Questo quadro, secondo i giudici del Consiglio di Stato, non corrisponde più all'attuale assetto ordinamentale, caratterizzato da una crescente complessità, dei bisogni da soddisfare, che richiedono, spesso, per fronteggiarli il ricorso alla c.d. “ibridazione” delle forme giuridiche, cercando di attenuare in tal modo, i confini tra diritto pubblico e diritto privato.

Secondo questa giurisprudenza, non è sempre e comunque possibile qualificare un organismo di diritto pubblico come pubblica amministrazione (in maniera fissa e immutevole), ma solo quando la sua attività viene esplicitamente sottoposta ad una disciplina di diritto amministrativo.

Ed in seguito aggiunge che: «*Lo stesso decreto legislativo n. 33 del 2013 (...) opera una distinzione, rilevante ai fini del suo ambito applicativo, tra ente pubblico tout court ed enti privati che svolgono attività di pubblico interesse. Per questi ultimi, infatti, la normativa prevede che le disposizioni in materia di pubblicità e di trasparenza si applichino non integralmente, ma limitatamente all'attività di pubblico interesse*».

In definitiva, se dal peculiare esame compiuto dalla giurisprudenza più recente, sembra che l'ago della bilancia, propenda più sulla sfera privata che su quella pubblica, è evidente che tale soluzione non pone fine ai dubbi circa il loro *status*.

Ci si chiede, infatti, anche in riferimento agli obblighi di trasparenza introdotti dalle recenti normative, se tali soggetti potessero seguire la disciplina prevista in materia di trasparenza degli enti privati in controllo pubblico, oppure, sono da considerarsi come soggetti del tutto privati, e per questo, non soggetti ai “lacci e lacciuoli” a cui sono sottoposti i soggetti pubblici, come le università statali, a cui sembrano equipararsi solo in pochi casi, come ad esempio, nel riconoscimento di rilasciare titoli aventi valore legale.

In definitiva, se resta ancora una volta irrisolto lo *status* da conferire alle c.d. università non statali, le riflessioni fin ora svolte sul punto, evidenziano maggiormente la propensione per un settore, quale è quello dell'istruzione universitaria, sempre più “destatalizzato,” in seguito all'introduzione di meccanismi competitivi introdotti con la legislazione più recente

##### Sul concetto di evoluzione dell'ordinamento a seguito della c.d. Riforma Gelmini, a scopo non esaustivo si veda, tra gli altri, più di recente S. Monzani, *L'evoluzione dell'ordinamento e la riforma Gelmini*, in *Il futuro dell'Università italiana dopo la Riforma*, a cura di S. Paleari, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 53 ss. Per un approfondimento alla luce dei principi costituzionali del processo riformatore intrapreso con la l. 240/2010 e sviluppato con successivi provvedimenti attuativi. C. Pinelli, *Sulla legittimità costituzionale del decreto Gelmini sull'organizzazione dell'università*, disponibile su [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 2010; R. Calvano, *La legge e l'Università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'Università italiana*, Napoli, Jovene, 2012; Id, *I soggetti della riforma*

l'originaria nozione di “*universitas*,” che sembra allontanarsi sempre di più, dalla concezione originaria che intende le università come il luogo dove si fa scienza e ricerca, connotandola invece, attualmente, come luogo dove si perseguono per lo più, logiche di mercato e spesse volte anche di lucro #####.

Tali concezioni, mal si conciliano con l'idea che emerge dalla nostra Carta Costituzionale, la quale concepisce la materia dell'istruzione, compresa l'istruzione superiore, come quella rientrante nella nozione di obbligo di servizio pubblico, in senso soggettivo, che costituisce, da sempre, l'elemento caratterizzante dell'intero sistema nazionale dell'istruzione.

---

*universitaria e la Costituzione. Nuovi profili problematici*, in *Competizione e governance del sistema universitario*, a cura di E. Picozza, A. Police, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 61 ss.

##### Ci si riferisce soprattutto alle università telematiche di recente formazione. Nel mondo accademico il giudizio su tali tipi di università è per lo più critico, la loro istituzione è considerata una esperienza fallimentare una realtà molto lontana dalle *open university* del Regno Unito. Cfr., F. Giglioni, *Pubblico e privato nel sistema universitario italiano*, cit., pp. 55 ss.; A. Ridolfi, *L'Università pubblica e l'Università privata*, in *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, a cura di F. Angelini, M. Benvenuti, cit., pp. 523

ss.; A. Graziosi, cit., pp. 119 ss; A. Mari, *L'istituzione dell'UNITEL, tra nuovi problemi, ed incerte prospettive*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, pp. 1189 ss. A favore delle Università telematiche, considerate come “le Università del futuro” che individuano un nuovo modo di far evolvere le università tradizionali per collegarle ai bisogni reali della società globalizzata ed interconnessa si pone invece il recente contributo, di M. A. Garito, *L'Università nel XXI secolo tra tradizione e innovazione*, Milano, McGraw-Hill Education, 2015.

Sul fine di lucro si veda il recente contributo di F. Elefante, *University business in Italy? Tipi di istituzioni universitarie e relativi regimi*, in *Munus* 1/2015. Sul prevalere dell'intento speculativo perseguito da questi tipi di università che si allontana sempre di più dalle finalità che dovrebbero essere proprie di una istituzione universitaria si segnala l'accesa critica contenuta nella lettera «*C'è ancora un futuro per università e ricerca in Italia*», disponibile su [www.roars.it](http://www.roars.it) del 31 maggio 2014, i cui primi quaranta sottoscrittori fanno parte dell'Accademia dei Lincei. Sull'attuale situazione delle università telematiche può risultare interessante l'intervista del presidente dell'ANVUR Stefano Fantoni, *Lauree facili non fidatevi degli atenei web*, in *La Repubblica* del 28 gennaio 2015, p. 50 in cui le università a distanza vengono paragonate ad «*una formidabile zona franca, protetta da efficientissimi uffici legali [...] e da un sostanziale disinteresse da parte del MIUR*». Inoltre, si chiarisce che le Università telematiche non sono tutte uguali (Unitelma Sapienza viene indicata come «*la sola punta avanzata*» per la composizione del corpo docente poiché formato dall'80% da professori di ruolo) e che l'obiettivo dell'ANVUR è di correggerne la cattiva immagine tramite un controllo rigoroso.



Dall'altro lato, nella prospettiva di un aggiornamento della normativa che regola il giudizio di costituzionalità, va ricordato che l'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87 'Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale' pone un limite chiaro al controllo di costituzionalità, escludendo ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento.

La Corte costituzionale, quindi, è chiamata a muoversi lungo la linea sottile tra il giudizio di legittimità e il giudizio a carattere politico, stavolta quale attore principale di una stagione di riforme legislative e costituzionali di forte impatto sociale.

### 1.1. La normativa elettorale ritorna al vaglio della Corte costituzionale

La Corte costituzionale è di nuovo chiamata a risolvere una questione di legittimità relativa alla disciplina del sistema elettorale, la legge n. 52 del 2015, così come trasmessa dal Tribunale di Messina attraverso la strada tracciata nell'analoga questione relativa al 'Porcellum'

\*\*\*\*\*

La sent. 1 del 2014 della Corte costituzionale rappresenta indiscutibilmente un approdo giurisprudenziale conclusivo di un lungo periodo di inerzia legislativa ++++++ e a fronte di una prassi applicativa della legislazione elettorale non sempre condivisibile #####. Dopo un periodo di sollecitazioni in varia salsa da parte della giurisprudenza sia di legittimità che di merito, la Corte costituzionale decide di prendere una posizione decisiva e identificabile con una chiara ricostruzione del sistema elettorale alla luce della forma di governo parlamentare e della garanzia dei diritti di partecipazione politica del cittadino sssssssssssssssss.

Pertanto, una riflessione a prima lettura dell'ordinanza del Tribunale di Messina, a fronte dei preannunciati ricorsi aventi ad oggetto la disciplina elettorale definita dalla legge n. 52/2015 e della prossima udienza già fissata dalla Consulta all'inizio del mese di ottobre, non sembra sottrarsi al confronto con le risultanze del percorso tracciato dai giudici costituzionali.

---

\*\*\*\*\* In seguito all'ordinanza del Tribunale di Messina, sono state sollevate le questioni di costituzionalità sulla legge elettorale n. 52/2015 anche dal Tribunale di Torino e dal Tribunale di Milano con ordinanze del giugno 2016.

+++++ Il dibattito dottrinale sul punto: B. Caravita, *La riforma elettorale alla luce della sent. n. 1/2014*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) n. 2/2014.

F. Dal Canto, *La legge elettorale dinanzi alla Corte costituzionale: verso il superamento di una zona franca? (nota a Corte di Cassazione, I Sez. civile, ord. n. 12060/2013)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). E. Grosso, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria? Un'indebita richiesta di "supplenza" alla Corte costituzionale di fronte all'ennesima disfatta della politica*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it) n. 4/2013.

A. Pace, *La condanna del Porcellum*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it). A. Anzon Demmig, *Un tentativo coraggioso ma improprio per far valere l'incostituzionalità della legge per le elezioni politiche (e per coprire una zona franca del giudizio di costituzionalità)*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it). A. Repetto, *Il divieto di fictio litis come connotato della natura incidentale del giudizio di costituzionalità. Spunti a partire dalla recente ordinanza della Corte di Cassazione in tema di legge elettorale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it). S. Lieto, P. Pasquino, *La Corte costituzionale e la legge elettorale: la sentenza n. 1 del 2014*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). A. Ruggeri, *La riscrittura, in un paio di punti di cruciale rilievo, della disciplina elettorale da parte dei giudici costituzionali e il suo probabile 'seguito'*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). G. Scaccia, *Riflessioni ordinamentali dell'annullamento della legge n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale*, in [www.confrontocostituzionali.eu](http://www.confrontocostituzionali.eu).

##### M. Cosulich, *Contra Italicum. Ovvero dell'ordinanza del Tribunale di Messina del 17 febbraio 2016*, in Osservatorio Costituzionale A.I.C., <http://www.osservatorioaic.it/call-dell-osservatorio-costituzionale-sull-ordinanza-del-tribunale-di-messina-del-17-febbraio-2016-che-ha-sollevato-questione-di-legittimit-costituzionale-dell-italicum.html>.

ssssssssssssss F. Conte, *Un ricorso (quasi) diretto alla tutela dei diritti fondamentali? Brevi considerazioni sull'ordinanza 12060/2013 della Corte di Cassazione*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

Con l'ordinanza *de qua* il giudice *a quo* solleva la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la legge elettorale 6 maggio 2015, n. 52 ('Disposizioni in materia di elezioni della Camera dei deputati'), in quanto contraria ai principi costituzionali e gravemente lesiva dei diritto di voto così come tutelato e garantito dagli articoli 1, 2, 3, 24, 48, 49, 51, 56, 71, 92, 111, 113, 117, 138 della Costituzione e dagli artt. 13 CEDU e 3 Protocollo Cedu, ratificati dalla legge 4 agosto 1955, n. 848, in particolare sull'eguaglianza dell'elettorato attivo e passivo e alla distorsione dell'equilibrio tra governabilità e rappresentanza politica.

Nel caso dell'ordinanza *de qua*, sembra, a prima lettura, che per il tenore delle questioni di legittimità costituzionale sollevate, si tratti di un caso risolvibile alla luce della predetta giurisprudenza, come afferma lo stesso giudice *a quo*.

Ma è davvero così?

## 2. *Actio popularis* e giudizio costituzionale incidentale: la tendenza all'allargamento delle vie d'accesso alla Corte costituzionale

Ferma restando l'interpretazione oscillante della giurisprudenza e del dibattito dottrinale in merito ai presupposti processuali del giudizio in via incidentale, può di certo attestarsi la tendenza della Consulta ad ampliare le vie di accesso al giudizio di costituzionalità \*\*\*\*\*. Ne costituiscono esempio le questioni di costituzionalità sollevate tramite un'azione di accertamento di diritti costituzionali ++++++, *ex* art. 702 bis c.p.c., volta a chiedere un intervento del giudice costituzionale per rimuovere i pregiudizi prospettati dai ricorrenti e rimuovere il presunto stato di incertezza del diritto di voto così come ampiamente tutelato dalla Carta costituzionale ++++++. Persiste il dubbio relativo alla possibile sovrapposibilità dei giudizi *a quo* e *ad quem*, così come sollevato già dalla dottrina relativamente alla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 sssssssssssssssssss.

Preliminare, quindi, è l'identificazione corretta del nesso di incidentalità sussistente tra giudizio di accertamento del giudice *a quo* e giudizio di accertamento del giudice *ad quem* \*\*\*\*\* , rilevando la diversità dei *petita* ++++++, per evitare che la natura stessa del giudizio venga modificato, diventando una sorta di giudizio diretto mascherato da accesso in

\*\*\*\*\* G. Zagrebelsky, *Un anno di Parlamento abusivo*, *Giur. Cost.*, n. 3/2014 e pubblicato on line su <http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/01/05/porcellum-zagrebelsky-anno-parlamento-abusivo-testo-integrale/1316223/>. L. Carlassare, S. Bartole, G. Azzariti, R. Bin, G. Brunelli, P. A. Capotosti, A. Cerri, M. Dogliani, T. F. Giupponi, F. Lanchester, V. Onida, F. Rimoli, R. Romboli, G. M. Salerno, F. Sorrentino, S. Staiano, *Dibattito sulla sentenza n.1 del 2014, dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della legge n.270 del 2005*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it).

+++++ F. Dal Canto, *La legge elettorale dinanzi alla Corte costituzionale: verso il superamento della zona franca?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

+++++ Cass., sez. II, 26-05-2008, n. 13556.

ssssssssssssssssss E. Catelani, *"Due pesi e due misure" nella sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale: ammette una fictio litis, ma non amplia il parametro di costituzionalità ipotizzando una doppia preferenza di genere*, in [www.confrofronticostituzionalit.it](http://www.confrofronticostituzionalit.it).

\*\*\*\*\* G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 269; A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 155 s.; M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984, p. 112 nt. 59.

+++++ F. Dal Canto, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, a cura di E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 163 ss.

via incidentale #####. Secondo la dottrina si potrebbe verificare un caso di  *fictio litis*, essendo il ripristino della certezza e della pienezza della portata del diritto di elettorato attivo e passivo affidato all'accertamento del giudice *a quo*, accertamento che si risolve specularmente nella dichiarazione di incostituzionalità della legge elettorale 'italicum' del giudice *ad quem* #####. Tuttavia, più che insistere sull'eccezione di difetto d'incidentalità, sembrerebbe opportuno occuparsi della valutazione da parte del giudice *a quo* delle condizioni dell'azione di accertamento, vale a dire la legittimazione *ad agere* e l'interesse concreto a ricorrere.

Quanto al profilo della legittimazione ad agire, la pretesa degli attori va qualificata a carattere universale considerata la materia elettorale peculiarmente connotata dal carattere popolare dell'azione. In secondo luogo, l'azione deve avere ad oggetto un bene della vita diverso e autonomo dall'astratto principio di costituzionalità \*\*\*\*\*. Quanto all'interesse concreto, la considerazione va fatta nell'ottica del caso di specie, laddove si agisce in giudizio per tutelare un diritto costituzionale la cui lesione è possibile/probabile anche se ancora non avvenuta in concreto #####. Su altro piano, viene affermata invece la sufficienza, al fine di radicare l'interesse concreto, della previsione legislativa della situazione giuridica soggettiva oggetto della pretesa attorea, essendo l'interesse *in re ipsa* #####, a prescindere dall'applicazione della legge stessa.

Né può dubitarsi che, secondo la giurisprudenza della Corte, la carenza di interesse andrebbe di pari passo con la carenza di incidentalità #####, ripercuotendosi inevitabilmente in una decisione di inammissibilità della questione di costituzionalità. Alla Corte spetterebbe quindi non la verifica della diversità e autonomia processuale dei *petita*, ma la sufficienza della presenza dell'interesse ad agire e della legittimazione, secondo quanto ha affermato la Cassazione \*\*\*\*\*.

Il giudizio di rilevanza, ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, richiede che il giudice *a quo* sia chiamato a deliberare su questioni relative a norme legislative dirimenti necessariamente il giudizio pendente innanzi a lui. Alla luce della tesi che sostiene l'autonomia dell'incidente di costituzionalità rispetto al giudizio *a quo*, la rilevanza si identifica con

##### P. Carnevale, *La Corte vince ma non (sempre) convince, Le Corti e il voto. La Sentenza della Corte costituzionale sul sistema elettorale*, Seminario organizzato dal Dottorato in Diritto pubblico, comparato e internazionale e dal Master in Istituzioni parlamentari europee per consulenti di assemblea – Roma - Sala delle Lauree-Scienze politiche - Università "La Sapienza", 29 gennaio 2014, in *Nomos, Le Corti e il voto*, in <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/le-corti-e-il-voto-paolo-carnevale-la-corte-vince-ma-non-sempre-convince-riflessioni-intorno-ad-alcuni-profilo-della-storica-sentenza-n-1-del-2014-della-corte-costituzionale/>.

##### G. Repetto, *Il divieto di fictio litis come connotato della natura incidentale del giudizio di costituzionalità. Spunti a partire dalla recente ordinanza della Corte di Cassazione in tema di legge elettorale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013.

\*\*\*\*\* A. Cerri, *Dibattito*, *op.cit.*

##### Il Tribunale di Milano ha ritenuto inammissibili le domande dei ricorrenti di relative all'illegittimità costituzionale della legge elettorale 'Italicum', nell'ordinanza, del 21 giugno 2016, escludendo l'interesse ad agire proprio "in ragione di una attuale situazione di incertezza oggettiva sulla portata del diritto".

##### *Ex multis*, in merito all'esistenza dell'interesse dal momento dell'approvazione della legge ritenuta lesiva cfr. Corte cost., sentt. 332/1998; 407/2002; 234, 268, 284, 297/2005; 88, 118, 133, 451/2006; 176, 200/2012; A. Pace, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi auto-applicative impugnate per incostituzionalità*, in *Studi in mem. di C. Esposito*, II, Padova, Cedam, 1972, p. 1197.

##### C. Padula, *Spunti di riflessione sull'azione di accertamento e l'incidentalità nel giudizio di costituzionalità*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); A. Pugiotto, *La «concretezza» nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto*, in *Jus*, 1994, p. 97 e ss.

\*\*\*\*\* Cfr. A. Cerri, *Ci sarà pure un giudice a Berlino! Il mugugno di Postdam e la legge elettorale*, in *Nomos*, 1/2013.

l'applicabilità della legge sospetta di incostituzionalità nel corso del giudizio innanzi al giudice *a quo*, anche se la tesi della stretta connessione tra i due giudizi sembra giungere alla stessa conclusione.

Il giudice *a quo* risolve un po' frettolosamente per la sussistenza della rilevanza delle questioni di legittimità sollevate ¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶, argomentando in riferimento alla soluzione delle questioni come 'pregiudiziale' e 'strumentale' rispetto al *petitum* ¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶ dell'azione di accertamento, vale a dire l'accertamento della portata del diritto di voto.

Il giudice *a quo* inoltre afferma che nonostante esista un unico motivo di ricorso è possibile individuare un *petitum* nel giudizio principale separato dalla questione di legittimità costituzionale §§§§§§§§§§§§§§§§ e sul dubbio di *factio litis* si difende argomentando in questo modo: «vi sono leggi che creano in maniera immediata restrizioni dei poteri o doveri in capo a determinati soggetti, in tali casi l'azione di accertamento può rappresentare l'unica strada percorribile per la tutela giurisdizionale di diritti fondamentali di cui, altrimenti, non sarebbe possibile una tutela ugualmente efficace e diretta» \*\*\*\*\*. Né la natura incidentale del giudizio potrebbe limitare la portata delle garanzie prodotte dall'azione di accertamento ¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶.

Nel caso dell'ordinanza in commento, richiamandosi, come ricordato, il vivace dibattito dottrinale sulla *factio litis* ¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶, la complessità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con l'azione di accertamento potrebbe forzare la natura incidentale del

¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶ Punto 4 dell'ordinanza.

¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶ la proposta questione di legittimità costituzionale non esaurisce la controversia di merito, che ha una portata più ampia, in quanto il *petitum* oggetto del giudizio principale è costituito dalla pronuncia di accertamento del diritto costituzionalmente tutelato, in ipotesi condizionata dalla decisione delle sollevate questioni di legittimità costituzionale, in quanto residuerebbe la verifica delle altre condizioni da cui la legge fa dipendere il riconoscimento del diritto di voto; non v'è neppure coincidenza (sul piano fattuale e giuridico) tra il dispositivo della sentenza costituzionale e quello della sentenza che definisce il giudizio di merito, la quale ultima, accertata l'avvenuta lesione del diritto azionato, lo ripristina nella pienezza della sua espansione, seppure per il tramite della sentenza costituzionale (Cass. n. 12060/2013): infatti, la rimozione del pregiudizio lamentato dagli attori, frutto di una (già avvenuta) modificazione della realtà giuridica, resa incerta da una normativa elettorale in ipotesi incostituzionale, necessita di un'attività ulteriore, giuridica e materiale, ad opera del giudice di merito, che consenta ai cittadini elettori di esercitare realmente il diritto di voto in modo pieno e in sintonia con i valori costituzionali (un'attività diversa e successiva rispetto all'eventuale accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale), indispensabile per accertare il contenuto del diritto dell'attore (in tal senso, v. in motivazione, Corte cost. n. 1/2014, cit., secondo cui le sollevate questioni di legittimità costituzionale sono ammissibili, anche in linea con l'esigenza che non siano sottratte al sindacato di costituzionalità le leggi, quali quelle concernenti le elezioni della Camera e del Senato, che definiscono le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo e che quindi non possono essere immuni da quel sindacato). Va poi ricordato che l'ammissibilità dell'azione introdotta avanti al giudice ordinario non collide con la competenza riservata alle Camere tramite le rispettive Giunte parlamentari (art. 66 Cost.), la quale non interferisce con la giurisdizione del giudice naturale dei diritti fondamentali e dei diritti politici in particolare, che è il giudice ordinario (Cass. n. 12060/2013).

§§§§§§§§§§§§§§§§ Corte cost., sentt. n. 4/2000, n. 59/1957.

\*\*\*\*\* Cassazione n. 12060/2013.

¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶ «non può tradursi, a pena di incostituzionalità della legge n. 87/1953, “in un ostacolo che precluda quell'accesso qualora si debba rimuovere un'effettiva e concreta lesione di valori costituzionali primari”: ne consegue che “fallace sarebbe quindi l'obiezione (...) secondo cui l'eventuale pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale verrebbe a consumare ex se la tutela richiesta al giudice remittente, nella successiva fase del giudizio principale, con l'effetto di escludere l'incidentalità del giudizio costituzionale. Infatti, il giudizio sulla rilevanza va fatto nel momento in cui il dubbio di costituzionalità è posto, dalla cui dimostrata fondatezza (per effetto della sentenza della Corte costituzionale) è possibile avere solo una conferma e non certo una smentita della correttezza di quel giudizio sulla rilevanza».

¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶¶ Cfr. G. Repetto, *Il divieto di fictio litis*, op.cit., p. 5 e ss.









Tuttavia, il giudice *a quo* ritiene non manifestamente infondata la questione prospettata poiché residua il dubbio che, di fatto, si possa concretizzare un effetto distorsivo a scapito delle minoranze, imputabile alla maggiore rappresentanza parlamentare dei capilista bloccati.

## 5. Conclusioni: incertezze legislative e fattore tempo nel diritto

La complessità delle questioni sollevate non rendono così scontata la decisione di incostituzionalità della Corte costituzionale, che intanto ha fissato l'udienza nel mese di ottobre, precedendo la celebrazione del referendum costituzionale #####. Ad alimentare i dubbi e a non rendere facili previsioni la considerazione che il giudizio vada sicuramente relativizzato alla specifica fase in cui si innesterebbe una presa di posizione della Consulta rispetto alle more della riforma costituzionale, le cui sorti sono strettamente legate alla legge elettorale n. 52/2015, anche alla luce della difficile adeguamento dei principi del processo costituzionale all'introduzione di un controllo preventivo di legittimità costituzionale #####.

In particolare, secondo le disposizioni transitorie (in particolare al comma 11 dell'articolo 39 del progetto di riforma costituzionale Renzi-Boschi), alla data di entrata in vigore della riforma costituzionale è possibile attivare il giudizio preventivo di costituzionalità sulle leggi che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica su richiesta di almeno un quarto dei componenti della Camera dei deputati o un terzo dei componenti del Senato della Repubblica #####.

Possibilità che non potrebbe essere non presa in considerazione dalla Consulta, atteso che l'atteggiamento di tradizionale *self-restraint* in materia di diritti di partecipazione politica e di

---

##### La Corte costituzionale si pronuncerà sull'ordinanza *de qua* il 4 ottobre 2016, come da calendario in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

##### Cfr. F. Dal Canto, *Qualche osservazione sulla proposta di introduzione del ricorso preventivo di costituzionalità avverso le leggi elettorali*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it); S. Catalano, *Prime riflessioni sul controllo preventivo sulle leggi elettorali inserito nella proposta di revisione costituzionale all'esame del Parlamento* (23 maggio 2015), in *Forum on line di Quad. cost.* G. Tarli Barbieri, *Testo dell'audizione sul disegno di legge costituzionale n. 1429-B - Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte II della Costituzione*, approvato, in prima deliberazione, dal Senato e modificato dalla Camera dei deputati, Senato della Repubblica, 1<sup>a</sup> Commissione permanente (Affari costituzionali), 28 luglio 2015, [https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento\\_evento\\_procedura\\_commissione/files/000/003/031/TARLI\\_BARBIERI.pdf](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/003/031/TARLI_BARBIERI.pdf).

##### (Disposizioni transitorie) l'art.39, comma 11. In sede di prima applicazione, nella legislatura in corso alla data di entrata in vigore della presente legge costituzionale, su ricorso motivato presentato entro dieci giorni da tale data, o entro dieci giorni dalla data di entrata in vigore della legge di cui all'articolo 57, sesto comma, della Costituzione, come modificato dalla presente legge costituzionale, da almeno un quarto dei componenti della Camera dei deputati o un terzo dei componenti del Senato della Repubblica, le leggi promulgate nella medesima legislatura che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica possono essere sottoposte al giudizio di legittimità della Corte costituzionale. La Corte costituzionale si pronuncia entro il termine di trenta giorni. Anche ai fini di cui al presente comma, il termine di cui al comma 6 decorre dalla data di entrata in vigore della presente legge costituzionale. Entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di cui all'articolo 57, sesto comma, della Costituzione, come modificato dalla presente legge costituzionale, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano conformano le rispettive disposizioni legislative e regolamentari a quanto ivi stabilito.

materia elettorale potrebbe risultare una scelta saggia sicuramente nell'ottica del fattore tempo, inteso almeno secondo due ordini di considerazioni.

Primo aspetto riguarda l'operatività effettiva della legge n. 52/2015, normativa vigente ma la cui efficacia è sospesa fino al primo luglio 2016 per precisa scelta del Legislatore.

Sotto quest'ottica, il fattore tempo sarebbe limitante sia della portata concreta degli effetti paventati nelle questioni sollevate e nell'effettiva lesione del diritto di voto del cittadino così come posta a fondamento della richiesta di accertamento di incostituzionalità della legge elettorale

vigente <sup>1185</sup>. Altra considerazione va fatta nel solco della recente giurisprudenza costituzionale in materia elettorale che rappresenta un indiscutibile termine di raffronto obbligatorio ma che non ha ancora consolidato la forza del precedente <sup>1186</sup>.

Almeno così sembra definire la stessa Corte costituzionale che a motivare il proprio intervento coraggioso, ne evidenzia i tratti peculiari <sup>1187</sup> *quasi al fine di disinnescare la potenziale forza generalizzatrice della sua pronuncia in punto di ammissibilità* <sup>1188</sup>. Nel caso di specie, l'ammissibilità potrebbe essere affievolita rispetto alla mancanza di palesi compressioni del diritto di voto, compressioni paventate ma ancora ingabbiate nel limbo del possibile ma (ancora) non applicabile <sup>1189</sup>. Il *quantum* della possibile restrizione dei diritti politici quindi <sup>1190</sup>

dovrebbe superare la necessità di “*rimuovere un'effettiva e concreta lesione di valori costituzionali primari*”, richiamando le stesse parole della Cassazione, lesione che appare tuttora *sub condicione*  
#####.

<sup>1185</sup> In tal senso anche l'ordinanza di inammissibilità del 21 giugno 2016 del Tribunale di Milano.

<sup>1186</sup> G. D'Amico, Adelante Pedro ... si puedes. *L'Italicum all'esame della Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>1187</sup> E. Bindi, *Test di ragionevolezza e tecniche decisorie della Corte costituzionale (a margine della dichiarazione d'incostituzionalità della legislazione elettorale)*, in *Ianus*, n. 1/2015, p. 28 e ss.

<sup>1188</sup> G. Zagrebelsky, *Un anno di Parlamento abusivo*, *op. cit.*, e pubblicato on line su <http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/01/05/porcellum-zagrebelsky-anno-parlamento-abusivo-testo-integrale/1316223/>.

<sup>1189</sup> Cfr. ordinanza del 21 giugno 2016 del Tribunale di Milano «Nel caso in esame, però, non si tratta dell'assenza di “atti applicativi” della normativa elettorale, atteso che l'interesse ad agire viene ritenuto insussistente non in ragione della non avvenuta convocazione dei comizi elettorale, ma in ragione della ritenuta insussistenza di una attuale situazione di incertezza oggettiva sulla portata del diritto (nel senso poco sopra chiarito). A tali considerazioni deve poi aggiungersi che la dirimente differenza tra le due fattispecie si coglie non solo con riferimento all'entrata in vigore della legge ritenuta incostituzionale nel caso in esame (entrata in vigore che, lo si ribadisce, è differita al 1.7.2016), ma soprattutto in ragione dell'attuale inefficacia della legge 52/2015. La stessa Corte Costituzionale, infatti, nella sentenza del 14.1.2014 n. 1, ha inequivocamente affermato (definendo “plausibili” le considerazioni svolte, in parte qua, dalla Corte di cassazione remittente) che la legittimità di un provvedimento di rimessione appare subordinato all'ipotesi di leggi che, nel momento stesso in cui entrano in vigore, creano in maniera immediata restrizioni dei poteri o doveri in capo a determinati soggetti, i quali, pertanto, si trovano per ciò stesso già pregiudicati da esse (in tal caso, si aggiunge, l'azione di accertamento rappresenterebbe l'unica strada percorribile per la tutela giurisdizionale di diritti fondamentali di cui, altrimenti, non sarebbe possibile una tutela efficace e diretta)».

<sup>1190</sup>

##### H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960, trad. ita., *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, p. 243 e ss.;

## GLI ISTITUTI DI DEMOCRAZIA PARTECIPATIVA IN ESTREMO ORIENTE: PROFILI COMPARATIVI

di Giacomo Mannocci\*

SOMMARIO: 1. La Democrazia partecipativa in Estremo Oriente: una disciplina e una prassi recente. – 2. Giappone: il referendum costituzionale e una legge attuativa attesa per sessant'anni. – 2.1. (*Segue*) Diritto di petizione e referendum territorialmente delimitati. – 3 Corea: la democrazia diretta nella Costituzione. – 3.1. (*Segue*) Recall e Referendum locali: un possibile sviluppo? – 4. Repubblica di Cina – Taiwan: Una democrazia di terza generazione in un critico quadro internazionale. – 5. Conclusioni.

### **1. La Democrazia partecipativa in Estremo Oriente: una disciplina e una prassi recente**

Il presente contributo analizza le caratteristiche e l'evoluzione storica dei più importanti istituti di democrazia diretta e di partecipazione in Giappone, in Corea del Sud e nell'isola di Taiwan, mettendo in rilievo come negli ultimi anni si è assistito al tentativo, non sempre riuscito, di una maggiore partecipazione popolare nei processi decisionali. Dai primi anni Duemila, emerge in questi Stati una lieve propensione ad utilizzare gli strumenti di democrazia partecipativa: sia l'opinione pubblica sia le forze politiche di questi Paesi cominciano a credere che accanto al modello rappresentativo possano coesistere concretamente anche gli istituti di democrazia diretta. Questa tendenza verso un maggior utilizzo degli strumenti partecipativi popolari appare però limitata alla determinazione della politica locale: a livello nazionale, manca la volontà o di introdurre tali istituti nell'ordinamento (come nel caso del Giappone) o di utilizzarli realmente (come in Corea del sud e a Taiwan) perché è radicata profondamente nell'opinione pubblica l'idea secondo cui la democrazia si attua soltanto tramite le istituzioni rappresentative e attraverso i partiti.

Inoltre, la disaffezione politica in questi Paesi non favorisce un dibattito sulla democrazia diretta: la stragrande maggioranza dell'opinione pubblica non ha intenzione di assumere direttamente un ruolo politico attivo se non quando vengono in gioco questioni strettamente attinenti al territorio in cui si vive (come nel caso dell'istallazione di centrali nucleari). L'indifferenza verso la politica è talmente forte in Giappone che è stata recentissimamente abbassata la soglia d'età per esercitare il diritto di voto per provare a combattere l'astensionismo e al tempo stesso avvicinare le nuove generazioni ad un maggior impegno civico.

Giappone, Corea del Sud e Taiwan inducono a fare una valutazione comparatistica sia per ragioni di carattere storico sia perché presentano al giorno d'oggi notevoli affinità geopolitiche ed istituzionali: tutti e tre gli Stati, infatti, sono delle compiute democrazie rappresentative; hanno adottato un proprio sistema di giustizia costituzionale per la tutela dei diritti

\* Avvocato, dottorando di ricerca in Diritto costituzionale – Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova.



Stati sono divenuti regimi pienamente democratici in tempi molto più recenti rispetto al Giappone #####. È interessante osservare che, a differenza di molti paesi della regione, sia Taiwan che la Corea del Sud hanno avuto una transizione da regimi autoritari e/o militari verso una compiuta democrazia attraverso un pacifico passaggio di poteri tra chi allora deteneva il governo e i partiti di opposizione: il *Millennium Democratic Party* in Corea e il Partito democratico progressista a Taiwan #####. Dagli anni Novanta del secolo scorso, i regimi politici di questi due Paesi soddisfano pienamente il principio democratico della sovranità popolare con elezioni libere ed eque, con l'introduzione del suffragio universale e con una competizione multipartitica.

Il contesto storico e geopolitico tratteggiato in estrema sintesi e le affinità giuridiche tra queste entità statuali permette una comparazione su un aspetto particolare: gli istituti di democrazia partecipativa. L'analisi è estesa anche al Giappone, una nazione con cui da sempre – anche in epoche molto risalenti – sia la Corea che Taiwan hanno dovuto sempre confrontarsi.

\*\*\*

In questi tre Stati, il dibattito sul ricorso agli strumenti di democrazia diretta è rimasto per decenni sotto traccia: in Corea e a Taiwan per l'ovvio motivo che fino a metà degli anni Ottanta non erano delle compiute democrazie; in Giappone perché per ragioni storiche si vedeva negativamente un ruolo attivo dei cittadini che non fosse mediato dalle istituzioni rappresentative e dai partiti: c'era infatti il timore di una deriva populistica e autoritaria, come accadde effettivamente nel corso degli anni Trenta. È proprio per questo motivo che la Costituzione giapponese, delineata nelle sue linee fondamentali dal Comando Alleato \*\*\*\*\*, non prevede il ricorso al referendum popolare se non nel particolare caso della revisione costituzionale che sarà in seguito esaminata. La Costituzione giapponese delinea un modello strettamente rappresentativo: i cittadini partecipano attivamente alla vita politica, attraverso l'intermediazione dei partiti politici ed esclusivamente attraverso le elezioni legislative nazionali e quelle per gli enti locali #####.

In Giappone non è mai stato tenuto alcun referendum avente una rilevanza nazionale e, addirittura, per molti decenni, si sono svolti referendum meramente di carattere consultivo a

---

##### Sull'evoluzione politica del Giappone e degli Stati del sudest asiatico durante la guerra fredda si rinvia a A. Fiori, *L'Asia orientale dal 1945 ai giorni nostri*, Bologna, il Mulino, 2010.

##### Sulle vicende relative alla transizione democratica a Taiwan si rinvia per maggiori approfondimenti a: AA.VV., *Taiwan's Democracy: Economic and Political Challenges*, London, New York, Routledge, 2011; D. Fell, *Government and Politics in Taiwan*, London, New York, Routledge, 2012; J. D. Macklay, *Taiwan's Transition to Democracy*, s.l., BiblioScholar 2012. Per quanto riguarda la Corea del sud, C. Saxer, *From Transition to Power Alternation: Democracy in South Korea, 1987-1997*, London, New York, Routledge, 2013; K. HeeMin, *Korean Democracy in Transition: A Rational Blueprint for Developing Societies*, Lexington, University Press of Kentucky, 2011.

\*\*\*\*\* Sulla genesi della vigente costituzione giapponese e in particolare sul ruolo del Comando Supremo Alleato, si rinvia a T. Mc Nelly, *The origins of Japan's democratic constitution*, Lanham, University Press of America, 2000 e soprattutto a K. Shōichi, *The Birth of Japan's Postwar Constitution*, Boulder, Westview Press, 1997.

##### Sull'argomento T. Kataoka, *The price of a constitution : the origin of Japan's postwar politics*, New York, C. Russak, 1991.

livello locale. Di democrazia diretta se ne è iniziato a parlare concretamente solo nel 1999 quando, modificando la legge sulle autonomie locali #####, il Governo giapponese dell'epoca decise di disciplinare il referendum, il “recall” quale istituto di revoca popolare dei sindaci e dei governatori locali e le petizioni popolari.

È solo poi nei primi anni Duemila che si iniziano a tenere diversi referendum locali sulle più svariate problematiche: dall'ubicazione delle centrali nucleari, alle modalità di smaltimento dei rifiuti, alla creazioni di dighe, alla gestione degli impianti nucleari. Molto spesso i referendum sono stati utilizzati dalle amministrazioni locali come strumento di pressione sul governo nazionale. Il caso più emblematico riguarda la presenza delle basi militari degli USA nell'arcipelago di Okinawa. Le Isole Ryukyu, oggi conosciute come Prefettura di Okinawa, rimasero sotto la diretta Amministrazione degli Stati Uniti fino al 1972, quando tornarono sotto la sovranità del Giappone. Gli Stati Uniti decisero però allora di mantenere sul territorio decine di basi militari, che da sempre sono oggetto di contesa tra le autorità locali e il Governo giapponese, oltre a rappresentare un elemento di divisione all'interno della stessa popolazione. Nel settembre 1996, prima ancora della nuova legge sulle autonomie, la Prefettura (così è denominata la Regione) di Okinawa indisse un referendum consultivo in merito alla richiesta di revisione del Trattato bilaterale Giappone – USA del 1972 e per ottenere la diminuzione delle installazioni militari presenti. Lo scopo del referendum era chiaro: fare pressione sul Governo centrale e indurlo a rivedere la propria posizione. L'effetto giuridico era praticamente inesistente avendo una valenza meramente consultiva. Soprattutto non ha ottenuto nessun effetto politico e diplomatico, in quanto la presenza delle basi militari è tuttora l'oggetto principale della contesa politica all'interno della Prefettura di Okinawa #####.

Mentre una certa effervescenza in materia referendaria si è sviluppata a livello locale anche in altre zone del Giappone, occorre evidenziare che solo nel 2007 la Dieta ha approvato per la prima volta una legge per disciplinare le modalità di svolgimento del referendum costituzionale, che è l'unico referendum previsto dalla Costituzione: per oltre sessant'anni, mancando la legge attuativa, tecnicamente non sarebbe stato forse possibile procedere ad una revisione costituzionale.

Non vi è mai stato in Giappone un dibattito approfondito circa la possibilità di modificare la Costituzione per introdurre l'istituto referendario a livello di legislazione ordinaria: di questo argomento non vi è traccia nelle numerose proposte di modifica che nel corso dei decenni si sono susseguite: da questo punto di vista, il dogma del modello rappresentativo della democrazia sembra inattaccabile.

---

##### Local Autonomy Act No. 67 of April 17, 1947 consultabile sul sito del Ministero della giustizia giapponese all'indirizzo <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?f=3&re=02&dn=1&ia=03&x=62&y=30&bu=2&ky=&page=34&id=2684&lm=01>.

##### Sulla situazione dell'arcipelago di Okinawa, dopo il trattato di reversione al Giappone da parte degli Stati Uniti nel 1972 e sull'annosa questione della permanenza delle basi militari statunitensi, si rinvia a R. Caroli, *Il mito dell'omogeneità giapponese: la storia di Okinawa*, Milano, Franco Angeli, 1999.

Di referendum, se ne è tornato a parlare solo recentemente non come strumento in generale bensì come mezzo contingente per impedire all'attuale Primo Ministro Abe di modificare la Costituzione: l'utilizzo dello strumento referendario è divenuto infatti un argomento di stretta attualità solo perché il premier Abe persegue, sin dal sua rielezione avvenuta nel 2012, il tentativo di modificare l'art. 9 della Costituzione, la disposizione che vieta al Giappone il diritto di possedere proprie Forze Armate e impedisce di conseguenza l'utilizzo delle Forze di Autodifesa anche in missioni di peace keeping internazionale nell'ambito delle Nazioni Unite

.\* Come già accennato, in Giappone spesso però i referendum locali assumono una rilevanza livello nazionale: oltre al caso, decisamente più significativo di Okinawa, va ricordato il recente referendum amministrativo tenutosi ad Osaka. Qui nel maggio 2015 si è tenuto un referendum che pur riguardando formalmente la nuova suddivisione amministrativa della città, ha portato alle dimissioni del Sindaco, Toru Hashimoto, che è pure un leader di una principale forza politica di opposizione di destra, *Ishin No To*, sul cui appoggio il Premier Abe spera di poter contare per modificare la Costituzione. Questo partito però rischia di disintegrarsi dopo la sconfitta referendaria del suo principale leader e sindaco di Osaka. L'esito negativo del referendum di Osaka, a giudizio di alcuni commentatori politici, potrebbe infatti avere ripercussioni nazionali sulla volontà di Abe di voler ancora modificare la Costituzione †. Indipendentemente da come si svilupperà il dibattito politico e costituzionale sul punto, quanto accaduto ad Osaka dimostra quanto un referendum locale può incidere al di là del quesito e dell'ambito territoriale di applicazione.

Mentre il dibattito sull'introduzione dei referendum è praticamente assente in Giappone, a Taiwan e in Corea del sud, il discorso è completamente diverso: oltre a tenere regolarmente elezioni libere e competitive a tutti i livelli, queste due realtà non solo hanno optato essenzialmente per un sistema di tipo rappresentativo, ma negli ultimi anni entrambi stanno sperimentando (almeno sulla carta) diversi istituti di democrazia diretta come i referendum – nazionali e locali, abrogativi e propositivi –, le petizioni popolari, l'utilizzo dell'istituto del “recall” ‡ per gli amministratori locali.

\* La modifica dell'art. 9 della Costituzione giapponese è oggetto di un ampio dibattito non solo costituzionale. Per una succinta ricostruzione, si rinvia a G. Mannocci, *il Giappone interpreta in modo innovativo l'art. 9 della Costituzione sul ricorso all'uso della forza*, pubblicato su *DPCE on line* n. 1/2015. Invece per un'analisi geostrategica assunta dal Giappone a partire dal 2013, si rinvia a Y. Hosoya, *The Role of Japan's National Security Council*, a cura della *Association of Japanese Institutes of Strategic Studies*, 2014, consultabile all'indirizzo [http://www2.jiia.or.jp/en\\_commentary/201406/17-1.html](http://www2.jiia.or.jp/en_commentary/201406/17-1.html).

Per una ricostruzione di carattere storico dell'art. 9 e sulle sue interpretazioni giuridiche, si richiama A. Berkofski, *A Pacifist Constitution for an Armed Empire. Past and Present of Japanese Security and Defence Policies*, Milano, Franco Angeli, 2012.

† Sulla vicenda del referendum locale e sui riflessi sulla politica nazionale giapponese, si rinvia ai seguenti articoli di Erick Johnston, [Osaka referendum causes turbulence for LDP, Komeito](#), e [Hashimoto announces exit from politics after Osaka rejects merger plan in referendum](#) entrambi pubblicati sulla edizione on-line di *The Japan Times*.

‡ L'istituto del “recall” è usato in sei cantoni svizzeri, nella provincia canadese della Columbia Britannica, in Venezuela e, soprattutto, in numerosi stati USA. In Svizzera, paese nel quale si inserisce in una serie di istituti tradizionali di democrazia dal basso, nonostante sia richiesta una quota di firme piuttosto ridotta (dal 2% all'11% degli elettori, a seconda dei cantoni), il “recall” è stato utilizzato molto raramente e mai nessun politico è stato destituito grazie a questo meccanismo. Per una analisi comparata di questo istituto si rinvia a M. Olivetti, *Il recall e i nuovi statuti regionali*, in AA.VV., *La potestà statutaria regionale nella riforma della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 355-378

È interessante osservare da subito che in Giappone, Corea del Sud e Taiwan si è iniziato a parlare di una disciplina normativa dei vari istituti di democrazia diretta solo all'inizio degli anni Duemila: secondo alcuni autori, è solo con la comparsa dei nuovi strumenti informatici e l'utilizzo di massa di internet, che in Estremo Oriente comincia timidamente a svilupparsi un concetto più marcato di cittadinanza attiva. Un aspetto che ci limitiamo a citare, riguarda i possibili condizionamenti degli istituti della democrazia diretta da parte delle nuove tecnologie e in primis da parte di internet<sup>§</sup> in Stati che solo recentemente hanno assunto una struttura democratica.

Prima di addentrarci concretamente nelle caratteristiche degli istituti partecipativi, occorre fare una imprescindibile considerazione di carattere metodologico: non si può affrontare l'esame della democrazia diretta e della democrazia partecipata in Oriente utilizzando solo con le categorie giuridiche, e soprattutto sociopolitiche, dell'Occidente. La tradizione confuciana non può non essere citata se si vuole comprendere i meccanismi della cultura giuridica di questi Paesi: il confucianesimo è una tradizione plurimillenaria che non considera l'uomo come qualcosa a sé stante, come un individuo, ma lo pone in relazione con la società, e dunque oltre al problema di cosa sia bene per l'uomo una questione fondamentale è quale sia il bene della società. In estrema sintesi, la filosofia confuciana è caratterizzata da una diffidenza nei confronti della legge, da una preferenza per la risoluzione conciliativa e non conflittuale delle dispute e da una struttura gerarchica della società e del diritto<sup>\*\*</sup>. Questa premessa è indispensabile per comprendere che in Estremo Oriente i referendum e in generale gli strumenti partecipativi non sono caratterizzati da una visione rivendicazionista e non hanno una valenza politica molto accentuata come in Occidente.

Valga un esempio a chiarire questo concetto. I quesiti referendari – finora oggetto di consultazione – hanno avuto una valenza prevalentemente locale o comunque tecnica: i cittadini (*rectius* i residenti, giacché in taluni casi come in Corea, sono ammessi al voto anche gli stranieri stabilmente soggiornanti) sono chiamati a pronunciarsi su questioni locali e/o su argomenti non aventi una forte rilevanza ideologica. Per essere più chiari, gli aventi diritto al voto possono essere chiamati a pronunciarsi, ad esempio, non sul ricorso o meno all'energia nucleare, bensì se una determinata centrale nucleare deve essere costruita in un posto anziché in un altro. Altro esempio: i cittadini sono invitati ad esprimersi (è il recente caso avvenuto ad Osaka, precedentemente citato) se siano favorevoli o meno ad una determinata organizzazione amministrativa locale.

Emerge, infine, un ultimo fattore che differenzia la democrazia diretta in taluni paesi dell'Estremo Oriente dall'esperienza occidentale e marcatamente europea: il ruolo dei partiti. In Giappone e in Corea del Sud, spesso, sembrerebbe che i partiti condizionino meno, orientino in misura minore l'opinione pubblica durante la campagna referendaria: si riconosce

<sup>§</sup> Con riguardo specifico all'esperienza coreana e ai possibili rischi che internet influenzi verso politiche populiste da adottare tramite referendum si rinvia al contributo di K. Yougmi, *Digital Populism in South Korea? Internet Culture and the Trouble with Direct Participation*, Korea Economic Institute of America, Academic Paper Series, Novembre 2008, volume 3, numero 8, pp. 1-7.

<sup>\*\*</sup> Per un primo approccio al confucianesimo e alla sua influenza sui rapporti socio giuridici si rinvia a M. Scarpari, *Il Confucianesimo. I fondamenti e i testi*, Torino, Einaudi, 2010.

quindi un “margine di autonomia politica” all’iniziativa civica da parte degli stessi partiti, anche per l’ovvio motivo che spesso i quesiti hanno una rilevanza tecnica o comunque territorialmente limitata. Questo non si può dire invece con riferimento a Taiwan, dove si è tentato di utilizzare i referendum come strumento di conferma di decisioni già assunte dagli organi di governo e quindi con uno scopo chiaramente plebiscitario.

Quanto detto con riferimento al Giappone e alla Corea del Sud, non significa in alcun modo che in Estremo Oriente non vi siano stati tentativi da parte della politica di condizionare la democrazia diretta né vuol dire che questi nuovi strumenti siano stati accolti in modo entusiastico dalla stessa cittadinanza.

Tutt’altro.

Un po’ per ragioni storiche (transizioni democratiche relativamente recenti), un po’ per ragioni culturali (sono comunque strumenti tratti dall’esperienza giuridica occidentale) si assiste ancora ad una certa diffidenza verso un ruolo attivo dei cittadini da parte .... dei cittadini stessi! In Giappone, ad esempio, difficilmente, al di fuori dei partiti, un cittadino darà vita ad un comitato, ad una associazione che si proponga un obiettivo di interesse nazionale o comunque extra locale.

Fatte queste preliminari considerazioni, nel presente contributo si procederà ad un inquadramento normativo degli singoli istituti di democrazia diretta in ciascuno Stato preso in esame e successivamente saranno valutati gli aspetti di criticità.

## 2. Giappone: il referendum costituzionale e una legge attuativa attesa per sessant’anni

Tra gli Stati dell’Estremo Oriente, il Giappone è quello che più si avvicina al prototipo di democrazia rappresentativa con una forma di governo di tipo parlamentare<sup>††</sup>: ne consegue che gli istituti di democrazia diretta rappresentano in questo ordinamento solo una rarissima eccezione.

La Costituzione giapponese<sup>‡</sup>, entrata in vigore nel maggio del 1947 e da allora mai più modificata, introduce il referendum esclusivamente all’interno del procedimento di revisione costituzionale; la stessa Carta non prevede, invece, alcun tipo di referendum che possa incidere sulla legislazione ordinaria nazionale. Non sono previsti né referendum propositivi né abrogativi e nemmeno referendum nazionali, meramente consultivi.

La ragione di questa scelta è intuibile da un punto di vista storico: come noto, la vigente Costituzione è stata sostanzialmente elaborata in poco più di una settimana dalle Autorità di occupazione alleate (*SCAP, Supreme Commander of the Allied Powers*)<sup>§§</sup> e imposta al Governo

<sup>††</sup> Sulla recente evoluzione della forma di governo in Giappone si rinvia a C. Fusaro, T. Takahashi, *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee: il caso del Giappone*, in *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, a cura di A. Di Giovine, A. Mastromarino, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 287-312.

<sup>‡</sup> P. Biscaretti di Ruffia, *Costituzioni straniere contemporanee*, I, Milano, Giuffrè, 1985.

<sup>§§</sup> H. Tanaka, *A History of the Constitution of Japan of 1946*, in *The Japanese Legal System*, H. Tanaka (ed.), Tōkyō, University of Tōkyō Press, 1976, pp. 653 ss.; D. M. Hellengers, *We, the Japanese People: World War II and the Origins of the Japanese Constitution*, Stanford, Stanford UP, II 2001; K. Shōichi, *The Birth of Japan’s Postwar Constitution*, cit.; K. Takami, *A Tentative Analysis of the Constitutional Making Process from September 1945 to November 1946*, in *Waseda Proceedings of Comparative Law*, 2003, pp. 1 ss. R. A.

giapponese che la presentò poi alla Dieta, come emendamento unico alla Costituzione del 1889<sup>\*\*\*</sup>, seguendo la procedura di revisione prevista dall'art. 73 di quest'ultima<sup>†††</sup>.

Risulta evidente che gli Americani, elaborando loro stessi da vincitori una Costituzione, non vedevano positivamente l'introduzione di istituti di democrazia diretta, in un paese come il Giappone dove non vi era stata una consolidata tradizione liberaldemocratica di tipo occidentale e dove si temeva che le sirene populiste e nazionaliste, così come la deferenza verso l'Imperatore, potessero incidere fortemente sulle scelte del corpo elettorale in eventuali consultazioni referendarie.

Questo timore si è dimostrato totalmente infondato, come comprova la storia politica degli ultimi settant'anni.

Comunque, sta di fatto che la vigente Costituzione prevede un unico tipo di referendum e lo inserisce all'interno di un procedimento di revisione costituzionale, il cui potere di iniziativa spetta alla Dieta. L'art. 96 della Costituzione prevede per la revisione costituzionale un procedimento talmente aggravato rispetto al normale *iter legis*, che ha di fatto impedito ogni tentativo di revisione della stessa, rendendola praticamente quasi immodificabile. Secondo tale disposizione costituzionale, *“l'iniziativa per gli emendamenti da apportare alla presente Costituzione spetta alla Dieta, mediante il voto concorde dei due terzi dei membri di ciascuna Camera. Tali emendamenti saranno poi sottoposti al popolo per la ratifica, che richiederà il voto favorevole della maggioranza di tutti i voti espressi a quel fine, in un referendum apposito ovvero in occasione di elezioni stabilite dalla Dieta. Gli emendamenti, in tal modo ratificati, saranno immediatamente proclamati dall'Imperatore in nome del popolo, quale parte integrante della presente Costituzione”*.

Nessun'altra tipologia di referendum è prevista dalla Costituzione.

La scarsa attenzione all'istituto referendario si è avuta non solo durante il processo costituente, ma anche successivamente. Per tutta la seconda metà del Novecento, nel dibattito politico e nel costituzionalismo nipponico non si è manifestata la volontà di introdurre i referendum quali fonti primarie del diritto. Addirittura, sono stati necessari ben sessant'anni prima che la Dieta<sup>‡‡‡</sup> approvasse una legge che disciplinasse il referendum costituzionale,

Moore, D. L. Robinson, *Partners for democracy: crafting the new Japanese state under MacArthur*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

\*\*\* P. Biscaretti di Ruffia, *Diritto Costituzionale dell'Impero Nipponico*, Milano, Giuffrè, 1943, p. 78.

††† L'art. 73 della Costituzione del 1889 recitava: *“Quando, per l'avvenire, sia necessario modificare le disposizioni della presente Costituzione, il progetto viene presentato, con ordine imperiale, alla deliberazione dell'Assemblea deliberante dell'impero. In questo caso le Camere non possono deliberare se non sono presenti due terzi dei membri; non possono votare modificazioni che a maggioranza di più dei due terzi dei membri present?”*. Cfr. P. Biscaretti di Ruffia, op.cit., p. 79.

‡‡‡ La Dieta (*Kokkai*) è composta dalla Camera dei Rappresentanti (*Shugiin*) e dalla Camera dei Consiglieri (*Sangiin*). Il Primo Ministro è designato dalla Dieta tra i suoi componenti come capo del Governo; i Ministri (obbligatoriamente civili) sono nominati dal Primo Ministro e sono da questo revocabili. Il Governo è collettivamente responsabile davanti alla Dieta, anche se solo la Camera dei rappresentanti può approvare una risoluzione di sfiducia o rigettare una risoluzione di fiducia (articoli 65-70). Il sistema bicamerale del Giappone non è perfettamente paritario. Infatti, la Camera alta partecipa all'esercizio della funzione legislativa normalmente su un piano di parità con la Camera bassa, ma la Costituzione (articoli 59-61) prevede meccanismi in base ai quali, in alcuni casi e a determinate condizioni, la decisione assunta dalla Camera dei Rappresentanti ha la prevalenza. Alla stessa stregua, per quanto riguarda il rapporto fiduciario con il Governo, entrambi i rami concorrono, separatamente, alla designazione del Primo Ministro, sebbene anche in questo caso, nell'ipotesi di divergenza, la Costituzione preveda in capo alla Camera dei rappresentanti una superiore “autorità”; inoltre solo questa Camera ha il potere di revocare la fiducia, ancorché il Gabinetto sia collettivamente responsabile di fronte all'intera Dieta. Per converso soltanto la Camera dei

senza la quale non sarebbe stato tecnicamente possibile avviare la procedura di revisione costituzionale<sup>§§§</sup>. Eppure in queste sei decadi non sono mancate discussioni, anche accese, per modificare il testo costituzionale al fine di adeguarlo alle nuove esigenze politiche, emerse soprattutto dopo la fine della Guerra Fredda, e per “*nipponizzarlo*”<sup>\*\*\*\*</sup>. Si è assistito ad un paradosso: da un lato non sono mai mancate le proposte governative e parlamentari per modificare la Costituzione; dall’altro lato il legislatore fino al 2006 non si è posto il problema di approvare una legge che rendesse tecnicamente attuabile l’iter di revisione costituzionale. Solo nel 2007 si è sentita la necessità di disciplinare per legge tale referendum.

La legge sulle modalità attuative del referendum costituzionale, approvata definitivamente il 16 maggio 2007 e successivamente modificata nel 2010 e da ultimo nel 2014, è interessante da esaminare solo per due aspetti in particolare: in primo luogo, perché conferisce per la prima volta l’elettorato attivo a tutti i cittadini di età superiore ai diciotto anni e poi perché pone un termine entro il quale il referendum costituzionale deve tenersi per evitare che considerazioni contingenti di ordine politico possano rinviare *ad libitum* la consultazione referendaria su un progetto di revisione già approvato a maggioranza qualificata dalla Dieta.

A tal proposito, la legge stabilisce di conseguenza che la consultazione referendaria debba tenersi tra i sessanta e i centottanta giorni decorrenti dal giorno si è provveduto all’approvazione della proposta di revisione da parte della Camera che la ha esaminata e votata per ultima.

Moltissime discussioni vi sono state in merito all’elettorato attivo perché in Giappone fino al giugno 2015, secondo quanto stabilito dal codice civile, l’età minima per votare era fissata nel giorno del compimento del ventesimo anno di età. Ne conseguiva che solo per il referendum era prevista una età più bassa per poter esercitare il diritto di voto a differenza di quanto avveniva per tutte le altre consultazioni elettorali. Tutti i partiti, da tempo, avevano mostrato la volontà di modificare tutto il corpus di norme che prevedeva il voto a coloro che avevano compiuto vent’anni, ma ciò non è stato mai realizzato. Si assisteva però ad una incongruenza: i cittadini tra i 18 e i 20 anni avrebbero potuto votare per un eventuale referendum costituzionale ma non per il rinnovo della Dieta e per le elezioni amministrative.

---

Rappresentanti può essere sciolta, su iniziativa del Primo Ministro, prima della fine naturale della legislatura La Camera dei Consiglieri invece non può essere sciolta, in ragione del suo continuo rinnovo parziale con cadenza triennale. Nei casi di urgente necessità nazionale che si verifichino durante il periodo di scioglimento della Camera bassa, il Governo - facendo eccezione al principio della contemporanea operatività dei due rami della Dieta - può convocare la Camera dei Consiglieri in una sessione di emergenza; le misure adottate dalla Camera alta in tale ipotesi hanno tuttavia carattere provvisorio e perdono ogni validità se non sono confermate dalla neoletta Camera dei Rappresentanti entro dieci giorni dall’apertura della successiva sessione della Dieta (articolo 54 della Costituzione).

Sulla recente evoluzione del sistema parlamentare giapponese si rinvia al contributo di S. Ganghof, *Bicameralism as a form of Government (Or: Why Australia and Japan Do not have a Parliamentary system)*, Parliamentary Affairs, 2012, pp. 647-660. Molto aggiornata la monografia di B. Woodall, *Growing Democracy in Japan: The Parliamentary Cabinet System since 1868*, Lexington, University Press of Kentucky, 2014.

<sup>§§§</sup> E. Bertolini, *Giappone. Entra in vigore la legge sul referendum costituzionale: nuove prospettive per una possibile, futura riforma?*, in *DPCE on line*, 3/2010, pp. 1-4.

<sup>\*\*\*\*</sup> Per un excursus analitico delle principali tematiche affrontate dal recente costituzionalismo nipponico, si rinvia a *Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society*, Y. Higuchi (Ed.), Tokyo, University of Tokyo Press, 2001.

Solo il 13 giugno 2015 la Dieta ha approvato in via definitiva una proposta di legge che abbassa a 18 anni l'età dell'elettorato attivo indipendentemente dalla tipologia di consultazione.

## 2.1. (Segue) Diritto di petizione e referendum territorialmente delimitati

L'unico esplicito riferimento ad un istituto di democrazia diretta è contenuto nell'art. 16 della Costituzione giapponese e riguarda il diritto di petizione: *“ogni persona ha il diritto di petizione pacifica per il risarcimento di danni, per la rimozione di pubblici ufficiali, per l'approvazione, l'abrogazione o l'emendamento di leggi, di ordinanze e di regolamenti, e per qualsiasi reclamo in ordine ad altre questioni; né alcuna persona potrà essere assoggettata ad un trattamento discriminatorio per aver assunto l'iniziativa di una simile petizione”*.

Questa disposizione, contenuta nel terzo capitolo della Costituzione dedicato ai *“Diritti e doveri del popolo”*, non rappresenta però una novità assoluta perché – seppur con una formulazione che risente dell'epoca in cui è stata scritta – era già presente nella Costituzione imperiale del 1889 <sup>###</sup>, il cui art. 30 stabiliva che *“i sudditi giapponesi possono presentare petizioni, secondo le regole all'uopo fissate ed osservando il conveniente rispetto”*. Certamente però il significato più profondo di tale diritto e le relative procedure di esecuzione applicabili erano lontani dal significato dato oggi al diritto di petizione.

È opportuno peraltro osservare che concetti come *“democrazia diretta”* e *“autonomia locale”* erano allora estranei alla cultura e all'*idem sentire* giapponesi, essendo nozioni tipicamente occidentali. La Costituzione del 1889 si basava sulla natura divina dell'Imperatore da cui discendeva ogni potere: i giuristi giapponesi dell'epoca erano ansiosi di recuperare concetti della cultura giuridica occidentale da adattare alla loro tradizione: si rifecero perciò alla Costituzione prussiana che era quella che più si avvicinava al loro modo di percepire l'Imperatore quale suprema autorità, che veniva posto anche giuridicamente al di sopra della stessa carta costituzionale <sup>###</sup>. Nozioni come democrazia diretta e autonomie locali rimasero loro estranee, pur essendo sicuramente conosciute quanto meno dai giuristi. Nonostante ciò, un diritto di petizione era comunque previsto dalla Costituzione imperiale, come poc'anzi ricordato.

Tornando all'esame dell'art. 16 della vigente Costituzione, preme sottolineare che fino al Duemila, sia la dottrina che l'opinione pubblica concepivano il diritto di petizione come uno strumento da utilizzare a livello nazionale soltanto in circostanze eccezionali, proprio perché il postulato da rispettare era dato dal principio di rappresentatività: solo alla Dieta e al Governo competeva il diritto di proporre leggi e formulare atti di indirizzo politico, interpretando la volontà del corpo elettorale, espresso esclusivamente durante le consultazioni per il rinnovo delle Assemblee parlamentari.

<sup>###</sup> Sull'evoluzione del concetto di sovranità e sulle caratteristiche principali delle Costituzioni del 1889 e del 1947, si rinvia a L. W. Beer, J. M. Maki, *From Imperial Myth to Democracy. Japan's Two Constitutions, 1889-2002*, Boulder, University Press of Colorado, 2003.

<sup>###</sup> Sul dibattito giuridico inerente alla natura e ai poteri dell'Imperatore sotto la Costituzione del 1889, si rinvia a W. Skya, *Japan's Holy War: The Ideology of Radical Shinto Ultrationalism*, Durham, Duke University Press, 2009.

Questa concezione sta però cambiando: non mancano infatti negli ultimi anni tentativi di avviare petizioni popolari su questioni strategiche o di forte valenza simbolica: basti pensare alla mobilitazione di una parte dell'opinione pubblica che nel 2014 – 2015 ha proposto l'assegnazione del Premio Nobel per la pace all'art. 9 della Costituzione giapponese proprio per contrastare i tentativi di una sua revisione da parte del Partito liberaldemocratico del premier Abe. Si tratta comunque di una iniziativa politica non avente una rilevanza giuridica ma strettamente politica e simbolica. Concretamente, sulle eventuali modifiche all'art. 9, il corpo elettorale potrà direttamente pronunciarsi sulla questione solo se entrambe le Camere, con le maggioranze richieste dall'art. 96, riusciranno davvero ad approvare una proposta emendativa. E questo ad oggi resta una prospettiva solo ipotetica, ma non irrealistica dal momento che il 10 luglio 2016 la coalizione guidata dal premier Abe ha sfiorato di un seggio la maggioranza dei due terzi nella Camera dei Consiglieri che gli permetterebbe di modificare la Costituzione. Il Partito Liberaldemocratico e il suo alleato di governo, il New Komeito, già detenevano della maggioranza dei due terzi nella Camera bassa, la Camera dei Rappresentanti §§§§: quindi, in linea teorica, nei prossimi due anni, la maggioranza parlamentare potrebbe approvare una proposta emendativa della Carta costituzionale da sottoporre poi a referendum popolare. Sarebbe la prima volta dal 1947.

Tornando alle petizioni, bisogna osservare che è al livello locale che questo strumento è ampiamente utilizzato come mezzo di interlocuzione attiva con i pubblici uffici \*\*\*\*. In realtà i risultati pratici di queste petizioni sono molto scarsi. Tra il 1947 e il 2012 sono state presentate oltre 1800 petizioni, un centinaio indirizzate alle prefetture e 1700 alle municipalità; di queste le prefetture ne hanno respinto il 91,8% e i comuni il 93%. Da rilevare che prima del 1999 le petizioni avevano ad oggetto l'imposizione fiscale: per questo motivo è stato modificato l'art. 74 della legge delle autonomie, escludendo le questioni tributarie dal novero delle possibilità per le quali è possibile presentare una petizione. Occorre infine ricordare che da una petizione popolare può scaturire la richiesta di referendum propositivo o abrogativo, sui quali però l'ultima parola spettano alle assemblee consiliari degli enti locali.

Come accennato, l'ordinamento giapponese prevede la possibilità di svolgere referendum solo in ambito locale. Nel luglio 1999, su proposta del Governo, la Dieta ha modificato la legge sulle autonomie locali, risalente al 1947, approvando una serie di misure volte ad aumentare il decentramento amministrativo: queste sono poi entrate in vigore nell'aprile dell'anno successivo.

In seguito alla riforma del 1999, è stato riconosciuto agli enti locali un ampliamento delle proprie competenze ed è stato riconosciuto per la prima volta ai cittadini la facoltà di incidere direttamente alla determinazione delle politiche locali sia attraverso il ricorso a diverse tipologie di referendum sia attraverso il “recall” delle principali cariche politico amministrative.

§§§§ Il *New Komeito* è un partito di diretta espressione del movimento buddista della *Sōka Gakkai* ed è oggetto di forti contrasti politici per la sua forte connotazione religiosa che non trova alcun paragone, neanche storico con l'esperienza occidentale. Su questo partito e sui movimenti politici contemporanei in Giappone si rinvia a G. Ehrhardt, *Kōmeitō: Politics and Religion in Japan*, Berkeley, Institute of East Asian Studies, 2014.

\*\*\*\* E. Pfössl, *Human rights and Asian values*, Roma, Editrice Apes, 2008, pp. 254–255.

L'art. 74 della legge sulle autonomie locali si limita a stabilire che un cinquantesimo degli elettori può presentare una petizione popolare per richiedere lo svolgimento di un referendum, ammissibile in tutti i casi ad eccezione che abbia ad oggetto un aspetto fiscale o tributario. Spetta però all'Assemblea consiliare (di Prefettura o comunale), sentito il Governatore ovvero il Sindaco, deliberare in merito allo svolgimento. In ogni caso i risultati del referendum non sono giuridicamente vincolanti.

Bisogna ricordare che le modalità di svolgimento dei referendum (modalità di presentazione delle firme, svolgimento della campagna elettorale etc.) sono stabilite a livello locale, mancando una legge nazionale di riferimento.

A partire dagli anni Duemila, sono aumentate però le Prefetture che hanno adottato apposite ordinanze disciplinanti i referendum. In Giappone il referendum è sempre mediato dalla volontà delle assemblee locali o dai capi dei rispettivi poteri esecutivi perché, qualora l'iniziativa provenga dal corpo elettorale, loro hanno comunque l'ultima parola. Questi possono però decidere loro stessi di rivolgersi al corpo elettorale sottoponendo loro un referendum. Anche questo è uno strumento che è stato ampiamente usato. È evidente lo scopo: per superare una *impasse* tra le forze politiche presenti in assemblea, si decide di rimettere la questione al corpo elettorale oppure si chiede ad esso di esprimersi per confermare una scelta politica già deliberata dall'assemblea stessa.

Mentre il referendum propositivo o abrogativo non intacca le prerogative delle assemblee – e questo dimostra come sia profondamente radicato nella cultura giuridica giapponese il principio della rappresentatività – uno strumento ampiamente utilizzato in questi anni è stato quello del “recall”. Il fondamento giuridico del *recall* è rinvenibile nell'art. 16 della Costituzione, quando si parla che ai cittadini è riconosciuto il diritto di richiedere la rimozione di taluni pubblici funzionari. Tra il 1947 e il 2012 ci sono stati ben 1518 casi di *recall*.

In base alla nuova legge del 1999, successivamente modificata nel 2003, i residenti possono richiedere:

1. lo scioglimento anticipato di un consiglio comunale o di un'assemblea di una prefettura;
2. la rimozione di un sindaco o di un governatore;
3. la rimozione di un consigliere comunale o di un componente di assemblea.

In tutti e tre i casi è necessario che la richiesta di *recall* sia avanzata da un terzo degli elettori (artt. 76 e 80 della legge sulle autonomie).

La richiesta di consultazione popolare può essere avanzata non solo dai residenti, ma anche da un Consiglio comunale ovvero dall'Assemblea elettiva delle singole prefetture; può essere altresì proposta da un Sindaco o da un Governatore. In questi casi sono sostanzialmente previste tre distinte tipologie di consultazione:

1. il referendum abrogativo o propositivo;
2. la richiesta di un “*audit* amministrativo”;
3. la rimozione di un dipendente pubblico in posizione di rilievo (vicegovernatore, vicesindaco, un componente della commissione elettorale etc).

Quanto alla prima ipotesi, il referendum abrogativo e propositivo, la legge riconosce al due per cento dei componenti dell'organo collegiale la facoltà di richiedere un referendum popolare volto all'emanazione, modifica o abrogazione di una ordinanza locale. Quanto all'oggetto, il referendum può riguardare una qualsiasi ordinanza ad eccezione di quelle inerenti le tasse locali, i canoni richieste dalle Amministrazioni locali e ogni altro aspetto tributario. La proposta referendaria è inviata al Sindaco o al Governatore, il quale esprime il suo parere e la trasmette all'Assemblea che delibera se indire o meno la consultazione.

Sempre ad un numero estremamente ridotto di consiglieri comunali o di componenti delle assemblee delle prefetture (2%) è riconosciuta la facoltà di richiedere un *audit* amministrativo su un determinato procedimento amministrativo, che ha come obiettivo quello di monitorare e verificare la regolarità delle procedure e degli atti adottati dall'Ente e gli eventuali scostamenti rispetto alle norme ma anche alle regole e alle disposizioni interne. I risultati della commissione incaricata di svolgere l'*audit* sono comunicati ai promotori e poi discussi in Assemblea. La facoltà di richiedere un *audit* è riconosciuta anche agli stessi residenti: l'art. 75 comma 1 della legge sulle autonomie locali prevede la sottoscrizione della richiesta da almeno un cinquantesimo degli elettori.

È poi prevista la facoltà di richiedere il *recall* per talune tipologie di amministratori (i vice dei capi degli esecutivi locali): in tal caso la richiesta deve essere avanzata da un terzo dei componenti e decide l'assemblea competente per la nomina o elezione.

Nel 2005 la Dieta ha discusso la possibilità di introdurre una disciplina unitaria dei referendum locali ma il dibattito non ha sortito un effetto pratico perché vi erano ancora forti resistenze sull'utilizzo in generale dello stesso strumento referendario perché per alcuni potrebbe distorcere il sistema di rappresentanza instaurato con l'attuale costituzione ††††.

L'ordinamento giapponese prevede un ultimo tipo di referendum, che ha un carattere di tipo eccezionale. L'art. 95 della Costituzione stabilisce infatti che “*La Dieta non può approvare una legge speciale applicabile soltanto ad un ente pubblico locale senza il consenso della maggioranza degli elettori dell'ente pubblico locale in questione, manifestata in conformità alla legge*”. Ne consegue che per disposizione costituzionale si prevede lo svolgimento di un referendum locale, solo qualora una determinata legge statale riguardi esclusivamente un determinato territorio. Dal 1947 al 1952 si sono tenuti 19 referendum di questo tipo: i primi due, svoltisi nel 1949, riguardavano la costruzione dei “memoriali della pace” nelle città di Hiroshima e Nagasaki. La Dieta ne dispose la creazione, ma fu necessario che i cittadini residenti nelle due città esprimessero il loro consenso in merito. Dal 1952 non ci sono stati più consultazioni di questo tipo.

Riassumendo, possiamo osservare che in Giappone non si sono tenuti ad oggi né referendum costituzionali, anche se sono sempre più insistenti le voci di una possibile consultazione referendaria nel 2018, quando il premier Abe dovrebbe aver concluso quel procedimento di revisione costituzionale, avendo la maggioranza qualificata in entrambe le Camere che

---

†††† Cfr. Research Commission on the Constitution, House of Councillors, *Handbook on the Research Report on the Constitution of Japan*, Tokyo, 2005, pp. 64-65.

compongono la Dieta. Resta però l'incognita di come nel biennio 2016-2018 reagirà l'opinione pubblica di fronte ad un cambiamento radicale della Carta.

A livello statistico si osserva che, mentre non si sono tenuti altresì referendum nazionali, vi sono state:

1. oltre 1500 proposte di *recall* a livello locale;
2. lo svolgimento di 19 referendum locali;
3. ben 445 referendum per la fusione di comuni.

Questi ultimi referendum si sono tenuti soprattutto negli ultimi vent'anni.

### 3. Corea: la democrazia diretta nella Costituzione

Dopo aver esaminato il Giappone, è opportuno concentrare l'attenzione sulla Corea del Sud, uno stato che è divenuto democratico molto più recentemente rispetto al Giappone, premettendo alcune considerazioni di carattere storico per meglio comprendere l'attuale assetto istituzionale.

Persa l'indipendenza nel 1910, la Corea divenne una colonia giapponese per oltre trentacinque anni; con la fine della seconda guerra mondiale, venne artificiosamente divisa in due stati; subì una sanguinosa guerra tra il 1950 e il 1953 che ha definitivamente cristallizzato la divisione di due stati sovrani, ancor oggi formalmente in stato di guerra tra loro <sup>###</sup>.

Dal 1948, anno in cui fu formalmente istituita come Repubblica, al 1987, la Corea del Sud ha inoltre dovuto affrontare una molteplicità di crisi politiche, di colpi di stato oltre a risentire del forte clima di contrapposizione internazionale tra la Cina, l'URSS e gli Stati Uniti: la sua storia è contrassegnata dall'alternarsi di periodi di governo democratico e autocratico. La prima repubblica, che si può dire fosse democratica al suo esordio, divenne sempre più autocratica fino al suo crollo nel 1960. La seconda repubblica era fortemente democratica, ma fu rovesciata in meno di un anno e sostituita da un regime militare autocratico. La terza, la quarta e la quinta repubblica erano nominalmente democratiche, ma sono ampiamente considerate come la continuazione del governo militare. Con la sesta repubblica il Paese si è gradualmente stabilizzato in una democrazia liberale.

La vigente Costituzione della Corea del Sud risale al 1987 ed è il risultato delle rivolte che portarono alla caduta del regime dell'allora Presidente Chun Doo-hwan e all'avvento della "Sesta Repubblica", caratterizzata da un sistema democratico e pluralista, pur essendo ancora molto elevato nel paese il numero di proteste antigovernative che si succedono ancora di anno in anno <sup>§§§§§</sup>.

<sup>###</sup> Sulle tensioni politiche tra le due Coree e per una ricostruzione storico politica degli eventi dal 1948 ad oggi si rinvia a D. Oberdorfer, *The Two Koreas: A Contemporary History*, New York, Basic Books, 2014<sup>3</sup>; A. Buzo, *The Making of Modern Korea (Asia's Transformations)*, London, Routledge, 2002.

<sup>§§§§§</sup> Sul processo di democratizzazione della Corea del Sud, sul ruolo e sulla rilevanza politica delle rivolte sociali degli ultimi anni, si rinvia a: K. Sunhyuk, *Civil Society and Local Activism in South Korea's Local Democratization*, consultabile all'indirizzo [http://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=2307&context=soss\\_research](http://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=2307&context=soss_research). C. Hahm, H. K. Sung, *Making We the People: Democratic Constitutional Founding in Postwar Japan and South Korea*, New York, Cambridge University Press, 2015. K. Xiao Zhou,

Grazie alle rivolte scoppiate nel giugno del 1987, oggi la Corea del Sud è uno stato democratico con una forma di governo di tipo semipresidenziale \*\*\*\*\*, anche se i poteri del Presidente della Repubblica risultano attenuati rispetto al prototipo francese, in quanto non sussistono atti che non necessitano di controfirma ministeriale (art. 82 Cost.). Il potere legislativo spetta ad un parlamento monocamerale - l'Assemblea Nazionale - composto da 299 membri eletti a suffragio universale. La legislatura è di quattro anni e non è riconosciuto al Presidente della Repubblica alcun potere di scioglimento anticipato.

Quanto agli istituti di democrazia diretta, la Costituzione sudcoreana ##### disciplina esclusivamente il referendum, prevedendone due distinte tipologie: il referendum all'interno del procedimento di revisione costituzionale e quello per decidere in merito a questioni relative alla politica estera, all'unificazione del paese – oggi solo una chimera – e alla difesa nonché su ogni altra materia di grande interesse nazionale #####.

In merito ai referendum costituzionali, occorre in primo luogo osservare che l'art. 130 comma 2 della Costituzione stabilisce l'obbligatorietà della consultazione referendaria per ogni revisione costituzionale: spetta infatti all'Assemblea nazionale approvare con la maggioranza dei due terzi dei componenti una proposta emendativa che nel termine perentorio dei trenta giorni successivi dovrà essere sottoposta a un referendum nazionale. Affinché la novella costituzionale possa essere successivamente emanata dal Presidente della Repubblica è previsto un doppio quorum nella consultazione referendaria: è necessario che partecipino alla consultazione almeno la metà degli aventi diritto e che la proposta sia approvata dalla maggioranza assoluta dei voti espressi.

Oltre al referendum costituzionale, è previsto poi un ulteriore tipo di referendum: l'art. 72 della Costituzione riconosce al Presidente della Repubblica la facoltà di sottoporre a referendum ogni questione relativa alla politica estera, alla difesa e all'interesse nazionale. Quanto a quest'ultimo aspetto la formula utilizzata è estremamente generica e consente in astratto un utilizzo molto ampio dello strumento referendario; per questo motivo la legge che disciplina a livello ordinario le modalità di svolgimento delle consultazioni referendarie, utilizza l'espressione più restrittiva di "sicurezza nazionale" #####. Va da ultimo precisato che l'art. 72 della Costituzione prevede (comprensibilmente) come materia, su cui può essere indetto un referendum, ogni questione relativa al processo di unificazione con la Corea del Nord che – al momento – pare impossibile da realizzare.

S. Rigger, L. T. White III, *Democratization in China, Korea and Southeast Asia? local and national perspectives*, London, Routledge, 2014.

\*\*\*\*\* Per un'analisi completa sull'attuale sistema si rinvia a D. K. Yoon, *Law and Democracy in South Korea: Democratic Development Since 1987*, Institute for Far Eastern Studies - Kyungnam University, Kyungham University Press, 2010 oppure C. Kim, *Constitutional and Political Laws of the Republic of Korea*, Seoul, Korean Constitutional Law Research Institute, 1995. Per una succinta analisi in lingua italiana dell'ordinamento coreano, si richiama R. Cavalieri, *Diritto dell'Asia Orientale*, Venezia, Cafoscarina, 2008, pp. 125-168.

##### Il testo in lingua inglese della Costituzione della Corea del Sud è disponibile sul sito istituzionale dell'Assemblea Nazionale all'indirizzo [http://korea.assembly.go.kr/res/low\\_01\\_read.jsp?boardid=1000000035](http://korea.assembly.go.kr/res/low_01_read.jsp?boardid=1000000035).

#### L'art. 72 della Costituzione usa nella versione ufficiale in inglese la locuzione, assai generica, di "National Destiny".

##### Art. 1 del National Referendum Act No. 4086, Mar 25, 1989, modificato da ultimo da Act No. 9467, Feb. 12, 2009.

Esaminando in un'ottica comparata l'art. 72, si nota subito che i poteri del Presidente sudcoreano nell'indizione dei referendum sono più limitati rispetto al prototipo francese perché, dal combinato disposto dagli articoli 72 e 82 della Costituzione, si evince che il decreto di indizione deve essere necessariamente controfirmato dal Primo Ministro, mentre in Francia questo non avviene, anche se di regola, il Presidente lo indice “su proposta del Governo durante le sessioni, o su proposta congiunta delle due Assemblee” (art. 11 c. 1 della Costituzione francese) \*\*\*\*\*.

Va infine rilevato che la Costituzione sudcoreana non prevede referendum abrogativi di legge e di atti aventi forza di legge: la formula utilizzata nell'art. 72 è volutamente generica e in essa possono sicuramente rientrarvi sia referendum abrogativi, che propositivi che consultivi.

La legge di attuazione delle consultazioni referendarie – il National Referendum Act ††††† – è stata più volte emendata sia nel corso degli anni Novanta che nei primi anni 2000: con l'ultima modifica del febbraio 2009, il diritto di voto è stato riconosciuto anche ai coreani residenti all'estero (art. 5).

L'elettorato attivo è riconosciuto a tutti i cittadini che abbiano compiuto il 19esimo anno di età. La legge prevede che, tra l'annuncio del referendum e l'effettivo svolgimento dello stesso, devono intercorrere almeno 18 giorni. La legge disciplina poi minuziosamente la campagna elettorale e – proprio per ragioni di carattere storico, visto che la Corea è stata teatro di colpi di stato militari – dedica particolare attenzione ad evitare che le Forze armate possano in qualsiasi modo influenzare la campagna referendaria. La legge reca disposizioni minuziose sulle modalità di esercizio della campagna referendaria, prevedendo una serie di divieti stringenti, volti ad evitare influenze esterne sulla determinazione degli orientamenti da parte del corpo elettorale.

È opportuno infine precisare che il procedimento referendario, come del resto ogni consultazione elettorale che si svolge in Corea, è posto sotto la vigilanza della Commissione elettorale nazionale, disciplinata da un'apposita legge, l'*Election Commission Act* †††††, che ha previsto pure l'istituzione di apposite commissioni elettorali a livello locale, incaricate di vigilare anche sui referendum e recalls locali.

La Commissione elettorale nazionale è un'agenzia indipendente di rilevanza costituzionale composta 9 membri: 3 sono nominati dal Presidente della Repubblica, 3 sono eletti dall'Assemblea Nazionale e 3 nominati dal Giudice Capo della Corte suprema.

\*\*\*\*\* Quanto alla Francia e in particolare ai rapporti tra Governo e Presidente in merito all'indizione dei referendum, merita di ricordare quanto accadde nel 1962 in occasione del referendum per l'elezione a suffragio universale e diretto del Capo dello stato. In tale occasione la decisione di ricorrere al referendum venne presa direttamente dallo Stesso Presidente De Gaulle e il Primo Ministro Pompidou si trovò di fronte al fatto compiuto. Scoppiarono numerose polemiche perché il Presidente De Gaulle fece riferimento all'art. 11 della Costituzione, non applicando la procedura di revisione costituzionale prevista dall'art. 89. Sul semipresidenzialismo e sull'esperienza francese si rinvia ex multis, M. Volpi, *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà*, Bologna, il Mulino, 2014.

††††† I principali testi legislativi sudcoreani sono reperibili sul sito “The Statutes of the Republic of Korea” [http://elaw.klri.re.kr/eng\\_service/main.do](http://elaw.klri.re.kr/eng_service/main.do). Il testo vigente del National Referendum Act è consultabile all'indirizzo [http://elaw.klri.re.kr/eng\\_service/lawView.do?hseq=15810&lang=ENG](http://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=15810&lang=ENG).

††††† Act. No. 3938, Nov. 7, 1987 modificato da ultimo da Act No. 10303, May 17, 2010.

L'art. 4 della legge istitutiva prevede che i membri siano soggetti a conferma dopo apposita audizione da parte dell'assemblea Nazionale, similmente a quanto avviene negli Stati Uniti a proposito delle audizioni del Senato federale sulle nomine presidenziali. Ciascun componente resta in carica per sei anni, non può essere rimosso se non per gravi violazioni penali, non può aderire ad alcun partito o svolgere attività politica.

### 3.1. (Segue) Recall e Referendum locali: un possibile sviluppo?

Al pari del Giappone, anche in Corea del Sud per molti anni non si è sviluppata alcuna forma di democrazia diretta e la stessa previsione dei referendum è rimasta solo un'ipotesi sulla carta, inattuata nella pratica. Basti pensare che non si è tenuto alcun referendum nazionale negli ultimi trent'anni: l'ultimo è stato quello con cui è stato approvato il testo della vigente Costituzione il 28 ottobre del 1987 che aveva più le caratteristiche di un plebiscito che di un vero e proprio referendum §§§§§§§§.

Solo negli ultimi anni, a partire dal 2005, si è assistito ad una inversione di tendenza con un maggior interesse all'utilizzo degli strumenti di democrazia diretta da parte dei cittadini che non vogliono più delegare tutto ai propri partiti di riferimento. Ciò emerge soprattutto quando vengono in discussione questioni di carattere locale o regionale.

Dal 2005 al 2012 si sono tenuti sei referendum locali; nel 2014 vi sono state forti proteste perché la Commissione elettorale nazionale non ha ammesso un referendum in merito alla realizzazione di una centrale nucleare a Samcheok, nella Provincia di Gangwon, che si sarebbe dovuto svolgere il 9 ottobre 2014. Questo sarebbe stato il primo referendum sulla creazione o meno di una centrale nucleare costruita nella storia della Corea del Sud. La Commissione non ha ammesso il referendum perché, a suo giudizio, si trattava di una questione nazionale e quindi di un'ipotesi non prevista dalla legge istitutiva dei referendum locali.

Quanto a questi ultimi, solo il 29 gennaio 2004 l'Assemblea nazionale sudcoreana ha approvato una legge che disciplina i referendum aventi una rilevanza di carattere locale \*\*\*\*\*; tale legge chiarisce immediatamente all'art. 1 che ha lo scopo di migliorare la democrazia e la responsabilità delle amministrazioni locali verso i cittadini, dettando le procedure per garantire un partecipazione diretta dei cittadini residenti in merito alle principali decisioni dei governi locali. Tra le molteplici disposizioni di carattere generale sui diritti dei cittadini è interessante porre l'attenzione su un emendamento inserito nel 2009 che impone al governo e alle amministrazioni locali di fornire le informazioni inerenti la consultazione referendaria non solo in coreano ma anche nelle principali lingue straniere in modo che i coreani all'estero o gli stranieri residenti in Corea a cui sia concesso il diritto di voto, possano esercitarlo

§§§§§§§§ Il nuovo testo costituzionale è stato approvato dal 94,4% dei votanti e la partecipazione al voto raggiunse il 78,2% degli aventi diritto. Cfr. D. Nohlen, F. Grotz, C. Hartmann, *Elections in Asia: A data handbook*, II, Oxford, Oxford University Press 2001, p. 420.

\*\*\*\*\* Si tratta del *Resident's voting act*, Act No. 7124, Jan. 29, 2004 e successivamente emendato da Act No. 8423, May 11, 2007; Act No. 8852, Feb. 29, 2008; Act No. 9468, Feb. 12, 2009.

consapevolmente (art. 2). Proprio per questo motivo il sito istituzionale della Commissione elettorale nazionale contiene tutte le informazioni in coreano, in inglese, spagnolo, cinese e giapponese ††††††.

La legge sui referendum locali dedica particolare attenzione alla necessità di informare adeguatamente i cittadini: l'art. 4 impone ai vertici delle amministrazioni locali di offrire tutte le informazioni sui referendum, attraverso i diversi mezzi di informazione, come ad esempio la Gazzetta ufficiale del governo locale, la pubblicazione del materiale informativo sui quotidiani e sulle piattaforme telematiche in modo che i residenti possano farsi un corretto ed obiettivo giudizio sul tema oggetto di referendum. La Commissione locale elettorale ha poi l'obbligo di organizzare briefing, dibattiti invitando i rappresentanti delle diverse forze politiche o i rappresentanti dei comitati referendari, sempre con lo scopo di fornire ai residenti una corretta informazione sul voto su cui saranno chiamati a pronunciarsi.

Quanto all'oggetto, la legge dispone in linea di principio che possono essere sottoposte a consultazioni referendaria le più importanti decisioni delle Amministrazioni locali, comprese quelle che impongono un maggior onere ovvero incidono significativamente sulla vita dei residenti (art. 7). Risulta evidente che questa formulazione, impiegata dal legislatore, è molto generica, a differenza delle ipotesi di esclusione che sono correttamente specificate in modo tassativo; secondo quanto previsto dalla legge, non possono essere sottoposti a referendum quesiti che provocherebbero una violazione di leggi nazionali o di regolamenti governativi ad esse subordinati ovvero una violazione della competenza dell'autorità statale. Inoltre sono esclusi dal referendum le ordinanze municipali inerenti al bilancio preventivo, al rendiconto consuntivo e alla gestione patrimoniale delle Amministrazioni locali, nonché le ordinanze che prevedono l'istituzione, la soppressione o esenzione dei tributi locali.

Da ultimo occorre segnalare che il referendum non è ammesso in merito a quesiti che sono già state oggetto di una precedente consultazione referendaria nei due anni precedenti.

I referendum locali possono essere proposti dai cittadini, dai consigli locali ovvero dalle pubbliche autorità espressamente previste dalla legge. Il numero dei sottoscrittori necessario a presentare un quesito referendario è stabilito con un'ordinanza del governo locale: la legge statale si limita solo a stabilire che il numero di firme non può essere inferiore a un ventesimo e non superiore a un quinto della popolazione residente (art. 9 c. 2). È inoltre riconosciuto a ciascun residente una sorta di "diritto di ripensamento" perché ciascun sottoscrittore può revocare la propria firma dal modulo di presentazione del quesito referendario, fino a quando questo non sia ufficialmente depositato presso l'organo incaricato di verificare la regolarità delle firme apposte.

Quanto alla validità del referendum, è necessario che partecipino alla consultazione almeno un terzo degli elettori residenti e per essere approvato, il quesito referendario deve ottenere la maggioranza dei voti validamente espressi. Si procede allo scrutinio solamente se è raggiunto il quorum strutturale, altrimenti non si procede al conteggio (art. 24). Da ultimo si ricorda che

---

††††††Si veda [http://www.nec.go.kr/engvote\\_2013/main/main.jsp](http://www.nec.go.kr/engvote_2013/main/main.jsp) redatto in lingua inglese e poi in specifico, per quanto riguarda le altre lingue, <http://www.nec.go.kr/portal/contents.do?menuNo=200606>.

la legge sudcoreana ammette anche il voto per corrispondenza e prevede pure un sistema di votazione elettronica, la quale deve avvenire nel rispetto delle norme tecniche, fissate con apposito regolamento, dalla Commissione elettorale nazionale (art. 18).

Da quando la legge sui referendum locali è entrata in vigore, la Commissione elettorale nazionale ha gestito sei consultazioni, di cui le prime tre già nel 2005 e l'ultima nel 2012. Come in precedenza ricordato, non sono mancate neanche le polemiche nel 2014, quando la Commissione non ha ammesso un referendum sulla installazione di una centrale nucleare perché riteneva che l'argomento avesse una rilevanza nazionale e non locale. È stato uno dei più importanti casi in cui questa Commissione ha svolto un ruolo di filtro e di controllo della legittimità: da sottolineare che – a differenza ad esempio del nostro ordinamento italiano – spetta allo stesso organo valutare l'ammissibilità del referendum sia la gestione di tutte le fasi della consultazione referendaria. Una situazione analoga la ritroveremo poi, esaminando Taiwan.

Con una legge del 24 maggio 2004 ##### (Law. No. 7958), entrata però in vigore tre anni dopo, la Corea del Sud ha disciplinato l'istituto del recall: i residenti possono presentare alla Commissione elettorale competente per territorio la proposta di rimozione di un funzionario pubblico ad eccezione dei membri che sono stati eletti in modo proporzionale all'interno di una assemblea, proprio per non alterare il principio di proporzionalità.

Per pubblici funzionari si intendono i capi esecutivi delle amministrazioni locali e i componenti delle assemblee elettive. In quest'ultimo caso la legge impone come limitazione che non posso in alcun modo essere alterato il principio della proporzionalità tra le forze politiche presenti. Parrebbe inoltre che lo strumento della rimozione dall'incarico, a differenza ad esempio di quanto accade in Giappone, è legato al compimento di “*illegal or unfair activities*” #####, secondo quanto precisa il sito istituzionale della Commissione elettorale nazionale.

La legge pone delle limitazioni temporali alla richiesta di revoca, in quanto questa non può essere proposta nei confronti di coloro che sono stati eletti da meno di un anno o manca meno di un anno alla scadenza del loro mandato o se nei loro confronti si è già tenuta una richiesta di rimozione che è stata respinta da meno di un anno dal corpo elettorale.

Possono partecipare al voto i cittadini coreani e gli stranieri regolarmente residenti da almeno tre anni purché abbiano compiuto il diciannovesimo anno di età il giorno della consultazione. Si procede alla rimozione solo se partecipano al voto almeno un terzo degli aventi diritto e la proposta ottenga la maggioranza assoluta dei voti validi. Qualora non si raggiunga il quorum strutturale, come nel caso del referendum, non si procede allo scrutinio.

Se si osserva il recall, tanto in Giappone quanto in Corea del Sud, emerge che – nonostante le differenze – questi ordinamenti sono stati fortemente influenzati per ragioni storiche e geopolitiche dall'esperienza giuridica degli Stati Uniti, dove lo strumento della rimozione dei pubblici funzionari è ampiamente utilizzato. Si noti però che la procedura utilizzata negli Stati Uniti varia leggermente da Stato a Stato ma le caratteristiche essenziali sono le stesse ovunque,

##### Act. No. 7958, May 24, 2004.

##### [http://www.nec.go.kr/engvote\\_2013/02\\_elections/06\\_01.jsp](http://www.nec.go.kr/engvote_2013/02_elections/06_01.jsp).

essendo necessaria la presentazione pubblica della petizione. Per depositarla, a differenza di quanto avviene per la procedura di “impeachment”, nella gran parte dei casi non occorre che ci siano degli illeciti: si tratta di una sorta di “voto di sfiducia”. Segue poi la raccolta delle firme, il cui numero minimo varia sensibilmente (dal 12% della popolazione in California fino al 40% in Kansas) e talvolta le percentuali variano anche se il sottoposto a “recall” è un pubblico ufficiale eletto a cariche statali oppure se a livello locale \*\*\*\*\*.

#### 4. Repubblica di Cina – Taiwan: Una democrazia di terza generazione in un critico quadro internazionale

Tra gli Stati presi in considerazione, la Repubblica di Cina, meglio conosciuta come Repubblica di Taiwan, è quella che è giunta per ultima ad un sistema pienamente democratico †††††††. Il problema principale di Taiwan rimane quello della sua collocazione e qualificazione in ambito internazionale: si discute se giungere ad una vera e propria dichiarazione di indipendenza, che porterebbe ad una aperta ostilità con la Repubblica popolare cinese che – da sempre – considera Taiwan come parte integrante del proprio territorio nazionale. I rapporti, anche negli ultimi anni, tra la Cina continentale e Taiwan sono molto oscillanti: in alcuni casi si è giunti ad una comune regolamentazione della circolazione dei cittadini e alla stipula di alcuni accordi di rilevanza commerciale; in altri casi a veri e propri atti di ostilità tramite l’effettuazione di imponenti manovre militari da parte di entrambe le parti †††††††.

Questa premessa di carattere costituzionale ed internazionale è indispensabile per poter addentrarsi nella politica taiwanese ed esaminare – successivamente – l’effettiva efficacia degli strumenti di democrazia diretta che hanno una storia molto recente, pur presentando molti elementi interessanti come l’utilizzo per quasi tutte le cariche pubbliche (almeno in teoria) dell’istituto del recall.

Taiwan, come del resto la Corea del sud, è una “*third-wave democracy*”, una democrazia della terza ondata, per utilizzare una espressione di maggior successo utilizzata dalla scienza politica nord americana ††††††††. Nel 1987 venne revocata la legge marziale, adottata a titolo “temporaneo” nel 1948, e fu data piena attuazione a tutte le garanzie costituzionali, in

\*\*\*\*\* Si veda sul possibile utilizzo del recall, anche in Italia, M. Anis, *Privilegium, l’Italia divorata dalle lobbies*, Milano, Rizzoli, 2012. <http://www.unipd.it/ilbo/content/recall-quando-un%E2%80%99elezione-non-e-sempre>.

††††††† Sulla transizione democratica a Taiwan, si veda S. Rigger, *Politics in Taiwan: Voting for Democracy*, London, Routledge, 1999.

††††††† Nell’aprile 2013 Taiwan ha tenuto, dopo cinque anni di relativa sospensione, una serie di esercitazioni militari su larga scala per simulare un’invasione cinese nelle isole Penghu, un arcipelago che si trova nello stretto di Taiwan che separa l’isola principale dalla Cina.

†††††††† Questa espressione “*Third wave democracy*” è stata conosciuta da Samuel P. Huntington, professore di scienza politica all’Università di Harvard, per designare le transizioni democratiche avvenute nelle ultime decadi del Novecento. Secondo Huntington, la prima ondata democratica è iniziata nel diciannovesimo secolo con l’affermarsi delle idee di Andrew Jackson, settimo Presidente degli Stati Uniti ed è terminata con l’affermarsi dei regimi totalitari alla fine della prima guerra mondiale; la seconda ondata si è affermata con la vittoria delle truppe alleate nel secondo dopoguerra; la terza è iniziata con la rivoluzione in Portogallo nel 1974 e con le transizioni democratiche all’inizio degli anni Novanta in America latina e in Estremo Oriente. Per una comparazione sulla transizione in questi due Stati si richiama L. Diamond, G-W. Shin, *New Challenges for Maturing Democracies in Korea and Taiwan*, Palo Alto, Stanford University Press, 2014.

precedenza sospese a causa dello stato di guerra civile. Le prime elezioni completamente libere si sono tenute nel 1992.

La democrazia a Taiwan non è stata conquistata attraverso una rivoluzione, un'insurrezione, un'attività di guerriglia o di terrorismo, ma attraverso la collaborazione, a volte molto difficile, tra il Kuomintang e il principale partito di opposizione, il Partito democratico progressista.

I cambiamenti si sono concretizzati nella riscrittura di undici articoli della Costituzione \*\*\*\*\* che, approvati nel 1997, hanno sancito il carattere semipresidenziale della Repubblica taiwanese. Il Capo dello Stato viene eletto a suffragio universale diretto e ha il potere di nominare il primo ministro senza che sia più necessario l'assenso del Parlamento. Il compito di legiferare è stato concentrato nello Yuan legislativo, eletto anch'esso a suffragio universale diretto. Sono stati eliminati i vincoli alla nascita di partiti politici anche se quelli che hanno avuto una presenza di rilievo in questi anni sono stati due: il Kuomintang, molto cambiato da quello conosciuto fino al 1987, e il Partito democratico progressista.

La vigente Costituzione riconosce espressamente all'art. 17 che il popolo ha “*il diritto di eleggere e di destituire, il diritto di iniziativa e di referendum*” ++++++. Questa disposizione di principio, inserita nel capitolo primo, rubricato “*diritti e doveri dei cittadini*” #####, viene poi chiarita nel dodicesimo capitolo della Costituzione (artt. 129 -136), la cui rubrica riprende chiaramente l'art. 17: “*Elezioni, Recall, Iniziativa e Referendum*”.

È interessante notare preliminarmente che Taiwan è uno dei pochi stati dell'Estremo Oriente che inserisce il recall – quale diritto generalizzato – nella stessa Carta costituzionale. Quanto alla sua disciplina e a quella dei referendum, la Costituzione si limita a rinviare alla legge ordinaria (art. 136), stabilendo solo che i vari tipi di elezioni e di referendum, previsti dalla stessa, avvengono a suffragio universale con voto uguale e a scrutinio segreto (art. 129).

La legge sui referendum §§§§§§§§§§, composta di sessantaquattro articoli, è stata invece promulgata il 31 dicembre 2003 ed è stata successivamente modificata nel 2006 e nel 2009. Lo scopo della legge, solennemente affermato già all'art. 1, è quello di garantire ai cittadini l'esercizio dei loro diritti civili di democrazia diretta. L'elettorato attivo spetta ai cittadini che abbiano compiuto il ventesimo anno di età. La legge prevede diverse tipologie di referendum anche se la principale distinzione è quella tra referendum locali e referendum nazionali. I primi possono avere ad oggetto sia le disposizioni legislative e regolamentari che incidono direttamente sull'autonomia locale di un determinato territorio; sia importanti questioni di politica locale o regionale; sia la predisposizione di principi che poi vincoleranno gli enti locali.

\*\*\*\*\* Per un esame dettagliato dell'ordinamento costituzionale di Taiwan si rinvia a Y. Jiunn- Rong Yeh, *The Constitution of Taiwan: A Contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing Ltd, 2016.

+++++ Il testo in lingua inglese è consultabile sul sito istituzionale della Presidenza della Repubblica all'indirizzo <http://english.president.gov.tw/Default.aspx?tabid=1107>.

##### È opportuno precisare che formalmente la Costituzione è stata adottata il 25 dicembre 1946, dall'Assemblea nazionale convocata a Nanchino e promulgata dal Governo nazionale il 1° gennaio 1947. Nel 1948 gran parte delle disposizioni costituzionali sono state sospese da Chang Kai Shek, tra cui una serie di garanzie costituzionali. Venne adottata la legge marziale nel timore di una invasione da parte delle autorità comuniste di Pechino. Tali restrizioni costituzionali furono abolite nel 1991 e nel corso degli anni novanta e duemila la Costituzione è stata emendata sette volte. L'ultima modifica risale al 2005. §§§§§§§§§§ Act No.9200242031, Dec. 31, 2003.

I referendum nazionali possono invece essere sia abrogativi sia propositivi di leggi. Inoltre è previsto che, per le questioni aventi un interesse per la generalità della popolazione, possano essere predisposti quesiti referendari che si limitino a enucleare dei principi a cui dovrà poi attenersi il Legislatore nel predisporre la disciplina di dettaglio. Inoltre il corpo elettorale può essere chiamato a pronunciarsi su rilevanti questioni di politica nazionale (art. 2). La legge, come in moltissimi altri paesi, vieta comunque la possibilità di sottoporre a referendum questioni in materiale fiscale, tributaria o sull'organizzazione e lo stipendio dei pubblici dipendenti (art. 3). L'organizzazione dei referendum spetta al Governo il quale ha l'obbligo di inserire annualmente nel proprio bilancio i relativi fondi per lo svolgimento delle consultazioni.

Per proporre un referendum nazionale è necessario che il quesito sia proposto dallo 0,5% degli elettori votanti nell'ultima consultazione per l'elezione del Presidente della Repubblica e successivamente sottoscritto da un numero pari ad un quinto sempre di coloro che hanno votato alle ultime elezioni presidenziali (art. 7). Occorre poi che il quesito sia formulato in modo tale da non contenere meno di 100 parole e più di 1500 (art. 9). Spetta poi ad un'apposita commissione provvedere sia alla verifica della regolarità delle sottoscrizioni sia all'ammissibilità del quesito referendario. La Commissione ha facoltà di dichiarare inammissibile un referendum qualora ritenga che il quesito non sia chiaro ed inequivocabile nei suoi effetti ovvero se riguardi una proposta che è stata oggetto di consultazione nei tre anni precedenti. Il referendum deve tenersi nei successivi sei mesi e per essere valido dovranno partecipare alla consultazione la maggioranza assoluta degli aventi diritto e deve ottenere la maggioranza dei voti validamente espressi.

Va ricordato che la legge riconosce allo Yuan legislativo la facoltà di proporre referendum (art. 17); lo stesso Presidente della Repubblica, qualora vi sia una minaccia per l'indipendenza del paese – ovviamente questa disposizione risente molto del peculiare contesto taiwanese – ha facoltà di sottoporre al corpo elettorale un qualsiasi quesito inerente la sicurezza nazionale. In tal caso il referendum avviene con una procedura semplificata e il referendum può svolgersi entro un mese, anziché entro i sei mesi normalmente previsti (art. 18).

Dall'entrata in vigore della legge si sono tenute ben sei consultazioni referendarie nazionali, la prima delle quali nel 2004 e ha avuto una forte rilevanza politica in quanto i taiwanesi sono stati a chiamati a pronunciarsi su due quesiti inerenti i rapporti con la Cina continentale. Questo referendum è stato proposto direttamente dal Presidente della Repubblica in quella che doveva essere un'ipotesi di carattere emergenziale. Ciò scatenò ampie proteste da parte dei dirigenti della Repubblica popolare cinese che lo videro come un tentativo di camuffare un voto sull'indipendenza di Taiwan stessa. Il primo quesito riguardava la possibilità di rafforzare il sistema militare e missilistico per reagire ad un eventuale attacco da parte della Repubblica popolare; il secondo chiedeva il consenso ad avviare rapporti con la stessa Repubblica popolare al fine di creare un quadro di pace e di stabilità. La formulazione di questo quesito era volutamente ambigua perché non chiariva la natura dei rapporti con la Cina: rapporti tra soggetti di una stessa entità oppure relazioni di tipo diplomatico? In entrambi i

casi il quorum strutturale non fu raggiunto e quindi non si inasprì la conflittualità con la Cina continentale.

Nel gennaio e nel marzo 2008 si tennero altri quattro referendum nazionali che vertevano tutti sullo status particolare di Taiwan e sulla sua collocazione nell'ambito delle Nazioni Unite. Anche in questi casi non venne raggiunto il quorum strutturale e quindi furono tutti dichiarati invalidi.

Risulta pertanto evidente che nella concreta prassi i referendum a Taiwan hanno avuto più una valenza plebiscitaria, peraltro assolutamente non riuscita, che hanno determinato un uso discutibile di questo strumento proprio perché in nessun caso l'iniziativa è partita dai cittadini, bensì dai partiti al governo.

Come già precedentemente anticipato, il recall a Taiwan riguarda ogni carica pubblica a partire dalla Presidenza e Vicepresidenza della Repubblica. Bisogna premettere che l'ordinamento della Repubblica di Cina prevede come fonti costituzionali, oltre alla stessa Carta, una serie di "Articoli addizionali" che si applicano fino a quando – in linea del tutto teorica e soprattutto in modo del tutto irrealistico – la Cina continentale tornerà sotto l'egida di Taiwan. Questa premessa introduttiva al testo – "*To meet the requisites of the nation prior to national unification*" – fa sì che questi articoli addizionali siano pacificamente considerati parte integrante della Costituzione.

Ebbene, l'art. 2 delle disposizioni addizionali prevede espressamente che il Presidente sia rimosso dall'incarico a seguito di una procedura assai complessa: un quarto dei componenti dello Yuan Legislativo presentano una mozione per ottenere la destituzione del Presidente che deve essere approvata con la maggioranza dei due terzi dei componenti. In tal caso il Presidente è rimosso se nella successiva consultazione elettorale la proposta di destituzione ottiene la maggioranza assoluta dei voti validi. Occorre precisare che la destituzione è un istituto diverso dalla messa sotto stato d'accusa: il Presidente è messo sotto stato di accusa dal Parlamento e giudicato dalla Corte costituzionale.

Risale al 1995 la legge che disciplina le modalità di elezione e di destituzione del Presidente e del Vicepresidente della Repubblica: questa è stata più volte emendata e da ultimo nel 2009  
\*\*\*\*\*.

Taiwan applica l'istituto del *recall* a tutti gli eletti, secondo la legge per l'elezione e la rimozione dei dipendenti pubblici che risale formalmente al 1980, ma che è stata quasi completamente riscritta nel 2003 e poi negli anni successivi, fino all'ultima modifica che risale al 4 febbraio 2015 ††††††††.

L'art. 1 della citata legge chiarisce immediatamente la nozione di "civil servant" al fine di individuare in modo inequivocabile chi può essere eletto o rimosso da un pubblico ufficio: in questa nozione vi rientrano in linea di principio tutti i componenti dello Yuan Legislativo, i

\*\*\*\*\* Act NO.5889, Aug., 9. 1995.

†††††††† Il testo della legge è consultabile in lingua inglese all'indirizzo <http://www.cec.gov.tw/english/cms/law> ed è contenuto nel sito istituzionale della Commissione elettorale centrale, un'agenzia governativa indipendente che ha il compito di sovrintendere allo svolgimento delle procedure elettorali (legislative, presidenziali) e referendarie nazionali.

capi dei poteri esecutivi delle municipalità (paragonabili alle regioni), delle province, delle contee (paragonabili ai nostri comuni), dei villaggi e i componenti delle assemblee elettive dei citati enti. Quindi in linea di principio tutti coloro che sono eletti, possono essere rimossi nel rispetto delle procedure previste dalla legge. Il recall non è esercitabile in alcun caso durante il primo anno di mandato del soggetto interessato.

Il Capitolo IX della legge (artt. 75 – 92) è dedicato interamente alle procedure di rimozione. Il diritto di rimozione è riconosciuto a tutti gli elettori della circoscrizione elettorale nel cui territorio è stato eletto il soggetto da destituire; la proposta deve essere presentata da almeno il 2% degli aventi diritto e deve essere motivata in non più di 500 parole. È interessante notare come Taiwan, nella disciplina dei referendum sia in quella del recall, insista molto sul numero delle parole del quesito. Forse questa attenzione è dovuta al fatto che si vuol rendere il quesito facilmente accessibile a tutti gli elettori e quindi si esalta il concetto di “concinnitas” e di chiarezza testuale. Non è ammissibile una proposta di recall contenente il nome di due o più soggetti pubblici: ogni proposta di rimozione deve avere ad oggetto un unico amministratore, anche se è ammesso che nella medesima consultazione gli elettori siano chiamati a pronunciarsi su più contestuali richieste di rimozione. Una volta che la Commissione – nazionale o locale a seconda del soggetto a rimuovere – abbia verificato che il quesito e il numero dei proponenti abbia soddisfatto ai requisiti di legge, autorizzerà i proponenti a raccogliere le firme a sostegno della loro proposta di rimozione. La raccolta dovrà avvenire nel termine perentorio di 30 giorni se riguarda un componente dello Yuan legislativo, di un governatore di una municipalità, di un sindaco o di un consigliere municipale (regionale); di 20 giorni se riguarda un eletto in una provincia o in una contea; di 10 se riguarda un capo villaggio o di un distretto comunale. In tutti i casi la proposta deve comunque essere sottoscritta dal 13% degli elettori di quella determinata circoscrizione elettorale, calcolata con riferimento alla tornata elettorale in cui è stato eletto il soggetto di cui si chiede la rimozione. Qualora la proposta di recall abbia ottenuto il numero di firme necessarie per lo svolgimento della consultazione, è riconosciuto al soggetto di cui si chiede la revoca la facoltà di presentare una memoria di non più di 1000 parole che dovrà essere adeguatamente pubblicizzata. La votazione dovrà avvenire decorsi trenta giorni dal giorno in cui la proposta è stata dichiarata ammissibile dalla Commissione elettorale incaricata di effettuare le verifiche. Il soggetto interessato sarà destituito solo se alla consultazione parteciperà la maggioranza assoluta degli aventi diritto e se la proposta otterrà la maggioranza dei voti validamente espressi. Qualora la domanda di recall sia accolta, il soggetto non potrà essere ricandidato per quella carica per i successivi 4 anni, mentre se viene respinta non potrà più essere riproposto il recall per lo scorcio del mandato.

Un ultimo aspetto che deve essere esaminato dell'ordinamento taiwanese e a cui in precedenza si è fatto solo genericamente riferimento, riguarda il controllo sull'ammissibilità e legittimità dei quesiti referendari e di rimozione, sulla regolarità della campagna elettorale e sulla proclamazione dei risultati. Il controllo su questi aspetti è affidato alla Commissione

elettorale centrale che è disciplinata da una legge organica, promulgata il 10 giugno del 2009  
#####.

I compiti della Commissione sono enunciati nei primi due articoli: questa ha il fine di garantire la democrazia e il suffragio popolare, di sovrintendere allo svolgimento dei referendum e delle elezioni e della rimozione dei pubblici dipendenti (art. 1). Quindi la Commissione vigila sia sulle elezioni legislative sia sulle elezioni presidenziali. Inoltre, la Commissione ha il compito di:

1. pianificare l'organizzazione amministrativa delle consultazioni elettorali;
2. vigilare sul rispetto della legge durante le elezioni, i *recalls* e i referendum;
3. sovvenzionare le spese elettorali dei partiti politici e dei candidati;
4. proporre l'emanazione, la modifica e l'abrogazione delle leggi e dei regolamenti elettorali.

La Commissione è composta da 11 membri, nominati dal Governo con il consenso del Parlamento, che restano in carica per quattro anni e il cui rinnovo avviene in modo che vi sia una sostituzione periodica dei componenti. Questi devono dare garanzia di imparzialità e di indipendenza e non possono essere iscritti ad alcun partito politico.

## 5. Conclusioni

Dall'esame sommario dei Paesi presi in considerazione emerge chiaramente che la democrazia diretta non è ancora molto sviluppata in Estremo Oriente e presenta delle caratteristiche peculiari che la differenziano in modo significativo dall'esperienza occidentale per una serie di fattori storici, politici e anche giuridici.

Storicamente occorre mettere in rilievo che gli strumenti di democrazia partecipativa appartengono alla tradizione giuridica occidentale e sono stati "esportati" soltanto al termine del secondo conflitto mondiale in un contesto sociale permeato dal confucianesimo e da una società fortemente gerarchizzata dove ognuno aveva uno status sociale ben determinato. È vero che a partire dalla Restaurazione Meiji del 1868, il Giappone si era già confrontato con la tradizione giuridica occidentale, ma non certo con quella liberaldemocratica dell'esperienza anglosassone: il paradigma normativo di riferimento era stato infatti la Costituzione prussiana del secondo Reich (1871) #####. Inoltre, dal punto di vista politico, tranne gli anni conosciuti con il nome di "democrazia Taisho" (1912-1926) \*\*\*\*\*, il Giappone dell'anteguerra è stato sempre guidato da burocrati, da alti funzionari provenienti dalla nobiltà e da militari. Con la disfatta militare del 1945, gli Alleati imposero una nuova Costituzione e un sistema di valori

#####Act No. 9800142871, Jun.10, 2009.

##### Sulle vicende storiche che portarono alla promulgazione della Costituzione del 1889 e sul suo estensore principale, si rinvia alla recente monografia, K. Takii, *Itō Hirobumi - Japan's First Prime Minister and Father of the Meiji Constitution*, London, Routledge, 2014.

\*\*\*\*\* Con questo termine, solitamente si indica il periodo che va dall'inizio del novecento fino all'inizio degli anni Trenta, estendendosi dunque ben oltre i termini dell'era dalla quale prende nome (1912-26): è una fase di relativa affermazione in ambito politico, sociale e culturale di tendenze liberali e a volte pure progressiste, sviluppatesi soprattutto negli anni immediatamente successivi al primo conflitto mondiale. Sulla "democrazia Taisho" si rinvia all'accurata analisi di A. Revelant, *Governi di partito e nomine di alti funzionari nel Giappone Taisho*, Asiatica Venetiana nn. 10-11/2009, pp. 155-174.

liberaldemocratico da realizzarsi però esclusivamente tramite un modello rappresentativo: non è un caso che gli Stati Uniti non proposero l'introduzione dei referendum: temevano infatti che esso potesse divenire un mezzo per instaurare di nuovo in Giappone un regime autoritario, paventando proprio che le sirene populiste e nazionaliste, così come la deferenza verso l'Imperatore, potessero incidere fortemente sulle scelte del corpo elettorale in eventuali consultazioni referendarie.

Analoghe preoccupazioni, soprattutto dopo la guerra del 1950 e l'avvento dei comunisti in Cina, gli americani li nutrivano per la Corea del Sud, dove c'era il timore che movimenti popolari potessero essere organizzati dai sovietici e/o dai cinesi in chiave antigovernativa e antiamericana. A Taiwan il discorso dei referendum neanche si poneva perché per lungo tempo è stato un regime semi autoritario.

Finita la guerra fredda, si inizia a parlare timidamente di democrazia diretta e l'esperienza nordamericana diviene un modello per questi tre Stati: in fondo con la cultura giuridica americana, da quarant'anni sia i coreani che i giapponesi si dovevano confrontare. L'influsso si vede ad esempio sull'istituto del *recall* per gli amministratori pubblici. Tuttavia, ogni singolo Stato ha cercato di declinare in modo autonomo gli istituti di democrazia diretta che sono però ancora scarsamente utilizzati perché la vita politica si sostanzia ancora in grandissima parte solo attraverso la partecipazione alle elezioni.

Dal punto di vista politico, premesso che vi è una significativa disaffezione verso la politica, i referendum vengono concepiti diversamente rispetto all'occidente: questi non trattano elementi di politica nazionale o internazionale che suscitano profonde divisioni nell'opinione pubblica (si pensi al recente referendum sulla *Brexit* nel Regno Unito), ma questioni di carattere tecnico o comunque con una rilevanza meramente locale. Questi referendum non incidono quindi sull'indirizzo politico generale e quindi non sono visti con diffidenza dal sistema dei partiti che invece li osteggiano se iniziano ad avere una dimensione di carattere nazionale. Un breve cenno merita sul punto il Giappone: manca sia a livello parlamentare che di opinione pubblica una discussione sull'introduzione dello strumento referendario nazionale che pare essere un elemento estraneo alla loro tradizione politica. Il legislatore rimane ancorato al dogma della rappresentatività, dogma che appare però scalfito dal crescendo dei referendum locali che tendono ad influire anche sulla politica nazionale, come nel caso del referendum ad Osaka, tenutosi nel maggio 2015.

Un ultimo comparato va messo in rilievo: si osserva negli Stati presi in considerazione una certa discrasia tra il dato normativo e la prassi politica perché la legge tende ad esaltare tanto le diverse tipologie di referendum sia il ricorso a nuovi strumenti, come le petizioni, le proposte popolari di leggi, il *recall*. Si nota infatti una tendenza, più o meno marcata a seconda degli stati, a fornire ai cittadini (*rectius* ai residenti) degli strumenti propri per agire senza la necessità di doversi rivolgere necessariamente ai partiti; dall'altro nel concreto agire politico questi strumenti o non sono utilizzati o sono impiegati in modo distorto. Si pensi a Taiwan, dove i referendum, tutti falliti per il mancato raggiungimento del quorum elettorale, avevano una valenza tipicamente plebiscitaria proprio perché proposti dall'alto. Non è un caso (forse) che

nessuno dei sei referendum abbia ottenuto il risultato sperato. In Corea del Sud la situazione è parzialmente diversa in quanto i cittadini hanno promosso campagne referendarie soprattutto a livello locale, anche se poi incoronate dall'insuccesso al momento del voto.

Detto questo le prospettive future paiono essere molto incoraggianti se si pensa che la democrazia diretta ha preso piede in tutti e tre gli Stati presi in esame solo negli ultimi dieciquindici anni. Eppure in questi anni, anche con esiti non sempre positivi per i proponenti, si sono tenute decine di consultazioni. Concludendo, si può affermare che la democrazia diretta in Estremo Oriente, con l'eccezione del Giappone, è un cantiere aperto che ha fondamenta solide quanto alla disciplina legislativa, ma sui cui risultati dovremo attendere ancora qualche anno per potersi pronunciare in modo definitivo: fuoco di paglia o strumento consolidato?

## PRIME NOTE SUL BUDGET PROCESS DELL'ERA OBAMA: UN REGULAR DISORDER «ULTIMA SPIAGGIA» DELLO SCONTRO POLITICO?

di Luigi Testa \*

SOMMARIO: 1. Il processo di bilancio negli USA: cenni introduttivi. – 2. Un'analisi degli ultimi quattro Congressi. – 3. Iniziativa, indirizzo parlamentare e legislazione fiscale. – 3.1. Il *Presidential Budget*. – 3.2. La *concurrent resolution*. – 3.3. La procedura di *reconciliation*. – 4. La procedura di *appropriation*: cenni ricostruttivi. – 4.1. La *performance* degli ultimi sette anni. – 4.2. 2013: «Sorry, temporarily shut down». – 5. Alcune impressioni conclusive.

### 1. Il processo di bilancio negli USA: cenni introduttivi

Nel corso dello scorso secolo, il *Budget Process* statunitense ++++++++ ha conosciuto un importante momento di avvicinamento al modello continentale, in questo senso 'tradendo' la originaria forma che gli veniva per naturale derivazione dal modello della Madrepatria inglese ++++++++, cui la struttura resta tuttavia ancora sostanzialmente fedele.

In effetti, almeno con riguardo alla sua struttura documentale, è possibile individuare con chiarezza un modello anglo-americano e un opposto modello continentale – se si vuole: un modello di *common law* ed uno di *civil law*, senza però voler dare alla distinzione in questi termini proposta nessun significato “di merito” che vada oltre ad una semplice operazione di *labelling* §§§§§§§§§§. Da questa prospettiva, il modello continentale restituisce un *continuum* senza soluzione tra l'esercizio dell'iniziativa dell'esecutivo e la decisione parlamentare. Al contrario, nel modello anglo-americano, l'iniziativa del Governo resta “sulla soglia” del

\* Dottore di ricerca in Diritto pubblico comparato – Dipartimento di Studi Giuridici, “UniBocconi” di Milano.

+++++++ La letteratura sui profili procedurali del *Budget Process* negli Stati Uniti non pare particolarmente ricca. La trattazione omogenea forse più rilevante resta A. Schick, *The Federal Budget. Politics, Policy, Process*, Washington, Brookings Institution Press, 2007, peraltro non aggiornato alla più recente esperienza. Resta utile anche il classico H. M. Robert, *Robert's Rules of Order Newly Revised*, Reading, Philadelphia, Da Capo Press, 2011, ma anche P. Mason, *Mason's Manual of Legislative Procedure*, St. Paul, Denver, National Conference of State Legislatures, 2010; altri testi di procedura parlamentare si troveranno sulle *rules* di ciascuna Camera. Una fonte preziosa è rappresentata, inoltre, dai precisi e sempre aggiornati report del *Congressional Research Service*, tutti facilmente consultabili *on line*. In italiano, di recente v. A. Police, *Le procedure di bilancio negli Stati Uniti d'America*, in *Le procedure di bilanci statali in una prospettiva comparata*, M. L. Bassi (cur.), Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, pp. 203 ss.; prima A. Zanardi, *Organi, atti e procedure del bilancio federale degli Stati Uniti: un breve profilo*, in *Crisi fiscale e indirizzo politico*, F. Bassanini, S. Merlini (cur.), Bologna, il Mulino, 1995, pp. 59 ss.

+++++++ Per una rapida ricognizione della procedura di bilancio nel Regno Unito, nulla di più utile che consultare E. May, *Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament (Parliamentary Practice)*, London, LexisNexis, 2011, pp. 711 ss. In estrema sintesi, e per quanto qui di interesse, fondamentale è la distinzione – dall'inizio alla fine – tra la procedura di spesa pubblica e quella relativa al ciclo delle entrate. Per la prima, l'iniziativa dell'esecutivo prende la forma degli *Estimates*, su cui la Camera dei Comuni adotta una risoluzione, che costituisce il nucleo del *Supply and Appropriation Bill*, che, approvato, chiude il ciclo di spesa pubblica. Quanto alle entrate, invece, la filiera si apre con il Budget presentato dal Cancelliere dello Scacchiere: anche in questo caso, le *funding resolutions* approvate dai Comuni ad esito del dibattito costituiscono la base per il confezionamento del *Finance Bill*, che, approvato, definisce il ciclo fiscale.

§§§§§§§§§§ In effetti, la distinzione tra *common law* e *civil law* porta in sé la considerazione di una serie di fattori che in realtà attengono poco al modello di decisione di finanza pubblica; essa, dunque, è qui impiegata soltanto come riferimento sintetico alle aree giuridiche cui esse afferiscono, e – se si vuole – come un doveroso omaggio alla «principale dicotomia interna alla tradizione giuridica occidentale» (A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 99).

Parlamento senza prendere la forma di un'iniziativa legislativa in senso stretto, occorrendo in coda ad essa una risoluzione con cui l'Assemblea "si appropria" dell'indirizzo dell'Esecutivo e formalmente dà inizio alla filiera parlamentare \*\*\*\*\*.

Il *Budget and Accounting Act* del 1921 e, in seguito, il *Congressional Budget Act* del 1974 – entrambi accompagnati da un dibattito condiviso ed importante non solo nella comunità scientifica e politica, ma nella società civile in generale ++++++ – sono tuttavia intervenuti ad alterare la nettezza della contrapposizione possibile "modello anglo-americano vs. modello continentale", avviando un processo di avvicinamento notevole della formula americana al secondo. Così, la riforma del 1921 – pur non potendo, evidentemente, introdurre una iniziativa legislativa formale del Presidente in materia di finanza pubblica – lo rende titolare di una iniziativa unitaria che segna una cesura fondamentale con il modello inglese ++++++ e che, con l'introduzione di un primo strumento di razionalizzazione del processo, recupera alla Presidenza un ruolo chiave nella decisione di finanza pubblica – pur esponendolo, naturalmente, ad una forma di responsabilità forse inedita fino a quel momento sssssssssss. Nella direzione di una maggiore razionalizzazione del procedimento va anche il *Congressional Budget Act* del 1974, che al *Presidential Budget* introduce come contrappeso lo strumento della *concurrent resolution* con cui il Congresso è messo finalmente \*\*\*\*\* in grado di esprimere un indirizzo unitario e complessivo sulle proposte governative, appena dopo che queste siano state presentate alle Camere.

L'adozione della *concurrent resolution* da parte del Congresso segna il momento in cui il percorso riprende la struttura tipica del modello inglese, con un doppio binario per il ciclo fiscale e per quello della spesa pubblica. A tal fine, da un lato la risoluzione – tra le altre cose – può adottare una serie di *reconciliation instructions*, sulla base delle quali le Commissioni Bilancio di Camera e Senato confezioneranno i *Reconciliation Bills* da presentare all'aula, recanti le eventuali modifiche alla legislazione fiscale ++++++. Dall'altro, è la stessa risoluzione, con una prima allocazione

---

\*\*\*\*\* Per il Regno Unito, vedi quanto alla nt. 2.

+++++ Per una efficace ricostruzione del dibattito, si veda N. Caiden, *Paradox, Ambiguity, and Enigma. The Strange Case of the Executive Budget and the United States Constitution*, in *Public Budgeting, Policy, Process, and Politics*, I. Rubin (cur.), New York, Armonk, M. E. Sharpe, 2008, pp. 47 ss.

+++++ Dove invece (v. nt. 2) anche l'iniziativa dell'esecutivo mantiene due sedi e formule separate.

ssssssssss In effetti, le opposte posizioni del dibattito in materia, si riferivano entrambe al tema della responsabilità vs. irresponsabilità del Presidente. Se da un lato vi era chi sosteneva che il modello consegnato dalla Costituzione dell' '89 richiedesse un completo isolamento del potere esecutivo, escludendone quindi qualsiasi prerogativa anche solo nella fase della proposta contabile, dall'altro lato vi era chi proprio in una istituzionalizzazione di questa proposta vedeva uno strumento di responsabilizzazione del Presidente, altrimenti ipergarantito a dispetto di un sostanziale potere di codecisione. Tra gli altri contributi che confluirono nel dibattito, con un'importante prospettiva di diritto comparato, v. R. Stourm, *The Budget*, New York, Institute for government research Studies in administration, 1917; ma anche W. F. Willoughby, *The Problem of a National Budget*, New York, London, D. Appleton, 1918.

\*\*\*\*\* Fino a quel momento, infatti, il procedimento che seguiva al *Presidential Budget* manteneva una struttura del tutto disarticolata, in piena autonomia in ciascuna delle sedi ad esso deputate. Efficacemente, A. Schick, *op. cit.*, 118, la definisce «the fiscal framework within which Congress takes [its] statutory actions». Nel Regno Unito un analogo problema non si pone: anzitutto per la sostanziale esclusione della Camera alta dalle decisioni di contabilità pubblica, e poi per il mantenimento della distinzione tra ciclo di spesa e ciclo fiscale già al momento della formulazione dell'iniziativa dell'esecutivo.

+++++ Sul *reconciliation process* si può vedere, oltre a quanto già citato, A. Schick, *Reconciliation and the Congressional Budget Process*, Washington-London, 1981; anche R. Keith, B. Heniff Jr., *The Budget Reconciliation Process: House and Senate Procedures*, Report del *Congressional Research Service*, 2005.

tra le *Appropriation Committees* delle due Camere, a dare inizio a quel meccanismo distributivo “a cascata” che costituisce il principale strumento di *enforcement* della decisione di finanza pubblica #####. Sulla base della prima allocazione, infatti, le *Appropriation Committees* di Camera e Senato procedono ad una *sub-allocation* a favore di ciascuna delle dodici proprie *Sub-Committees*, titolari delle diverse competenze materiali. Raccolte le istanze di spesa di ciascuna delle proprie Sottocommissioni, le due Commissioni madre potranno dunque formulare l'*Appropriation Bill* da presentare all'aula, recante autorizzazione di stanziamento delle spese pubbliche per l'esercizio finanziario successivo.

## 2. Un'analisi degli ultimi quattro Congressi

La struttura sulla quale si dispiega il processo di decisione di finanza pubblica si muove, dunque, su tre piattaforme non necessariamente allineate: la Casa Bianca, la Camera dei Rappresentanti e il Senato. Nel *Budget Process* si giocano dunque per lo meno due diverse dialettiche: quella tra il Congresso e il Presidente, cui può aggiungersi quella tra le due Camere dell'organo legislativo; a questa, qualcuno aggiunge una terza tensione dialettica – vera, in realtà, soltanto per una sezione del ciclo di bilancio –, che è quella tra la maggioranza politica di ciascuna Camera e l'*Appropriation Committee* #####. Anche al netto di quest'ultima aggiunta, si finisce dunque per trovarsi di fronte ad un modello ad altissima mobilità, soprattutto nei casi in cui non vi è solo l'asimmetria politica tra Casa Bianca e Capitol Hill, ma a questa si aggiunge quella tra la Camera dei Rappresentanti e il Senato, come nei due quarti dell'era Obama.

Il *Budget and Accounting Act* del 1921, come modificato dal *Budget Enforcement Act* del 1990, prevede che il Presidente presenti il proprio Bilancio alle Camere non più tardi del primo lunedì di febbraio \*\*\*\*\*. La scadenza – meramente ordinatoria – è pensata anche per consentire al Presidente neo eletto di essere il materiale autore del *Presidential Budget* per il primo esercizio finanziario ##### del suo mandato, senza lasciare che l'indirizzo di finanza pubblica sia pregiudicato da *midnight decisions*.

Questa *timeline* permette di far rientrare nel *Budget Process* dell'era Obama già il 2009 (*rectius*: l'esercizio finanziario che comincia il 1° ottobre 2009) #####, mentre pare imprudente includervi anche la decisione di finanza pubblica per l'esercizio finanziario che comincerà il 1°

##### Per una rapida ricognizione della procedura di *appropriation*, v. S. Streeter, *The Congressional Appropriations Process: An Introduction*, Report del *Congressional Research Service*, 2008.

##### In questo senso J. Woon, S. Anderson, *Political Bargaining and the Timing of Congressional Appropriations*, in *Legislative Studies Quarterly*, 2012, 409 ss.

\*\*\*\*\* «On or after the first Monday in January but not later than the first Monday in February of each year, the President shall submit a budget of the United States Government for the following fiscal year» (31 U.S.C. 1105[a]).

##### È appena il caso di segnalare che, attualmente, l'esercizio finanziario non corrisponde all'anno solare, ma comincia il 1° ottobre di ogni anno, per concludersi naturalmente il 30 settembre.

##### Come si vedrà poco oltre, infatti, la tempistica del *Budget Process* è pensata in modo da consentire al Presidente appena insediato di redigere in autonomia le proposte contabili per il primo esercizio finanziario del suo mandato.



Rappresentanti e Senato. Se si escludono i casi del 1911-12 e del 1931-32, entrambi a cavallo di diverse Presidenze, e il caso *sui generis* del 2001-02 <sup>\*\*\*\*\*</sup>, residuano un blocco di tre Congressi divisi, dal 1981 al 1987, con la Presidenza Reagan, e una sequenza di due Congressi divisi, dal 2011 al 2015, Obama *regnante*, in entrambi i casi con i Democratici maggioranza al Senato e i Repubblicani alla Camera. Il 21 luglio del 2011, *The Economist* scrive: «Unless you are Machiavelli this seems like a poor way to govern» <sup>#####</sup>; ma è ancora presto per un giudizio di questo tipo. Certo è che le elezioni per il 114° Congresso (2015-2017) non sembrano premiare il Presidente, non risparmiandogli una chiusura di mandato in pieno governo diviso, con i Repubblicani in maggioranza sia alla Camera che al Senato.

Va da sé che un processo di bilancio che si muove su *una struttura mobile*, in cui il fronte della dialettica e dunque del potenziale conflitto non è unico, ma (almeno) duplice – Presidente *vs.* Congresso, Camera *vs.* Senato –, non è stato esente da *stress* nelle condizioni che si sono appena descritte. Si può anticipare, tuttavia, che le osservazioni che potranno farsi non vanno nel senso di una isolata eccezionalità, quanto piuttosto di un consolidamento di tendenze già presenti nel sistema, che dunque potranno prendersi a sintomo di una trasformazione del sistema che dalle più recenti vicende della “strana” Presidenza Obama ha avuto soltanto l’impulso definitivo.

### 3. Iniziativa, indirizzo parlamentare e legislazione fiscale

L’analisi che qui si propone non può che partire dal momento dell’iniziativa dell’esecutivo <sup>#####</sup>. Come si anticipava, la previsione di un’iniziativa governativa in materia di bilancio dello Stato non trova – come invece in altri ordinamenti – copertura costituzionale, ed è introdotta *per tabulas* soltanto del 1921 con il *Budget and Accounting Act*. In un sistema in cui per statuto mancano meccanismi istituzionali di responsabilità del Capo dello Stato, se non nei casi più gravi dell’*impeachment*, la formalizzazione dell’iniziativa dell’esecutivo con il *Presidential Budget* fu presentata come uno strumento di responsabilizzazione del Presidente.

In effetti, dare all’indirizzo politico-finanziario proposto dal Governo la forma di un unitario documento pubblico significò agevolare una forma di responsabilità politica (anche diffusa): una grande novità se si pensa al disordine (e dunque alla difficoltà di individuazione di una responsabilità in materia) dominante fino ad allora, quando ancora non sembrava chiaro e non

---

\*\*\*\*\* Le elezioni per il Senato del 2000 restituiscono un perfetto 50 a 50, in cui il ruolo chiave è dunque giocato dal Presidente, che – a mente della sez. 3 dell’art. 1 della Costituzione – torna in situazione di parità di voti a poter esprimere la propria preferenza. Il voto decisivo è dunque quello di Al Gore, fino al cambio di guardia alla Casa Bianca, con l’arrivo del repubblicano Cheney, il 20 gennaio. Nel maggio dello stesso anno, tuttavia, il senatore Jeffords lascia il gruppo dei repubblicani, e dà l’appoggio come indipendente ai democratici.

##### R. M., *Divided Government in the Modern Era*, in *The Economist*, 21 luglio 2011.

##### In realtà, lo studio di questo primo momento del *Budget Process* potrebbe ben apparire “fuori tema”, per le caratteristiche stesse del modello anglo-americano, che – come si chiariva *supra* nel corpo del testo – lascia l’iniziativa del Governo “sulla soglia” della filiera parlamentare in senso stretto. Nonostante questo dato formale, tuttavia, tale iniziativa entra a pieno titolo nella dialettica “esecutivo *vs.* legislativo” di cui qui si tenta di offrire una rappresentazione.

era generalmente rispettato l'obbligo delle amministrazioni di astenersi dall'inviare direttamente le proprie richieste di spesa al Congresso, passando invece per il Dipartimento del Tesoro che almeno ne coordinasse la presentazione con la compilazione di un unico *Book of Estimates* §§§§§§§§§§§§§§§§§§§§. «Accountability can be enforced and efficiency secured only when responsibility is definitely located in a single authority», sostiene tra gli altri W. F. Willoughby §§§§§§§§§§§§§§§§§§§§, nel dibattito che è la stessa Presidenza Taft a sollevare, con l'istituzione nel 1910 della *Commission on Economy and Efficiency* ††††††††††††††††††††.

Come corrispettivo del *Presidential Budget*, nel 1974, si pone la *concurrent resolution* adottata su di esso dalla Camere ††††††††††††††††††††. In effetti, lo strumento introdotto dal *Congressional Budget Act* segna un momento di forte razionalizzazione di un sistema che fino a quel momento, nella sua fase parlamentare, era stato segnato da un alto grado di frammentarietà e disarticolazione. In parte anche a questo fattore era riconducibile il marginale ruolo assunto dal Congresso nella definizione della finanza pubblica, non reggendo il confronto con un Presidente che, dal 1921, si presentava alle Camere con un indirizzo determinato e unitario. La riconduzione, con la *concurrent resolution*, ad una matrice unitaria dell'indirizzo del Parlamento – pensata, non a caso, in un momento di particolare tensione tra Campidoglio e Casa Bianca §§§§§§§§§§§§§§§§§§§§ – avrebbe dovuto ricompattare le Camere, fornendo loro il mezzo per fare la *voce grossa* contro le più o meno legittime istanze presidenziali.

### 3.1. Il *Presidential Budget*

L'esercizio dell'iniziativa formale unitaria del Governo si risolve presto, in effetti, in uno strumento di “egemonia” del Presidente, coadiuvato dall'*Office of Management and Budget* (OMB) che proprio il *Budget and Accounting Act* del 1921 istituisce §§§§§§§§§§§§§§§§§§§§. Presto, dunque, il *Presidential Budget* diviene una sorta di «presidential pulpit» †††††††††††††††††††† in cui i contenuti, i

§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§ Per una rapida ricostruzione storica, v. M. D. Christensen, *The President's Budget: Overview of Structure and Timing of Submission to Congress*, Report del Congressional Research Service, 2013.

§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§ W. F. Willoughby, *op. cit.*, p. 29. Il *Report of the President's Commission on Economy and Efficiency (Document No. 845, June 27, 1912, United States House of Representatives)*, p. 10, parla di un «instrument of legislative control over the administration».

†††††††††††††††††††† La lettura del *Report* finale del Presidente della Commissione (*Document No. 845, June 27, 1912, United States House of Representatives*) è utile per avere diretta impressione dei vivaci toni del dibattito. Così viene descritta la situazione pre-1921: «The Book of Estimates our nearest approach to a budget, is rather a more or less well-digested mass of information submitted by agents of the Legislature to the Legislature for the consideration of legislative committees to enable the Legislature both to originate and to determine the policy which is to be carried out by the Executive during the coming budgetary period».

†††††††††††††††††††† Una *concurrent resolution* è un atto di indirizzo, senza forza di legge, diversamente dalla c.d. *joint resolution*. Questo carattere la svincola dall'esercizio del potere di veto presidenziale, lasciando la maggiore libertà possibile al Congresso.

§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§ Nota così G. F. Ferrari, *L'esperienza statunitense*, in *Il Presidente della Repubblica*, M. Luciani, M. Volpi (cur.), Bologna, il Mulino, 1997, p. 504.

§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§ Dalla sua istituzione, l'*Office of Management and Budget* ha acquisito un ruolo relevantissimo nello scacchiere politico statunitense, che meriterebbe un approfondimento a parte. Per avere qualche idea, può essere utile S. L. Tomkin, *Inside OMB: Politics and Process in the President's Budget Office*, New York, Armonk, M. E. Sharpe, 1998. Interessante, anche se pare più una prognosi *ex ante* sulla base degli obiettivi di *trasparenza* dichiarati dal Presidente Obama nei primissimi tempi del suo mandato, anche B. A. Radin, *The Relationship Between OMB and the Agencies in the Obama Administration*, in *International Journal of Public Administration*, 2009, pp. 781 ss.

†††††††††††††††††††† A. Schick, *The Federal Budget*, *cit.*, p. 110.



il maggior ritardo di quelli finora verificatisi: così è per l'esercizio finanziario del 1994, col Presidente Clinton di fresca elezione, e poi per quello del 2002, con l'arrivo del Presidente Bush. Ma il ritardo del 2009 supera i due precedenti praticamente di un terzo: rispettivamente di ventotto e di trentuno giorni.

Il secondo grave ritardo, nel 2013 per l'esercizio in corso dal 1° ottobre 2014, anche si colloca a ridosso delle nuove elezioni presidenziali, ma, con la rielezione di Obama, non lo si può definire propriamente un anno di transizione istituzionale. Se il dato statistico significa ancora qualcosa, anche i due immediati predecessori di Obama hanno ricevuto un secondo mandato, e in quella circostanza solo Clinton ritardò (ma di tre giorni) nella presentazione del *Budget* per l'esercizio finanziario del 1995, mentre il Presidente Bush jr. mantenne anche in quella circostanza una virtuosa puntualità che solo nel 2001 (FY2002) – l'anno dell'inizio del mandato – era mancata.

Dunque il terzo ritardo più grave della storia americana (dopo quello del FY2010 e del FY1994 di Clinton) sembrerebbe trovare una giustificazione autonoma, che è il Direttore dell'*Office of Management and Budget* a premurarsi di significare, con una lettera dell'11 gennaio 2013 al *Chairman* della Commissione Bilancio della Camera, e ribadita nella conferenza stampa di presentazione del *Presidential Budget* per il 2014, il 10 aprile 2013 #####. I sessantacinque giorni di ritardo si giustificavano con l'esigenza di attendere la fine della *fiscal cliff negotiation* e della procedura di *sequestration* #####, che condizionavano l'effettiva rappresentazione di finanza pubblica. D'altra parte, pur senza menzione da parte del Direttore dell'OMB, una qualche incidenza avrà pure giocato il ritardo nella conclusione del ciclo di bilancio relativo all'esercizio finanziario precedente: la legge che chiude il *Budget Process* porta infatti la data soltanto del 26 marzo 2013, e rappresenta l'esito di un percorso piuttosto impegnativo, ove la strada più probabile era parsa in un primo momento quella della prospettiva per nulla gradevole di un intero anno di "esercizio provvisorio".

Anche il ritardo del 2014 (FY2015) – di ventinove giorni – è giustificato da un comunicato dell'OMB del 23 gennaio in ragione della conclusione del ciclo di bilancio per il FY2014 soltanto il 17 gennaio di quell'anno, mentre, nella verifica delle statistiche, ha un certo interesse il ritardo di sette giorni per il FY2012, che non è stato invero accompagnato da alcuna giustificazione dichiarata. Il *Presidential Budget* per il 2012 – presentato il 14 febbraio 2011 – interviene in coda ad un *Budget Process* (per il FY2011) particolarmente complesso che non aveva portato ad altro che ad un intero anno di esercizio provvisorio (su cui *amplius ultra*). Il ritardo di *una sola settimana* che nel 2011 ebbe a registrarsi potrebbe falsificare l'impressione

---

##### Così risponde il Segretario dell'OMB alla domanda di un giornalista: «The prime budget season for OMB is November, December. And given what was going on with the fiscal cliff negotiation, we needed to put much of it on hold to understand what was going to happen in the fiscal cliff negotiation... We had complexity around the sequester and the sequester kicking in unfortunately on March 1st. So given those delays primarily driven by fiscal cliff negotiation, made worse by the sequester, the budget was delayed, and we're happy to be rolling it out today» (Qui la trascrizione: [www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/04/10/press-briefing-press-secretary-jay-carney-omb-acting-director-jeffrey-zj](http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/04/10/press-briefing-press-secretary-jay-carney-omb-acting-director-jeffrey-zj)).

##### In estrema approssimazione, la procedura di *sequestration* consente al Presidente, previa autorizzazione legislativa, di disporre dei tagli alla spesa pubblica – anche se precedentemente autorizzata – che risulti eccedente rispetto agli obiettivi di bilancio.



sul modello del Regno Unito. Dall'altro, essa rappresenta la prima decisione del Parlamento in materia di finanza pubblica, se non altro per la previsione per cui proprio con essa si provvede alla prima determinazione dei limiti alla spesa pubblica per i cinque esercizi finanziari successivi, e quella su cui si innestano tutte le successive decisioni. (Si ricorderà quanto nella ricostruzione del *Budget Process* si è già anticipato sul meccanismo di *allocation* a cascata tra *Appropriation* e *Sub-Appropriation Committees*, per l'approvazione degli stanziamenti legislativi di spesa pubblica).

È in considerazione di ciò che si spiega la scelta di lasciare libera l'adozione della *resolution* da qualsiasi termine di natura perentoria, in modo da permettere il confronto più sereno possibile; e soprattutto la scelta a favore di un atto parlamentare di natura non-legislativa, sottratto dunque alla minaccia del *veto power*, in modo da garantire una composizione degli interessi quanto più franca possibile. In sostanza, la procedura pare incentivare il "conflitto", contando sulla sua capacità maieutica. Ha scritto un commentatore: «Precisely because conflict is unavoidable, it is essential that the process be engineered so as to encourage opposing sides to seek accomodation» #####.

In effetti, lo strumento sembra funzionare, e l'accordo viene raggiunto pure nel lungo periodo di sei anni di potere diviso tra Camera e Senato – che rappresenta, evidentemente, il campo della dialettica qui rilevante –, dal 1981 al 1987. Non va meglio nella sessione 2001-2003, quando le Camere, per la seconda volta nella storia #####, non trovano l'accordo per l'adozione della *concurrent resolution* per l'esercizio finanziario con decorrenza dal 1° ottobre del 2003. Così, pur in costanza di governo pieno, la risoluzione non è ancora adottata nel 2004 e nel 2006 (rispettivamente: FY2005 e FY2007).

Quando Obama arriva alla Casa Bianca, dunque, erano stati quattro gli anni in cui la Camera dei Rappresentanti e il Senato non erano arrivati ad una condivisione sui contenuti della risoluzione sul *Presidential Budget*. Nell'era Obama si doppia, ed anche di più. L'unico anno in cui il Congresso riesce ad adottare la *concurrent resolution* è il 2009 per il 2010 \*\*\*\*\*, con le Camere allineate sulla maggioranza democratica, e il 2015 per il 2016 #####, con il Congresso in mano ai Repubblicani. Neanche nel 2010 per il 2011, con il Parlamento ancora tutto democratico, le Camere trovano l'accordo #####, consegnando alla stagione di Obama il record della prima volta in cui la *concurrent resolution* non viene approvata per due volte di seguito e oltre #####.

##### A. Schick, ult. *op. cit.*, 159. Sullo stesso tema, v. pure I. S. Rubin, *Understanding the Role of Conflict in Budgeting*, in *Handbook of Government Budgeting*, R. T. Meyers (cur.), San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1999, p. 30.

##### La prima era stata per il FY1999, con il Presidente Clinton.

\*\*\*\*\* Il *Congressional Budget Act*, alla sec. 310, prevede che la risoluzione sia adottata entro il 15 aprile, con termine ordinario. Quella per il 2010, invece, è datata 29 aprile 2009.

##### La risoluzione è adottata il 5 maggio 2015, con quasi tre settimane di ritardo rispetto al termine fissato *per tabulas*.

##### Per la precisione, il procedimento si era arenato al Senato, in aula, mentre aveva superato il primo passaggio nella Commissione Bilancio del Senato.

##### Vale qui la pena di segnalare che una valida sinossi di tutti gli atti del *Budget Process*, almeno dal 2001 ad oggi, è offerta dal sito web del Congresso: [www.congress.gov/resources/display/content/Congress.gov+Resources](http://www.congress.gov/resources/display/content/Congress.gov+Resources).



Rappresentanti e Senatori di procedere nel ciclo di bilancio. Di fatti, nei casi in cui la *concurrent resolution* non è approvata, per evitare il congelamento dei tetti di spesa all'ultima risoluzione comune approvata, le Camere tornano alla prassi precedente, con l'aggiunta di una *fiction*: ciascuno dei due rami del Congresso adotta, infatti, la propria risoluzione (*deeming resolution*), cui tuttavia è riconosciuta «force and effect as if it was adopted by Congress»

Nei *terms* considerati, la *deeming resolution* diventa quasi lo strumento ordinario, approvato dalla Camera e dal Senato \*\*\*\*\* praticamente ogni anno, salvo per il FY2010 e per il FY2016 in cui, come si è visto, il Congresso è in grado di approvare la risoluzione comune. E che le Camere si rapportino a questo strumento – di per sé di natura eccezionale – con una certa disinvoltura istituzionale è segnalato anche dal fatto che, per la prima volta nella statistica in materia, sia per il FY2013 che per il successivo FY2014, la Camera dei Rappresentanti muta rotta in corso d'opera, adottando – la prima volta a distanza di meno di un mese, la seconda a sei mesi di distanza – una nuova *deeming resolution* che, secondo l'ordinaria logica della successione delle fonti nel tempo, sostituisce *en plen* la precedente.

### 3.3. La procedura di *reconciliation*

Quello che una *deeming resolution* non può fare – per la sua natura (e dunque efficacia) monocamerale – è sostituire la *common resolution* nella determinazione delle direttive che presiedono alla procedura di *reconciliation*. Si tratta della procedura con cui, a partire dal 1981, si provvede all'armonizzazione della legislazione fiscale sulla base del *Presidential Budget* per il nuovo esercizio (e dunque dell'indirizzo adottato dal Congresso con la sua risoluzione comune su di esso). Se l'intento è quello di garantire il miglior governo possibile della finanza pubblica, centralizzando tutti gli interventi legislativi ad essa connessi ++++++, lo strumento delle *reconciliation directives* (o *instructions*) tende allo stesso tempo a soddisfare l'esigenza di efficienza del procedimento. Ogni intervento di natura legislativa, infatti, richiede naturalmente la condivisione delle due Camere; e se questa condivisione è anticipata alla fase dell'iniziativa ++++++ di tali interventi, il processo ne guadagna (o almeno ne dovrebbe guadagnare) in termini di speditezza e linearità.

Evidentemente, entrambe le esigenze finiscono per uscirne frustrate quando le Camere non trovano l'accordo sulla *common resolution*, come nella maggior parte degli esercizi finanziari della Presidenza Obama. La mancanza della risoluzione comune, se è rimediata dalla *deeming resolution* per la determinazione dei limiti alla spesa pubblica, non trova un analogo rimedio per quanto attiene alle direttive per la procedura di *reconciliation*. A nulla, infatti, servirebbero delle *reconciliation directives* in una *deeming resolution*, che vincola – e fino ad un certo punto, peraltro

Si veda M. S. Lynch, *The "Deeming Resolution": A Budget Enforcement Tool*, Report del Congressional Research Service, 2010.

\*\*\*\*\* Per la precisione, per il FY2011, solo la Camera approva una *deeming resolution*; non così al Senato, dove il procedimento, superato il passaggio in Commissione, si arena in aula.

+++++ Così G. F. Ferrari, *op. cit.*, p. 505: «A partire dal 1981 fu tentato ... un approccio compromissorio di tipo conciliativo (non a caso definito *reconciliation*), per ricondurre nell'alveo del bilancio tutte le spese tendenti a sottrarglisi, pur a prezzo di defatiganti contrattazioni (*logrolling*) tra Amministrazione, Camere e commissioni».

+++++ "Iniziativa" è intesa qui in senso atecnico.



gennaio 2010 per sostituire il senatore defunto Ted Kennedy, del Massachusetts, il partito del Presidente si ritrova con cinquantanove laticlavi, insufficienti per impedire l'ostruzionismo repubblicano che non mancò invero di puntualità e insistenza.

Le difficoltà ad adottare così un testo su cui potesse convergere il consenso delle due Camere furono superate individuando un testo di compromesso, accompagnato dall'accordo tra le forze politiche di apportarvi alcune modifiche con la procedura di *reconciliation*, recuperando dunque il ruolo delle *reconciliation directives* inizialmente concordate. Così, la bozza dell'*America's Affordable Health Choices Bill* intanto licenziata dalla Commissione *Way and Means* e quella dello *Student Aid and Fiscal Responsibility Bill* confezionato dalla *Education and Labor* ++++++ vengono fuse nell'unico *Health Care and Education Reconciliation Bill*, firmato dal Presidente Barack Obama appena sette giorni dopo la firma della riforma sanitaria.

La natura in qualche modo predeterminata del *Health Care and Education Reconciliation Bill* – in forza dell'esecuzione del compromesso politico di cui sopra – ne fa un'occasione appetibile per quelli che la dottrina francese chiama con espressione evocativa i *cavaliers budgétaires*, e che appartengono invero ad ogni esperienza di finanza pubblica. Il problema, dunque, nel 2010 non è inedito, e al Senato aveva ricevuto una risposta sin dal 1985, con la cosiddetta *Byrd Rule*, dal nome del suo proponente, il senatore Robert C. Byrd, recepita poi nel 1990 nel novellato *Congressional Budget Act*. La procedura, più complessa di quanto qui si possa proporre ++++++, prevede la possibilità di stralciare *extraneous matter* ++++++ dal *Reconciliation Bill* o di impedire la *consideration* di emendamenti che introdurrebbero contenuti eccentrici, semplicemente con un ordine del giorno (*point of order*), anche di iniziativa di un singolo senatore, che può tuttavia essere “neutralizzato” dall'adozione di una *waiver motion* approvata con una maggioranza di sessanta senatori. Neanche sotto questo profilo, la procedura di adozione dell'*Health Care and Education Reconciliation Bill* costituisce una storia propriamente gloriosa. Quando, infatti, la proposta arriva all'attenzione del Senato, i Repubblicani – non potendo, per i già noti motivi, adottare diverse strategie di *filibustering* – da un lato “aggreddiscono” il *Bill* con la proposizione di una serie di emendamenti che, valutati come *outside committee's jurisdiction* ++++++, decadono in seguito alla presentazione di *points of order under Byrd Rule*, nonostante il fallito tentativo – in un'assemblea in cui, come visto, nessuna delle parti ha sessanta seggi – di approvare una *waiver motion*. Fallito questo primo tentativo, si attacca in senso inverso: il Senatore repubblicano Judd Gregg presenta due *points of order under Byrd Rule* avverso ad alcune previsioni del progetto di legge relative alla disciplina delle borse di studio, ritenute prive di effetto finanziario (*no change in outlays or revenues*). La mossa di Gregg – non potendo neanche la maggioranza democratica pensare ad una *waiver*

+++++ Mentre restano senza seguito le direttive indirizzate alla *Energy and Commerce Committee*.

+++++ Per un approfondimento, v. R. Keith, *The Budget Reconciliation Process: The Senate's "Byrd Rule"*, Report del *Congressional Research Service*, 2010.

+++++ Il *Congressional Budget Act* distingue alcune ipotesi assolute da due ipotesi relative: v. sec. 313.

+++++ Salvo un caso in cui è invece integrate l'ipotesi di «budgetary changes merely incidental to non-budgetary components».





assunte al momento dell'adozione della *concurrent resolution*, che, con la *sec. 302(a) allocation*, in qualche modo già anticipa un compromesso di materia di spesa pubblica tra maggioranza e opposizione e, laddove ne è il caso, tra Rappresentanti e Senatori. Tuttavia, a parte la naturale considerazione che agli accordi di natura politica forse Giove sorride più che *agli spergiuri degli amanti*, c'è da aggiungere che il dibattito parlamentare precedente a quello sugli *Appropriation Bills* è un dibattito “per funzioni”, mentre quello che segue “per account” #####, e il passaggio da una distribuzione su macro-aree ad una distribuzione su aree maggiormente determinate ed individuabili eccita in maniera spesso ingovernabile i diversi interessi del gioco politico, e allora *à la guerre comme à la guerre*.

In questa “guerra”, naturalmente, il *filibustering* torna ad assumere un ruolo significativo, e forse il principale strumento che resta alla maggioranza (che non sia in grado di poter approvare da sola una *cloture motion*) è quello di compattare più *Regular Appropriation Bills* in un unico *Omnibus Appropriation Bill* #####. La scelta in tal senso ha una conseguenza d'impatto notevole sul procedimento, soprattutto se il “pacchetto” è confezionato e preparato – come nell'*id quod plerumque* – quando già si è alla soglia della fase critica di ritardo nella chiusura del ciclo. Condensare diversi *Regular Appropriation Bills*, relativi dunque a diverse materie, in un disegno di legge unitario impedisce, infatti, un dibattito – ed una successiva votazione – per parti separate, sottraendo alle Camere «uno degli strumenti posti a garanzia della coerenza logica del procedimento di decisione legislativa, costituente una diretta applicazione del generale principio di non contraddizione» #####. Senza contare che l'*Omnibus Appropriation Bill* rende difficile l'esercizio del potere di veto da parte del Presidente, che, come è noto, non può riguardare che l'intero provvedimento legislativo adottato dal Congresso \*\*\*\*\*.

Resta, tuttavia, il limite temporale del 1° ottobre, e, con esso, l'esigenza di garantire una copertura alla spesa pubblica – che non ha *vita autonoma* rispetto ad una espressa previsione legislativa, *ex art. 1, sez. 9, Cost.* – per il tempo del nuovo esercizio finanziario che precede l'adozione pur in ritardo dei *Regular Appropriation Acts* (o del/degli *Omnibus Appropriation Act/s*). La *continuité de la vie nationale* non tollera, infatti, che resti un solo segmento temporale senza la copertura delle spese da parte di uno stanziamento legislativo, salvo voler correre il rischio di una interruzione della spesa pubblica e dunque dell'attività amministrativa. A questa esigenza

##### Trattasi, con una semplificazione necessaria al nostro discorso, della misura contenuta in quella più ampia denominata funzione.

##### In realtà, la nomenclatura non sempre è omogenea: talvolta, gli *Omnibus Appropriation Bill* possono venire chiamati anche *Omnibus Spending Bill* o *Omnibus Funding Bill*, e formule simili.

##### G. Piccirilli, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, Cedam, 2008, p. 269, in relazione al caso italiano della questione di fiducia, che non è molto diverso – almeno quanto alle conseguenze dell'opzione del Governo – da quanto visto in relazione alla prassi dell'*Omnibus Appropriation Bill*.

\*\*\*\*\* Vale la pena segnalare che il ricorso allo strumento dell'*Omnibus Appropriation Bill* non manca di suscitare alcune perplessità nel dibattito statunitense. Non è molto remota – gennaio 2013 – l'iniziativa legislativa, tuttavia senza seguito, del deputato Tom Marino, repubblicano, recante il divieto della pratica «of including more than one subject in a single bill by requiring that each bill enacted by Congress be limited to only one subject» (*US House of Representatives Bill HR 3806*).



Tentando una ricostruzione più analitica, il 2009 si conferma l'anno più "sereno" della Presidenza Obama. È l'unico anno in cui almeno uno dei dodici RAA viene approvato prima dell'inizio dell'esercizio finanziario di riferimento, ed è l'anno in cui vengono approvati più RAA: soltanto sei di essi, infatti, vengono incorporati in un OAA (*Consolidated Appropriation Act*, 2010), che entra in vigore relativamente presto, il 16 dicembre 2009. Anche le esigenze di esercizio provvisorio sono ridotte al minimo: vengono approvate soltanto tre CR, di cui una incontra il veto Presidenziale in quanto ritenuta «unnecessary» †. Già l'anno successivo le cose vanno molto peggio, e, con la maggioranza repubblicana alle porte alle *midterm elections*, sembra già lontano il ricordo degli entusiasmi per il Congresso «più produttivo» dagli anni Sessanta ‡. In effetti – se non si sapesse che da allora in poi le cose non andarono che peggio – si sarebbe tentati di etichettare il FY2011 come l'*annus horribilis* del *Budget Process*. Estenuanti strategie di ostruzionismo impediscono l'adozione dei RAA o di un OAA, e costringono l'amministrazione – in ciascuno dei suoi settori – ad un intero anno di esercizio provvisorio, con l'adozione di una serie di otto CR l'una in coda all'altra, di cui l'ultima, approvata il 14 aprile 2011, recante definitivamente «appropriations for the Department of Defense and the other departments and agencies of the Government for the fiscal year ending September 30, 2011». Da quel momento, bisognerà attendere il FY2015 per ritrovare un RAA.

Per l'esercizio del 2012, gli stanziamenti sono disposti con due OAA: il *Consolidated Appropriation Act 2012*, approvato il 23 dicembre, dopo cinque CR, cui segue il *Consolidated and Further Appropriation Act 2012*. Egualmente, per il 2013, cinque stanziamenti sono approvati con il *Consolidated and Further Continuing Appropriation Act*, approvato addirittura il 26 marzo 2013, dopo quasi cinque mesi di esercizio provvisorio disposto con una CR in vigore dal 28 settembre 2012; per sette amministrazioni, invece, l'*appropriation* non sarà mai conclusa, e l'esercizio provvisorio continuerà per tutto l'anno, per effetto di una *Full Year Continuing Resolution* (contenuta nel *Consolidated and Further Continuing Appropriation Act* approvato a marzo): si tratta della seconda *Full Year Continuing Resolution* della Presidenza Obama, la terza – insieme a quella di Bush jr. per il 2007 – dal 1997, l'ultimo anno in cui l'*appropriation* si è chiusa in tempo per ogni amministrazione, ad oggi.

Lasciando per un attimo da parte il FY2014, che è l'occasione che mette maggiormente a dura prova i nervi della Casa Bianca, non resta nulla di sostanzialmente diverso da dire per gli esercizi del 2015 e per quello del 2016. Se nel primo vi è il ritorno in punta di piedi almeno di un RAA, in materia di *Homeland Security*, pure approvato verso la fine di febbraio del 2015, mentre per le altre amministrazioni si era già provveduto con un OAA (*Consolidated Appropriation Act 2015*) entrato in vigore il 4 dicembre del 2014, l'anno successivo stronca le attese di un graduale ritorno al *regular order*, chiudendo il periodo qui considerato con il terzo

† Il testo del messaggio del Presidente, insieme a tutta la trascrizione del dibattito sulla *Continuing Resolution* in questione può leggersi integralmente on line: [www.congress.gov/bill/111th-congress/house-joint-resolution/64/all-info](http://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-joint-resolution/64/all-info).

‡ Così, ad esempio, sul *The New York Times*, il 22 dicembre 2010, C. Hulse, D.M. Herszenhorn, [After Bruising Session, Congress Braces for More](#); o anche il giorno dopo, D. A. Farenthold, P. Rucker, F. Sonmez, [Stormy 111th Congress was still the most productive in decades](#), sul *The Washington Post*.

esercizio interamente coperto da un OAA §, il *Consolidated Appropriation Act* del 2016, divenuto legge il 18 dicembre dopo tre CR \*\*.

#### 4.2. 2013: «Sorry, temporarily shut down»

Nella rapida disamina delle *appropriations* dell'era Obama, si è volutamente tralasciato il caso relativo all'esercizio finanziario decorrente dal 1° ottobre 2013, che invece richiede una trattazione a parte. Le vicende relative al FY2014, infatti, lungi dal rappresentare un episodio isolato, segnano il momento in cui un sistema, già fisiologicamente in affanno, cede, dando il senso di una patologia strutturale che lo contamina per lo meno con riguardo alla fase qui considerata. Infatti, sebbene il blocco dell'attività amministrativa cui nel 2013 si assiste possa, e a buona ragione, considerarsi l'episodio più grave della "storia" che qui si sta ricostruendo, non bisogna dimenticare che a quella eventualità il Congresso e alla Casa Bianca si avvicinano pericolosamente praticamente ogni anno, salvo per il primo esercizio finanziario della Presidenza di Obama. Se nel 2013 il fantasma diventa realtà non è per situazioni particolari che dunque appartengono soltanto a quella determinata fase e in essa si esauriscono, ma semplicemente perché gli acrobatici compromessi, che nelle altre occasioni vengono raggiunti – con più o meno ritardo (si pensi all'OAA per il 2013, approvato soltanto a fine marzo) –, non conoscono invece ora un esito felice.

Alla soglia del collasso si arriva il 20 settembre 2013, quando la Camera approva una *Continuing Resolution* che aveva iniziato il suo iter dieci giorni prima. Trattavasi di una forma di esercizio provvisorio che avrebbe dovuto avere un ruolo non molto diverso dalle altre ventotto presentate nella stagione di Obama, depositata al Congresso in via prudenziale rispetto al rischio, già altre volte neutralizzato *in limine*, di un ritardo oltre l'inizio del nuovo esercizio finanziario. La maggioranza repubblicana alla Camera, tuttavia, sceglie di farne veicolo per una serie di misure sospensive del programma previsto dal *Patient Protection and Affordable Care Act*, nonostante, con comunicato del 10 settembre ††, la Casa Bianca minacci di apporre il veto presidenziale su un'altra CR, recante alcuni tagli alle politiche di *tax credit* e *cost-sharing* dell'*Obamacare*, sul cui destino si ritornerà tra un attimo.

Con il Senato nelle mani della maggioranza democratica, si apre una *navette* estenuante che porterà sull'orlo del precipizio, e che forse è utile ripercorrere senza fretta, in modo da avere il senso della tensione che – non solo nel 2013 – accompagna questi passaggi del *Budget Process*, e della dialettica tra maggioranza e opposizione sul crinale del *filibustering*.

Il testo licenziato dai Rappresentanti arriva alla Camera alta il 23 settembre, ad appena sette giorni dall'inizio del nuovo esercizio finanziario. Dopo la *motion to proceed* presentata dal *leader*

§ Il quarto, se si considera che per il 2013 le uniche *Appropriations* disposte sono quelle incluse nell'*Omnibus Appropriation Act*, mentre per le restanti sette vi sarà un intero anno di esercizio provvisorio.

\*\* Le *Concurrent Resolutions* proposte furono in realtà cinque, di cui due respinte.

†† Il testo è on line: [www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/legislative/sap/113/sapbr2775b\\_20130910.pdf](http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/legislative/sap/113/sapbr2775b_20130910.pdf).

della maggioranza democratica, Harry Reid, appare subito chiaro che non sarà un percorso facile. Alla richiesta di Reid di procedere riservando a ciascun senatore un tempo massimo di dieci minuti – con la formula dell'*unanimous consent* <sup>#</sup> – si oppone il repubblicano Cruz, suscitando una reazione del *leader* democratico che svela i nervi tesi del dibattito: «These fanatics really point to disapproval for Obamacare as justification for taking the Federal Government and our economy hostage to their demands» <sup>§§</sup>. Segue un dibattito estenuante, con il reiterarsi della pretestuosa richiesta di verificare il numero legale per la validità della seduta, sempre rigettata su richiesta dei laticlavi Democratici con il meccanismo dell'*unanimous consent*. A metà giornata, è ancora Cruz a tentare il colpo, proponendo, *nemine contradicente*, prima un'approvazione senza dibattito del testo approvato dai Rappresentanti e poi, al ribasso, l'emendabilità del medesimo testo soltanto con la maggioranza qualificata dei due terzi. Entrambe le proposte incontrano l'opposizione di Reid, che invece propone una *cloture motion* per porre fine alla strategia ostruzionista dei Repubblicani, accompagnata dalla richiesta di deroga, con *unanimous consent*, alla regola della maggioranza di sessanta senatori per la sua approvazione.

La giornata successiva, 24 settembre, si apre di nuovo con la *motion to proceed* del leader democratico, accompagnata da parole forti che non contribuiscono a rilassare il clima in aula: «I want to make sure everyone understands there will be no filibuster today». In realtà, Reid si rivela un falso profeta, e il dibattito che segue, oltre ad essere continuamente interrotto da pretestuose verifiche del numero legale, si risolve in un fuoco di fila di domanda al *leader* della maggioranza, costretto, all'indomani, a depositare una nuova *cloture motion*, votata questa volta con le regole ordinarie, ed approvata, su cento senatori, con cento voti favorevoli – a dare il senso, se è lecito, di un ostruzionismo senza contenuti, biecamente fine a sé stesso. Approvata una nuova *motion to proceed*, Reid propone una fila di emendamenti che irritano la minoranza repubblicana, e inaugurano due giorni di serratissimo dibattito, nel quale bisognerà ancora intervenire per mettere ordine con due altre *cloture motions* – la prima (il 25 settembre) votata senza la maggioranza regolarmente richiesta, per *unanimous consent*; la seconda (il 27 settembre) approvata con una maggioranza di 79 voti e 2 astenuti – e riducendo il tempo del dibattito a dieci minuti per senatore, su proposta *nemine contradicente* del leader democratico. Si arriva così con affanno all'approvazione finale del testo emendato, con una maggioranza di 54 voti e 2 astenuti.

Il giorno successivo il testo, dunque, è di nuovo alla Camera dei Rappresentanti, dove la *Rules Committee* approva una *resolution* che prevede una sola ora di dibattito sul testo. Su mozione depositata dal repubblicano Rogers, a metà giornata la Camera approva il testo ricevuto dal Senato con delle modificazioni, che sostanzialmente lo riportano alla versione licenziata in prima lettura dalla Camera bassa. La risposta del Senato è drastica, con l'approvazione a

# La regola dell'*unanimous consent* consente di proporre mozioni d'ordine, o anche modifiche della procedura fissata *per tabulas*, che si intendono approvate se nessuno in aula si oppone, al pari di quanto avviene con la formula del «*nemine contradicente*» nel diritto parlamentare italiano.

§§ Tutto il dibattito può essere seguito, con la lettura della trascrizione integrale delle sedute, sul sito internet del Congresso: [www.congress.gov/bill/113th-congress/house-joint-resolution/59](http://www.congress.gov/bill/113th-congress/house-joint-resolution/59).

maggioranza di 54 voti, il 29 settembre, di una *motion to table* <sup>\*\*\*</sup>, che ha l'effetto di chiudere senza dibattito la *consideration* della materia, rigettando senza ulteriore ritardo il testo proposto dai Rappresentanti.

Ormai alla vigilia dell'ultimo giorno utile per l'approvazione legislativa dell'esercizio provvisorio, il blocco decisionale al Congresso provoca l'intervento del Presidente, con un *Rose Garden announcement*, che prospetta, con toni forti, le conseguenze del protrarsi dello stallo <sup>†††</sup>. E le conseguenze sono quelle previste dal già citato art. 1, sez. 9, della Costituzione: «Nessuna somma potrà essere pagata dal Tesoro se non in conseguenza di stanziamenti disposti con legge». Il disposto costituzionale impedisce senza deroghe una amministrazione senza bilancio – come quella della nota crisi prussiana che tanto aveva “impressionato” la prima riflessione moderna sulla natura della legge di bilancio. Né il sistema prevede istituti anche lontanamente assimilabili al bilancio adottato con decreto dal Governo, come invece non esclude la Costituzione della V Repubblica francese. Diversamente, in attuazione della norma costituzionale, l'*Antideficiency Act* – come emendato nel 1982 – dispone il blocco totale dell'attività amministrativa (*shutdown*), con la messa in congedo (*furlough*) dei dipendenti pubblici impiegati nell'erogazione di servizi a carattere discrezionale <sup>‡‡‡</sup>, addirittura accompagnato da sanzioni a carattere penale per i funzionari che dovessero disporre spese senza copertura, fatte salve una serie di eccezioni richiamate con la vaga formula della «safety of human life or the protection of property».

Dall'entrata in vigore del *Congressional Budget Act* fino al 1979, i casi in cui il Congresso non riesce ad approvare un *Regular* (o *Omnibus*) *Appropriation Act* o una *Continuing Resolution* entro l'inizio del nuovo esercizio finanziario (c.d. *funding gap*) sono sei, ma in nessuno di quei casi il Governo dispone il blocco dell'attività amministrativa, che continua ad essere garantita sulla base di risorse pregresse. Le cose cambiano radicalmente dagli anni '80, contestualmente all'imporsi una lettura di stretta interpretazione <sup>§§§</sup> dell'art. 1, sez. 9, della Costituzione e dell'*Antideficiency Act*. Da quello del 1981, a quello del 2013 qui in esame – al momento, l'ultimo –, i *funding gaps* sono dodici, e per tutti viene dichiarato lo *shutdown*, che dura in media tre giorni

<sup>\*\*\*</sup> Con l'approvazione di una *motion to table*, il Senato chiude subitaneamente il dibattito su una determinata misura, concludendolo in senso ostativo: in questo caso, rigettando – senza neanche dibatterlo nel merito – la proposta formulate dalla Camera dei Rappresentanti.

<sup>†††</sup> Contestualmente, l'OMB dirama il *Memorandum M-13-24, Update on Status of Operations*, con le prime indicazioni alle amministrazioni statali, dinanzi all'imminente eventualità di uno *shutdown*.

<sup>‡‡‡</sup> Restano esclusi dal congedo soltanto: i membri del Congresso; il Presidente degli Stati Uniti e i suoi fiduciari; taluni dipendenti federali che svolgano attività d'emergenza che riguardino la tutela della vita umana o della proprietà, o per i quali siano previste specifiche eccezioni; i dipendenti del Congresso retribuiti dal *Secretary of the Senate* o dal *Chief Administrative Officer* della Camera dei Rappresentanti nei casi in cui le competenti autorità delle Camere ritengano di far valere l'esenzione. Per una ricostruzione più completa, si veda C. T. Brass, *Shutdown of the Federal Government: Causes, Processes, and Effects, Report del Congressional Research Service*, 2014. In italiano, di recente, v. G. Conti, *Il Government shutdown negli Stati Uniti d'America*, in *Federalismi.it*, 2013. Per una voce critica, v. A. Hill, *The Shutdowns and the Constitution*, in *Political Sciences Quarterly*, 2000.

<sup>§§§</sup> Il riferimento è all'opinione dell'*Attorney General* Benjamin R. Civiletti, del 1980-81. Nel 1990 il Congresso chiarisce che «the term “emergencies involving the safety of human life or the protection of property” does not include ongoing, regular functions of government the suspension of which would not imminently threaten the safety of human life or the protection of property» (31 U.S.C. § 1342).

(almeno fino al secondo blocco del 1995 \*\*\*\*, con l'amministrazione Clinton, che dura ventuno giorni, restando al momento il più lungo della storia statunitense).

Se il Congresso non riesce a trovare un accordo, dunque, il Governo si trova «senza i soldi neppur per pagare i custodi della statua della Libertà» †††, scrive un commentatore italiano. Ma Obama, nel suo discorso, ci va giù un po' più pesante: «Veterans, who've sacrificed for their country, will find their support centers unstaffed. Tourists will find every one of America's national parks and monuments [...] immediately closed. And of course the communities and small business that rely on these national treasures for their livelihoods will be out of customers and out of luck. [...] More than 2 million civilian workers and 1.4 million active duty military serve in all 50 states and all round the world. In the event of a government shutdown, hundreds of thousands of these dedicated public servants who stay on the job will do so without pay. And several hundred thousand more will be immediately and indefinitely furloughed without pay. [...] These Americans are our neighbors» ‡‡‡.

Il testo della *Continuing Resolution* come approvato da ultimo al Senato arriva dunque alla Camera con una particolare carica d'ansia nel pomeriggio del 30 settembre 2013, destinato a sei ore di concitati irrigidimenti. Ancora il repubblicano Rogers propone di emendare il testo per riportarlo alla versione originariamente licenziata dai Rappresentanti, ed ottiene sulla sua proposta la maggioranza alla Camera, poco prima delle nove di sera. Il testo, così emendato, è dunque immediatamente trasmesso al Senato, che approva in meno di due ore una nuova *motion to table*, che fa *tabula rasa* della proposta della Camera bassa. Intorno alle undici di sera, la risoluzione è dunque di nuovo alla Camera dei Rappresentanti, la quale, poco prima di mezzanotte, con una *Rules Committee Resolution*, insiste nella scelta di non aderire alla proposta del Senato e chiede la convocazione di una *conference* con la Camera alta per tentare un compromesso. Ormai a pochi minuti dall'inizio del nuovo esercizio finanziario, la Camera dei Rappresentanti si è così assunta la responsabilità di uno *shutdown* governativo §§§§, che sarà, dopo quello del 1995, il più lungo della storia.

Il blocco dell'attività amministrativa sarà interrotto soltanto dalla firma, il 17 ottobre, del provvedimento legislativo che dispone l'esercizio provvisorio, che, invero, non è rappresentato dalla *Continuing Resolution* “del dissidio”, ma di una diversa *resolution* (poi entrata in vigore con il nome di *Continuing Appropriation Act*), che la Camera aveva approvato il 12 settembre, e che dopo il primo passo al Senato il 18 settembre, era rimasta lì a giacere per il sopravvenire degli eventi sopra ricostruiti. Quel testo viene ripreso al Senato \*\*\*\*\* il 16 ottobre

\*\*\*\* Con il Presidente Clinton, ad un primo blocco dal 13 al 19 novembre 1995, ne seguì un altro, dal 15 dicembre al 6 gennaio: considerando i due periodi insieme, è lo *shutdown* più lungo della storia americana, oltre che il primo a coinvolgere l'intera amministrazione federale.

††† A. Manzella, *Il Parlamento*, Bologna, il Mulino, 2003, p. 344.

‡‡‡ Il testo del discorso è on line: [www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/09/30/statement-president](http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/09/30/statement-president).

§§§§ Il Presidente Obama non manca di marcare questa “responsabilità”, esponendo l'opposizione repubblicana al “giudizio” politico dell'elettorato. Qui il testo dell'intervento presidenziale: [www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/10/01/remarks-president-affordable-care-act-and-government-shutdown](http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/10/01/remarks-president-affordable-care-act-and-government-shutdown).

\*\*\*\*\* Naturalmente, il blocco non interessa le Camere, né finisce per interessare il potere giudiziario che – secondo una stima formulata alla vigilia dello *shutdown* – è in grado di continuare la propria attività, grazie a fondi propri, per almeno dieci giorni

– dopo aver abbandonato i tentativi di continuare a percorrere la prima strada – e, in una sola giornata, spogliato dei contenuti che avevano fatto un mese prima minacciare il veto presidenziale ††††, viene approvato in identico testo †††† in entrambe le Camere e presentato al Presidente per la firma §§§§§. Il vecchio testo abbandonato (noto poi come *Continuing Appropriation Resolution*), invece, diviene il veicolo per la formulazione di una piattaforma condivisa (nota come *Bipartisan Budget Agreement*) su cui poi procedere speditamente all'approvazione di un *Appropriation Act*, ed entra in vigore il 26 dicembre 2013.

L'esercizio provvisorio durerà fino al 17 gennaio, quando entrerà in vigore il *Consolidated Appropriation Act* per il 2014, che raccoglie in un unico *Omnibus bill* i dodici *Regular Appropriation Acts* altrimenti necessari. Rispetto all'ultima esperienza del 1995, i tempi di ripresa dell'attività amministrativa sono immediati. Nella notte, l'OMB diffonde alle amministrazioni un *Memorandum* che invita a riavviare senza ritardo l'attività, e l'*Office of Personnel Management* già poco dopo la mezzanotte pubblica sul suo sito *web* delle linee guida a mente delle quali i pubblici funzionari «are expected to return to work on their next regulary scheduled work day».

I danni di sedici giorni di paralisi, comunque, restano. Secondo le stime dell'OMB, durante lo *shutdown* del 2013 sono stati messo in congedo forzato circa 850.000 dipendenti pubblici federali, pari al 40% della *civilian Federal work-force*, per un totale aggregato di sei milioni e mezzo di giornate lavorative “perse” \*\*\*\*\*. Il tutto, con una riduzione del prodotto interno lordo pari allo 0,3% †††††.

## 5. Alcune impressioni conclusive

*Serva ordinem et ordo servabit te*, insegnavano gli antichi; ma non pare che la lezione sia stata ben colta dai protagonisti del *Budget Process* della più recente stagione. Come qua e là è emerso, e potrebbe emergere meglio da uno studio più approfondito, l'esperienza degli anni di Obama alla Casa Bianca squarciano il velo di Maya sull'abisso di una procedura ormai fisiologicamente in affanno, affetta da una patologia che negli ultimi sette anni ha avuto violente manifestazioni.

La decisione di finanza pubblica, come si è avvertiti all'inizio, si muove certo su diverse piattaforme mobili, con diversi fronti dialettici con cui confrontarsi – soprattutto nel sistema americano, con le sue note peculiarità. Tuttavia, senza che sia ora necessario andare a

(Cfr. Administrative Office of the U.S. Courts, *Memorandum, Status of Judiciary Funding and Guidance for Judiciary Operations During a Lapse in Appropriations*, Sept 24, 2013).

†††† Qui il testo del messaggio: [www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/legislative/sap/113/sapbr2775h\\_20130910.pdf](http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/legislative/sap/113/sapbr2775h_20130910.pdf).

†††† Comprendente una sec. 1002 rubricata *Default Prevention Act 2013*, recante regolazione degli sfondamenti al tetto fissato al debito pubblico.

§§§§§ Il testo disponeva l'esercizio provvisorio fino al 15 gennaio. In quella data, le Camere approveranno una nuova *Continuing Resolution*, per prorogare l'esercizio fino al 17 gennaio.

\*\*\*\*\* Executive Office of the President of the United States, *Impacts and Costs of the October 2013 Federal Government Shutdown*, 2013, 4.

††††† Cfr. M. Labonte, B. Momoh, *Economic Effects of the FY2014 Shutdown*, Report del *Congressional Research Service*, 2015.

riprendere tutti gli indici e i dati sopra riportati, è facile rilevare, senza particolare timore di essere smentiti, come la tenuta del sistema abbia resistito fino ad un certo momento anche nei momenti di *divided governemnt*, mostrando cedimenti sempre più gravi soltanto a partire dagli anni '90, fino al baratro degli ultimi quattro Congressi. Proprio per questo, è forse un pericoloso *misunderstanding* isolare la vicenda della Presidenza Obama liquidandola alla stregua di una sfortunata congiunzione astrale: sarebbe un minimalismo che, presto o tardi, si finirebbe per pagare.

Ciò che forse richiede di esser messo in discussione attiene alla struttura stessa del *Budget Process* che, in un contesto di marcata polarizzazione politica, rischia di prestare il fianco a strumentalizzazioni che ne snaturino senso, funzione ed efficacia. Non sarà sfuggito, infatti, come nessuno dei tre segmenti del processo – *common resolution*, *reconciliation* e *appropriation* – sia stato esente dal costituire campo privilegiato di duelli politici, soprattutto in relazione ai temi più caldi. 'Privilegiato' perché, vuoi per l'impossibilità di politiche di *filibustering* (per *common resolution* e *reconciliation*), vuoi per quanto in qualche modo si possa approfittare dell'ansia che al dibattito viene dalla minaccia di uno *shutdown* pendente, il *Budget Process* si presta ad essere il canale ideale per “colpi di spugna” della forza politica di volta in volta egemone. Così, non residuando molti altri spazi franchi da un logorante gioco politico delle parti, il senso proprio delle procedure della decisione di finanza pubblica finisce per smarrirsi, riducendosi ad essere l'ultima arma a turno nelle mani dei due duellanti.

La *concurrent resolution* viene approvata solo due volte, nel 2009 e nel 2015, e viene approvata *in funzione* della battaglia politica sulla riforma sanitaria. La prima volta, per aprirle la strada più agevole del *reconciliation process* – e l'eterogenesi dei fini che ne fa poi uno strumento a beneficio dell'opposizione non muta nulla, perché ancora essa resta funzionale a far accettare l'*Obamacare* da parte repubblicana – e la seconda volta per tentare un rovesciamento della riforma, impedito dal ricorso al veto presidenziale. Allo stesso modo, anche l'*appropriation process* conosce una malcelata strumentalizzazione politica: è vero che qui si riapre la strada al *filibustering*, ma resta il fatto che il rischio di un blocco amministrativo – che esporrebbe inevitabilmente le forze politiche ad una critica responsabilità diffusa – continua ad esercitare una pressione sull'assemblea tale da occasionare alterazioni, in buona o cattiva fede, dell'ordinaria dialettica. Non soltanto nel 2013, ma in realtà in ogni occasione in cui si arriva sull'orlo dello *shutdown*, è a causa della ritardata definizione di vivaci negoziazioni politiche, con un irrigidimento dalle conseguenze fatali.

Che la decisione di finanza pubblica sia una decisione eminentemente politica non richiede neanche di essere precisato. L'esercizio del poter di borsa – «diritto divino dei parlamenti» #### – offre naturalmente l'occasione ad una dialettica politica che può assumere toni impegnativi. Non è questa, evidentemente, la novità. E neanche la novità è costituita dall'impiego del processo di bilancio pubblico al servizio di scontri politici su materie diverse da quella strettamente finanziaria: si è già accennato al tema dei *cavaliers budgétaires*, che d'altra parte è

#### U. Monetti, *L'esercizio provvisorio del bilancio negli Stati moderni*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1912, p. 484.

comune anche all'esperienza italiana, se non si vuole guardare troppo lontano. Il problema sorge, invece, quando il processo di finanza pubblica finisce per essere la sede *definitiva* dello scontro politico, scaricando su di esso tutte le tensioni che non si è potuto risolvere negli altri momenti parlamentari, principalmente a causa dei perversi effetti del *filibustering*. Così, il *Budget Process* finisce per cedere rovinosamente sotto il peso della eccessiva tensione di cui è caricato.

La trasformazione del procedimento di bilancio dello Stato come “ultima spiaggia” dello scontro politico, infatti, innesca un circolo pericolosamente vizioso. Il ricorso a questo “cavallo di Troia” da parte di una forza politica irrigidisce la controparte, e in un contesto di Congresso diviso ciò porta alla inevitabile paralisi; con l'innescarsi di una serie di ritardi a catena che si ripercuotono anche sugli esercizi finanziari successivi. Così realmente può dirsi che quello che era pensato come *regular order* diviene a tutti gli effetti un *regular disorder* §§§§§§.

Si potrà poi discutere sulle effettive conseguenze di un tale fenomeno, anzitutto dal punto di vista economico \*\*\*\*\*. Pare, tuttavia, che una prima fondamentale conseguenza (e non di una conseguenza positiva si tratta) sia che il Parlamento si lasci sfuggire dalle mani – e peraltro per sola responsabilità propria – uno degli strumenti forse più efficaci che la Costituzione dell' '89 gli attribuisce. Certo, si potrà dire che tale perdita non va comunque a beneficio del poter esecutivo, il quale anzi si vede costretto in ultima analisi dal blocco amministrativo, ma forse resta una magra consolazione.

Sarà forse il caso di rinunciare a rimedi di natura occasionale – come, ad esempio, è stato per il dibattito sulle c.d. *automatic continuing resolutions* ††††† – e di pensare, invece, ad una riforma della procedura congressuale che ridia respiro al dibattito (e allo scontro) politico anche in momenti altri dal *Budget Process*, così da restituire a questo il suo autentico senso.

---

§§§§§ L'espressione è ripresa da N. McCarty, *The Decline of Regular Order in Appropriations: Does it Matter?*, 1, *working paper*, Princeton, Princeton University, 2014. Il testo propone, tra l'altro, una interessante analisi del cronico ritardo nella procedura di *Appropriation*, valutando i diversi fattori causali che convergono nella vicenda. Lo stesso metodo di scomposizione delle cause è adottato negli Stati Uniti da altri Autori; è già stato citato, ad esempio, J. Woon, S. Anderson, *op. cit.*, che restituiscono quasi una funzione analitica esplicativa del fenomeno, in cui intervengono variabili anche non strettamente giuridiche, o comunque più prossime all'analisi economica del diritto, come gli *opportunity costs*. Ha lo stesso approccio da *law and economics* P. C. Hanson, *Abandoning the Regular Order: Majority Party influence on Appropriations in the U.S. Senate*, in *Political Research Quarterly*, 2014, pp. 520 ss; dello stesso Autore, v. pure P. Hanson, *Restoring regular order in congressional appropriations*, in *Economic Studies at Brookings*, 2015. Il metodo condiviso dagli Autori citati è senz'altro interessante; forse meno interessanti – o comunque non particolarmente innovativi – gli esiti a cui questo metodo conduce.

\*\*\*\*\* Per una valutazione personale, oltre alle considerazioni che sul punto possono trovarsi nei testi citati alla nota appena sopra, vale la pena di segnalare anche: United States Government Accountability Office, *Effect of Budget Uncertainty from Continuing Resolutions on Agency Operations, Statement for the Reconr To the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, U.S. Senate*, 2013; J. M. Streb, G. Torrens, *Making rules credible: divided government and political budget cycle*, in *Public Choice*, 2013, pp. 703 ss.; e per uno sguardo comparato: F. R. Baumgartner, S. Brouard, E. Grossman, S. G. Lazardeux, J. Moody, *Divided Government, Legislative Productivity, and Policy Change in USA and France*, in *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, 2014, pp. 423 ss.

††††† Proprio in occasione della vicenda relativa al FY2014, invero, è stata approvata la prima *Automatic Continuing Resolution* (con il *Pay our Military Act*, firmato il 30 settembre 2013), garantendo una copertura minima ad alcuni servizi amministrativi relativi principalmente alle Forze Armate e alla Difesa. Il dibattito sull'effettiva utilità di tali strumenti è comunque ancora aperto; per una rapida ricognizione, si veda J. Tollestrup, *Automatic Continuing Resolutions: Background and Overview of Recent Proposal*, Report del *Congressional Research Service*, 2015.



## L'ITALICUM DI FRONTE AL COMMA 4 DELL'ART. 56 COST.

### TRA RADICAMENTO TERRITORIALE DELLA RAPPRESENTANZA

### E PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA

di Lorenzo Spadacini \*

SOMMARIO: 1. Assicurare una maggioranza di seggi alla lista vincente, rispettare la proporzionalità a livello nazionale tra le forze politiche perdenti, ripristinare almeno parzialmente le liste bloccate: i tre livelli territoriali per l'assegnazione dei seggi alla base dell'Italicum. – 2. La nuova disciplina elettorale: l'attribuzione dei seggi alle circoscrizioni e ai collegi; l'assegnazione nazionale dei seggi alle liste; la restituzione dei risultati nazionali ai singoli collegi. – 3. La restituzione ai collegi della distribuzione nazionale dei seggi di fronte al comma 4 dell'art. 56 Cost. – 3.1 Un tentativo di ricostruzione del significato della disposizione costituzionale tra radicamento territoriale della rappresentanza e principio di uguaglianza. – 3.2. Le implicazioni con riguardo allo “slittamento dei seggi” da una circoscrizione all'altra all'esito del procedimento elettorale. – 4. Una postilla: il comma 4 dell'art. 56 Cost. e la circoscrizione Valle d'Aosta.

#### **1. Assicurare una maggioranza di seggi alla lista vincente, rispettare la proporzionalità a livello nazionale tra le forze politiche perdenti, ripristinare almeno parzialmente le liste bloccate: i tre livelli territoriali per l'assegnazione dei seggi alla base dell'Italicum**

Come noto, con la sentenza n. 1 del 2014 la Corte costituzionale dichiarava illegittima la legge elettorale Calderoli (chiamata volgarmente Porcellum #####) sotto due profili §§§§§§§§. Da un primo punto di vista, la Consulta riteneva incostituzionale la disciplina elettorale per la Camera dei deputati e quella per il Senato della Repubblica in relazione ai meccanismi che prevedevano premi di maggioranza da assegnare alla lista o alla coalizione di liste che avesse ottenuto il maggior numero di voti a livello nazionale alla Camera e a livello regionale al Senato.

Da un secondo punto di vista (quello che più rileva per spiegare la previsione, nella vigente legge elettorale, di tre diversi livelli territoriali per l'assegnazione dei seggi), la Corte dichiarava illegittime le disposizioni elettorali sulla base delle quali, una volta assegnati i seggi a ciascuna lista in ciascuna circoscrizione, venivano proclamati eletti i candidati di quelle liste secondo l'ordine di presentazione (c.d. liste bloccate). Secondo la Corte, infatti, non sono costituzionalmente ammissibili sistemi elettorali che «escludono ogni facoltà dell'elettore di incidere sull'elezione dei propri rappresentanti». Ciò sicuramente accade, a parere della Corte,

\* Ricercatore di Diritto costituzionale – Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Brescia.

##### Si tratta della legge n. 270 del 21 dicembre 2005, che novella il Testo Unico delle Leggi Elettorali, ossia il D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361. Anche le modifiche più recentemente introdotte con il c.d. Italicum (*infra*), legge 6 maggio 2015, n. 52, si limitano a novellare il citato Testo Unico, che dunque resta la fonte della disciplina elettorale per la Camera dei Deputati. Stessa tecnica era stata utilizzata per introdurre il c.d. Mattarellum per la Camera dei Deputati (*infra*), attraverso la legge 4 agosto 1993 n. 277.

§§§§§§§§ La sentenza è pubblicata in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2014, 1 ss., con osservazioni di G. U. Rescigno, A. Anzon Demmig, A. D'Andrea, A. Morrone, E. Lehner, e contributi di numerosi altri studiosi.

in un sistema che non consente all'elettore di esprimere una preferenza tra i candidati della lista che ha prescelto tutte le volte che si tratti di una lista con molti candidati (c.d. lista lunga), che perciò sarebbero «difficilmente conoscibili dall'elettore stesso». Secondo la sentenza, dunque, «è la circostanza che alla totalità dei parlamentari eletti, senza alcuna eccezione, manca il sostegno della indicazione personale dei cittadini, che ferisce la logica della rappresentanza consegnata nella Costituzione». Viceversa, non sarebbero soggetti alla medesima valutazione negativa sistemi elettorali con liste bloccate purché «caratterizzati da circoscrizioni elettorali di dimensioni territorialmente ridotte, nelle quali il numero dei candidati da eleggere sia talmente esiguo da garantire l'effettiva conoscibilità degli stessi e con essa l'effettività della scelta e la libertà del voto (al pari di quanto accade nel caso dei collegi uninominali)» <sup>\*\*\*\*\*</sup>. La Corte costituzionale, pertanto, con una sentenza di natura additiva, aggiungeva nella legge la possibilità per l'elettore di esprimere una preferenza tra i candidati della lista votata.

Nonostante il Consultellum (così veniva da subito ribattezzato il testo della legge elettorale depurata dalle parti espunte dalla Corte costituzionale e corredato da quelle aggiunte in materia di preferenze <sup>+++++</sup>), fosse una legge pienamente operativa <sup>#####</sup>, a seguito della sentenza della Corte costituzionale la forza politica di maggioranza relativa in Parlamento assumeva un'iniziativa per varare una nuova legge elettorale <sup>§§§§§§§</sup>. Essa aveva successo e, dopo un percorso politicamente e giuridicamente accidentato, il Parlamento deliberava la legge 6 maggio 2015 n. 52, rubricata «Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati» e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 105 dell'8 maggio 2015 (nel prosieguo: legge 52/2015), più conosciuta con il nome volgare di «Italicum» <sup>\*\*\*\*\*</sup>. Essa novellava il Decreto del

\*\*\*\*\* Così nel punto 5.1 del Considerato in diritto. Il significato di tale passo della sentenza è, invero, discusso in dottrina (in merito si veda oltre).

+++++ Il Consultellum consisteva in una legge elettorale proporzionale con sbarramenti e senza premi di maggioranza e caratterizzata dalla possibilità per l'elettore di esprimere una preferenza tra i candidati della lista votata (cfr. A. D'Andrea, *La "riforma" elettorale "imposta" dal giudice costituzionale al sistema politico e l'esigenza di "governabilità" dell'ordinamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2014, p. 42).

##### In dottrina, si è in realtà sostenuto che la disciplina risultante dalla sentenza non fosse auto-applicativa (S. Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2015, pp. 233 ss. e spec. p. 237; A. Morrone, *La riforma elettorale dopo la fine del Porcellum*, in *Confronti costituzionali*, [www.confrontocostituzionali.eu](http://www.confrontocostituzionali.eu), 14 gennaio 2014). In effetti, alcuni interventi normativi – ma forse anche solo interpretativi – sarebbero stati necessari al fine di una piena e facile applicabilità del testo uscito dall'intervento della Corte costituzionale. Tuttavia, «gli interventi "cosmetici" richiesti per smussare alcune asperità "testuali" – che non impediscono certo l'operatività immediata – delle disposizioni elettorali di risulta», sono solo marginali per M. Podetta, *Il "fattore tempo" nel c.d. Italicum: applicabilità differita e sottoponibilità a referendum*, in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 22 novembre 2015, p. 17.

§§§§§§§ Per una ricostruzione delle motivazioni che hanno dato origine all'Italicum e del suo iter parlamentare, alquanto discusso persino con riguardo a profili di illegittimità, si veda D. Casanova, *Il procedimento legislativo di approvazione dell'“Italicum” e le sue numerose anomalie*, in *Osservatorio Aic*, n. 2/2015, luglio 2015.

\*\*\*\*\* Sull'effettiva appropriatezza del nome, basti sottolineare che sistemi elettorali fondati sull'accoppiamento di formula proporzionale e premio *majority assuring* sono sconosciuti ad ogni altra democrazia classica. L'accostamento di formula elettorale proporzionale e premio di maggioranza, in effetti, caratterizza invece la legislazione elettorale italiana, come risulta da una comparazione diacronica e sincronica. Dal primo punto di vista, basti ricordare che si ispirano a un simile modello numerose leggi elettorali a partire da quella proposta per le elezioni amministrative del 1920, per la quale si rinvia a T. Forcellese, *La mancata introduzione della proporzionale alle elezioni amministrative del 1920. L'invenzione del premio di maggioranza*, in *Le Carte e la Storia*, n. 1/2015, pp. 81 ss. Vale la pena ricordare, in proposito, che, mentre il liberale Nitti, anche per ragioni di convenienza elettorale, proponeva per quelle elezioni di introdurre la proporzionale, a tale progetto si opponevano i socialisti, che presentarono un disegno di legge a prima firma Matteotti, cui seguiva quella di Turati, che introduceva invece un premio di maggioranza «per garantire la governabilità delle amministrazioni periferiche» (p. 83). Matteotti, in particolare, giustificò il

Presidente della Repubblica 30 marzo 1957 n. 361 (nel prosieguo: dpr 361/57) <sup>#####</sup>, il quale contiene la disciplina per l'elezione della Camera dei Deputati <sup>#####</sup>, fatta eccezione per i 12 seggi che il comma 2 dell'art. 56 della Costituzione riserva alla rappresentanza degli Italiani residenti all'estero <sup>#####</sup>. In estrema sintesi, la nuova legge elettorale ripristinava il premio di maggioranza per la lista più votata (abolendo però le coalizioni che avevano caratterizzato il Porcellum e stabilendo che, se nessuna lista avesse ottenuto il 40% dei suffragi al primo turno, il premio sarebbe stato assegnato alla lista più votata in un secondo turno di ballottaggio tra le

---

premio «perché era mutata la fisionomia politica del Paese con l'affermazione di tre “grandi aggruppamenti politici”, mentre il maggioritario era stato pensato per l'esistenza di due gruppi» (p. 83). L'ascendenza socialista del proporzionale con premio di maggioranza per le amministrative fu, poi, argomento ripetutamente invocato dai fascisti durante i lavori preparatori per l'approvazione della legge elettorale Acerbo. A questo proposito, per esempio, si veda l'intervento dell'on. Petrillo, secondo cui «Per quel che riguarda il premio di maggioranza che a prima vista dovrebbe essere precisamente il punto nuovo, un po' come la pietra angolare di questa legge, l'onorevole Acerbo deve cedere il passo, perché anche in questo c'è già un precursore illustre, ed è l'onorevole Matteotti» (*Atti Camera*, XXVI Legisl., 10 luglio 1923, res. sten., p. 10412), o quello dell'on. Celesia, per il quale il disegno di legge Acerbo «è in gran parte delineato su quelle stesse proposte di riforma elettorale amministrativa che furono formulate dai colleghi dell'estrema sinistra» (*Atti Camera*, XXVI Legisl., 11 luglio 1923, res. sten., p. 10473), o, soprattutto, quello del relatore di maggioranza on. Casertano, il quale, rivendicato come ascendente della legge Acerbo il modello socialista per le amministrative, a un deputato che sottolineava l'improprietà del paragone perché quella proposta non riguardava enti legislativi ma meramente amministrativi, replicava: «se ella ritiene che nel consesso amministrativo ci sia una maggioranza necessaria all'amministrazione, a fortiori una maggioranza è necessaria per il Governo dello Stato» (*Atti Camera*, XXVI Legisl., 15 luglio 1923, res. sten., p. 10643). Sulla legge Acerbo, si vedano in particolare E. Gianfrancesco, *Parlamento e regolamenti parlamentari in epoca fascista*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2008, pp. 2 ss., e D. Breschi, *La legge Acerbo e la resa incondizionata della classe politico-parlamentare italiana*, in *Parlamento e storia d'Italia*, a cura di V. Casamassima, A. Frangioni, Pisa, Edizioni della Normale, 2012, pp. 71 ss. Di nuovo, si ispirò al proporzionale con premio di maggioranza anche la legge n. 148 del 1953, meglio nota come “Legge truffa”, immediatamente abrogata nel 1954, per la quale, tra i contributi meno risalenti, si vedano: F. Fabrizzi, *Dal Governo Pella al Fanfani I: Einaudi e il fallimento della “legge truffa”*, in *federalismi.it*, n. 20/2013; V. Longi, *La legge “truffa” del 1953 e le proposte della bicamerale*, in *Rassegna Parlamentare*, n.3/1997, pp. 611 ss.; Id., *Il dibattito sulla legge elettorale. Forse era meglio la “legge truffa” di Scelba*, in *Parlamento*, nn. 3-5/1994, pp. 23 ss. Nuovamente, si ispirava al modello “proporzionale più premio di maggioranza” la legge Calderoli, la n. 270 del 21 dicembre 2005, così come oggi l'Italicum. Dal secondo punto di vista, va ricordato che attualmente nel nostro Paese sono in vigore leggi elettorali proporzionali con premio di maggioranza per i Comuni, le Regioni e la Camera. Le assemblee rappresentative dello Stato, delle Regioni e degli enti locali sono dunque tutte omogeneamente rette da un sistema prettamente “italico”, ossia caratterizzato dall'associazione di formula proporzionale e premio di maggioranza.

##### Il decreto, rubricato «Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati», è pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 139, del 3 giugno 1957. Quanto al *dies a quo* della decorrenza della novella, della data di applicabilità della legge e di quella della sua entrata in vigore, il testo della legge non è univoco: la lettera i) del comma 1 dell'art. 1 della legge 52/2015, stabilisce che i nuovi meccanismi elettorali siano applicabili a partire dal primo luglio 2016 mentre il comma 35 dell'articolo 2 della legge 52/2015 nel disciplinare puntualmente i nuovi meccanismi elettorali stabilisce che le «Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano per le elezioni della Camera dei deputati a decorrere dal 1° luglio 2016». Sulle problematiche che possono sorgere dal coordinamento tra le due disposizioni, si veda M. Podetta, *Il “fattore tempo” nel c.d. Italicum: applicabilità differita e sottoponibilità a referendum*, in *formucostituzionale.it*, 22 novembre 2015. Spunti sul tema anche in

M. Cosulich, *Contra italicum, ovvero dell'ordinanza del Tribunale di Messina del 17 febbraio 2016*, in *Osservatorio Aic*, n. 1/2016, p. 4, e S. Gianello, *L'Italicum “a processo”: la possibilità concreta per la Corte di un ritorno alla normalità (del giudizio incidentale)*, in *Osservatorio Aic*, n. 1/2016, pp. 6 ss.

##### La Legge 52/2015 è composta da 4 articoli, di cui solo 2, in realtà, recano novelle al dpr 361/57: l'art. 1, rubricato «Elezione della Camera dei deputati», introduce una peculiare disposizione riassuntiva dei principi cui la disciplina per l'elezione della Camera è informata; l'art. 2, rubricato «Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati», novella il dpr 361/57 introducendo il c.d. Italicum; l'art. 3, rubricato «Ulteriori modifiche al decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957», introduce nel dpr 361/57 pochi aggiornamenti di tipo meramente formale; l'art. 4, come recita la sua rubrica, reca la «Delega al governo per la determinazione dei collegi plurinominali». Quanto alla peculiarità dell'art. 1, si vedano G. Piccirilli, *Tutto in un voto (premissivo)! La fissazione dei principi dell'Italicum nel suo esame presso il Senato*, in *formucostituzionale.it*, 30 gennaio 2015, e M. Podetta, *Il “fattore tempo” nel c.d. Italicum*, cit., pp. 2 ss.

##### Conseguentemente, l'Italicum riguarda non la totalità dei 630 seggi di cui la Camera è composta, bensì i soli 618 da eleggersi nel territorio nazionale.

due più preferenziate nel primo turno) e – si tratta del punto che qui rileva per comprendere l'articolazione territoriale dell'Italicum – ripristinando parzialmente un sistema di liste bloccate

\*\*\*\*\*

Da questo secondo punto di vista, infatti, il legislatore ha ritenuto che la sentenza della Corte costituzionale non vietasse *tout court* l'adozione di un sistema di liste bloccate, cioè non alterabili dagli elettori. Secondo tale lettura, sostenuta anche in dottrina ++++++, dalla sentenza si desumerebbe che la Costituzione vieta le liste bloccate, solo quando queste siano lunghe. In effetti, si potrebbe sostenere che la sentenza suggerisca che ciò che rileva da un punto di vista costituzionale sia soprattutto che l'elettore con il suo voto possa condizionare chiaramente sia la distribuzione dei seggi tra le liste che l'individuazione delle persone che assumeranno la carica nell'ambito dei seggi assegnati a ciascuna lista. Sulla base di una tale impostazione, insomma, sarebbe costituzionalmente ammesso anche un sistema di liste bloccate, purché si tratti di liste corte. In questo modo, infatti, si consentirebbe ugualmente all'elettore di conoscere quale sia il candidato (o i candidati) che favorisce dando il voto alla lista (bloccata) che sceglie. Le liste, però, debbono essere corte, perché solo a questa condizione egli sa quale sia il candidato o i candidati che sta per favorire con il suo voto.

Per mantenere, almeno parzialmente, un sistema con liste bloccate, dunque, si trattava di introdurre un meccanismo elettorale con liste corte. E per ottenere un sistema con liste corte occorreva adottare circoscrizioni piccole.

Quanto alla sua articolazione in livelli territoriali, il sistema elettorale, però, non poteva concludersi in un sistema a circoscrizioni piccole e doveva dunque complicarsi sotto almeno un paio di punti di vista.

In primo luogo, un sistema che si fosse concluso in un numero cospicuo di circoscrizioni piccole non avrebbe riposto ad altre due necessità delle quali la legge elettorale doveva farsi carico per raccogliere una maggioranza in Parlamento. Da un primo punto di vista, come detto, per le forze politiche di maggioranza si trattava di costruire un sistema di elezioni parlamentari capaci di produrre “un vincitore certo la sera stessa delle elezioni”, ossia – in termini tecnici –

---

\*\*\*\*\* Il ripristino delle liste bloccate è solo parziale perché in ciascun collegio il capolista è destinato a essere eletto senz'altro tutte le volte che la lista che capeggia abbia ottenuto almeno un seggio nel collegio in cui è candidato (a preferenza di tutti gli altri candidati). In effetti, l'elettore, oltre a poter scegliere la lista che preferisce, avrà altresì la possibilità di esprimere uno o due voti di preferenza (c.d. di genere) per tutti i candidati inclusi nella lista, fatta eccezione che per il capolista, per il quale non si possono esprimere preferenze. Le preferenze infatti sono impiegate, in ciascun collegio, solo per gli eletti delle liste che otterranno più di un seggio e, nel loro ambito, a solo a partire dal secondo eletto.

+++++ Sull'interpretazione dell'arresto della Corte costituzionale la dottrina in effetti è divisa, come già anticipato nelle pagine precedenti. Secondo alcuni, dalla sentenza si dovrebbe ricavare che un sistema di liste bloccate sia vietato *tout court* (R. Dickmann, *La Corte dichiara incostituzionale il premio di maggioranza e il voto di lista e introduce un sistema elettorale proporzionale puro fondato su una preferenza*, in *federalismi.it*, n. 2/2014, 22 gennaio 2014). Secondo altri, invece, un sistema di liste bloccate sarebbe ammissibile se il sistema elettorale preveda liste “corte” (G. Guzzetta, *Molti, forse troppi, spunti di riflessione. La sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Prime riflessioni sulla “storica” sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, a cura di M. D'Amico, S. Catalano, Milano, Franco Angeli, 2014, p. 111; S. Lieto, P. Pasquino, *La Corte costituzionale e la legge elettorale: la sentenza n. 1 del 2014*, in *forumcostituzionale.it*, 26 marzo 2014, p. 9). Secondo altri ancora, infine, non si tratta di distinguere tra liste corte o meno, bensì di costruire un meccanismo che consenta agli elettori di effettuare una libera scelta anche in relazione alla selezione dei candidati (M. Volpi, *Italicum: un sistema anomalo e antidemocratico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2015, p. 13; L. Spadacini, *I limiti alla discrezionalità del legislatore in materia elettorale desumibili dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 1 del 2014*, in *forumcostituzionale.it*, e F. Bilancia, *“Ri-porcellum” e giudicato costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2013).

un sistema *majority assuring*. Da un secondo punto di vista, per le stesse forze politiche non era accettabile un sistema in circoscrizioni piccole, perché un tal sistema rivela scarsa capacità proiettiva. È noto, infatti, che un sistema fondato su circoscrizioni mediamente piccole – come, ad esempio, quello spagnolo ##### – sacrifica molto la rappresentanza delle forze politiche medio-piccole (salvo quelle geograficamente concentrate), che risultano sotto – rappresentate a favore di quelle grandi. Per sopperire a entrambe queste necessità si doveva introdurre un collegio nazionale. Quanto alla prima necessità – assicurare una maggioranza di seggi alla lista vincente – si doveva ripristinare il premio di maggioranza per la lista più votata e il collegio unico nazionale costituiva il luogo necessario nel quale calcolare i voti per stabilire a chi e quando (al primo o al secondo turno) assegnare il premio. Per la seconda delle due necessità – rispettare la proporzionalità nazionale tra le liste perdenti §§§§§§§§ – il collegio unico nazionale costituiva il luogo preferibile nel quale applicare la formula proporzionale tra le liste di modo di avere la massima proiettività nella distribuzione dei seggi.

I collegi plurinominali, dunque, dovevano aggiungersi al collegio unico nazionale.

Com'è noto, tuttavia, un sistema di questo tipo presenta le problematiche tipiche dei sistemi elettorali multilivello. Infatti, a fronte di liste di candidati e di voti espressi dagli elettori collegio per collegio, la distribuzione dei seggi tra le liste avviene a livello nazionale. Nell'Italicum, poi, la difficoltà nella trasposizione della distribuzione nazionale a livello dei singoli collegi \*\*\*\*\* è ulteriormente aggravata da due ragioni. La prima è data dalla circostanza che, a livello nazionale, i voti sono consistentemente manipolati, da un lato escludendo liste che non abbiano superato la soglia di sbarramento a livello nazionale ma che in qualche collegio abbiano ottenuto un numero di voti anche molto cospicuo ††††††††, dall'altro lato perché i voti ottenuti dalla lista beneficiaria del premio sono più produttivi di seggi che non quelli delle altre liste ammesse alla rappresentanza parlamentare. Inoltre, un'ulteriore difficoltà nella trasposizione collegio per collegio dei seggi assegnati a livello nazionale è data dalla circostanza che i collegi plurinominali sono sempre piuttosto piccoli (nell'Italicum, come si vedrà, i collegi assegnano al massimo 9 seggi) mentre la soglia nazionale di sbarramento è piuttosto ridotta. Se una lista minoritaria appena sopra la soglia del 3% a livello nazionale avesse un consenso diffuso in tutto il Paese, questa, infatti, pur ottenendo seggi a livello nazionale, non troverebbe

##### Sul sistema elettorale spagnolo, si veda il capitolo dedicato a la *rappresentanza politica nel sistema elettorale spagnolo*, in S. Curreri, *Partiti e Gruppi parlamentari nell'ordinamento spagnolo*, Firenze, Firenze University Press, 2005, pp. 85 ss.

§§§§§§§§ Non si può in effetti parlare di principio di proporzionalità tra tutte le liste, perché il premio di maggioranza esclude la lista che ne è beneficiaria da ogni rapporto di proporzionalità tra voti e seggi da essa ottenuti con i voti e seggi ottenuti dalle altre liste.

\*\*\*\*\* La restituzione ai collegi dei risultati nazionali avviene, per come si specificherà meglio *infra*, attraverso un passaggio intermedio nelle 20 circoscrizioni regionali.

†††††††† La nuova legge elettorale, infatti, prevede che possano partecipare alla distribuzione dei seggi solo le liste che, sul piano nazionale, abbiano superato la soglia di sbarramento del 3% dei voti validi. A tal fine, si sommano, collegio per collegio, i voti validi espressi per ogni lista connotata dal medesimo simbolo, ottenendo la cifra elettorale nazionale di lista. La somma delle cifre nazionali di ciascuna delle diverse liste costituisce poi il numero complessivo dei voti validi (a tale cifra non concorrono, dunque, le astensioni, ossia le c.d. schede bianche, né le espressioni invalide di un voto ad una lista, ossia le c.d. schede nulle). Sul numero complessivo dei voti validi, si computa quindi il 3%, al quale si raffronta la cifra nazionale di ciascuna lista: solo le liste che superino tale valore sono ammesse alla ripartizione dei seggi; quelle invece che abbiano raccolto a livello nazionale un numero di voti inferiore, vengono escluse.

collegi nei quali la sua performance possa giustificare l'attribuzione ad essa di un seggio. In collegi piccoli, infatti, esiste uno sbarramento naturale piuttosto elevato. Così, per dare ad una lista “piccola” dei seggi in collegi di dimensioni ridotte, si deve sottrarre un certo numero di seggi alle liste maggiori, cui invece spetterebbero se nel collegio si procedesse a un riparto puramente proporzionale #####.

Se si vogliono tenere fermi i risultati della distribuzione proporzionale dei seggi (per assicurare una maggioranza di seggi alla lista vincente e rispettare la proporzionalità nazionale tra le forze politiche perdenti), una volta ripetute le operazioni di distribuzione dei seggi a livello di collegio #####, per ragioni matematiche ineludibili la somma dei seggi che ciascuna lista avrà ottenuto in tutti i collegi non coinciderà con il totale di quelli ad essa attribuiti a seguito del calcolo a livello di collegio unico nazionale. In particolare, risulterà che ad alcune liste sono stati assegnati più seggi (liste eccedentarie) e ad altre ne sono stati assegnati meno (liste deficitarie). Per far combaciare i calcoli, due sono le possibili soluzioni.

Secondo una prima impostazione (che potremmo chiamare “soluzione Porcellum”, perché – come vedremo – essa era appunto alla base del meccanismo disciplinato dalla legge Calderoli), le liste eccedentarie perderanno seggi nelle circoscrizioni (o collegi) ##### dove l'attribuzione ad esse del seggio risulti meno “dovuta” #####. In quella circoscrizione (o collegio) il seggio tolto a una lista eccedentaria sarà assegnato alla più “meritevole” delle liste deficitarie #####. In questo modo, si rispetta – grosso modo ##### – la consistenza della rappresentanza di ciascun collegio. Infatti, alla fine delle operazioni elettorali, ogni collegio eleggerà tanti rappresentanti quanti erano i seggi che gli erano stati assegnati in funzione della sua consistenza demografica, rispettando – si potrebbe dire – la *rappresentatività territoriale* della Camera. Tuttavia, alcuni seggi saranno stati attribuiti in maniera piuttosto casuale se si guarda

---

##### Ad esempio, se un collegio assegna 6 seggi, come nella media prevista dall'Italicum, esiste uno sbarramento implicito più o meno del 15%, che ulteriormente si accresce quando la metà circa di quei seggi è destinata ad essere appannaggio della lista che ha ottenuto il premio.

##### Con il fine di riprodurre collegio per collegio tutte le alterazioni provocate dalla centralizzazione nazionale dei calcoli elettorali, la legge elettorale prevede una serie di meccanismi (tra i quali l'uso di quozienti diversi per la lista vincente il premio e per le altre), che, in buona sostanza, “enfaticizzano” le cifre elettorali circoscrizionali e di collegio delle liste che a livello nazionale sono state sovra-rappresentate (solitamente si tratterà di una sola lista: quella che ha vinto il premio) e “deprimono” le cifre elettorali circoscrizionali e di collegio delle liste che a livello nazionale sono state sotto-rappresentate.

##### Collegi e circoscrizioni sono espressioni sostanzialmente equivalenti. In genere, però, non si utilizza l'espressione circoscrizione per i collegi uninominali (anche se talora si parla di circoscrizione Valle d'Aosta ancorché di fatto si tratti di un collegio uninominale, per la cui natura, però, si veda l'ultimo paragrafo). Inoltre si preferisce per lo più non utilizzare il lemma “circoscrizione” quando si tratti di collegi nei quali si assegnano pochi seggi.

##### Questa valutazione potrebbe declinarsi in varie modalità. Nel Porcellum, in particolare, il seggio della lista eccedentaria veniva tolto nella circoscrizione in cui tale seggio è stato ottenuto con il resto più piccolo (in proporzione al quoziente elettorale che in quel collegio è stato utilizzato per assegnare i seggi a quella lista, il che dipende dalla circostanza che si tratti di una lista beneficiaria del premio o meno).

##### Naturalmente, anche questa valutazione potrebbe declinarsi in varie modalità. Nel Porcellum, in particolare, il seggio tolto alla lista eccedentaria sarà assegnato a quella, tra le liste deficitarie, che evidenzia il resto non utilizzato maggiore in proporzione al quoziente elettorale utilizzato per quella lista in quella circoscrizione (ove, per resto non utilizzato, si intenda un resto che non abbia già prodotto l'attribuzione di un seggio).

##### In realtà, nemmeno con una soluzione di questo tipo è possibile assicurare in tutti i casi la consistenza della rappresentanza di ciascun collegio. In effetti non si può escludere che, al fine di far combaciare i dati del riparto nazionale con la somma di quelli circoscrizionali si debba procedere a qualche scostamento. Nel Porcellum, tali scostamenti potevano accadere, ancorché residualmente, come riassunti nella Tabella 3 (vedi *infra*).

alla distribuzione dei suffragi tra le forze politiche del collegio. I seggi ottenuti dalle liste originariamente “deficitarie”, infatti, non vengono assegnati nelle circoscrizioni dove quelle liste sono – secondo un qualche criterio che dovrebbe stabilire la legge – più “meritevoli” (potrebbero essere quelle ove evidenziano una migliore performance). Tali seggi, infatti, vengono assegnati alle liste deficitarie non in funzione della loro performance ma – come detto – in funzione della performance delle liste eccedentarie. Adottata la “soluzione Porcellum”<sup>\*\*\*\*\*</sup>, in sintesi, ciascun collegio, otterrà tanti rappresentanti quanti gliene spettavano, ma a prezzo della capacità rappresentativa di quella delegazione di rappresentanti. In altri termini, il collegio sarà rispettato quanto a numerosità dei rappresentanti ma, a quel livello, sarà violata la proporzionalità politica (perché, a livello di collegio, potrà capitare, per intenderci, che una forza politica anche molto più votata ottenga meno seggi di altra meno preferenziata). Inoltre, le forze politiche medio-piccole (che si riveleranno liste deficitarie), subiranno una certa casualità nell’individuazione del collegio dove esse si vedranno assegnati i seggi che spettano loro sulla base della distribuzione nazionale (si veda la Tabella 4). Tale operazione, infatti, non è in funzione della loro performance elettorale. Con la “soluzione Porcellum”, dunque, si rispetterà la rappresentatività territoriale della Camera ma quella politica molto parzialmente. Potremo constatare che la rappresentatività politica della Camera è rispettata solo a livello nazionale (tra le liste perdenti, invero). Essa però non sarà rispettata a livello di collegio, giacché di *rappresentatività politica a livello di collegio* non può propriamente parlarsi viste le alterazioni potenzialmente assai cospicue. Allo stesso modo, le forze politiche medio-piccole subiscono una vera e propria “randomizzazione” dei collegi dove sono assegnati loro i seggi (violando quella che – per ragioni di mera sintesi e in mancanza di una espressione più evocativa<sup>+++++</sup> – potremmo definire la *rappresentatività politica della lista nel territorio*).

Sulla base di una seconda impostazione (che potremmo chiamare “soluzione Italicum”, perché – come vedremo – essa è alla base del meccanismo adottato dalla legge che porta quel nome), le liste eccedentarie continueranno a perdere i seggi di troppo laddove essi risultino meno “dovuti” ma quelle deficitarie non li otterranno dove quelle eccedentarie li avranno persi. Anche alle liste deficitarie, infatti, i seggi verranno assegnati in funzione della loro performance, e cioè nelle circoscrizioni dove se lo “meritano” maggiormente, ossia quelle dove

\*\*\*\*\* Una variante di tale soluzione potrebbe essere quella che procede al riequilibrio dei seggi partendo dalla lista maggiormente deficitaria. In quel caso gli si darebbero i seggi nelle circoscrizioni dove essa ha il resto non utilizzato maggiore in relazione al quoziente per toglierlo alla lista eccedentaria che avesse ottenuto il seggio con il resto più basso in relazione al quoziente. In questo modo vantaggi e difetti della soluzione non cambierebbero. La casualità nella distribuzione dei seggi tra circoscrizioni, però, non colpirebbe le forze politiche più piccole, come nella soluzione sopra descritta, ma quelle più grandi. Tale soluzione, non (ancora?) impiegata nella legislazione elettorale positiva è stata adombrata quale correttivo dalle forze politiche più piccole nella prima fase dei lavori parlamentari che sono approdati nell’approvazione dell’Italicum.

+++++ L’espressione *rappresentatività politica della lista nel territorio*, per quanto – come detto – non particolarmente felice, è stata preferita ad altre. Essa manca del tutto in alcuni casi che possono spiegare la ragione della scelta. A questo proposito si veda la simulazione relativa alle elezioni del 2006 riportata nella Tabella 4: uno dei tre seggi del Molise sarebbe assegnato alla Lega Nord con lo 0,2% dei voti; questo seggio è assegnato alla Lega Nord a livello nazionale sulla base della proporzionale; esso però non dovrebbe essere assegnato alla Lega Nord nella circoscrizione Molise, perché la performance elettorale di quella lista in quella circoscrizione non lo giustificerebbe. In effetti, sulla base della performance della Lega Nord nei diversi territori quel seggio dovrebbe essere assegnato altrove. La circostanza che la legge elettorale lo assegni in quella circoscrizione sembra infatti violare la *rappresentatività politica della lista nel territorio*.

esse avranno avuto la migliore performance. In questo caso, ogni forza politica riceverà i seggi nei collegi dove è più forte (rispettando la rappresentatività politica della lista nel territorio) ma a prezzo di non rispettare l'originaria assegnazione del numero dei rappresentanti che ogni collegio deve esprimere (violando la rappresentatività territoriale della Camera). Alcuni collegi, infatti, alla fine del procedimento elettorale, eleggeranno meno rappresentanti di quanti ne spetterebbero loro secondo la loro consistenza demografica e altri ne eleggeranno in numero superiore. In compenso le forze politiche sapranno che, nell'ambito del numero dei seggi che spetterà loro a livello nazionale, esse li otterranno nei collegi dove avranno registrato la miglior performance. La rappresentanza politica a livello di collegio, inoltre, non sarà rigorosamente rispettata perché le irrazionali alterazioni nella rappresentanza che saranno riscontrabili (si veda la Tabella 6) a livello di collegio, ancorché meno eclatanti di quelle che si verificherebbero con la "soluzione Porcellum" (si veda la Tabella 4), risultano ugualmente cospicue.

Per cercare di comprendere i vantaggi e gli svantaggi delle due soluzioni illustrate, può essere utile la lettura della Tabella 1, che, utilizzando la nomenclatura che per comodità si è impiegata nel testo, le raffronta con i sistemi mono-livello (quelli cioè che non conoscono una molteplicità di livelli circoscrizionali per l'attribuzione dei seggi, come nel caso del sistema proporzionale spagnolo o dei sistemi uninominali maggioritari inglese o francese).

**Tabella 1. Rappresentatività politica e territoriale**

|                                 | <i>Rappresentatività politica</i> |                            |             | <i>Rappresentatività</i> |
|---------------------------------|-----------------------------------|----------------------------|-------------|--------------------------|
|                                 | nazionale                         | della lista nel territorio | di collegio | <i>territoriale</i>      |
| <b>Sistemi monolivello#####</b> | NO                                | SI                         | SI          | SI                       |
| <b>Soluzione Porcellum</b>      | SI                                | NO                         | NO          | SI                       |
| <b>Soluzione Italicum</b>       | SI                                | SI                         | NO          | NO                       |

Come riassunto nella Tabella 1, i sistemi a un solo livello trascurano la rappresentatività politica della Camera a livello nazionale ma non rivelano problemi né a livello di rappresentatività territoriale né a livello di rappresentatività politica a livello di collegio o di rappresentatività intesa quale razionale individuazione del luogo dove il seggio viene loro riconosciuto dal meccanismo elettorale (in quei sistemi il seggio è vinto nelle circoscrizioni dove si ottiene il quoziente o un resto utile, se il sistema è proporzionale, o dove si vince il collegio, se si tratti di sistemi uninominali maggioritari). I sistemi plurilivello, viceversa, rispettano la rappresentatività politica della Camera a livello nazionale ma con costi molto elevati per la rappresentatività territoriale della Camera stessa o per la sua rappresentatività politica se valutata a livello diverso di quello nazionale.

##### Con l'esclusione della circoscrizione nazionale, che, naturalmente, rispetterebbe la rappresentatività politica a livello nazionale ma che, per altre ragioni, è inutilizzabile con riferimento a stati popolosi o ad assemblee legislative composte di un numero cospicuo di abitanti.



censimento [...] con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno, da emanare contestualmente al decreto di convocazione dei comizi».

Ancorché tale operazione, come risulta dalla disposizione testé citata, debba essere formalmente compiuta con decreto del Presidente della Repubblica da emanarsi contestualmente a quello di convocazione delle elezioni, materialmente essa deve anche essere di necessità anticipata ad una fase precedente, giacché condiziona l'operazione di distribuzione dei collegi plurinominali in cui debbono essere suddivise le circoscrizioni nazionali (con l'esclusione di quelle della Valle d'Aosta e del Trentino Alto Adige).

In effetti, ancorché con formulazioni sempre parzialmente difformi, il secondo periodo del comma 2 dell'art. 1 del dpr 361/57 <sup>\*\*\*\*\*</sup>, nonché la lettera a) del comma 1 dell'art. 1 <sup>#####</sup>, così come la lettera a) del comma 1 dell'art. 4 <sup>#####</sup> della legge 52/2015 stabiliscono che le circoscrizioni nazionali, escluse la Valle d'Aosta e il Trentino Alto Adige <sup>§§§§§§§§§§</sup>, per le quali esiste una contestata disciplina speciale <sup>\*\*\*\*\*</sup>, debbono essere suddivise in 100 collegi plurinominali.

Sebbene anche l'operazione di attribuzione dei seggi a ciascuno dei 100 collegi plurinominali avvenga attraverso lo stesso decreto del Presidente della Repubblica che distribuisce i seggi tra le circoscrizioni <sup>#####</sup>, le procedure volte all'individuazione e al ritaglio degli stessi, regolate dall'art. 4 della legge 52/2015, richiedono anzitutto una preventiva distribuzione dei seggi tra le circoscrizioni.

Tale ultima disposizione, in effetti, delega il Governo ad adottare, entro novanta giorni dall'entrata in vigore della stessa legge, un decreto legislativo «per la determinazione dei collegi plurinominali» <sup>#####</sup>. A questo fine, tra i criteri e i principi direttivi della delega, si stabilisce che «i collegi plurinominali sono costituiti in ciascuna circoscrizione in numero determinato con il metodo dei quozienti interi e dei più alti resti in proporzione al numero di seggi ad essa assegnati» <sup>§§§§§§§§§§</sup>. È ovvio, dunque, che la ripartizione dei seggi tra le circoscrizioni debba

\*\*\*\*\* Che recita: «ciascuna circoscrizione è ripartita in collegi plurinominali».

##### Che recita: «le liste dei candidati sono presentate in 20 circoscrizioni elettorali suddivise nell'insieme in 100 collegi plurinominali, fatti salvi i collegi uninominali nelle circoscrizioni Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste e Trentino-Alto Adige/Südtirol».

##### Che recita: «salvo quanto stabilito per le circoscrizioni Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste e Trentino-Alto Adige/Südtirol ai sensi dell'articolo 2 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957, come modificato dalla presente legge, nelle restanti circoscrizioni del territorio nazionale per l'elezione della Camera dei deputati sono costituiti 100 collegi plurinominali. La circoscrizione Molise è costituita in un unico collegio plurinomiale».

§§§§§§§§§§ Il Molise, nonostante la formulazione non precisa della testé menzionata ultima parte della lettera a) del comma 1 dell'art. 4 della legge 52/2015, è istituito *ex lege* come unico collegio plurinomiale della circoscrizione ma rientra nel novero dei 100 collegi plurinominali come inequivocabilmente stabilito dalla lettera a) del comma 1 dell'art. 1 della medesima legge.

\*\*\*\*\* Per un accenno all'incostituzionalità della previsione di una disciplina speciale per le due regioni, sia consentito rinviare <sup>a</sup>

L. Spadacini, *L'Italicum e alcune sue ulteriori criticità: la disciplina per Valle d'Aosta e Trentino Alto Adige, la distribuzione dei seggi tra i collegi e il differimento dell'applicazione della riforma*, in *forumcostituzionale.it*, pp. 4 ss. Spunti anche in E. Mostacci, *Perseverare autem italicum: rappresentanza e sistema politico all'indomani della legge 52/2015*, in *Rivista Aic*, n. 4/2015, pp. 7 ss. Un richiamo, infine, in A. Ruggeri, *Premio di maggioranza, soglia minima e ballottaggio*, in *Forum sull'Italicum. Nove studiosi a confronto*, a cura di A. Ruggeri, A. Rauti, Torino, Giappichelli, 2015, p. 82.

##### Ai sensi del comma 2 dell'art. 3 del dpr 361/1957.

##### Si tratta del comma 1 dell'art. 4 della legge 52/2015.

§§§§§§§§§§ Si tratta del primo periodo della lettera b) del comma 1 dell'art. 4 della legge 52/2015.

materialmente essere effettuata anche prima della sua formale introduzione nell'ordinamento tramite l'apposito decreto presidenziale, giacché essa determina il numero di collegi plurinominali in cui ciascuna circoscrizione deve essere divisa, operazione necessariamente prodromica al disegno degli stessi. In buona sostanza: per disegnare i collegi occorre conoscerne il numero in ciascuna circoscrizione e per conoscere tale numero occorre previamente ripartire i 618 seggi tra le 20 circoscrizioni.

Tale operazione è stata effettuata con il decreto legislativo n. 122 del 7 agosto 2015 (nel prosieguo: d.lgs. 122/2015) \*\*\*\*\* il quale, in esecuzione della delega contenuta nell'art. 4 della legge 52/2015 ++++++, effettua il ritaglio dei 100 collegi plurinominali nei quali suddividere le circoscrizioni previste dall'Italicum. Come illustrato precedentemente, l'operazione di ritaglio dei collegi ha necessitato una preventiva ripartizione dei seggi tra le circoscrizioni e ha prodotto la distribuzione che risulta dalla seguente Tabella.

**Tabella 2++++++:** Distribuzione dei seggi alle circoscrizioni e dei collegi tra le circoscrizioni.  
Quoziente: 96171.

| Circoscrizione | Popolazione | Seggi interi | Resti | Ordine resti | Seggi totali | Collegi interi | Resto | Ordine Resto | Collegi totali |
|----------------|-------------|--------------|-------|--------------|--------------|----------------|-------|--------------|----------------|
|----------------|-------------|--------------|-------|--------------|--------------|----------------|-------|--------------|----------------|

\*\*\*\*\* Il decreto legislativo 7 agosto 2015, n. 122, è rubricato «Determinazione dei collegi della Camera dei deputati, in attuazione dell'articolo 4 della legge 6 maggio 2015, n. 52, recante disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati». I decreti legislativi di ritaglio dei collegi sono atti normativi *sui generis*, in particolare per la ragione che hanno un contenuto meramente provvedimentale, non contenendo norme generali e astratte. La natura provvedimentale e *sui generis* dell'atto è simboleggiata da un precedente storico interessante di cui dà conto A. Agosta, *Elezioni e territorio: i collegi uninominali tra storia legislativa e nuova disciplina elettorale*, in *Riforme elettorali*, a cura di M. Luciani, M. Volpi, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 176: «La l. 5 maggio 1891, n. 210, che aveva ripristinato il ricorso ai collegi uninominali, stabiliva, all'art. 3, che la costituzione dei collegi fosse demandata a una commissione composta da quattro senatori e dodici deputati, eletti dalle rispettive assemblee, presieduta dal ministro dell'Interno (formula analoga a quella adottata per la definizione dei collegi plurinominali del 1882, poi ripresa per le circoscrizioni proporzionali del 1919) che avrebbero dovuto provvedere entro il termine di due mesi: la tabella dei collegi uninominali fu approvata con r.d. 14 giugno 1891, n. 280».

+++++ In particolare, cfr. la let. b) del comma 1 dell'art. 4 della l. 52/2015: «i collegi plurinominali sono costituiti in ciascuna circoscrizione in numero determinato con il metodo dei quozienti interi e dei più alti resti in proporzione al numero di seggi ad essa assegnati secondo la ripartizione effettuata ai sensi dell'articolo 56 della Costituzione».

+++++ Nella prima colonna della Tabella sono indicate le circoscrizioni, coincidenti con le Regioni, mentre nella seconda è indicata la rispettiva popolazione sulla base dei dati ufficiali relativi al censimento del 2011, così come riportato dalle pubblicazioni Istat. Nell'ultima riga della seconda colonna è indicato il totale nazionale della popolazione considerata (che include anche quella della Valle d'Aosta; sul punto, cfr. *infra*). Nel titolo della Tabella è indicato il quoziente nazionale per la distribuzione dei seggi, pari alla divisione della popolazione nazionale per il totale dei seggi da distribuire, ossia 618. Nella terza colonna sono indicati i quozienti pieni ottenuti dividendo la popolazione regionale per il quoziente nazionale, seguiti, nella quarta colonna dai rispettivi resti. Come risulta dall'ultima riga della terza colonna, con i quozienti pieni sono assegnati 610 seggi. Si tratta dunque di assegnarne ulteriori 8, sulla base dell'ordine dei resti. La quinta colonna, in effetti, indica l'ordinale di ciascun resto. Otterranno un seggio in più, dunque, le 8 circoscrizioni con i maggiori resti, come risulta dalla sesta colonna. Le colonne dalla settima alla decima, invece, si occupano della individuazione del numero dei collegi plurinominali in ciascuna circoscrizione. A questo fine, ai sensi della lettera a) del comma 1 dell'art. 4 della legge 52/2015, si divide il numero dei seggi da distribuire nelle circoscrizioni che vanno suddivise in collegi (ossia tutte con l'eccezione del Trentino Alto Adige, per 11 seggi, e della Valle d'Aosta, per 1 seggio), che ammonta a 606 (ossia a 618 seggi totali da cui vanno detratti i 12 complessivamente assegnati a Trentino Alto e Valle d'Aosta), per il numero dei collegi plurinominali, ossia per 100. Tale quoziente è dunque pari a 6,06. Nella settima colonna è indicato il quoziente intero dato dalla suddivisione per 6,06 del numero dei seggi totali assegnati a ciascuna circoscrizione (colonna settima). Poiché sulla base dei quozienti interi di cui alla settima colonna vengono assegnati alle circoscrizioni soltanto 90 dei 100 collegi plurinominali, come risulta dall'ultimo rigo della settima colonna, si tratta di valutare i resti, che sono indicati nell'ottava colonna. Nella nona colonna è indicato l'ordinale dei resti: infatti si tratta di attribuire un collegio in più alle dieci circoscrizioni che avanzano il resto maggiore, così da esaurire i 100 collegi, come viene infine evidenziato nella decima colonna («Collegi totali»).

|                       |            |     |        |    |     |    |      |    |     |
|-----------------------|------------|-----|--------|----|-----|----|------|----|-----|
| <b>Piemonte</b>       | 4.363.916  | 45  | 36.221 | 7  | 46  | 7  | 3,58 | 8  | 8   |
| <b>Lombardia</b>      | 9.704.151  | 100 | 87.051 | 2  | 101 | 16 | 4,04 | 5  | 17  |
| <b>Trentino A. A.</b> | 1.029.475  | 10  | 67.765 | 3  | 11  |    |      |    |     |
| <b>Veneto</b>         | 4.857.210  | 50  | 48.660 | 6  | 51  | 8  | 2,52 | 13 | 8   |
| <b>Friuli V.G.</b>    | 1.218.985  | 12  | 64.933 | 4  | 13  | 2  | 0,88 | 18 | 2   |
| <b>Liguria</b>        | 1.570.694  | 16  | 31.958 | 9  | 16  | 2  | 3,88 | 6  | 3   |
| <b>Emilia Romagna</b> | 4.342.135  | 45  | 14.440 | 15 | 45  | 7  | 2,58 | 12 | 7   |
| <b>Toscana</b>        | 3.672.202  | 38  | 17.704 | 14 | 38  | 6  | 1,64 | 17 | 6   |
| <b>Umbria</b>         | 884.268    | 9   | 18.729 | 13 | 9   | 1  | 2,94 | 11 | 1   |
| <b>Marche</b>         | 1.541.319  | 16  | 2.583  | 18 | 16  | 2  | 3,88 | 6  | 3   |
| <b>Lazio</b>          | 5.502.886  | 57  | 21.139 | 12 | 57  | 9  | 2,46 | 14 | 9   |
| <b>Abruzzo</b>        | 1.307.309  | 13  | 57.086 | 5  | 14  | 2  | 1,88 | 15 | 2   |
| <b>Molise</b>         | 313.660    | 3   | 25147  | 11 | 3   | 0  | 3,00 | 10 | 1   |
| <b>Campania</b>       | 5.766.810  | 59  | 92.721 | 1  | 60  | 9  | 5,46 | 3  | 10  |
| <b>Basilicata</b>     | 578.036    | 6   | 1.010  | 20 | 6   | 0  | 6,00 | 1  | 1   |
| <b>Puglia</b>         | 4.052.566  | 42  | 13.384 | 16 | 42  | 6  | 5,64 | 2  | 7   |
| <b>Calabria</b>       | 1.959.050  | 20  | 35.630 | 8  | 20  | 3  | 1,82 | 16 | 3   |
| <b>Sicilia</b>        | 5.002.904  | 52  | 2.012  | 19 | 52  | 8  | 3,52 | 9  | 9   |
| <b>Sardegna</b>       | 1.639.362  | 17  | 4.455  | 17 | 17  | 2  | 4,88 | 4  | 3   |
| <b>Valle d'Aosta</b>  | 126.806    | 1   | 30.635 | 10 | 1   |    |      |    |     |
| <b>Totale Naz.</b>    | 59.433.744 | 610 |        |    | 618 | 90 |      |    | 100 |

Sulla base della precedente Tabella, con la quale si individua il numero dei collegi in cui dividere ciascuna circoscrizione, il d.lgs. 122/2015 ha altresì provveduto al concreto ritaglio sul territorio dei collegi plurinominali. Proprio con riferimento a tali collegi plurinominali, verranno presentate le candidature. In particolare, ogni partito o gruppo politico organizzato può presentare in ciascun collegio liste che contengano un numero di candidati compreso tra la metà e la totalità del numero dei seggi assegnati a quel collegio. Poiché i collegi plurinominali, per previsione legislativa, non assegneranno meno di tre seggi né più di nove, le liste non potranno prevedere mai meno di due candidati (nei collegi che assegnano tre deputati, come quello del Molise) né più di nove (pari al numero massimo di candidati nei collegi più grandi, ossia quelli che assegnano nove seggi). In tutti i casi, dunque, l'elettore non si troverà davanti liste lunghe, bensì liste corte o cortissime, secondo quanto il legislatore si era riproposto al fine di poter reintrodurre, almeno parzialmente, un sistema di liste bloccate.

Il precedente paragrafo si era chiuso notando che in un sistema nel quale i seggi sono distribuiti a livello nazionale ma i voti degli elettori sono espressi in circoscrizioni locali, per tenere fissa la distribuzione nazionale dei seggi tra le liste, le opzioni sono sostanzialmente due, che abbiamo chiamato “soluzione Porcellum” e soluzione “Italicum”.





| COLLEGIO     |        | PD    | PDL   | SC    | M5S   |
|--------------|--------|-------|-------|-------|-------|
| Lombardia 7  | % voti | 32,3% | 21,6% | 11,2% | 21,4% |
|              | Seggi  | 1     | 2     | 1     | 0     |
| Lombardia 11 | % voti | 29,3% | 23,2% | 14%   | 21,2% |
|              | Seggi  | 1     | 4     | 1     | 0     |
| Lombardia 12 | % voti | 30,2% | 26,1% | 9%    | 23,3% |
|              | Seggi  | 1     | 3     | 0     | 0     |
| Lombardia 11 | % voti | 29,3% | 23,2% | 14%   | 21,2% |

*Elezioni 2008, premio al primo turno al centrodestra*

| COLLEGIO |        | FI    | LN   | PD    | IDV  |
|----------|--------|-------|------|-------|------|
| Umbria 2 | % voti | 33,6% | 1,7% | 45,3% | 2,9% |
|          | Seggi  | 1     | 1    | 3     | 0    |
| Marche 1 | % voti | 33,8% | 3,8% | 43,2% | 4%   |
|          | Seggi  | 1     | 1    | 2     | 0    |

*Elezioni 2006, premio al primo turno al centrosinistra*

| COLLEGIO  |        | ULIVO  | RC    | FI     | AN    | UDC  | LN   |
|-----------|--------|--------|-------|--------|-------|------|------|
| Molise    | % voti | 29,7 % | 4,8 % | 26,6 % | 11,2% | 7,7% | 0,2% |
|           | Seggi  | 2      | 0     | 0      | 0     | 0    | 1    |
| Toscana 5 | % voti | 46,5%  | 7,1%  | 16,2%  | 12,5% | 5,6% | 1,2% |
|           | Seggi  | 3      | 0     | 0      | 0     | 1    | 0    |

La totale irriducibilità dell'assegnazione dei seggi all'espressione del voto nei collegi, come detto, induceva a introdurre nel testo di legge una diversa soluzione con riguardo alla restituzione dei seggi distribuiti nazionalmente ai collegi.

Il nuovo criterio, come anticipato nel precedente paragrafo, funziona in questo modo: a livello nazionale si ripartiscono i seggi tra le liste; si procede poi a una ripartizione prima a livello di circoscrizione e poi di collegio sulla base di calcoli che sostanzialmente producono un'alterazione delle cifre elettorali circoscrizionali e di collegio tale da poter ricalcare le stesse alterazioni che si sono evidenziate a livello nazionale ("gonfiando" le cifre delle liste che a livello nazionale sono sovra-rappresentate e "deprimendo" quelle che sono sotto-rappresentate, anche attraverso l'uso di quozienti differenziati per la lista destinataria del premio e le altre); si procede a confrontare i risultati delle due distribuzioni, evidenziando come eccedentarie le liste che, sommati i risultati riportati circoscrizione per circoscrizione e collegio per collegio, hanno ottenuto più seggi di quanto spetta loro a livello nazionale e, viceversa,

come “deficitarie” le liste che hanno ottenuto meno seggi. A questo punto, le liste eccedentarie perderanno i seggi eccedenti nelle circoscrizioni e nei collegi dove hanno il resto peggiore e quelle deficitarie acquisiranno i seggi mancanti nelle circoscrizioni e nei collegi dove hanno il resto non utilizzato migliore #####. Con questo meccanismo, le alterazioni della rappresentanza politica a livello di collegio o della rappresentanza politica della lista nel territorio sono effettivamente ridotte rispetto a quelle che si sarebbero prodotte continuando ad applicare le disposizioni contenute nel Porcellum. Tutto ciò, però, diversamente che con il criterio precedente all’emendamento, avviene a totale detrimento della rappresentatività territoriale della Camera, perché la dotazione iniziale dei seggi assegnati ai collegi subisce forti variazioni, come dimostrato dalla Tabella 5#####.

Tabella 5: Slittamento tra collegi dei seggi secondo l’Italicum

| Circoscrizioni | N. collegi nella circ. | N. dei collegi per seggi persi o guadagnati |    |   |    |    |    |
|----------------|------------------------|---------------------------------------------|----|---|----|----|----|
|                |                        | -2                                          | -1 | 0 | +1 | +2 | +3 |
| Piemonte       | 8                      |                                             | 3  | 3 | 1  | 1  |    |
| Lombardia      | 17                     | 1                                           | 4  | 6 | 6  |    |    |
| Veneto         | 8                      |                                             | 2  | 5 |    | 1  |    |
| Friuli         | 2                      |                                             | 1  | 0 | 1  |    |    |
| Liguria        | 3                      |                                             | 1  | 1 | 1  |    |    |
| Emilia         | 7                      |                                             | 2  | 3 | 2  |    |    |
| Toscana        | 6                      |                                             | 2  | 2 | 2  |    |    |
| Marche         | 3                      |                                             | 1  | 1 | 1  |    |    |
| Umbria         | 1                      |                                             |    | 1 |    |    |    |
| Lazio          | 9                      |                                             | 3  | 3 | 3  |    |    |
| Abruzzo        | 2                      |                                             |    | 2 |    |    |    |
| Molise         | 1                      |                                             |    | 1 |    |    |    |
| Campania       | 10                     |                                             | 2  | 6 | 2  |    |    |
| Puglia         | 7                      |                                             | 3  | 3 |    |    | 1  |
| Basilicata     | 1                      |                                             |    | 1 |    |    |    |
| Calabria       | 3                      |                                             | 1  | 1 | 1  |    |    |
| Sicilia        | 9                      |                                             | 2  | 5 | 2  |    |    |

##### Il resto è giudicato migliore o peggiore non in assoluto ma in relazione al quoziente che l’ha prodotto.

##### I dati (disponibili in <http://www.camera.it/temiap/d/leg17/ac0468b>) sono tratti dalla simulazione predisposta dall’Ufficio studi della Camera dei Deputati intitolata *Calcolo del risultato delle elezioni europee 2014 secondo la formula prevista dalla legge n. 52/2015*. La Tabella 5 individua il numero dei collegi che subiscono alterazioni del numero di seggi che eleggono “in uscita” rispetto a quelli che erano stati assegnati loro “in entrata”. La Tabella divide poi i collegi che subiscono variazioni in funzione dell’entità (in positivo o in negativo) della variazione. Solo 45 collegi su 100 non subiscono variazioni. Un collegio guadagnerebbe addirittura tre seggi. Mentre in tre casi si verificherebbe un’alterazione di due seggi.

|                |     |   |    |     |    |   |   |
|----------------|-----|---|----|-----|----|---|---|
| Sardegna       | 3   |   | 1  | 1   | 1  |   |   |
| Totale Collegi | 100 | 1 | 28 | 45  | 23 | 2 | 1 |
| Totale Seggi   | 606 | 2 | 28 | 546 | 23 | 4 | 3 |

La soluzione adottata dall'Italicum, dunque, risolve sì alcuni problemi ma ne fa emergere altri. In particolare, riduce la distorsione nell'allocazione tra i collegi dei seggi assegnati nazionalmente alle liste, perché queste otterranno i seggi nei collegi dove hanno ottenuto i migliori risultati. La soluzione adottata però, non solo altera decisamente la rappresentanza territoriale dei singoli collegi ma non risulta decisiva nella risoluzione dei problemi attinenti ad una corretta rappresentanza politica dei collegi. In particolare, l'irrazionalità nel sistema di produzione della rappresentanza politica a livello di collegio è stata sì ridotta, ma non evitata del tutto, come si può agevolmente constatare consultando la Tabella 6.

**Tabella 6: Rappresentanza politica a livello di collegio nella versione finale dell'Italicum**

| <i>Elezioni europee 2014, premio assegnato al primo turno al Pd</i> |        |      |      |      |      |     |         |     |
|---------------------------------------------------------------------|--------|------|------|------|------|-----|---------|-----|
| COLLEGIO                                                            | SEGGI  | PD   | M5S  | FI   | LN   | NCD | TSIPRAS | FDI |
| Lombardia 7                                                         | % voti | 42,5 | 15,8 | 16,7 | 12,4 | 4,2 | 3,4     | 2,7 |
|                                                                     | Seggi  | 3    |      |      |      |     |         |     |
| Basilicata                                                          | % voti | 42,2 | 21,2 | 14   | 0,7  | 4,1 | 5,7     | 4,3 |
|                                                                     | Seggi  | 4    | 1    | 1    |      |     |         |     |
| Abruzzo 2                                                           | % voti | 32,4 | 30,8 | 18,4 | 1,4  | 4,7 | 4,2     | 4,5 |
|                                                                     | Seggi  | 4    | 2    | 1    |      | 1   |         |     |
| Campania 4                                                          | % voti | 37,8 | 26,3 | 24   | 0,4  | 3,6 | 2,9     | 2,7 |
|                                                                     | Seggi  | 4    | 1    | 1    |      |     |         |     |
| Lombardia 12                                                        | % voti | 44,5 | 15   | 17,1 | 7,8  | 4,6 | 5,8     | 2,7 |
|                                                                     | Seggi  | 4    |      | 1    |      |     | 1       |     |
| Veneto 1                                                            | % voti | 36,2 | 17,4 | 13,4 | 16,4 | 3,3 | 2,9     | 2,8 |
|                                                                     | Seggi  | 3    |      |      | 1    |     |         |     |
| Emilia 2                                                            | % voti | 56,1 | 19,4 | 9,9  | 4,3  | 2,1 | 4       | 2   |
|                                                                     | Seggi  | 4    |      |      |      |     |         |     |

### 3. La restituzione ai collegi della distribuzione nazionale dei seggi di fronte al comma 4 dell'art. 56 Cost.

Come visto nel paragrafo precedente, il meccanismo di restituzione ai collegi dei seggi distribuiti a livello nazionale che è stato adottato nell'Italicum altera la dotazione di seggi che

spetta ai collegi sulla base della loro consistenza demografica e produce una forte distorsione della rappresentanza dei singoli collegi (ancorché non ai livelli parossistici che si sarebbero evidenziati in caso di adozione nell'Italicum del sistema adottato nel Porcellum). Tale duplice alterazione a livello di rappresentanza politica e territoriale, fa sorgere il dubbio della compatibilità del meccanismo introdotto con l'art. 56 comma 4 della Costituzione, perché esso prevede che «La ripartizione dei seggi tra le circoscrizioni [...] si effettua dividendo il numero degli abitanti della Repubblica [...] per seicentodiciotto e distribuendo i seggi in proporzione alla popolazione di ogni circoscrizione, sulla base dei quozienti interi e dei più alti resti». In merito a tale precetto, pertanto, conviene cercare di abbozzare qualche considerazione, tanto più che esso costituisce una disposizione rimasta sostanzialmente negletta dalla speculazione della dottrina costituzionalistica. La lacuna dottrinarica da tempo è stata autorevolmente evidenziata \*\*\*\*\* e ne sono state individuate anche le ragioni: «In effetti per quanto riguarda la Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica la previsione di cui agli art. 56 e 57 Cost. che prescrive la ripartizione dei seggi tra i collegi per la Camera e tra le regioni per il Senato in proporzione alla popolazione risultante all'ultimo censimento e sulla base dei quozienti interi e dei più alti resti, sembrerebbe non porre eccessivi problemi», in quanto «il tema del *gerrymandering* e del *malapportionment* non risulta preso in considerazione a causa della sua apparente residualità in un ordinamento fondato sulla convenzione proporzionalistica» ++++++. A maggior ragione, dunque, è tanto più urgente riprendere il discorso oggi, a «convenzione proporzionalistica» ormai esaurita.

### 3.1. Un tentativo di ricostruzione del significato della disposizione costituzionale tra radicamento territoriale della rappresentanza e principio di uguaglianza

L'art. 56 comma 4 della Costituzione è stato introdotto, in una formulazione parzialmente diversa da quella attuale, nel testo della Costituzione dall'art. 1 della Legge Costituzionale 9 febbraio 1963 n. 2 ++++++, in occasione dell'innovazione dell'originaria formulazione dell'art. 56, il quale prevedeva che i membri della Camera non fossero in numero fisso bensì «in ragione di un deputato per ottantamila abitanti o per frazione superiore a quarantamila». Con la riforma, invece, si stabiliva che «La ripartizione dei seggi tra le circoscrizioni si effettua dividendo il numero degli abitanti della Repubblica, quale risulta dall'ultimo censimento

\*\*\*\*\* Così F. Lanchester, *Voto (diritto di): a) Diritto pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, p. 1129: «Problema trascurato dalla dottrina italiana è invece quello della uguaglianza rappresentativa tra i collegi sia in relazione alla delimitazione territoriale, sia in relazione al rapporto rappresentativo». Analogamente anche A. Agosta, *Elezioni e territorio: i collegi uninominali tra storia legislativa e nuova disciplina elettorale*, cit., p. 166, il quale, riferendosi alla tematica del ritaglio dei collegi in generale, precisa: «La stessa letteratura scientifica, dopo l'introduzione della proporzionale del 1919, aveva progressivamente trascurato l'argomento, se non in opere di carattere teorico generale sui sistemi elettorali, ma con limitati elementi di ricostruzione storica e comparata».

+++++ F. Lanchester, *ult. loc. cit.* In generale, in merito al tema delle circoscrizioni nella legislazione elettorale nonché dei problemi connessi a partire dal *malapportionment* e dal *gerrymandering*, si veda F. Lanchester, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna, il Mulino, 1981, pp. 89 ss.

+++++ L'art. 2 innovava l'art. 57 in materia di numero dei senatori e di loro distribuzione tra le Regioni, mentre l'art. 3 riduceva la durata del mandato dei senatori da 6 a 5 anni così equiparandolo a quello della Camera.



base dei quozienti interi e dei più alti resti. Il testo veniva approvato immutato dalla Commissione e la relazione per l'Aula non si diffondeva sul punto. In Aula, nella seduta del 7 agosto 1962, prendeva la parola il solo deputato Lucifero, senza intervenire sul tema specifico del riparto dei seggi tra le circoscrizioni. Né il relatore, né il Ministro di Grazia e Giustizia Bosco si diffondevano sul tema e la Camera rapidamente approvava. Il Senato terminava la prima deliberazione il 21 settembre 1962, senza indugiare sul punto, così come non si registrano interventi in tema alla Camera nella seconda deliberazione, che si consuma rapidamente in data 30 gennaio 1963 <sup>\*\*\*\*\*</sup>, o in quella del Senato del 7 febbraio 1963 <sup>#####</sup>. La legge veniva promulgata il 9 febbraio e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 12 febbraio 1963.

Il testo odierno del comma 4 dell'art. 56, come anticipato, non è poi esattamente quello risultante dall'intervento del '63, giacché alcune modificazioni – invero marginali al fine del nostro discorso – furono infine apportate, con l'intervento correttivo della Legge Costituzionale 23 gennaio 2001 n. 1, che, avendo riservato 12 seggi della Camera dei Deputati alla rappresentanza della comunità italiana all'estero, si è limitata a ridurre da 630 a 618 i seggi eletti nelle circoscrizioni italiane da distribuire tra le stesse, sulla base del medesimo criterio proporzionale già introdotto nel 1963 <sup>#####</sup>.

Nonostante l'evidenziata laconicità dei lavori che hanno portato al testo attuale del comma 4 dell'art. 56 della Costituzione non aiuti l'interprete, qualche considerazione sulla disposizione introdotta nel 1963 è comunque possibile. Essa, anzitutto, sembrava innovativa sotto due punti di vista: da un lato nell'introdurre per la Camera il numero fisso dei deputati, dall'altro facendo comparire nel testo della Costituzione il riferimento alle circoscrizioni elettorali, che, invece, nel testo precedente non c'era. Tuttavia, da questo secondo punto di vista, la riforma del 1963 è più apparente che reale, perché la della formulazione precedente mancava di riferimento alle circoscrizioni solo formalmente. La specificazione che, garantito un deputato ogni 80.000 elettori, si sarebbe attribuito un seggio ulteriore per ogni «frazione superiore ai 40.000» implicava già allora, infatti, l'esistenza di circoscrizioni tra cui distribuire i seggi. Se le circoscrizioni non avessero dovuto ritenersi presupposte già allora, in effetti, il riferimento costituzionale all'attribuzione di un ulteriore seggio per frazione superiore ai 40.000 elettori sarebbe risultato pleonastico: poiché, in mancanza di una suddivisione in circoscrizioni, l'operazione di individuazione dei seggi avrebbe dovuto svolgersi a livello nazionale, la frazione di 40.000 elettori cui attribuire il seggio supplementare avrebbe potuto essere solamente una (si sarebbe trattato infatti di dividere la popolazione nazionale per 80.000 ottenendo il numero dei deputati e vedere se il resto della divisione avesse superato o meno i 40.000 elettori, per

<sup>\*\*\*\*\*</sup> *Atti Camera*, III Legisl., seduta del 30 gennaio 1963, res. sten., pp. 37293 ss.

<sup>#####</sup> *Atti Senato*, III Legisl., seduta del 7 febbraio 1963, res. sten., pp. 37305 ss.

<sup>#####</sup> Sulla Legge Costituzionale 23 gennaio 2001 n. 1 si vedano: E. Bettinelli, *Il voto degli italiani all'estero*, in *Riforme elettorali*, cit., pp. 199 ss.; C. Fusaro, *Il voto all'estero: quando i costituzionalisti... non ci stanno*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2002, pp. 351

ss.; E. Grosso, *Il voto all'estero: tra difficoltà applicative e dubbi di costituzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2002, pp. 346 ss. Quanto alla dottrina in tema ma precedente alla riforma, si veda *Il voto degli italiani all'estero. Seminario di studio e documentazione*, a cura di F. Lanchester, Roma, Bulzoni, 1988.



Non si tratta di individuare il senso della previsione contrapponendo la rappresentanza dei territori alla rappresentanza degli abitanti. Non ci può essere dubbio, infatti, che scopo del sistema elettorale – e, per la verità, della stessa Camera dei deputati – sia quello di rappresentare i cittadini italiani <sup>+++++</sup>. La necessità della divisione in circoscrizioni, invece, dice qualcosa circa il modo attraverso il quale la rappresentanza dei cittadini deve essere costruita. Si potrebbe dire che, con tale disposizione, la Costituzione sceglie per una forma di rappresentanza reale e concreta e non virtuale e astratta <sup>#####</sup>. Soltanto con il fine di costruire nella Camera una rappresentanza reale e concreta, infatti, si può spiegare l'obbligo di istituire circoscrizioni (ancorché il legislatore sia poi libero – nel limite generale della ragionevolezza – di individuarne numero e ampiezza in concreto). Già Mortati sottolineava infatti che «la ripartizione in una pluralità di collegi è promossa dall'esigenza di avvicinare gli elettori agli eleggibili, così da facilitare ai primi la scelta fra questi ultimi e nello stesso tempo da mantenere i contatti fra gli uni e gli altri» <sup>#####</sup>. Se i deputati non fossero eletti in circoscrizioni territoriali di dimensioni ragionevoli dunque né gli elettori sarebbero in grado di scegliere effettivamente tra i candidati né sarebbe possibile costruire effettivamente un rapporto di rappresentanza tra i primi ed i secondi <sup>\*\*\*\*\*</sup>.

Una volta stabilito che la rappresentanza popolare si può realizzare nella Camera dei deputati soltanto attraverso un meccanismo elettorale organizzato in ripartizioni geografiche più piccole, il meccanismo di allocazione tra queste dei seggi non ha altro scopo che quello di proteggere il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. e, in particolare, l'uguaglianza dei voti ex art. 48 Cost. In effetti, se alcune circoscrizioni ricevessero un numero di seggi inferiore a quello che spetta loro proporzionalmente, ciò implicherebbe una sotto-rappresentazione parlamentare degli elettori di quella circoscrizione a favore di una sovra-rappresentazione di altri, con buona pace del principio di uguaglianza, di cui al comma 1 dell'art. 3 della Costituzione, e dunque un ridotto peso del proprio voto rispetto a quello degli elettori della circoscrizioni sovra-rappresentate, a detrimento dell'uguaglianza dei voti, di cui all'art. 48 della Costituzione.

<sup>+++++</sup> Come già avvertiva C. Mortati, F. Modugno, A. Baldassarre, C. Mezzanotte, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1991, p. 441: «sono gli abitanti e non il territorio a dover essere rappresentati».

<sup>#####</sup> In proposito, si veda M. Esposito, *Le circoscrizioni elettorali come elemento costitutivo della configurazione giuridica della rappresentanza politica*, cit., p. 2582, che sottolinea come «Il grado di concretezza e, se si vuole, di fedeltà e di sincerità della costituzione dei corpi rappresentativi è strettamente legato al modo mediante il quale si fa fronte alla loro provvista di personale».

<sup>#####</sup> C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 441. Richiama la considerazione anche M. Rubechi, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 120 ss. Anche secondo A. Russo, *Collegi elettorali ed eguaglianza del voto. Un'indagine sulle principali democrazie stabilizzate*, Milano, Giuffrè 1998, p. 25, rinunciare alla divisione del territorio in circoscrizioni per perseguire una perfetta proporzionalità sacrificerebbe «esigenze certamente meritevoli di tutela: si pensi al rapporto fra eletti ed elettori, che in un unico collegio di dimensioni statali viene praticamente azzerato, e al rischio [...] di gravi squilibri territoriali della rappresentanza, tali da privare, nei fatti, ampi settori del Paese della possibilità di eleggere un parlamentare».

<sup>\*\*\*\*\*</sup> Si noti, tra l'altro, che la conoscibilità dei candidati è un principio che ha avuto una sua valorizzazione esplicita nella sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale. Si veda in questo senso M. Rubechi, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, cit., p. 121, che, prima di richiamare la sentenza 1/2014 della Corte costituzionale, afferma: «la suddivisione del territorio in più collegi elettorali tutela maggiormente la libertà di scelta dell'elettore, intesa nel senso della possibilità di influire effettivamente anche sulla individuazione dei candidati».

La stessa realizzazione del principio di uguaglianza tra le persone e di quello del voto eguale, tuttavia, proprio a causa del riferimento costituzionale alla suddivisione del territorio in circoscrizioni, ha una dimensione che si può pienamente apprezzare soltanto in termini di rappresentanza concreta e reale non già virtuale e astratta. Il riferimento alla circoscrizione, infatti, produce una conseguenza ulteriore rispetto a quella di avvicinare elettori ed eletti. Esso, in particolare, fa sì che, nella composizione parlamentare, non vengano sotto-rappresentati gli abitanti delle circoscrizioni con più forte astensionismo a favore di quelli delle circoscrizioni con una maggiore affluenza al voto #####. In effetti, un calcolo centralizzato a livello nazionale determinerebbe l'assegnazione dei seggi a favore delle aree con più alta partecipazione al voto degli aventi diritto #####. Viceversa, ciò è neutralizzato dalla ripartizione circoscrizionale dei seggi, giacché, a due circoscrizioni con identica popolazione ma con un diverso tasso di astensionismo sarà assegnato lo stesso numero di seggi. Si noti che, dunque, il riferimento alla circoscrizione contiene – almeno implicitamente – un'attenuazione del principio dell'uguaglianza degli elettori se inteso in astratto e virtuale, perché – per l'appunto – un voto nelle circoscrizioni più astensioniste potrà “pesare” relativamente di più che un voto in quelle con maggior partecipazione elettorale #####.

Complessivamente, dunque, a me pare che si possa concludere che il comma 4 dell'art. 56 della Costituzione, allo scopo di far sì che nella Camera la rappresentanza popolare sia reale e concreta, richieda, da un canto, un radicamento territoriale della stessa, mentre, dall'altro, l'uguaglianza di tutti gli elettori non isolatamente assunti bensì in quanto situati in un certo

---

##### Ugualmente, viene sterilizzata la diversa composizione demografica della circoscrizione. Infatti, poiché la distribuzione dei seggi avviene sulla base della popolazione residente (e non degli elettori) non verranno sotto-rappresentate circoscrizioni con composizione demografica più giovane (che avranno a parità di popolazione un numero di non elettori più elevato) o con più stranieri (che determinano il numero dei residenti ancorché non siano ammessi al voto). Sul punto si veda S. Furlani, voce *Elezioni. I sistemi elettorali*, cit., p. 4.

##### Sul punto v., criticamente, B. Caravita di Toritto, M. Luciani, *Oltre la «democrazia bloccata»: ipotesi sui meccanismi elettorali*, in *Democrazia e diritto*, n. 6/1982, pp. 96 ss. Gli Autori ipotizzano una ripartizione tra i collegi non, come avviene per disposizione costituzionale, sulla base della popolazione residente, bensì «in base ai votanti ovvero ai voti validi» (p. 97). Tuttavia, una ripartizione dei seggi in base a tali parametri sembra di difficile ipotizzabilità, giacché i votanti ed i voti validi emergono solo successivamente alle votazioni, mentre l'attribuzione dei seggi è generalmente richiesta prima che esse si svolgano (ad esempio dal numero dei seggi di ciascuna circoscrizione dipende la lunghezza delle liste che si possono presentare). Inoltre, l'ipotesi sembra scontrarsi con il comma 4° degli articoli 56 e 57 della Costituzione: il primo si riferisce al «numero degli abitanti», il secondo alla «popolazione delle Regioni». Tali espressioni sembrano difficilmente conciliabili con una ripartizione dei seggi sulla base di conteggi successivi all'espletamento delle elezioni. Forse, invece, potrebbe utilmente immaginarsi una diversa soluzione che appare più compatibile con il testo costituzionale o comunque *de jure condendo*, ossia immaginare di riferirsi al numero degli iscritti nelle liste elettorali di ciascuna circoscrizione, il che escluderebbe una sovrarappresentazione delle circoscrizioni più giovani o di quelle con maggior numero di stranieri residenti (cittadini non elettori e stranieri residenti, infatti, costituiscono “popolazione residente” al fine della distribuzione dei seggi tra le circoscrizioni). Si tratterebbe di un criterio più adeguato, in verità, giacché aggancerebbe maggiormente la rappresentanza agli elettori effettivi. D'altro canto, attribuire più seggi alle regioni, ad esempio, con più stranieri, non ammettendo questi ultimi al voto, implica una concezione “virtuale” della rappresentanza. Sembrerebbe cioè che i residenti non votanti, capaci di aumentare la rappresentanza di quelle circoscrizioni in cui risiedono, debbano considerarsi “virtualmente” rappresentati dagli elettori votanti in quella circoscrizione.

##### Sull'aspetto della garanzia costituzionale ad una “territorializzazione” della rappresentanza, si veda E. Bettinelli, *Elezioni politiche*, cit., p. 487, che richiama l'«antico principio liberale della distribuzione territoriale della rappresentanza», ancorché – secondo Bettinelli – «Nello stato contemporaneo, con lo sviluppo delle comunicazioni e con l'avvento dei nuovi mass-media [...] lo stretto rapporto tra rappresentanza e (suddivisione del) territorio non appare più un fattore predominante».

territorio \*\*\*\*\* . Tali finalità, invero, non avrebbero richiesto di esplicitare in Costituzione il meccanismo preciso di distribuzione dei seggi tra le circoscrizioni, prescegliendo quello del quoziente e dei più alti resti ++++++. Ciononostante, la restituzione di senso al comma 4 dell'art. 56 sembra poter aggiungere una dimensione sostanzialistica alla necessità che il riparto dei seggi alle circoscrizioni avvenga secondo le forme individuate dalla disposizione ++++++.

### 3.2. Le implicazioni con riguardo allo “slittamento dei seggi” da una circoscrizione all'altra all'esito del procedimento elettorale

Come si è già detto, del comma 4 dell'art. 56 della Costituzione la dottrina si è occupata molto poco, se non proprio con riguardo al fenomeno dello slittamento dei seggi da una circoscrizione ad altra ~~~~~, fenomeno del quale, peraltro, ha avuto occasione di occuparsi anche la Corte costituzionale \*\*\*\*\* . Con l'espressione “slittamento dei

\*\*\*\*\* Si veda in questo senso I. Ciolli, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Napoli, Jovene, 2010, p. 104.

+++++ Si tratta, peraltro, di una scelta criticabile perché un simile meccanismo non è quello più indicato a ottenere un'equa proporzionalità nella distribuzione dei seggi, esistendo meccanismi più soddisfacenti, già individuati, a seguito di elaborati dibattiti in altri più evoluti contesti democratici. È il caso degli Stati Uniti con riguardo alla distribuzione dei seggi della Camera dei Rappresentanti tra gli Stati. Sul punto, si veda, M. Li Calzi, *Aritmetica per la Costituzione: La ripartizione dei seggi al Senato*, in <http://virgo.unive.it/lcalzi/AritmeticaCostituzione.pdf>, 3 ss., e, per la letteratura americana, M. L. Balinski, H. P. Young, *Fair Representation: Meeting the Ideal of One Man, One Vote*, Washington, Brookings Institution Press, 2001, E. V. Huntington, *The Mathematical Theory of the Apportionment of Representatives*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, n. 7/1921, pp. 123 ss., e W. F. Willcox, *The Apportionment of Representatives*, in *American Economic Review*, n. 6/1916, pp. 3 ss.

+++++ In questo senso, in effetti, per usare le parole di M. Esposito, *Le circoscrizioni elettorali come elemento costitutivo della configurazione giuridica della rappresentanza politica*, cit., p. 2581, «quel che viene additato come elemento demografico è, in realtà, un essenziale elemento democratico, perché illustra e permette di concretamente circoscrivere l'organizzazione costituzionale del popolo, quale figura soggettiva e non solo lessicale dell'art. 1 Cost.».

~~~~~ Si veda, a tal proposito: S. Furlani, *Procedimenti elettorali e rappresentanza territoriale*, in *Nuovi studi politici*, n. 4/1985, pp. 49-60, e spec. p. 53, laddove, però, l'Autore collega il dubbio di costituzionalità di legislazioni che producono lo slittamento dei seggi non tanto al comma 4 dell'art. 56 della Costituzione bensì al principio di tutela della rappresentanza delle Regioni (e anche, in particolare, delle minoranze linguistiche, con riguardo ad uno slittamento di seggi relativo alle elezioni politiche del 1983, riguardante la circoscrizione Trentino-Alto Adige che passava da 10 a 8 seggi, con conseguente riduzione della delegazione parlamentare della Svp da 4 a 3 mandati); S. Furlani, voce *Elezioni. I) sistemi elettorali*, cit., p. 6, secondo cui «l'attribuzione dei seggi traslati dalle singole circoscrizioni all'assegnazione in sede nazionale in proporzione al totale dei voti residui conseguiti dalle liste nelle singole circoscrizioni sulla base della normativa legislativa e della tecnica attualmente vigente, solleva [...] serie motivazioni di illegittimità costituzionale in quanto il numero dei seggi assegnati in base alla popolazione alle circoscrizioni non viene integralmente attribuito alle medesime». Si vedano inoltre: M. Luciani, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Roma, Editori Riuniti, 1991, p. 43; A. Russo, *Collegi elettorali ed eguaglianza del voto*, cit., pp. 30 ss. Più recentemente, si veda G. Tarli Barbieri, *Lo “slittamento dei seggi” all'esame della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 4/2014, pp. 876 ss.

***** Si veda la sentenza della Corte costituzionale n. 4/2014 nell'ambito di un conflitto di attribuzione sollevato dalla Regione Friuli Venezia Giulia con riferimento ai risultati delle elezioni politiche del 2013 all'esito delle quali furono eletti solo 12 deputati provenienti dalla circoscrizione di riferimento di quella Regione a fronte dei 13 ad essa spettanti ai sensi dell'art. 56 Cost. In merito, si veda G. Tarli Barbieri, *Lo “slittamento dei seggi” all'esame della Corte costituzionale*, cit., pp. 876 ss. La Corte dichiara inammissibile il ricorso anzitutto per questioni attinenti alla legittimazione della Regione ricorrente. La sentenza, tuttavia, contiene considerazioni assai rilevanti con riguardo al merito. La Corte, inoltre, aveva marginalmente toccato il tema anche nella sentenza n. 271/2010 con riguardo, però, alla legge elettorale italiana per il Parlamento europeo, laddove consente lo slittamento di seggi da una circoscrizione all'altra. Con riguardo al problema dello slittamento dei seggi in riferimento alle elezioni europee, oltre alla menzionata sentenza, si considerino anche alcuni pronunciamenti del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2011, n. 2886, e Cons. Stato, sez. I, 5 dicembre 2013, n. 3703, in *Foro amministrativo CDS*, II/2013, 3550 ss.) e si vedano: M. Betzu, *Mezzogiorno e seggi europei quattro anni dopo la sentenza della Corte costituzionale 271 del 2010*, in

seggi” si allude alla possibilità che, al termine delle operazioni elettorali, i seggi originariamente assegnati ad una circoscrizione non vengano integralmente attribuiti a candidati in quella circoscrizione, perché assegnati in altra: alla fine, la prima circoscrizione eleggerà meno deputati dei seggi a lei assegnati e i suoi elettori risulteranno pertanto (ingiustamente) sotto-rappresentati, mentre la seconda ne eleggerà in numero superiore e i suoi elettori risulteranno (ingiustamente) sovra-rappresentati ^{#####}. Tutte le leggi elettorali impiegate per l’elezione della Camera hanno previsto la possibilità di uno slittamento di seggi, che può essere escluso solo se i conteggi elettorali si concludono nella circoscrizione ^{#####}. Tali slittamenti sono generalmente stati considerati dalla dottrina compatibili con il comma 4 dell’art. 56, perché esso – è stato detto – «si estende [...] solo all’individuazione dei seggi in palio e non agli effetti del sistema elettorale» ^{#####} e, dunque, si applicherebbe solo in entrata e non anche in uscita. L’asserzione si fonda su due argomenti. In primo luogo si è spesso considerato che i casi di scostamento sono sempre stati marginali ^{*****} e casuali, non tali, cioè, da poter essere considerati come preordinati a favorire alcune circoscrizioni piuttosto che altre ^{#####}. In secondo luogo, si è sostenuto in dottrina ^{#####} e nella giurisprudenza costituzionale ^{#####} che si tratta di bilanciare tra due diversi beni: da un lato la “rappresentanza politica”, che richiederebbe di rispettare la proporzionalità tra le forze politiche a livello nazionale anche a discapito, se necessario, della

forumcostituzionale.it, 28 agosto 2014; M. Esposito, *Le circoscrizioni elettorali come elemento costitutivo della configurazione giuridica della rappresentanza politica*, cit., pp. 2576 ss.; G. P. Ferri, *Nuovi e vecchi problemi del sistema di elezione dei parlamentari europei: l’assegnazione dei seggi attribuiti con i resti e lo «spostamento» dei seggi da una circoscrizione all’altra*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2010, pp. 3326 ss.; C. Fusaro, *Il Tar Lazio all’assalto della clausola di sbarramento per le europee*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2010, pp. 410 ss.; Id., *Quando il Consiglio di Stato irride alla Corte costituzionale ovvero degli sberleffi di Palazzo Spada alla Consulta (e alla ragione)*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2011, pp. 657 ss.; C. Pinelli, *Eguaglianza del voto e ripartizione dei seggi tra circoscrizioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2010, pp. 3322 ss.; G. Tarli Barbieri, *La ripartizione dei seggi tra le circoscrizioni nelle elezioni europee: ovvero quando il Consiglio di Stato «riscrive» una legge elettorale*, in *forumcostituzionale.it*, 26 giugno 2014.

^{#####} In parentesi è aggiunto l’avverbio “ingiustamente” perché una certa sovra- o sotto-rappresentazione di alcuni gruppi di elettori è inevitabile in ogni sistema elettorale. Pertanto possono essere stigmatizzati i casi di sovra- o sotto-rappresentazione di gruppi di elettori solo quando questo effetto possa essere considerato ingiusto. Naturalmente l’ingiustizia della sotto- o sovra-rappresentazione andrà valutata caso per caso e dipenderà dai diversi parametri costituzionali che possono essere presi in considerazione.

^{#####} Com’è il caso, ad esempio, della legislazione elettorale per il Congresso dei deputati spagnolo, in cui i seggi sono ripartiti circoscrizione per circoscrizione con metodo proporzionale (si veda il capitolo dedicato a la *rappresentanza politica nel sistema elettorale spagnolo*, in S. Curreri, *Partiti e Gruppi parlamentari nell’ordinamento spagnolo*, cit., pp. 85 ss.). Nota che lo slittamento dei seggi tra circoscrizioni può essere impedito solo se il meccanismo di attribuzione dei seggi si esaurisca a livello circoscrizionale S. Furlani, *Procedimenti elettorali e rappresentanza territoriale*, cit., p. 51. Ribadisce la constatazione G. Tarli Barbieri, *Lo “slittamento dei seggi” all’esame della Corte costituzionale*, cit., p. 879.

^{#####} M. Rubechi, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, cit., p. 121.

^{*****} In questo senso: A. Russo, *Collegi elettorali ed eguaglianza del voto*, cit., p. 30; G. Tarli Barbieri, *Lo “slittamento dei seggi” all’esame della Corte costituzionale*, cit., p. 882.

^{#####} Secondo A. Russo, *Collegi elettorali ed eguaglianza del voto*, cit., 30 s., costituirebbe «una violazione del principio di eguaglianza del voto se la legge prevedesse meccanismi di traslazione non fondati sulla mera casualità, ma idonei a favorire (e quindi a sovra-rappresentare) alcune circoscrizioni rispetto ad altre». Analogamente G. Tarli Barbieri, *Lo “slittamento dei seggi” all’esame della Corte costituzionale*, cit., p. 882.

^{#####} G. Tarli Barbieri, *Lo “slittamento dei seggi” all’esame della Corte costituzionale*, cit., p. 880, secondo cui «il legislatore elettorale è chiamato a scegliere quali esigenze privilegiare» (ma si precisa poco oltre, 881: «È evidente, però, che tutte le soluzioni debbono essere attentamente inquadrate sul piano costituzionale»).

^{#####} Si veda la sentenza Corte cost. n. 271/2010, *Considerato in diritto*, n. 5.2.

Tabella 7#####: Slittamento di seggi da una circoscrizione all'altra nel Mattarellum

| Elezione | Circoscrizioni che hanno guadagnato seggi | | Circoscrizioni che hanno perso seggi | |
|----------|---|---|--------------------------------------|-----------------------------------|
| | numero | Denominazione | numero | denominazione |
| 1994 | 4 | Lombardia 2; Veneto 1; Liguria; Toscana | 3 | Emilia (2 seggi); Lazio 2; Puglia |
| 1996 | 3 | Piemonte 2; Veneto 1; Lazio 2; | 3 | Lombardia 2; Emilia; Puglia |
| 2001 | 2 | Veneto 1; Liguria; Campania 1 | 2 | Emilia (2 seggi); Puglia |

Il punto decisivo, nel giudizio circa la natura marginale o meno degli scostamenti è però la grandezza della circoscrizione che acquista o perde seggi. I sistemi proporzionali in vigore fino al 1993, il Mattarellum ed il Porcellum erano tutti caratterizzati da poche circoscrizioni piuttosto grandi. L'Italicum, invece è costituito di 100 collegi plurinominali. Ciò che rileva, infatti, nella diversa valutazione circa la natura marginale degli slittamenti, è soprattutto che queste cessioni o acquisti ingiustificati di seggi si innestano su una struttura di collegi caratterizzati da una dimensione ridotta quanto a dotazione iniziale di seggi. Come si intuisce, un conto è guadagnare o perdere un seggio quando la circoscrizione di cui si tratta sia grande. Altro è, come accadrà con l'Italicum, perdere o guadagnare seggi per un collegio di dimensioni ridotte. Solo nel primo caso la sovra- o sotto-rappresentazione degli elettori del primo collegio può dirsi marginale. Nel secondo caso, infatti, essa produce effetti altamente disrappresentativi, giacché il numero di elettori per ogni seggio espresso varierà in modo consistente, come emerge dalla Tabella 8. In essa si evidenzia come, sulla base di simulazioni prodotte dall'Ufficio studi della Camera, in alcune circoscrizioni verrà eletto un deputato ogni 63.359 aventi diritto al voto (si badi che ci si riferisce agli aventi diritto e non ai votanti) ed in altre ogni 172.006, con una escursione che va da meno della metà a più del doppio!

Ecco perché gli slittamenti di seggi che si verificheranno a seguito dell'adozione dell'Italicum, che, tra l'altro, riguarderanno un buon numero di collegi sul totale come già messo in luce dalla Tabella 5 (solo una minoranza di collegi manterrà la stessa consistenza), non avranno la natura marginale che buona parte della dottrina richiede al fine di giudicare costituzionalmente ammissibile l'alterazione della dotazione che ciascun collegio ha sulla base della popolazione

#####

Tabella 8#####: Elettori per seggio "in uscita" nell'Italicum

| Collegio | Dotazione | Dotazione | Elettori |
|----------|------------|-----------|------------|
| | in entrata | in uscita | per seggio |

I dati sono tratti dall'archivio storico delle elezioni consultabile presso il sito internet del Ministero dell'Interno (elezionistorico.interno.it).

Per una opinione contraria si veda M. Rubechi, *Il diritto di voto*, cit., 121, secondo cui la soluzione adottata dall'Italicum «permette di garantire che fra i collegi plurinominali si possano verificare fenomeni di slittamento di seggi molto contenuti».

I dati sono tratti dalla simulazione intitolata *Calcolo del risultato delle elezioni europee 2014 secondo la formula prevista dalla legge n. 52/2015* (disponibile in <http://www.camera.it/temiap/d/leg17/ac0468b>), predisposta dall'Ufficio studi della Camera dei Deputati.

particolare dagli assertori di modelli elettorali tanto manipolativi quanto lo sono i proporzionali con premio di maggioranza), tale criterio non ha copertura costituzionale diretta. È accettato infatti che la costituzione italiana non imponga affatto una formula elettorale proporzionale. Viceversa, tanto il comma 4 dell'art. 56 Cost., così come il principio di uguaglianza in generale o, specificamente, quello di uguaglianza dei voti hanno esplicita e persino solenne copertura costituzionale negli artt. 3 e 48 della Carta fondamentale. L'operazione di bilanciamento, dunque, non potrebbe avere come esito quello della prevalenza della rappresentatività politica a livello nazionale ma, all'opposto, quello della rappresentatività territoriale e della rappresentatività politica a livello locale. Di conseguenza, i sistemi multilivello di allocazione dei seggi dovrebbero essere considerati con maggiore severità e, con certezza, specialmente l'Italicum, sulla base delle cui disposizioni le alterazioni del principio di rappresentatività non avrebbero affatto consistenza marginale.

In realtà, dunque, se il senso del comma 4 dell'art. 56 è quello che sembra emergere dalle considerazioni contenute nel paragrafo precedente, l'evidenziato "lassismo" della dottrina circa il fenomeno dello slittamento dei seggi dovrebbe essere rivisto, valorizzando quelle posizioni minoritarie che già si erano espresse in senso contrario #####. Si è detto, infatti, che il comma 4 dell'art. 56 Cost. prescrive la suddivisione del territorio in circoscrizioni per ancorare territorialmente la rappresentanza così da renderla reale e concreta e che esso stabilisce l'attribuzione dei seggi alle circoscrizioni in proporzione alla popolazione per tutelare l'uguaglianza tra i cittadini e quella dei voti. Se è così, a me pare che non basti che il rispetto del riparto proporzionale tra circoscrizioni sia garantito dalla legislazione elettorale in entrata. Se infatti il riparto non fosse garantito anche in uscita, due sarebbero le conseguenze. Da un lato si violerebbe l'uguaglianza: i voti degli elettori delle circoscrizioni sovra-rappresentate conterebbero di più #####. Dall'altro lato, si impedirebbe che il rapporto di rappresentanza si costruisca effettivamente. In effetti i seggi slittano da una circoscrizione all'altra quando il sistema elettorale fa sì che un il voto espresso da un elettore, sulla base delle liste che gli sono presentate nella circoscrizione in cui vota, può finire per favorire un candidato

Mi riferisco a: M. Luciani, *Il voto e la democrazia*, cit., p. 43, che, con riferimento allo slittamento dei seggi, parlava di «perturbamento dell'uguaglianza»; S. Furlani, *L'astensionismo e i suoi effetti sui risultati elettorali*, in *Nuovi studi politici*, n. 2/1984, pp. 82 ss. e, Id., *Elezioni. I) Sistemi elettorali*, in *Enc. giur.*, XII, Roma 1989, p. 6; M. Esposito, *Le circoscrizioni elettorali come elemento costitutivo della configurazione giuridica della rappresentanza politica*, cit., p. 2583, secondo cui «La corrispondenza tra assegnazione e attribuzione dei seggi alle singole circoscrizioni si profila, quindi, quale necessità costituzionale, correlata indissociabilmente al principio di sovranità popolare (non già in astratto, ma secondo la specifica disciplina giuridica della nostra vigente Costituzione)»; G. P. Ferri, *Nuovi e vecchi problemi del sistema di elezione dei parlamentari europei: l'assegnazione dei seggi attribuiti con i resti e lo «spostamento» dei seggi da una circoscrizione all'altra*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2010, p. 3333, secondo cui: «non sembra si possa negare che, quando la Costituzione, in relazione alla distribuzione dei seggi fra le circoscrizioni in cui è diviso il territorio per l'elezione della Camera dei deputati, pone come criterio quello della proporzione rispetto alla popolazione, essa richiede non solo che la proporzionalità venga rispettata preventivamente, nel momento in cui il legislatore indica quanti seggi spettano a ogni circoscrizione, ma anche successivamente, a conclusione delle operazioni elettorali, quando i seggi vengono effettivamente assegnati».

Ancorché con riferimento alla legislazione elettorale per il Parlamento europeo, si veda M. Betzu, *Mezzogiorno e seggi europei*, cit., p. 2, secondo cui: «Non si tratta banalmente di affermare la prevalenza della rappresentanza territoriale su quella politica, ma, al contrario, di assicurare ad ogni cittadino che il suo voto abbia lo stesso valore a prescindere dalla circoscrizione in cui è espresso».

di altra circoscrizione, che egli non ha potuto considerare e che, magari, non avrebbe mai voluto favorire. È questo travaso del voto dell'elettore, dalla circoscrizione in riferimento alla quale egli conosce i candidati ad altra di cui egli non conosce formalmente alcunché, che produce lo slittamento del seggio. Tale assenza di collegamento anche solo sul piano della conoscibilità formale dell'eligendo da parte dell'elettore sembra del tutto incompatibile con la necessità, che ci pare possa essere desunta dall'art. 56 Cost. comma 4, di costruire un rapporto di rappresentanza reale e concreto. L'art. 56 della Costituzione, dunque, prescrivendo la necessaria articolazione del territorio in circoscrizioni per consentire di costruire un rapporto rappresentativo reale e concreto tra elettori ed eletti finisce col vietare un meccanismo che sacrifica la "rappresentanza politica" di collegio e la "rappresentanza territoriale" a favore della "rappresentanza politica" a livello nazionale, rendendo l'Italicum fortemente indiziato di illegittimità costituzionale anche sotto questo profilo.

4. Una postilla: il comma 4 dell'art. 56 Cost. e la circoscrizione Valle d'Aosta

Il comma 4 dell'art. 56 della Costituzione è inoltre stato oggetto di diversa interpretazione da parte di alcuni autori con riguardo alla modalità di inclusione della Valle d'Aosta nel sistema di distribuzione dei seggi.

L'omissione di ogni accenno alla Valle d'Aosta nel testo del comma 4 dell'art. 56 della Costituzione e l'esplicito riferimento ivi contenuto al numero seicentodiciotto quale divisore nel calcolo per la distribuzione dei seggi tra le circoscrizioni sembrano implicare che ai fini della stessa operazione di distribuzione dei seggi si debba tenere conto anche della popolazione della Valle d'Aosta, alla quale, come a tutte le altre circoscrizioni, andrà riconosciuto il numero di seggi risultante dalla divisione e dall'eventuale valorizzazione del resto in relazione alla sua consistenza demografica *****. Questa interpretazione è conforme alla costante prassi applicativa del comma 4 dell'art. 56 della Costituzione. In effetti, tale disposizione ha sempre comportato, dal momento della sua introduzione, la modalità di calcolo illustrata, come è facilmente verificabile esaminando i decreti del Capo dello Stato di ripartizione dei seggi adottati dal 1963, ossia dal primo decreto successivo alla riforma costituzionale che ha fissato in 630 i deputati, fino all'ultimo, ossia quello relativo alle elezioni del 2013: in tutti i decreti – non uno escluso – la distribuzione dei seggi tra le circoscrizioni è avvenuta considerando anche la Valle d'Aosta e la relativa popolazione e dividendo per 618, come risulta chiaramente dalla Tabella 8.

Dalla Tabella emerge inoltre che, a partire dal primo decreto successivo all'operatività della legge elettorale per gli Italiani all'estero, l'allegato al decreto presidenziale che dispone l'attribuzione dei seggi alle circoscrizioni contiene in calce una nota che espressamente specifica che il calcolo si effettua considerando la Valle d'Aosta e dividendo per 618: «Il quoziente intero [...], ai fini dell'art. 56, comma quarto, della Costituzione, è ottenuto

***** Così è accaduto anche nel d.lgs di ritaglio dei nuovi collegi, come evidenziato nella precedente Tabella 2.

dividendo il numero degli abitanti della Repubblica, quale risultante dall'ultimo censimento generale, per 618, numero corrispondente a quello dei deputati da eleggere (630) detratto il numero dei seggi assegnati alla circoscrizione Estero (12)». Nei decreti precedenti alla menzionata riforma del 2001, viceversa, una tale esplicita precisazione non compare. Tuttavia, non possono sorgere dubbi circa le modalità con le quali il calcolo è stato effettuato, perché tutte le rispettive tabelle evidenziano che il seggio attribuito alla circoscrizione Vale d'Aosta è frutto della divisione della relativa popolazione per il quoziente prodotto dalla divisione della popolazione nazionale per 618, come si desume altresì dalla circostanza che oltre al quoziente ottenuto per la Val d'Aosta viene indicato il relativo resto della divisione.

Quanto alle ripartizioni dei seggi tra le circoscrizioni precedenti alla fissazione in Costituzione del numero dei deputati, esse non erano disposte con decreto del Presidente della Repubblica, bensì erano stabilite direttamente dalla legge. Non si procedeva, dunque, alla operazione cui si ricorre oggi. Tuttavia, anche allora, nessuna regola speciale era prevista per la Valle d'Aosta, alla quale la Tabella A allegata alla legge elettorale approvata dalla Costituente, legge n. 6 del 20 gennaio 1948, riservava 1 seggio, specificando che esso derivava dalla divisione delle relativa popolazione (92.000) per il quoziente di 80.000, tanto che nella tabella era evidenziato anche il resto di 12.000

Tabella 9: Decreti di assegnazione dei seggi alle circoscrizioni

| D. P. R.
n. | Data | Gazzetta Ufficiale
n.s.g. | data | Firma
Pres. Rep. | Controfirma
Pres. Cons. | Visto
Min. Int. | Q.int.
V.d'A. | Resto
V.d'A. |
|--|------------|------------------------------|------------|---------------------|----------------------------|--------------------|------------------|-----------------|
| s.n. | 22.12.2012 | 299 | 24.12.2012 | Napolitano | Monti | Cancellieri | 1 | 30.635 |
| s.n. | 06.02.2008 | 31 | 06.02.2008 | Napolitano | Prodi | Amato | 1 | 27.322 |
| s.n. | 11.02.2006 | 36 | 12.02.2006 | Ciampi | Berlusconi | Pisanu | 1 | 27.322 |
| Formula apposta nel N.B. in calce ai decreti precedenti: "Il quoziente [...], ai fini dell'art. 56, comma quarto, della Costituzione, è ottenuto dividendo il numero degli abitanti della Repubblica, quale risultante dall'ultimo censimento generale, per 618, numero corrispondente a quello dei deputati da eleggere (630) detratto il numero dei seggi assegnati alla circoscrizione Estero (12)". | | | | | | | | |
| s.n. | 09.03.2001 | 58 | 10.03.2001 | Ciampi | Amato | Bianco | 1 | 25.815 |
| s.n. | 16.02.1996 | 40 | 17.02.1996 | Scalfaro | Dini | Coronas | 1 | 25.815 |
| s.n. | 16.01.1994 | 12 | 17.01.1994 | Scalfaro | Ciampi | Mancino | 1 | 25.815 |
| 63* | 02.02.1992 | 31 | 07.02.1992 | Cossiga | Scotti | Martelli | 1 | 22.581 |
| 162* | 28.04.1987 | 98 | 29.04.1987 | Cossiga | Scalfaro | Rognoni | 1 | 22.581 |
| 148* | 05.05.1983 | 122 | 05.05.1983 | Pertini | Rognoni | Darida | 1 | 22.581 |
| 118* | 10.04.1979 | 101 | 11.04.1979 | Pertini | Rognoni | Morlino | 1 | 23.219 |

Si veda in proposito la Tabella A "Circoscrizioni dei collegi elettorali ed assegnazione dei seggi", pubblicata nel Supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 20 del 26 gennaio 1948. La Tabella, aggiornata con la legge n. 148 del 1953, meglio nota come "Legge truffa", assegnava il solito seggio alla Valle d'Aosta ma non evidenziava invece le modalità di calcolo impiegate. La legge elettorale proporzionale con la quale fu eletta l'Assemblea costituente, adottata con il decreto legislativo luogotenenziale n. 74 del 10 marzo 1946, dopo la sua approvazione da parte della Consulta Nazionale il 23 febbraio 1946, è del tutto analoga, per quanto ci riguarda, alla successiva legge del 1948, dalla quale si distingue solamente perché fu attribuito un deputato ogni 75.000 abitanti o frazione superiore alla metà (con l'eccezione dell'XI circoscrizione "Udine-Belluno" alla quale, nonostante la Tabella evidenzi un resto di 38.003 elettori, non è riconosciuto il seggio supplementare). Anche qui, come si evidenzia dalla Tabella A "Circoscrizioni dei collegi elettorali ed assegnazione dei seggi", pubblicata nel Supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 60 del 12 marzo 1946, nessun trattamento speciale è riservato alla Valle d'Aosta, con riferimento alla quale si può leggere dell'attribuzione di un seggio a fronte di 83.455 elettori ed un resto di 8.455.

| | | | | | | | | |
|------|------------|-----|------------|---------|-------------------|-----------|---|--------|
| 166* | 03.05.1976 | 116 | 04.05.1976 | Leone | Cossiga | Bonifacio | 1 | 23.219 |
| 22° | 28.02.1972 | 56 | 28.02.1972 | Leone | Andreotti - Rumor | Gonella | 1 | 20.605 |
| 131* | 11.03.1968 | 67 | 11.03.1968 | Saragat | Taviani | Reale | 1 | 20.605 |
| 65* | 18.02.1963 | 47 | 18.02.1963 | Segni | Taviani | Bosco | 1 | 20.605 |

Sono contraddistinti con l'asterisco (*) i decreti per i quali la controfirma è stata apposta dal Ministro per l'interno e il visto dal Guardasigilli; con il pallino (°) il decreto per il quale la controfirma è stata apposta dal Presidente del Consiglio unitamente al Ministro per l'interno e il visto dal Guardasigilli.

Nonostante la chiarezza della lettera del comma 4 dell'art. 56 Cost. e della conseguente costante conformità nella sua interpretazione nella totalità dei 14 decreti di ripartizione dei seggi adottati con decreti del Presidente della Repubblica a partire dal primo del 1963, come si diceva, in dottrina compaiono interpretazioni difformi sul punto, rispetto alle quali, la succinta ricostruzione del significato del comma 4 dell'art 56 Cost. può forse aggiungere qualche elemento.

Un'interpretazione interessante, ma forse non ancora difforme a quella tradizionale, può riscontrarsi nella voce Elezioni politiche scritta (precedentemente alla riduzione a 618 dei seggi da distribuire tra le circoscrizioni nazionali) da Ernesto Bettinelli per il Digesto. L'Autore scriveva che «È la stessa Costituzione che stabilisce la regola per la distribuzione dei 630 seggi [...oggi leggasi: 618]: si divide il numero degli abitanti per la Repubblica [...] per 630 [618]; il quoziente così ottenuto costituisce il divisore fisso per la successiva serie di 31 divisioni» #####. La legge elettorale di allora prevedeva però 32 circoscrizioni. Bettinelli specificava di riferirsi a 31 divisioni, non procedendo, con ciò, a dividere per il quoziente anche la popolazione della Valle d'Aosta, perché «alla Valle d'Aosta spetta per legge un solo seggio» #####. Egli specificava inoltre che «Per prassi, tuttavia, anche per tale autonomo collegio si procede alle operazioni descritte» e che, «fino ad oggi, i non cospicui resti che risultano dalla divisione relativa al suddetto collegio non lo porrebbero comunque in concorrenza con altri» *****. Secondo tale interpretazione, il calcolo del quoziente per la distribuzione dei seggi dovrebbe essere ottenuto dividendo per 618 la popolazione italiana ivi inclusa quella della Valle d'Aosta ma poi a questa circoscrizione non verrebbe mai attribuito un secondo seggio. Ciò perché – secondo Bettinelli – la legge elettorale istituisce un collegio uninominale per la Valle d'Aosta. Non è chiaro, però, in questo discorso, se Bettinelli ritenga o meno tale previsione compatibile con l'art. 56 Cost.

L'interpretazione che maggiormente si distingue da quella finora adottata nella prassi dei decreti presidenziali è invece quella di Fusaro e Rubechi, i quali, in un recente commentario alla Costituzione, propongono di detrarre dalla popolazione italiana quella residente in Val d'Aosta e di dividere tale differenza per 617, anziché per 618. Un'operazione del genere produrrebbe necessariamente un quoziente diverso da quello che si ottiene considerando invece anche i residenti in Val d'Aosta e dividendo la totalità della popolazione italiana per 618

E. Bettinelli, *Elezioni politiche*, cit., 490.

E. Bettinelli, *Elezioni politiche*, cit., n. 28, p. p. 494.

***** *Ibidem*.

#####. Tali Autori in effetti affermano che «L'ultimo comma dell'articolo [56 Cost.] stabilisce che per determinare i seggi da attribuire a ciascuna circoscrizione si debba ripartire il numero totale di quelli in palio [...] per un totale di 617, tenuto conto che uno è assegnato alla Valle d'Aosta» #####.

L'interpretazione di Battinelli e quella di Fusaro e Ribechi sembrano giustificarsi per la modalità alla quale la legislazione elettorale per la Camera si è sempre informata fin dal testo unico del 1957. Tale testo, persino oggi, dopo le novelle apportate dall'Italicum continua infatti a prevedere disposizioni speciali per la Valle d'Aosta che la istituiscono come collegio uninominale ex lege. Nel testo odierno della legge elettorale, il comma 1 dell'art. 2 del dpr 361/1957 come novellato dalla legge 52/2015 ##### e soprattutto i successivi artt. 92 e 93 stabiliscono infatti un meccanismo elettorale per la Valle d'Aosta funzionante nella sola ipotesi che ad essa sia assegnato un solo seggio. Potrebbe sostenersi, allora, che la legge elettorale escluda dal conteggio per la distribuzione dei seggi tra le circoscrizioni la popolazione della Valle d'Aosta, proprio perché quest'ultima è costituita in collegio uninominale ex lege. In questo senso, il numero 1 del comma 1 del menzionato art. 92 (si potrebbe dire: con apparente deroga alla disciplina generale per l'assegnazione dei seggi alle circoscrizioni dettata dall'art. 3), chiaramente statuisce che «alla "Valle d'Aosta" spetta un solo deputato». Secondo tale interpretazione, la Valle d'Aosta non dovrebbe pertanto essere inclusa nel conteggio, sicché la distribuzione dei seggi coinvolgerebbe i soli 617 seggi residui e la popolazione da considerare sarebbe quella nazionale con esclusione dei residenti in Valle d'Aosta. Come si è detto, anche nel testo precedente alle modificazioni apportate con l'Italicum si parlava, nell'art. 92 del Testo Unico, di «elezione uninominale nel Collegio "Valle d'Aosta"» e si stabiliva che «alla "Valle d'Aosta" spetta un solo deputato», per poi prevedere, all'art. 93, che «È proclamato eletto il candidato che ha ottenuto il maggior numero di voti validi», cioè introducendo un meccanismo compatibile unicamente con un collegio uninominale (maggioritario). Per la precisione, si tratta di formulazioni in vigore fin dal 1957.

Il riferimento al testo unico, fonte di rango legislativo, non può tuttavia essere esauriente rispetto all'individuazione del significato del comma 4 dell'art. 56 della Costituzione, la cui

Se dal conteggio per la distribuzione dei seggi tra le circoscrizioni si defalca inizialmente un seggio da assegnare alla Valle d'Aosta e si distribuiscono alle altre circoscrizioni i restanti 617 seggi ne derivano numerose conseguenze. In primo luogo, il quoziente nazionale per l'assegnazione dei seggi alle circoscrizioni cambia e, in particolare, sulla base dei dati demografici attuali, si abbasserebbe leggermente. La conseguenza nella variazione del quoziente è quella di una alterazione delle successive operazioni elettorali. Potrebbe anche non variare la situazione della Valle d'Aosta, che potrebbe comunque ricevere un unico seggio secondo entrambi i metodi di calcolo. Varierebbe invece il numero di seggi assegnati ad altre circoscrizioni, perché varierebbe la sequenza dei resti. Nel sistema dell'Italicum, si prevede un complicato intreccio tra circoscrizioni e collegi plurinomiali, di talché il disegno dei collegi plurinomiali dipende dal numero dei seggi assegnati ad ogni circoscrizione. Così, una diversa ripartizione dei seggi tra le circoscrizioni produrrebbe una "cascata" di conseguenze, che vanno dall'individuazione del numero dei collegi nelle singole circoscrizioni fino al loro concreto ritaglio sul territorio di ciascuna di esse.

C. Fusaro, M. Rubechi, *Art. 56*, in *Commentario alla Costituzione*, II, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, Utet, 2006, p. 1141. La circostanza che la popolazione della Valle d'Aosta deve essere espunta da quella totale non è esplicitata nel testo ma è logicamente imposta dall'uso del divisore 617. Non avrebbe alcun senso, in effetti, dividere per 617 la popolazione italiana totale, includendovi anche quella valdostana.

Che recita: «La elezione nel collegio "Valle d'Aosta", che è circoscrizione elettorale, è regolata dalle norme contenute nel titolo VI del presente testo unico».

lettera e la cui prassi interpretativa (che, sviluppando il pensiero di Bettinelli, potremmo ritenere in contrasto con la legge ma conforme alla Costituzione), sembrano produrre una diversa interpretazione.

Né sembrano potersi individuare argomenti sostanziali a favore dell'esclusione, ipotizzata da Fusaro e Rubechi, della Val d'Aosta dal sistema di distribuzione dei seggi tra le circoscrizioni. Non sembra, infatti, potersi sostenere che la Valle d'Aosta debba essere assegnataria di un seggio d'ufficio e dunque essere esclusa dai conteggi volti a distribuire i seggi tra le circoscrizioni, per evitare l'ipotesi che all'esito di tale operazione, essa resti priva di un seggio per scarsità di popolazione. Se ragioniamo su un piano astratto, in effetti, il rischio che l'operazione di distribuzione dei seggi non ne assegni alcuno ad una qualche circoscrizione ricade su tutte le circoscrizioni. Sicché si tratterebbe di adottare un metodo di attribuzione dei seggi che assegnasse a tutte le circoscrizioni almeno un seggio e poi distribuisse proporzionalmente solo i restanti *. Se, invece, ragioniamo su un piano concreto, la Valle d'Aosta non è affatto a rischio di perdere il seggio parlamentare. Anzi, essa avanza un resto che, nel corso del tempo, è andato costantemente accrescendosi (come si evidenzia dall'ultima colonna della Tabella 8). In effetti, è molto più probabile, che, a seguito dei prossimi censimenti, stante l'attuale evoluzione demografica, la Valle d'Aosta guadagni un secondo seggio ai sensi del comma 4 dell'art. 56 Cost., piuttosto che lo perda.

L'interpretazione di Fusaro e Rubechi, dunque, non sembra trovare elementi né di forma né di sostanza a proprio sostegno. A sostegno della interpretazione più conforme alla lettera e fatta propria dalla prassi applicativa, può forse aggiungersi un argomento ricavabile dai lavori preparatori della riforma del testo del comma 4 dell'art. 56. Della loro laconicità rispetto al significato della riforma già si è detto nei paragrafi precedenti. Essi, tuttavia, aggiungono un argomento utile ai nostri fini. Si tratta di una modifica al testo di riforma, introdotta su proposta della Commissione in Aula alla Camera il 7 agosto 1962. Si trattava dell'unico emendamento presentato e atteneva una modifica dell'originaria formulazione della riforma dell'art. 57 riguardante la composizione del Senato, che veniva portato a 315 seggi. Come nell'art. 56 si stabiliva che la distribuzione dei seggi tra le circoscrizioni si sarebbe effettuato dividendo la popolazione per 630 (disposizione che è rimasta nel testo approvato), anche con riguardo all'art. 57, si specificava che la distribuzione dei seggi tra le regioni si sarebbe effettuata dividendo la popolazione per 315. La Commissione, con l'emendamento eliminava il riferimento al numero di 315 nella disposizione che regolava la modalità di distribuzione dei seggi tra le Regioni, sostituendolo con l'espressione che anche oggi rimane nell'art. 57, secondo cui «La ripartizione dei seggi tra le regioni [...] si effettua in proporzione alla popolazione». Il relatore giustificava l'espunzione del riferimento al numero di 315, che così restava nel solo comma 2, perché «si teme che possa essere oggetto di discussioni o di cattiva interpretazione» †. A cosa alludesse il relatore sembra esplicitato dal Ministro nella breve discussione al Senato, secondo il quale il problema era ricollegabile alla circostanza che per il Senato si prevedeva

* Si tratterebbe della cosiddetta "formula Adams".

† *Atti Camera*, III Legisl., seduta del 7 agosto 1963, res. sten., p. 32650.

l'attribuzione *ex lege* del seggio valdostano † e la garanzia di un numero minimo di seggi alle altre regioni, sicché non si poteva utilizzare il divisore 315 §. Se ne dovrebbe desumere che, poiché per la Camera tale modifica non fu introdotta ma restò il riferimento al divisore 630 (poi divenuto 618), per la Camera fu esclusa l'esigenza di alcuna attribuzione *ex lege* di un deputato alla Valle d'Aosta, la quale, dunque, resta disciplinata dalla regola generale, sulla base della quale attribuirle i seggi che le spettano sulla base della consistenza demografica. L'unico altro elemento rilevante desumibile dai lavori ricorre ancora nella relazione del ministro Bosco, laddove si precisa che «Il disegno di legge costituzionale che il Senato è chiamato ad approvare si raccomanda [...] per le modalità di applicazione della norma costituzionale. Il disegno di legge in altri termini ha già stabilito fin d'ora i criteri per la ripartizione dei seggi: in tal modo si rende superflua l'adozione di leggi ordinarie per l'applicazione delle norme costituzionali» **. Se ne deve desumere che la disposizione veniva approvata con l'intento di operare automaticamente senza *iterpositio legislatoris*, cui dunque, come si evince dal testo, non si lasciava discrezionalità.

Ancorché non particolarmente esaustivi, dunque, anche dai lavori preparatori del testo di riforma dell'art. 56 comma 4 Cost. si desume che l'operazione di distribuzione dei seggi tra le circoscrizioni si debba effettuare considerando tanto il seggio quanto gli elettori valdostani. Però, fin dal testo unico del 1957 la legge elettorale ha sempre previsto che la Valle d'Aosta sia un collegio uninominale *ex lege*. Tuttavia, poiché non si può escludere che, sulla base dell'andamento demografico, alla Valle d'Aosta possa spettare un secondo deputato, la legge elettorale dovrebbe poter funzionare anche in quell'ipotesi. Se ciò succedesse, sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata si potrebbe forse estendere alla Valle d'Aosta la disciplina prevista per le altre circoscrizioni, disapplicando le disposizioni speciali, la cui *raison d'être* dovrebbe considerarsi essere venuta meno una volta che fosse assegnato a quella circoscrizione un seggio supplementare. Tuttavia, si potrebbe anche sostenere che una tale interpretazione non sia possibile senza un intervento della Corte costituzionale, in attesa del quale, dunque, si dovrebbe applicare la legge e così violare il comma 4 dell'art. 56 della Costituzione. Salvo che il legislatore finalmente intervenga per correggere tale impostazione del Testo Unico, predisponendo, anche per la Valle d'Aosta, un sistema che possa funzionare indipendentemente dai seggi che la circoscrizione riceve ai sensi del comma 4 dell'art. 56 Cost

† L'attribuzione costituzionale di due seggi al Molise sarebbe stata introdotta dall'art. 2 della Legge Costituzionale 27 dicembre 1963, n. 3.

§ Queste le parole esatte: l'art. 57 «pone per la ripartizione dei seggi due sistemi integranti a vicenda, in quanto col primo si determina legalmente il numero dei seggi spettanti a talune regioni, la Valle d'Aosta e quelle la cui popolazione darebbe diritto ad un'attribuzione di senatori inferiori a sette; con il secondo si enuncia una regola, applicando la quale si perviene, mediante due divisioni e i rispettivi quozienti, alla determinazione proporzionale dei seggi da ripartire tra le rimanenti regioni che non godono di tale assegnazione privilegiata. È logico quindi che, per attuare tale principio, si debbano preliminarmente eliminare dal calcolo sia i seggi già attribuiti per legge, sia la ripartizione tra quelle regioni cui i detti seggi sono attribuiti. Infatti le regioni a numero fisso di seggi in concreto non partecipano alla ripartizione proporzionale, per cui né i seggi loro attribuiti né il numero degli abitanti possono costituire fattori che porteranno alle predette ripartizioni proporzionali» (*Atti Senato*, III Legisl., seduta del 21 settembre 1962, res. sten., p. 28179).

** *Atti Senato*, III Legisl., seduta del 21 settembre 1962, res. sten., p. 28179. Il concetto è ripetuto poco innanzi, con riferimento ai criteri per la ripartizione dei seggi tra le regioni o le circoscrizioni: «Ho già detto che la determinazione in dettaglio di questi criteri esclude l'esigenza di adottare delle norme legislative ordinarie per l'attuazione delle norme costituzionali» (*ivi*).

Democrazia a sorte: quali scenari possibili?*

di Gianluca Vacca**

Giovedì 21 luglio, alla Camera dei Deputati, si è svolto un convegno sul tema “Democrazia a sorte”, da me organizzato. Sgombriamo subito il campo da un equivoco e dalle facili strumentalizzazioni: le ragioni che mi hanno spinto a organizzare questo dibattito non sono state la formulazione di una proposta di legge che prevedesse il sorteggio dei parlamentari per la prossima legislatura, o magari del prossimo governo. Non era questo l'intento mio né del Movimento 5 stelle, formazione politica con la quale sono stato eletto in Parlamento. Si è trattato, piuttosto, di curiosità nata da alcune letture capitate un po' per caso, appunto, da un incontro fortuito con un argomento per me del tutto nuovo e inesplorato.

Il primo testo è stato di un docente fiammingo, Van Reybrouck, un intellettuale eclettico autore di *Contro le elezioni. Perché votare non è più democratico* ††, dal titolo forte e di sicuro impatto. Sono passato poi a un intellettuale francese, docente di Scienze politiche all'università Parigi 8, Yves Sintomer, con il suo *Potere al popolo. Giurie cittadine, sorteggio e democrazia partecipativa* ††. A quel punto però ero in astinenza di letture di autori italiani; così spulciando un po' nelle bibliografie, ho scoperto che in Italia è stato scritto ben poco; mi sono imbattuto però nel testo di cinque universitari catanesi, Cesare Garofano, Alessandro Pluchino, Andrea Rapisarda, Salvatore Spagano e Maurizio Caserta, che si occupano rispettivamente di Sociologia, fisica teorica, metodi e modelli matematici, economia politica. I 5 docenti hanno addirittura elaborato un modello matematico che hanno ben spiegato nel volume *Democrazia a sorte, ovvero la sorte della democrazia* §§, del quale hanno ben relazionato nel convegno di luglio.

Che cos'hanno in comune tutti questi testi? Due elementi sostanzialmente. Il primo, sul quale si è scritto molto e che rappresenta il punto di partenza dei tre lavori: la crisi della democrazia rappresentativa, che poi è anche crisi del sistema della rappresentanza e di quello dei partiti. Una crisi diffusa in tutti i paesi con consolidati regimi democratici ed elettivi. La disaffezione alla politica regna sovrana. Se ci limitiamo ad osservare in giro per il mondo le percentuali di partecipazione alle elezioni o i tassi di fiducia nella classe politica, sembra di assistere a una sorta di “stanchezza democratica”. Scrive a tal proposito Van Reybrouck: “i sintomi di cui soffre la

* Intervento al Convegno *Democrazia a sorte quali scenari possibili?*, svoltosi in Roma presso la Sala della Regina della Camera dei Deputati (21 luglio 2016).

** Membro della VII Commissione permanente, Cultura, scienza e istruzione, Camera dei Deputati.

†† D. Van Reybrouck, *Contro le elezioni. Perché votare non è più democratico*, Milano, Feltrinelli, 2015.

†† Y. Sintomer, *Potere al popolo. Giurie cittadine, sorteggio e democrazia partecipativa*, Bari, Dedalo, 2009.

§§ A. Pluchino, A. Rapisarda, S. Spagano, M. Caserta, C. Garofalo, *Democrazia a sorte. Ovvero la sorte della democrazia*, Catania, Malcor D', 2012, p. 48.

democrazia occidentale sono numerosi quanto vaghi, ma se si contrappongono astensionismo, instabilità elettorale, emorragia dai partiti, impotenza amministrativa, paralisi politica, paura della sconfitta elettorale, penuria di posti di lavoro, bisogno compulsivo di farsi notare, febbre elettorale cronica, stress mediatico estenuante, sospetto, indifferenza e altri mali tenaci, vediamo delinearsi i contorni di una sindrome, la sindrome di stanchezza democratica, una malattia che non è ancora stata studiata sistematicamente, ma di cui indubbiamente soffrono varie democrazie occidentali” ***.

L’astensionismo è in costante crescita e sta, ormai stabilmente, raggiungendo i livelli degli Stati Uniti, precursori di questa tendenza. Ma la crisi della rappresentanza democratica non sembra essere crisi democratica, o meglio, non sembrerebbe coincidere con una riduzione della volontà dei cittadini di partecipare alla vita istituzionale di un Paese e in generale di una comunità.

Il progresso tecnologico, i nuovi strumenti e il web hanno notevolmente ampliato le modalità di accesso alle informazioni e di interazione sociale, così come cominciano a permettere nuove forme di partecipazione democratica diretta: dal bilancio partecipativo alle assemblee cittadine, dai consigli di quartiere a Rousseau, il nostro portale che permette ai cittadini, per la prima volta in Italia, di scrivere, commentare e proporre iniziative legislative.

Insomma, a due secoli e mezzo di distanza dal *Contratto sociale* di Rousseau, se la democrazia rappresentativa barcolla ed è avvolta da mille dubbi, quella diretta è accompagnata da un entusiasmo probabilmente senza precedenti.

Il secondo elemento in comune di queste letture è il ruolo benefico che la sorte ha avuto in passato, ha tutt’ora e soprattutto potrebbe avere in futuro, nelle pratiche sociali, istituzionali e democratiche. E qui entriamo in un campo scivoloso, che rischia di essere strumentalizzato ma che certamente stuzzica la curiosità e alimenta il dibattito.

È stato molto interessante scoprire quanto spazio abbia avuto il sorteggio in passato, non solo ad Atene, il caso più conosciuto, ma anche in alcuni comuni italiani come Firenze e Venezia: qui la procedura per la nomina del doge era particolarmente complessa e prevedeva un insieme di passaggi, elettivi e a sorteggio. Avremo modo comunque, con i nostri ospiti, di entrare più nel merito.

Anticipo solo che, da quello che ho compreso con queste letture, il sorteggio potrebbe assolvere sostanzialmente a due funzioni. Garantire trasparenza e imparzialità nella nomina di componenti di organi collegiali particolarmente delicati e condizionati da logiche clientelari e consociative, innanzitutto: pensiamo ai membri dei CDA di aziende pubbliche come la Rai †††, o di altre partecipate, nonché ai membri togati del CSM. Ma anche i componenti delle commissioni di gara per gli appalti pubblici. Il sorteggio potrebbe risultare una soluzione percorribile in tutti quegli organi la cui indipendenza rischia di essere minata da logiche di spartizione o condizionamento da parte di gruppi di potere o portatori d’interessi particolari, partiti *in primis*, ma la cui

*** D. Van Reybrouck, op. cit, pp. 21-22.

††† Il Movimento 5 stelle ha formulato una proposta di legge in tal senso a prima firma dell’On. Roberto Fico, Presidente della Commissione di Vigilanza Rai ([AC 2922](#)).

composizione è principalmente caratterizzata dalla professionalità dei soggetti mentre marginale, *rectius* insidioso, è l'*intuitus personae*.

Negli ultimi anni però il sorteggio viene chiamato in causa, sia in alcune pratiche sperimentali o maggiormente istituzionalizzate, che nel dibattito scientifico e intellettuale, anche come veicolo per ampliare gli ambiti di partecipazione dei cittadini alla vita democratica della propria comunità. Tralasciando il tradizionale istituto delle giurie giudiziarie popolari, non solo statunitensi ma anche italiane ^{‡‡}, il sorteggio è stato utilizzato negli ultimi anni per formare comitati cittadini che si esprimessero in merito a questioni riguardanti il proprio Comune o scelte della pubblica amministrazione (anche in Italia ce ne sono stati), o per elaborare una riforma elettorale (Canada e Paesi Bassi) o costituzionale (in Islanda, dove le proposte elaborate dal comitato sorteggiato venivano anche messe in rete per ricevere i commenti dei cittadini ^{§§§}). Sono stati sorteggiati anche alcuni comitati cittadini di esperienze di bilanci partecipativi, in Germania ad esempio. Chi ha registrato e analizzato queste sperimentazioni ha ricondotto queste pratiche, legate all'utilizzo del sorteggio, a tentativi di riavvicinamento dei cittadini alle pratiche democratiche, una sorta di stimolazione alla partecipazione diretta.

Ci sono studiosi che si sono spinti oltre, arrivando a ipotizzare architetture istituzionali democratiche basate sul sorteggio; oppure, molto più cautamente, che hanno provato a contaminare l'attuale sistema con elementi casuali. È questa l'opzione illustrata nel volume precedentemente citato *Democrazia a sorte. Ovvero la sorte della democrazia*. Il punto di partenza di questo lavoro multidisciplinare, frutto di una suggestiva commistione tra le scienze sociali e quelle matematiche, è il ruolo benefico del caso nei sistemi complessi (sociali, fisici, economici): “Il caso, le distrazioni, il rumore non sempre hanno un effetto negativo, anzi, molto spesso possono giocare un ruolo benefico e costruttivo. La famosa mela di Newton che, cadendo dall'albero sulla testa dello scienziato che riposava sotto le sue fronde, gli fornì lo spunto per la sua legge di gravitazione universale, ne è un esempio eclatante, diventato ormai proverbiale. [...] è un dato di fatto che, molto spesso, le grandi scoperte nascono per caso. In lingua inglese, tale fenomeno viene chiamato *serendipity*” ^{****}. I 5 studiosi arrivano a teorizzare un modello matematico che riproduce un parlamento bipolare: «Abbiamo, infatti, verificato numericamente che introdurre dei deputati sorteggiati, e dunque indipendenti dai partiti, in un parlamento sembra essere comunque vantaggioso, purché non si eliminino completamente i due schieramenti (...). Inoltre abbiamo dimostrato che esiste un numero ottimale di deputati indipendenti che massimizza l'efficienza del parlamento e che dipende dalla forza relativa dei due schieramenti di maggioranza e minoranza» ^{†††}.

^{‡‡} Mi riferisco alle giurie popolari della Corte d'Assise e della Corte d'Assise di Appello, i cui membri sono estratti a sorte da liste appositamente predisposte dai Sindaci.

^{§§§} Questa pratica ricorda molto la piattaforma internet “Rousseau”, con la quale gli iscritti al portale del Movimento 5 stelle possono proporre iniziative legislative o emendare le proposte dei portavoce eletti in Parlamento.

^{****} A. Rapisarda, *Il ruolo benefico del caso*, in A. Pluchino, A. Rapisarda, S. Spagano, M. Caserta, C. Garofalo, op. cit., p. 48.

^{†††} A. Pluchino, *Politici per caso: un modello di Parlamento*, in A. Pluchino, A. Rapisarda, S. Spagano, M. Caserta, C. Garofalo, op. cit. pp. 155-156.

Individuano anche la relazione matematica per calcolare la quota ottimale di rappresentanti dei cittadini sorteggiati che garantiscano la massima efficienza dell'organo legislativo: «Chiameremo questa relazione “regola d'oro dell'efficienza” (*efficiency golden rule*), in quanto permette di ricavare immediatamente e agevolmente il numero di deputati indipendenti (sorteggiati) da inserire in parlamento per ottenere la massima efficienza globale in termini sia di leggi approvate quanto di vantaggio collettivo assicurato» ###.

Le conclusioni di questo lavoro sono indubbiamente cariche di suggestioni, sia per il merito che per il metodo. Non posso che auspicare che l'approccio scientifico, multidisciplinare e partecipato che ha caratterizzato il confronto di luglio, possa essere sempre più utilizzato nella trattazione di temi e prospettive per il nostro paese.

Ibid., p. 158.

Sorteggio e democrazia deliberativa. una proposta per rinnovare la politica del xxi secolo

*

di Yves Sintomer **

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La scomparsa della pratica del sorteggio nelle democrazie moderne. – 3. Un mini-pubblico deliberativo. – 4. La legittimità politica del sorteggio. – 5. Le sfide della democrazia deliberativa. – 6. Le trasformazioni della rappresentazione democratica.

1. Premessa

Dopo un periodo di silenzio durato secoli, il sorteggio sembra essere tornato in auge nell'esperienza politica §§§§. Il caso dell'Islanda è, da questo punto di vista, emblematico. In seguito alla crisi economica che nel 2008 ha rischiato di portare il Paese sull'orlo del fallimento, la volontà di cambiare la squadra di governo e le regole del gioco politico, trova sfogo attraverso grandi manifestazioni di piazza. Il Governo conservatore abdica – il Primo ministro viene rinviato a giudizio nella primavera del 2012 a causa di una gestione catastrofica (ma ottiene in seguito un non luogo a procedere). Viene formato un Governo provvisorio che conquista la maggioranza alle elezioni anticipate dell'aprile 2009: una coalizione tra social-democratici e verdi. Nel gennaio dello stesso anno si è tenuta una conferenza nazionale che ha riunito rappresentanti dell'industria e dei sindacati. Dopo mesi di lavoro, le parti raggiungono un accordo dinamico che conserva gli aspetti essenziali del modello sociale islandese. Alla fine del 2009 un'Assemblea cittadina composta da circa un migliaio di persone estratte a sorte, insieme a un centinaio di soggetti qualificati, viene riunita su iniziativa di associazioni per declinare i valori sui quali rifondare il Paese. L'esperienza viene reiterata nel novembre 2010, questa volta con il sostegno statale e con lo scopo di adottare una nuova Costituzione.

Il compito di questa seconda Assemblea cittadina è quello di determinare i valori fondanti della futura legge fondamentale, tenendo conto dei risultati della prima e dei lavori di una commissione parlamentare sul tema. Poco dopo viene eletto dalla popolazione un "Consiglio Costituente": è composto da venticinque cittadini che non possono essere 'politici di professione'; le 523 candidature in competizione sono individuali, ai parlamentari è vietato partecipare e la campagna elettorale è ugualmente ridotta all'osso per segnare un netto distacco dalle pratiche abituali di una

* Intervento al Convegno *Democrazia a sorte quali scenari possibili?*, svoltosi in Roma presso la Sala della Regina della Camera dei Deputati (21 luglio 2016). La traduzione di base dall'originale francese è stata effettuata da Alba Berhami; la revisione da Veronica Arpaia.

** Professore di Scienza Politica – Université Paris 8, *Research center CSU-CRESPPA* (CNRS/Paris 8 University). Senior Fellow, Institut Universitaire de France.

§§§§ Versione rimaneggiata di una conferenza tenutasi nell'ambito del seminario di Pierre Rosanvallon, «L'élection et le vote: État des recherches en science politique et en histoire», Collège de France, 15/02/2012, e di «Tirage au sort et démocratie délibérative. Une piste pour renouveler la politique au XXI^e siècle?», in *A quoi servent les élections?*, J. Elster, A. Le Pillouer (ed.), Paris, Presses Universitaires de France, 2013, pp. 73-90.

classe politica ampiamente screditata. In seguito ad alcune vicissitudini iniziali, il Consiglio lavora su un nuovo testo costituzionale durante la primavera e l'estate del 2011. Tra le principali novità del progetto vi sono: una profonda riforma dell'equilibrio dei poteri, una maggiore trasparenza relativa ai processi decisionali, un forte aumento dei meccanismi di democrazia partecipativa e democrazia

diretta e, infine, si dà grande spazio alla questione ecologica che merita di essere finalmente presa in considerazione. Gli articoli del progetto costituzionale sono pubblicati in rete non appena redatti, permettendo in tal modo al pubblico di intervenire con commenti e suggerimenti attraverso le pagine di *Facebook*, *Twitter* o *Flickr* del Consiglio stesso ****. Il testo, adottato in termini piuttosto brevi, è molto interessante anche se privo di terminologia tecnico-giuridica. Il progetto di revisione della Costituzione viene trasmesso al Parlamento nell'estate del 2011 e si organizza un referendum nell'ottobre del 2012. Un'ampia maggioranza dei votanti (un po' meno del 50% degli iscritti) approva i diversi quesiti posti, in particolare per quanto riguarda la necessità di preservare le risorse naturali dell'isola, la possibilità di indire referendum ad iniziativa popolare, di eleggere semplici cittadini in Parlamento e di redigere una nuova Costituzione. Si tratta del terzo referendum nel giro di qualche anno: i primi due hanno portato gli islandesi a bocciare per due volte (a marzo 2010 e ad aprile 2011) gli accordi di governo relativi al pagamento del debito causato dal fallimento degli istituti bancari, più precisamente quello di *Icesave*. Ad ogni modo, quest'ultimo referendum è consultivo e la nuova maggioranza conservatrice salita al potere in seguito alle legislative del 2013 non sembra voler portare a termine il processo, ma le elezioni dell'autunno del 2016 potrebbero rilanciarlo.

Quest'esperienza rappresenta la punta di diamante di centinaia, forse migliaia di altre in cui si interviene attraverso una scelta attraverso un sorteggio. Per non dire degli esempi francesi: il gruppo Metz di *Europe-Ecologie-Les Verts* ha presentato alle elezioni provinciali del 2011 ed alle legislative del 2012 dei candidati estratti a sorte. La *Fondazione per l'innovazione politica*, vicina alla *UMP* (oggi *Les Républicains*), ha proposto nel 2012 di designare, da quel momento in poi, il 10% dei consiglieri municipali tramite sorteggio ††††. L'*Istituto Montaigne*, centrista, ha organizzato nel 2012 una conferenza cittadina per discutere il finanziamento della protezione sociale. La *Fondazione Jean Jaurès*, legata al partito socialista, riflette sulle giurie cittadine ††††. La *Fondazione Nicolas Hulot* (ecologista) reclama, per parte sua, la creazione di una terza camera estratta a sorte e i dirigenti dell'associazione *ATTAC-Francia*, vicina alla sinistra radicale, discutono della sostituzione del Senato con una camera istituita con quelle stesse modalità. A livello internazionale, nell'ambito della teoria politica, il sorteggio suscita un interesse sempre maggiore.

**** E. Bergmann, *Participatory Constitutional Deliberation in the Wake of Crisis: The case of Iceland*, in *Constitutional Deliberative Democracy in Europe*, M. Reuchamps, J. Suiter (eds.), Colchester, ECPR Pres, 2016; J. Skalski, *La révolution des casseroles. Chronique d'une nouvelle constitution pour l'Islande*, Lille, La contre allée, 2012.

†††† G. Delannoi, *Le Retour du tirage au sort en sort en politique*, Paris, Fondapol, 2010; *12 idées pour 2012*, D. Reynié (ed.), Paris, Fondapol, 2012.

†††† A. Vergne, *Les Jurys citoyens. Une nouvelle chance pour la démocratie?*, Les notes de la Fondation Jean Jaurès, 12, Parigi, marzo 2008.

Perché il sorteggio era scomparso nelle democrazie moderne post rivoluzionarie del XVII e del XVIII secolo? Perché vi fa ritorno oggi? Quali sono le eventuali legittimità che potrebbero giustificare un significativo ricorso a questa particolare procedura nelle democrazie odierne?

2. La scomparsa della pratica del sorteggio nelle democrazie moderne

L'esperienza storica repubblicana o democratica ha raramente fatto uso di una sola procedura di selezione nei confronti di coloro che occupano le cariche pubbliche e la polarizzazione moderna in merito allo strumento elettorale rappresenta piuttosto un'eccezione storica §§§§§. Comprendere perché il sorteggio sia scomparso dalla scena politica con le rivoluzioni moderne è questione posta, per la prima volta, da Bernard Manin *****. La sua risposta si basava fondamentalmente su due elementi: da una parte, i padri fondatori delle repubbliche moderne ambivano ad un'aristocrazia elettiva, e sembrava dunque logico rifiutassero il sorteggio associato alla democrazia da Platone e Aristotele in poi. Dall'altra parte, la teoria del consenso, fortemente radicata nelle teorie di diritto naturale, si era diffusa a tal punto che sembrava difficile legittimare un'autorità politica non approvata formalmente dai cittadini.

Queste due tesi sono rilevanti ma non di per sé sufficienti ad esaurire il tema di questa trattazione. In particolare, esse non permettono di comprendere perché alcune correnti radicali minoritarie (ma significative e che militavano a favore di una rappresentazione descrittiva nella quale il corpo dei rappresentanti somiglierebbe, nelle sue caratteristiche sociali, all'intero popolo) non abbiano rivendicato l'utilizzo della pratica del sorteggio in politica, il cui senso era stato richiamato nella sua accezione democratica sia da Montesquieu, sia da Rousseau. Per spiegare questo enigma, bisogna abbandonare il campo delle idee politiche "pure" ed interessarsi piuttosto al modo in cui queste idee si materializzano attraverso diverse tecniche, strumenti e meccanismi di governo. La nozione di campione rappresentativo è nel XXI secolo familiare ai lettori, sensibilizzati sul tema da decenni di ricorso intensivo alle statistiche e ai sondaggi d'opinione; ciononostante, essa fu inventata solo alla fine del XIX secolo. In precedenza non avrebbero potuto esserci legami tra sorteggio e rappresentatività sociologica (che la teoria politica anglosassone chiama "rappresentanza descrittiva") poiché l'idea che una selezione aleatoria avrebbe portato statisticamente ad ottenere un campione con le stesse caratteristiche dell'insieme iniziale non era ancora scientificamente fruibile †††††.

L'impossibilità di ricorrere al concetto statistico di campione rappresentativo, allorché il calcolo delle probabilità era già molto sviluppato durante le rivoluzioni francese e americana, costituisce

§§§§§ Y. Sintomer, *Il potere al popolo. Giurie cittadine, sorteggio e democrazia partecipativa*, Bari, Dedalo, 2009; O. Dowlen, *The Political Potential of Sortition. A Study of the Random Selection of Citizens for Public Offices*, Exeter (UK)/Charlottesville (USA), Imprint Academic, 2008; H. Buchstein, *Demokratie und Lotterie. Das Los als politisches Entscheidungsinstrument von der Antike bis zu EU*, Frankfurt am Main, Campus, 2009.

***** B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 1995.

††††† Y. Sintomer, *Il potere al popolo*, op. cit.

un elemento determinante per comprendere il motivo per cui il sorteggio politico fosse stato estromesso dalle moderne democrazie: le loro dimensioni geografiche e demografiche, riportate da circa la totalità degli autori dell'epoca, rendevano ormai impossibile un autogoverno simile a quello delle democrazie antiche. In un simile contesto concettuale, estrarre a sorte significava cedere il potere ad alcuni soggetti in modo arbitrario. In assenza della nozione di campione rappresentativo, i sostenitori di una rappresentanza di tipo descrittivo erano dunque costretti a scegliere strumenti alternativi tramite i quali far progredire i loro ideali.

3. Un mini-pubblico deliberativo

Al contrario, l'attuale ritorno al sorteggio, si spiega, in molteplici casi, prevalentemente con la diffusione della nozione di campione rappresentativo che aveva precedentemente ottenuto una certa legittimità politica attraverso sondaggi di opinione. Le esperienze contemporanee pensano al sorteggio quale mezzo di selezione di un campione rappresentativo (o perlomeno un campione differenziato, una "fair cross section of the community", come ha ritenuto la Corte suprema degli Stati Uniti #####) della popolazione, una specie di microcosmo, un mini-pubblico che può dare il proprio assenso, valutare, giudicare, ed eventualmente decidere, in nome della collettività, laddove quest'ultima non può prendere parte al processo deliberativo e ancora dove l'eterogeneità sociale rifiuta di considerare tutti gli individui interscambiabili §§§§§§. Alcuni filosofi e storici della scienza hanno descritto come una "domesticazione del rischio" in politica sia stata possibile grazie all'utilizzo del calcolo delle probabilità a partire dal momento in cui alcuni attori se ne sono progressivamente serviti quale strumento utile alle loro pratiche scientifiche, amministrative o commerciali *****. È possibile estendere questo ragionamento all'ambito politico e affermare che il calcolo delle probabilità, o più precisamente la sua applicazione alla nozione di campione rappresentativo, abbia permesso, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, una "domesticazione del rischio" in politica sotto forma di mini-pubblico.

Alcuni ideali classici quali l'uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla selezione aleatoria o l'idea che ognuno possa portare il proprio contributo ai problemi della collettività ritrovano una seconda giovinezza con le attuali sperimentazioni. Tuttavia, in città quali l'antica Atene e la Firenze medievale o rinascimentale, ciascuno di quelli che appartenevano al gruppo all'interno del quale si procedeva ad estrazione, ricopriva a turno sia il ruolo di governante sia quello di governato. L'adozione di questo meccanismo, rotazione rapida delle cariche pubbliche e selezione aleatoria permettevano una forma di autogoverno difficilmente concepibile su scala

"The Jury Selection and Service Act", 28 U.S.C., secs 1861–69, quoted in J. B. Abramson, *We The Jury. The Jury System and the Ideal of Democracy*, Cambridge (Mass.)/London, Harvard University Press, 2003, p. 100.

§§§§§§ *Sortition. Theory and Practice*, G. Delannoi, O. Dowlen (dir.), Exeter (UK), Imprint Academic, 2010.

***** G. Gigerenzer [et al.], *The Empire of Chance. How Probability Changed Science and Everyday Life*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989; I. Hacking, *The Taming of Chance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; A. Desrosières, *La Politique des grands nombres. Histoire de la raison statistique*, Paris, La Découverte, 2000.

nazionale nelle democrazie moderne. La democrazia deliberativa poggia su un'altra logica †††††. Essa è fondata sull'uso del mini-pubblico che rende possibile la formazione di una opinione pubblica controfattuale; quest'ultima si differenzia sia dai rappresentanti eletti sia dalla più ampia pubblica opinione. John Adams auspica che i rappresentanti «pensino, sentano, ragionino, e agiscano» come il popolo †††††. Per i teorici della democrazia deliberativa, la somiglianza statistica tra i rappresentanti “descrittivi” e il popolo è solo un punto di partenza. Il mini-pubblico, dopo aver deliberato, si presume possa aver cambiato opinione – tale cambiamento è persino considerato indice di una deliberazione di qualità. Ciò è chiaramente percepibile in James Fishkin laddove introduce la logica del sondaggio deliberativo, uno strumento di sua invenzione:

«Prendete un campione nazionale rappresentativo dell'elettorato e riunite queste persone provenienti da tutte le città in un unico luogo. Immergete questo campione nell'ordine del giorno, con del materiale informativo accuratamente equilibrato, discussioni intensive in piccoli gruppi e la possibilità di ascoltare esperti e responsabili politici degli opposti schieramenti. Al termine di più giornate di lavoro e faccia a faccia, esaminate i partecipanti in maniera dettagliata. Il risultato offre una rappresentazione di un pubblico ben informato».

L'obiettivo è di prendere le distanze dalla logica epistemologica e politica dei sondaggi classici: mentre questi ultimi non rappresentano «che un'aggregazione statistica di vaghe impressioni formatesi per la maggior parte senza conoscenza reale del contraddittorio tra le opposte argomentazioni in competizione tra loro», i sondaggi deliberativi vorrebbero, invece, permettere di conoscere «quello che il pubblico penserebbe laddove avesse l'effettiva opportunità di studiare l'argomento discusso» †††††††.

4. La legittimità politica del sorteggio

Sebbene da una parte le ibridazioni abbondino, un numero sempre maggiore di dispositivi standard è al giorno d'oggi oggetto di sperimentazione. Il primo, inventato contemporaneamente in Germania e negli Stati Uniti negli anni '70, è quello delle giurie cittadine. Ispirate alle giurie popolari (previste dal diritto), permettono ad un gruppo di persone (da dodici a qualche decina) estratte a sorte, di deliberare in condizioni procedurali ottimali, alternando ogni uno o due fine settimana discussioni interne e seminari tenuti da esperti a favore di contrapposte posizioni. Questi esperti sono selezionati (talvolta in collaborazione con la giuria cittadina nel caso in cui si riunisca in più sessioni) dai promotori di questa procedura, i quali devono necessariamente essere indipendenti rispetto alle autorità che hanno promosso il processo. L'obiettivo della giuria cittadina è di rendere pubblico il parere sul progetto relativamente al quale è stata convocata

††††† Y. Sintomer, *Random Selection, Republican Self-Government, and Deliberative Democracy*, in *Constellations*, 17, 3, 2010, pp.472-487.

††††† J. Adams, *Letter to John Penn*, in *Thoughts on Government* [1776], citato in B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, op. cit., p. 146.

††††††† J. Fishkin, *The Voice of the People. Public Opinion & Democracy*, New Haven/London, Yale University Press, 1997, p. 89, p. 162.

*****. Le conferenze di cittadini (o di consenso) non sono distanti dal suddetto metodo. Esse sono nate in Danimarca alla fine degli anni '80, e trattano questioni tecnico-scientifiche ††††††. I sondaggi deliberativi, sperimentati da Fishkin a partire dagli anni '70, si caratterizzano per la loro dimensione (diverse centinaia di cittadini vengono riuniti ed estratti a sorte), ma altresì per il fatto di non sfociare in un parere consensuale, si tratta piuttosto di sondaggi d'opinione svolti in seguito all'organizzazione di dibattiti scientifici basati sul contraddittorio delle parti. Al contrario, le assemblee cittadine basate sul modello islandese, la prima delle quali si è tenuta nella Colombia britannica (Canada) nel 2004 ††††††, sono altrettanto importanti per dimensioni quanto i sondaggi deliberativi, possono tuttavia deliberare o per lo meno sottoporre dei progetti a referendum popolare. L'ultimo esempio è stato organizzato in Irlanda nel 2014-2015, quando un'assemblea cittadina selezionata principalmente col sorteggio ha proposto una riforma della Costituzione che prevedeva l'apertura del matrimonio agli omosessuali – la proposta è stata sottoposta a referendum dal Parlamento ed è stata approvata da una maggioranza del 62%, un evento importante per un paese cattolico.

A quali fonti possono questi strumenti far riferimento per legittimare la loro esistenza? Il mini-pubblico estratto a sorte non può evidentemente basarsi su una legittimità di numero, né tantomeno su quella di un sapere esperto. Ciononostante, l'esperienza storica e gli studi filosofici rivelano come essi possano rivendicare differenti fonti di legittimazione §§§§§§§§.

Una politica più deliberativa. Il postulato che sottende a questi strumenti contemporanei (cioè che una delibera di cittadini “ordinari” redatta in corrette condizioni può portare a risultati ragionevoli), tende ad essere ampiamente confermato dai sondaggi empirici delle scienze sociali eseguiti da osservatori esterni (ai meccanismi analizzati). È in questa misura che l'opinione del mini-pubblico tende ad essere più “ragionevole” di quella delle masse e che può influenzare quest'ultima laddove goda di un'eco mediatica. In un contesto ove l'insoddisfazione verso il sistema politico è ampiamente condivisa, questi strumenti possono agire per controbilanciare la politica-spettacolo e accorciare la distanza crescente fra gli interessi e le preoccupazioni dei cittadini e la classe politica; si contribuirebbe quindi a rendere quest'ultima più responsabile di fronte ai cittadini. L'obiettivo è quello di promuovere sia una più efficace comunicazione tra responsabili politici e cittadini, sia una deliberazione (nel senso inglese della parola: una discussione ragionevole che può beneficiare di materiali informativi pluralisti e precisi e che pesa il *pro et contra* sul tema considerato) di qualità in grado di coinvolgere questi ultimi.

***** P. Dienel, *Die Planungszelle*, Wiesbaden, Westdeutscher Verlag, 2007; L. Bobbio, D. Gianetti, “Special issue on citizen juries”, *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 2, agosto 2007. A. Vergne, *Les Jurys citoyens. Une nouvelle chance pour la démocratie?*, op. cit.

†††††† D. Bourq, D. Boy, *Conférences de citoyens, mode d'emploi*, Paris, Charles Léopold Mayer/Descartes & Cie, 2005 ; M. Callon, P. Lascoumes, Y. Barthe, *Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique*, Paris, Seuil, 2001.

†††††† M. E. Waren, H. Pearse, *Designing Deliberative Democracy. The British Columbia Citizens' Assembly*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2008; R. B. Herath, *Real Power to the People. A Novel Approach to Electoral Reform in British Columbia*, Lanham /Plymouth, University Press of America, 2007.

§§§§§§§§ B. Goodwin, *Justice by Lottery*, Exeter, Imprint Academic, 2005.

Diversità delle esperienze sociali. Inoltre, i processi deliberativi che permettono ai cittadini di riunirsi, possono avere dei vantaggi epistemologici rispetto al governo rappresentativo e al comitato dei saggi: una deliberazione di qualità deve includere punti di vista differenti, di modo che la gamma degli argomenti previsti ne risulti ampliata e che la discussione sia resa più partecipata *****. In quest'ottica, il mini-pubblico estratto a sorte ha il vantaggio di essere socialmente – e dunque epistemologicamente – più ricco dei comitati formati da esperti o dai responsabili politici, ma anche del pubblico che partecipa in forma di volontariato o che coinvolge unicamente la società civile organizzata. Il loro apporto è importante in un contesto globale le cui complessità aumentano sempre più.

Un surrogato di democrazia radicale. Il terzo argomento rientra nell'ambito della democrazia radicale ++++++. Alcuni difensori del governo rappresentativo sostengono talvolta che il miglior sistema politico sarebbe senza dubbio un vero e proprio “governo del popolo, esercitato dal popolo, e per il popolo”, per riprendere le parole famose di Abraham Lincoln #####, ma visto che un tale sistema è impossibile negli Stati di massa, il governo rappresentativo sembra la migliore delle opzioni possibili a disposizione. Ciononostante è possibile sostenere che, nelle democrazie moderne, la soluzione meno controproducente sarebbe quella di sostituire (o perlomeno di affiancare) l'autogoverno del popolo con collegi, estratti a sorte, ciò che la teoria politica chiama lo strumento del mini-pubblico. Tali collegi riaffermano un valore democratico fondamentale, quello dell'uguaglianza, poiché ogni cittadino ha le stesse opportunità di partecipare alle diverse decisioni, tenendo peraltro conto del fatto che la composizione sociale di questi collegi riflette quella del popolo nella sua diversità.

L'imparzialità. Un quarto argomento a favore dell'estrazione a sorte del mini-pubblico, più consensuale e derivante da un'ampia esperienza storica, si basa sull'imparzialità della stessa. Gli eletti, gli esperti e le entità organizzate sono fortemente inclini a difendere interessi particolari. Al contrario, la selezione aleatoria tende ad impiegare, da un lato, soggetti non partigiani, senza aspirazioni di carriera da difendere; dall'altro, le disposizioni procedurali (e deliberanti) riescono a formulare pareri più vicini al bene comune. Questa caratteristica è evidentemente preziosa allorché si tratta di gestire problematiche di lungo periodo, quali la salvaguardia degli equilibri ecologici e delle condizioni di vita delle generazioni future sssssssss.

5. Le sfide della democrazia deliberativa

Il sorteggio si trova, tuttavia, a dover affrontare una serie di sfide.

La procedura deliberativa e le disuguaglianze sociali. In che modo approdare alla ripartizione egualitaria della parola all'interno di un gruppo socialmente e culturalmente eterogeneo, in cui alcuni sono

***** H. Landemore, *Democratic Reason: Politics, Collective Intelligence, and the Rule of the Many*, Princeton, Princeton University Press, 2012.

+++++ J. Rancière, *La haine de la démocratie*, Paris, La Fabrique, 2005; L. Carson, B. Martin, *Random Selection in Politics*, Westport, Praeger Publishers, 1999.

A. Lincoln, “The Gettysburg Address”, 19/11/1863.

ssssssss D. Bourg [et al.], *Pour une sixième République écologique*, Paris, Odile Jacob, 2011.

più abituati di altri a parlare in pubblico, dove il capitale culturale tende a rimuovere le inibizioni e ad accrescere la sicurezza in sé stessi, in cui gli esperti che si prestano all'ascolto e i professionisti che gestiscono il collegio possono influire in modo rilevante sui dibattiti in atto? Questa sfida si può affrontare assai facilmente, perché la qualità procedurale dei collegi tende a minimizzare le asimmetrie: bisogna aver visto con i propri occhi persone timide sino a rasentare il mutismo, animarsi durante le sessioni organizzate in piccoli gruppi e riuscire a prendere la parola in crescendo. Tuttavia, l'uguaglianza non è mai perfetta.

Gli effetti della deliberazione sui singoli. Quali sono i reali effetti della deliberazione su coloro che partecipano al mini-pubblico? I teorici della democrazia deliberativa spesso credono che discutere in modo informato conduca i cittadini a convincersi reciprocamente grazie alla *forza* (ma senza imposizioni) delle migliori argomentazioni. Tale postulato è di difficile dimostrazione e quello che ha luogo in realtà nelle discussioni deliberative resta in gran parte una «scatola nera». Gli psicologi hanno persino sostenuto che la discussione in piccoli gruppi comporti un rafforzamento delle precedenti polarizzazioni e rappresenti un ostacolo al raggiungimento di un compromesso. Questa logica basata su esperimenti di laboratorio non sembra trovare conforto nelle pratiche effettive del mini-pubblico, ma bisogna tuttavia convenire che gli effetti precisi della deliberazione sui singoli individui restano ancora da dimostrare, anche se su questo punto vi è un certo fervore in dottrina *****.

La questione della responsabilità. La responsabilità dei cittadini estratti a sorte si pone in modo rilevante in seno ai nuovi collegi. All'epoca di Atene, coloro che divenivano membri delle magistrature collegiali erano tenuti a rispondere delle loro azioni. Nonostante gli eletti rispettino raramente le promesse elettorali, sono comunque responsabili davanti alla legge allorché occupano cariche pubbliche, e davanti ai loro elettori nel caso si ripresentino alle elezioni. Davanti a chi devono rendere conto gli attuali componenti dei collegi deliberativi e dove potrebbero farlo? Gli studi dimostrano che i cittadini selezionati a caso si sentono responsabili in vari modi: un membro del mini-pubblico che non si comporta in un modo costruttivo viene emarginato nella discussione dagli altri membri. Il gruppo si sente responsabile davanti all'autorità che ha convocato il mini-pubblico, e davanti all'opinione pubblica davanti alla quale il mini-pubblico deve spiegare le sue proposte. Fino ad'ora, nessuno studio serio ha notato comportamenti "irresponsabili" in questi esperimenti.

La deliberazione contro la pubblicità? Le tre ultime sfide sono molto più difficili. Se i sondaggi deliberativi sono pubblici, non è lo stesso per le giurie cittadine e per le conferenze volte alle deliberazioni attraverso *consensus*, che di solito si tengono quasi interamente a porte chiuse nonostante il parere finale venga reso pubblico. In un contesto differente, Jon Elster ha affermato che le sedute pubbliche spingono gli interlocutori ad irrigidire le loro posizioni e ad adoperare argomenti retorici ††††††††. Altri hanno evidenziato la necessità di salvaguardare i giurati

***** J. Talpin, *Schools of Democracy. How Ordinary Citizens (Sometimes) Become More Competent in Participatory Budgeting Institutions*, Colchester, ECPR Press, 2011.

†††††††† J. Elster, *Securities Against Misrule. Juries, Assemblies, Elections*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

dall'influenza delle lobby. In una prospettiva habermasiana o kantiana, la pubblicità è al contrario una delle forze della discussione poiché spinge i partecipanti a guardare all'interesse generale o perlomeno a provare ad esplicitare cosa i loro argomenti hanno in comune con gli altri, e la pressione della pubblicità rende la contrattazione più difficile rispetto alle sedute a porte chiuse. Ad ogni modo, i dibattiti riservati a pochi presentano un inconveniente maggiore: rendono più difficile il coinvolgimento del grande pubblico.

La deliberazione del mini-pubblico contro la deliberazione delle masse. Il mini-pubblico deliberativo mira per definizione ad incarnare un'opinione controfattuale (cioè l'opinione pubblica potrebbe essere, ovvero meglio informata, beneficiaria di un quadro soddisfacente per forgiare una sua idea), ma che di conseguenza può differire dall'opinione delle masse. La maniera in cui le raccomandazioni dei colleghi sorteggiati sono state respinte in molteplici esperimenti dimostra ampiamente come questo rischio non sia solamente speculativo. Su questo assunto, l'esperienza irlandese, in cui i cittadini hanno sostenuto la proposta del mini-pubblico sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, dimostra che a certe condizioni, una dinamica positiva possa svilupparsi tra deliberazione del mini-pubblico e decisione del popolo.

La questione della trasformazione sociale.

In che modo potrebbe il mini-pubblico avere un effettivo riscontro nella vita reale? I cittadini estratti a sorte, lontani dai loro precedenti legami sociali, sono riuniti forzatamente. Considerato che la loro convocazione dipende solamente dalla buona volontà delle autorità pubbliche, è improbabile che possano veramente sovvertire le strutture più fondamentali del potere. Per imporre delle trasformazioni positive in un mondo in cui le resistenze strutturali degli interessi dominanti sono enormi, l'appello all'indignazione e ad una sollevazione di massa contro le ingiustizie ed i pericoli che minacciano il pianeta, è forse più efficace di ragionevoli discussioni portate avanti da comitati a partecipazione limitata?

6. Le trasformazioni della rappresentazione democratica

Nonostante la portata di queste sfide, l'attuale ondata sperimentale in tema di sorteggio è segno di un tentativo di arricchimento della democrazia. Ne è testimone ad esempio l'Assemblea cittadina della Colombia britannica nel 2004. Ad essa veniva affidata la missione di proporre una riforma sulle modalità di scrutinio relative a detta provincia canadese. I suoi organizzatori convenivano che sarebbe stato preferibile non affidare ai partiti la riforma della legge elettorale, tema sul quale c'era in certo qual modo conflitto di interesse. Dopo un anno di lavoro, l'Assemblea cittadina propose la fine dello scrutinio uninominale ad un turno solo (*first past the post*), che schiacciava le minoranze, e individuò l'introduzione di una logica più proporzionale. Il progetto di legge venne proposto tale e quale ai cittadini affinché ne procedessero alla ratifica attraverso referendum nel maggio 2005. Gordon Gibson, consigliere del Primo ministro della Colombia Britannica e creatore dell'Assemblea cittadina, difese questa innovazione nel seguente modo:

«Noi stiamo [...] per introdurre degli elementi nuovi accanto alla democrazia rappresentativa e alla democrazia diretta [...] Fino a oggi, le due vie che consentono di prendere delle decisioni sono profondamente influenzate – meglio dire sotto il cappello – dagli esperti o dagli interessi particolari. L'idea di una democrazia deliberativa è essenziale per far entrare in lizza l'interesse pubblico, rappresentato da *panel* di cittadini estratti a sorte. I rappresentanti tradizionali che noi eleggiamo, sono scelti attraverso il consenso maggioritario, per un lungo periodo di tempo, in quanto professionisti, con competenze per legge illimitate e per agire a nostro nome. I nuovi rappresentanti vengono scelti a caso, per un periodo breve, in quanto semplici cittadini con compiti specifici e limitati» #####.

Per comprendere queste proposte, bisogna ricordarsi che l'esperienza democratica moderna non si è mai ridotta al solo governo rappresentativo, cioè alla regolare elezione di rappresentanti che, in nome degli elettori, monopolizzano l'adozione delle decisioni. L'esistenza di una giustizia indipendente, l'attività dei comitati di esperti, la democrazia che coinvolge le parti sociali, oppure gli elementi di democrazia diretta quali i referendum e le iniziative popolari hanno altresì fatto parte del panorama. Ora, al tempo della rete sociale e della fine dei partiti di massa, la moltiplicazione dei metodi di legittimazione democratica diviene più percepibile sssssssss. In origine il mini-pubblico estratto a sorte era un collegio meramente consultivo, che forniva un parere o un'informazione alle autorità elette. Nella nuova versione, un legame più forte viene intessuto tra democrazia deliberativa e democrazia partecipativa *****, ed è crescente il numero di esperimenti in cui il mini-pubblico è molto più inserito nel processo decisionale, spesso in relazione a procedure di democrazia diretta ++++++.

Nel futuro, sarebbe auspicabile che l'estrazione a sorte fosse di nuovo associata all'elezione, come è stato per la maggior parte delle esperienze democratiche e repubblicane della storia. Affinché quest'innovazione abbia davvero un senso, dovrebbe venire istituzionalizzata per legge e non posare unicamente sulla volontà politica di alcuni dei responsabili. L'idea non è certamente quella di abolire le elezioni, ma di arricchire la dinamica democratica introducendo questo nuovo elemento su vasta scala. L'esperienza islandese mette bene in mostra le potenzialità partecipative che la democratizzazione della democrazia offre: che contrasto con il caso greco del 2010, in cui, per quanto le compete, si è intrapresa una serie di riforme dall'alto lasciando il sistema istituzionale intatto!

Sarebbe ingenuo pensare che la politica del secolo XXI continuerà a protrarre, apportando solo parziali modifiche, le soluzioni istituzionali del secolo precedente. Davanti alla portata della crisi del capitalismo finanziario e il crescente stallo dei modelli di produzione fino ad ora impiegati,

G. Gibson, "Deliberative Democracy and the B. C. Citizens' Assembly": http://www.cfd.ca/index.php?option=com_content&task=view&id=409&Itemid=284 (sito del Citizens Centre for Freedom and Democracy), discorso del 23 febbraio 2007.

ssssssss P. Rosanvallon, *La Légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008.

***** *The Deliberative Democracy Handbook. Strategies for Effective Civic Engagement in the 21st Century*, J. Gastil, P. Levine (dir.), San Francisco, Jossey-Bass, 2005.

+++++++ K. Knobloch, J. Gastil, & T. Reitman, *Connecting Micro-Deliberation to Electoral Decision Making: Institutionalizing the Oregon Citizens' Initiative Review*, in *Deliberation: Values, processes, institutions*, A. Przybylska & Y. Sintomer (eds.), New York, Peter Lang, 2015 (with), Serie "Warsaw Studies in Culture and Society", Frankfurt/Main, 2015, pp. 21-40.

davanti all'immenso discredito che colpisce oggi la politica istituzionale, lo *status quo* non sembra né realistico, né soddisfacente #####.

Y. Sintomer, *Petite histoire de l'expérimentation démocratique. Tirage au sort et politique d'Athènes à nos jours*, Paris, La Découverte, 2011.

[Il sorteggio in campo politico come strumento integrativo dell'attività delle assemblee parlamentari*](#)

di Fulco Lanchester **

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Un'osservazione preliminare sulla attuale crisi del metodo elettivo e dei partiti politici. – 3. Polisemia della rappresentanza. – 4. Il sorteggio e la sua utilizzazione per la formazione delle Assemblee parlamentari e per i lavori delle Assemblee parlamentari. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Non è la prima volta che statistici, economisti e sociologi entrano da protagonisti nella discussione sulle istituzioni rappresentative ed in particolare sul tema dei meccanismi di trasformazione dei voti in seggi (sistemi elettorali in senso stretto). Questo è accaduto, ad es., dalla seconda metà del secolo XVIII agli inizi del secolo XX (da Borda a Condorcet, da D'Hondt fino ad arrivare a Geyerhahn e Saint Laguë). Oggi statistici e matematici sono di nuovo protagonisti nel dibattito, mettendo in evidenza l'importanza della ricerca sulla *rappresentanza randomizzata* derivante anche dalle intelligenti provocazioni contenute nel volume del gruppo catanese *Democrazia a sorte* SSSSSSSSSS. Essi lo fanno in un momento di difficoltà particolare degli ordinamenti democratici rappresentativi, il che spiega l'attenzione rivolta alle loro proposte, soprattutto da movimenti che contestano forma e funzionamento degli attuali assetti istituzionali.

Anche se non è la prima volta che ciò accade, dico subito che l'attuale discussione sul tema del *sorteggio in campo politico* (spiegherò più avanti il significato della specificazione) costituisce un'occasione importante per riflettere sull'indispensabile vivificazione del rapporto tra comunità politica e soggetti politicamente rilevanti che agiscono all'interno delle strutture di autorità. Quando parlo di vivificazione intendo che le istituzioni rappresentative degli ordinamenti liberali e democratici possono essere integrate attraverso altri metodi di selezione del personale politico, ma che nelle stesse, per ragioni quantitative e/o qualitative, lo strumento elettivo deve rimanere centrale sia per ragioni pratiche che per vincoli giuridici.

In un momento in cui sta crescendo la delegittimazione nei confronti del ceto politico sulla base di fenomeni strutturali che incidono sia sullo Stato sociale che sulle istituzioni rappresentative, il tema del sorteggio deve dunque – a mio avviso – essere visto nella prospettiva storica e interdisciplinare come uno strumento per la integrazione (non la sostituzione) del parco degli strumenti di democrazia diretta e rappresentativa.

* Intervento al Convegno *Democrazia a sorte quali scenari possibili?*, svoltosi in Roma presso la Sala della Regina della Camera dei Deputati (21 luglio 2016).

** Professore ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato, Dipartimento di Scienze politiche – Università di Roma “La Sapienza”.

SSSSSSSSSS V. M. Caserta [et al.], *Democrazia a sorte, ovvero la sorte della democrazia*, Catania, Malcor D', 2012.

In questo intervento opererò, prima di tutto, un'osservazione preliminare al fine di inquadrare storicamente il problema. Proseguirò analizzando, in modo succinto, il tema della rappresentanza

E le tecniche di decisione per la deliberazione su questioni e per la preposizione di individui a cariche autoritative. Infine mi occuperò del tema specifico dell'utilizzazione pratica del sorteggio nell'ambito delle assemblee parlamentari e della possibilità di estenderlo nell'attuale situazione come strumento integrativo e non alternativo ai meccanismi vigenti per quanto riguarda il procedimento legislativo.

2. Un'osservazione preliminare sulla attuale crisi del metodo elettivo e dei partiti politici

Il metodo elettivo, divenuto egemone negli ordinamenti rappresentativi liberali e poi in quelli democratici di massa per ragioni qualitative e quantitative già nel XIX secolo, ora è sotto attacco. Faccio notare che la celebre frase di Montesquieu “Le suffrage par le sort est de la nature de la démocratie; le suffrage par choix est de celle de l'aristocratie” ***** , ricordata anche all'inizio del volume del gruppo catanese ††††††††††, si inserisce in un capitolo de ‘L'Ésprit de lois’ dedicato a “du gouvernement républicain et des lois relatives à la démocratie”. In esso Montesquieu osservava che quando il popolo “en corps” possiede la potenza sovrana, ci si trova in una democrazia, mentre, quando la stessa è nelle mani di una parte del popolo, questa viene definita aristocrazia. Egli proseguiva sostenendo che il popolo nella democrazia è per certi versi il monarca, per altri il suddito. In questa prospettiva il popolo non può essere monarca che attraverso i suoi suffragi che esprimono la sua volontà, poiché la sua volontà è il sovrano stesso. E qui l'affermazione che è celebre come quella precedente: “En effet, il est aussi important d'y régler comment, par qui, à qui, sur quoi, les suffrages doivent être donnés, qu'il l'est dans une monarchie de savoir quel est le monarque, et de quelle manière il doit gouverner”.

In questa prospettiva Montesquieu analizzava il piano della cittadinanza attiva, che viene estesa al *dèmos* politico in maniera più o meno completa, ma evidenziava una differenza tra democrazia ed aristocrazia nel modo di preposizione degli individui alle cariche autoritative. L'espansione progressiva della cittadinanza ha fatto sì che negli anni '50 del secolo scorso la discussione sugli ordinamenti democratici occidentali fosse senza alcun dubbio monopolizzata dal metodo elettivo e dai partiti come cinghie di trasmissione, riduzione e articolazione della volontà popolare e come *strumenti di selezione della rappresentanza*. Un simile fenomeno era osservabile su entrambe le coste dell'Atlantico nell'ambito di un globo diviso nella contrapposizione bipolare. Ricordo come in Francia, alla fine degli anni Quaranta, si fosse attivata la ricerca su questi due elementi per opera di Prélot, Vedel, Aron, Duverger, Goguel e come già nel 1951 proprio Maurice Duverger avesse pubblicato *Les partis politiques* (incentrato sul modello europeo) †††††††††† e prima, con altri, nel

***** C. de Montesquieu, *Ésprit des lois*, liv. II, ch.II.

†††††††††† V. M Caserta [et al.], *Democrazia a sorte, ovvero la sorte della democrazia*, cit.

†††††††††† V. M. Duverger, *Les partis politiques*, Paris, Colin, 1951

1950 il noto contributo su *L'influence des systèmes électoraux sur la vie politique* §§§§§§§§§§. Negli USA la tendenza era simile, anche se differente la metodologia monopolizzata dalla scuola comportamentistica di Chicago. Nell'ambito di un indirizzo attento ai processi di modernizzazione S.M. Lipset scrisse nel 1959 il

volume *The Political Man, The Social Basis of Politics* ***** , dove centrale era il momento elettorale, nella versione della libera scelta.

Entrambe le impostazioni non facevano che aggiornare, tuttavia, le posizioni di James Bryce, che in *Modern Democracies* †††††††††† aveva già sottolineato come le votazioni elettive avessero permesso di passare dalle *bullets* ai *ballots* (confermando la posizione di Georg Simmel ††††††††††, sulla funzione delle stesse). In ambito europeo esse avevano, inoltre, alle spalle la riflessione scaturita al termine della prima ondata di democratizzazione sulla crisi di partecipazione, che aveva visto la contrapposizione Kelsen §§§§§§§§§§-Schmitt ***** , ma anche le suggestioni di Triepel †††††††††† e di Leibholz †††††††††† sul tema della rappresentanza e dello Stato dei partiti. Se si allarga, dunque, la prospettiva è necessario riconoscere che il passaggio dal liberalismo oligarchico e le progressive e strutturali modificazioni della democrazia di massa (sulla base dello sviluppo del *West* a scapito del *Rest*, del successivo spostamento degli assi geopolitici, della crisi del socialismo reale e degli avanzamenti tecnologici) abbiano portato nel tempo a cicliche crisi delle istituzioni rappresentative §§§§§§§§§§.

È dunque significativo che Bernard Manin, proprio nel 1992 ***** anno dell'inizio della crisi di regime che ha investito l'Italia, abbia riproposto la posizione classica, verificabile successivamente sia nell'edizione definitiva francese ed inglese del volume, che lega l'elezione alla forma di governo aristocratica ed il sorteggio alla democrazia.

A metà della seconda decade del XXI secolo non soltanto il metodo elettivo viene messo sempre più in discussione sia dai cultori della democrazia deliberativa e partecipativa ††††††††††, sia da

§§§§§§§§§§ V. M. Duverger, *L'influence des systèmes électoraux sur la vie politique*, Paris, Colin, 1950.

***** V. S. M. Lipset, *The Political Man, The Social Basis of Politics*, New York, Doubleday, 1959.

†††††††††† V. J. Bryce, *Modern Democracies*, London, Macmillan, 1921.

†††††††††† V. G. Simmel, *Soziologie: Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1908.

§§§§§§§§§§ V. H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1929.

***** V. C. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, München, Duncker & Humblot, 1926.

†††††††††† V. H. Triepel, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlin, Preussische Druckerei und Verl.-Anstalt, 1927.

†††††††††† V. G. Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems; ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre*, Berlin und Leipzig, Gruyter & Co., 1929.

§§§§§§§§§§ V. F. Lanchester, *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, Milano, Giuffrè, 2014.

***** V. B. Manin, *La democrazia dei moderni, con due discorsi di Francesco Guicciardini sull'elezione e l'estrazione a sorte dei governanti* Milano, Anabasi, 1992 e poi *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Calmann-Lévy, 1995.

†††††††††† V. F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, Giuffrè, 2006.

quelli che basano sul sorteggio le nuove speranze del metodo democratico #####, ma vengono suggeriti altri meccanismi per la presa delle decisioni elettive e deliberative.

La recente analisi di Florent Guénard su la *Démocratie universelle* ##### conferma la ricchezza di un dibattito che non è puramente tecnico, ma filosofico e giuridico ed investe principi e valori fondamentali delle comunità politiche contemporanee. La citata crisi della rappresentanza partitica e l'avvento della democrazia del pubblico evidenziano, inoltre, come si sia sviluppato il tema dell'intervento degli organi tecnici, ma anche quello della democrazia partecipativa e di quella deliberativa.

La crisi dello Stato democratico di massa basato sui partiti ha indotto dunque, anche sulla base della rivoluzione tecnologica, a cercare nuove (vecchie) soluzioni: democrazia partecipativa; democrazia deliberativa; democrazia illiberale, governance aziendale; burocrazia partitica confuciana; personalismo plebiscitario. Si sono insomma fatti avanti, oltre ai cultori delle cosiddette democrazie illiberali o delle democrazie *****, anche i sostenitori della cosiddetta meritocrazia confuciana (mi riferisco a D. A. Bell #####) o i teorici dell'azionalismo rappresentato dal caso Singapore di Lee Kuan Yew #####. In questa prospettiva i primi, suggestionati dal consenso delle masse, considerano democratici ordinamenti che sono regimi plebiscitari o autocrazie e dimenticano la sempre incombente lezione del secolo XX #####, mentre gli altri sono, invece, colpiti favorevolmente da ordinamenti apparentemente *meritocratici* come la Cina, che – nel passaggio dal maoismo al confucianesimo burocratico – partitico ha adottato una rigida strategia del mutamento guidato per il ricambio programmato dell'élite; o da esempi azionalistici come la città Stato di Singapore.

3. Polisemia della rappresentanza

Messo in rilievo questo punto, per discutere del tema odierno bisogna però avere contezza di cosa significhi rappresentare, a quale livello e con quali rapporti con il *dèmos* politico.

Lasciatemi quindi evidenziare in maniera apodittica:

come il termine rappresentanza evidenzia una attività di sostituzione (rendere presente) da parte di un collegio o di un individuo di un gruppo di dimensioni maggiori e come il rapporto rappresentativo possa essere di tipo giuridico, fiduciario o sociologico;

come il livello in cui si esercita la rappresentanza possa essere politico o non politico a seconda che venga esercitato in un livello in cui si possa partecipare o meno alla allocazione autoritativa dei valori;

V. Y. Sintomer, *Petite histoire de l'expérimentation démocratique*, Paris, La découverte, 2011.

V. F. Guénard, *La démocratie universelle*, Paris, Seuil, 2016.

***** V. F. Zacharia, *The rise of illiberal democracy*, in *Foreign Affairs*, 1997, n. 6, pp. 22 ss.

V. D. A. Bell, *The China Model. Political Meritocracy and the Limits of Democracy*, Princeton, University Press, 2015.

V. Lee Kuan Yew, *The Grand Master's Insights on China, the United States, and the World*, Cambridge, (Mass.), The MIT Press, 2013.

Voting for Hitler and Stalin, Elections Under 20th Century Dictatorships, v. R. Jessen, H. Richter (eds), Frankfurt-New York, Campus Verlag, 2011.

come la rappresentanza in campo politico non si generi sulla base esclusiva del meccanismo elettivo, ma coinvolga differenti tipi di tecniche di preposizione di individui a cariche autoritative (ereditaria; professionale; per concorso previo esame; per acquisto; per caratteristiche fisiche o intellettuali; per cooptazione; per acclamazione; per sorteggio);

come il moderno concetto di rappresentanza collegato con la politicità si connetta con la statualità e l'individualismo e venga esercitata su livelli differenziati, partecipi o meno della politicità;

come l'oggetto per la presa di decisioni da parte di un collegio pubblicistico (di quelli privatistici non ci si occupa in questa sede) possa essere delle dimensioni più varie (del Corpo elettorale e dei collegi rappresentativi o amministrativi); possa concentrarsi su questioni o sulla preposizione di individui a cariche autoritative; e possano essere prese attraverso procedure stabilizzate di tipo differente;

come il metodo per la presa delle decisioni in questione possa essere quello: di votazione (deliberativa o elettiva) o per sorteggio (deliberativo o elettivo);

come proprio il termine "democrazia rappresentativa" sia altamente distorto. Democrazia rappresentativa è infatti un eufemismo ideologico per descrivere la *repubblica* di Madison ovvero un sistema di esercizio del potere politico attraverso la rappresentanza sulla base di giustificazioni quantitative e/o qualitative. La democrazia in senso stretto evidenzia, invece, l'esercizio diretto del potere da parte dei consociati (Rousseau);

come sin dalle origini negli USA si sia aperto un conflitto tra la repubblica (aristocratica nel senso montesquieniano) e country democracy, che poi si è consolidato in quello tra organizzazione di partito e democrazia assembleare;

come la *formola politica*, giustificatrice del rapporto comando obbedienza stessa all'interno dei singoli ordinamenti possa essere frutto di una concezione noumenica o immanentistica. Alla base delle repubbliche ovvero degli ordinamenti rappresentativi si pone normalmente una concezione immanentistica dei rapporti interpersonali ed una valutazione qualitativa o quantitativa dell'impossibilità di una diretta gestione del politico da parte del *dèmos* *****;

4. Il sorteggio e la sua utilizzazione per la formazione delle Assemblee parlamentari e per i lavori delle Assemblee parlamentari

In questo specifico quadro gli ordinamenti democratici di massa sono dunque tendenzialmente di tipo rappresentativo ed emarginano ufficialmente i metodi non elettivi (nomina, sorteggio, cooptazione, ereditarietà, funzione, acquisto), in quanto non giustificabili come formola politica invalente.

Per quanto riguarda specificamente il sorteggio, di fronte alle obiezioni quantitative e qualitative nei confronti della democrazia diretta, ritengo che esso non sia tanto legato alla capacità di autodeterminazione nel gruppo per cui tutti possono esercitare tutte le cariche, ma all'omogeneità

***** Di qui discende la necessità di rappresentanza, presente anche nel caso democratico con il riferimento ad un campione rappresentativo dell'universo.

degli uffici e per le questioni di incompatibilità. Il confronto con l'attuale previsione regolamentare di tipo gruppocratico evidenzia la regressione nell'uso del sorteggio, che viene previsto per Camera e Senato esclusivamente per temi liminari *****.

5. Conclusioni

Il sorteggio è dunque uno dei possibili strumenti per la presa di decisioni pubblicistiche. Esso ha una tradizione risalente ed è stato utilizzato in maniera sempre più limitata nelle società di massa, caratterizzate dalla presenza dei partiti e del metodo elettivo. La crisi incisiva degli ultimi anni ha riproposto opzioni alternative, che ripropongono l'avversione alla mediatizzazione della rappresentanza fiduciaria tradizionale. I casi islandese, irlandese e canadese costituiscono esempi di

una simile tendenza, ma descrivono anche la limitatezza della possibile applicazione pratica. In questa specifica prospettiva si pone il progetto dell'assemblea integrata da cittadini estratti a sorte che, nel caso suggerito dal gruppo di Catania, dovrebbe aumentare il vantaggio sociale delle decisioni acquisite. Simili ipotesi risultano inapplicabili, ripeto, nell'attuale contesto costituzionale e regolamentare italiano. In modo drastico, confliggono con alcuni principi supremi che caratterizzano l'ordinamento costituzionale vigente.

Questo non vuol dire, però, che alcune suggestioni proposte non possano essere opportunamente adattate allo stesso al fine di farle divenire uno strumento integrativo del procedimento di decisione soprattutto attraverso la fase dell'istruttoria legislativa. Ad es. opportune modifiche all'art. 79, comma 4 del Regolamento della Camera dei deputati potrebbero fornire la possibilità di integrare l'istruttoria legislativa con l'ausilio di commissioni di cittadini selezionati con metodi rappresentativi adeguati al fine di approfondire la discussione e rilegittimare il procedimento. In questo modo la democrazia deliberativa si affiancherebbe alla rappresentanza fiduciaria in campo politico.

Si tratterebbe, dunque, di un intervento limitato che certo non basta ma potrebbe affiancarsi ad altri più tradizionali, volti ad incidere sul circuito rappresentativo. In questa prospettiva ritengo rimanga strategico riattivare il circuito democratico partecipativo che ha visto scomparire nella sregolazione l'art. 49 Cost.. Diritti degli iscritti e selezione dei candidati, affiancati da una attenzione alla legislazione elettorale di contorno e al sistema elettorale in senso stretto costituiscono interventi integrati per rispondere alla crisi di legittimazione dell'ordinamento

Simili previsioni possono essere recuperate nelle normative di riferimento delle assemblee del Regno di Sardegna, Francia, Belgio e Gran Bretagna.

***** V. i Reg. vigenti: Camera deputati art. 3, comma 3°; Senato, art. 6, comma 2° (v. inoltre al Senato per il nome del senatore da cui iniziare l'appello nelle votazioni nominali, artt. 116, comma 1°, e 118, comma 5).

democratico. Non sarebbero la soluzione salvifica, non prefigurerebbero “l'uomo della provvidenza”, ma aiuterebbero a ristabilire funzionalità, correttezza ed efficienza sistemiche che anche gli autori del greppo catanese auspicano.

Democrazia a sorte: problemi e opportunità *

di Gino Scaccia **

Ringrazio il deputato Vacca per avermi offerto l'opportunità di confrontarmi con il tema oggetto del libro che presentiamo, al quale confesso di essermi accostato con una diffidenza dettata dalle strutture mentali – o se volete dai pregiudizi – che si sono venuti stratificando nel corso della mia formazione costituzionalistica e che invece si è rivelato una lettura sorprendentemente feconda.

Il primo quesito che mi ha suscitato la proposta eretica, se non addirittura rivoluzionaria che nel libro si espone, attiene alla sua motivazione politica. Da dove nasce l'esigenza di immaginare un sistema di formazione della rappresentanza politica parzialmente dettato dal caso, dunque da elementi imprevedibili e perciò contrari all'esigenza di calcolabilità e razionalità che pervade il diritto e ne forma l'ossatura? Perché tornano di attualità modelli di designazione dei rappresentanti del popolo che hanno caratterizzato epoche storiche lontanissime (dalla Grecia classica alla Serenissima Repubblica di Venezia) e che, dopo la rivoluzione francese e lo sviluppo dell'idea di rappresentanza politica democratica fondata sul voto libero ed eguale, sembravano definitivamente consegnate all'archeologia istituzionale? La risposta la fornisce una cruda e disincantata diagnosi sullo stato della democrazia parlamentare in Italia e più in generale negli ordinamenti dell'Occidente europeo. La crisi della rappresentanza politica, l'incapacità di questa di dare voce alle molteplici e variegate istanze presenti in una società accentuatamente pluralista è documentata dalla letteratura politologica e costituzionalistica – con incessante attenzione – almeno da un trentennio, e pare irreversibile, per il venire meno delle condizioni storiche e sociali su cui riposava l'egemonia dei partiti sulla società e la conseguente coincidenza della partecipazione politica democratica con l'attività di partito o delle istituzioni e associazioni ad esso collaterali. I partiti hanno perso la loro funzione pedagogica e di integrazione delle masse popolari nella vita politica statale e appaiono per lo più ridotti a comitati elettorali, verticalizzati attorno al *leader* del momento e generalmente capaci di coinvolgere attivamente solo “politici di professione”, che nel partito vedono non tanto il luogo della partecipazione democratica, quanto – prosaicamente – il loro unico datore di lavoro. Nello specifico della vicenda italiana, a questa generale, riconosciuta situazione di crisi della democrazia parlamentare e della rappresentanza politica si sta reagendo non già con l'apertura di nuovi e inediti canali di partecipazione democratica, ma piuttosto con l'arroccamento ulteriore del sistema partitocratico su classi

* Intervento al Convegno *Democrazia a sorte quali scenari possibili?*, svoltosi in Roma presso la Sala della Regina della Camera dei Deputati (21 luglio 2016).

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Teramo.

dirigenti ristrette ed autoreferenziali e con la riduzione della stessa dialettica istituzionale interna ai rapporti fra Governo e Camere. Senza potermi dilungare sul punto, basti osservare che la nuova legge elettorale (il cd. *Italicum*), a meno di modifiche dell'ultima ora, porterà

alla formazione di un Parlamento composto per circa due terzi da “nominati”, nonostante la Corte costituzionale, con la celebre sentenza n. 1 del 2014, abbia annullato la legge elettorale precedente (il c.d. *Porcellum*) proprio rilevando, tra l'altro, che non era stata preservata la libertà di scelta degli elettori. *Historia non docet*, verrebbe da dire: la storia non sta insegnando nulla ed è scontato che, dinanzi a questa sordità dei soggetti politici dominanti rispetto alle istanze di rinnovamento che si levano dalla società, la sfiducia dei cittadini nelle istituzioni democratiche e la loro estraneazione dalla vita politica tendano ad aumentare. Quando però la società si sente sotto o male rappresentata dalla classe politica istituzionalizzata, quando la sfiducia nella delega parlamentare diviene generalizzata, è naturale che fioriscano proposte di revisione o correzione delle forme della rappresentanza politica.

Le più tradizionali sono quelle che prospettano, in molto alternativo o congiunto, l'istituzione di una sede di rappresentanza di interessi corporativo-territoriali, secondo il modello delle Camere delle professioni e “delle autonomie”; oppure il potenziamento degli istituti di democrazia diretta (referendum nelle più diverse forme, iniziativa popolare, decisione popolare - *Volkentscheid*). Non mancano peraltro soluzioni estreme, e pericolose, che propugnano un più profondo ripensamento dei meccanismi di selezione del personale politico. Penso ad esempio al recentissimo saggio di Jason Brennan “*Epistocracy*”, che potremmo tradurre con “democrazia dei dotti”. In esso lo studioso statunitense sostiene, sul piano scientifico, che sarebbe saggio modificare la legislazione elettorale in modo da sottrarre al popolo le scelte di maggiore rilievo politico e più elevata complessità tecnica per lasciarle solo a chi esibisca una solida preparazione culturale. In altri termini, Brennan propone di selezionare la rappresentanza sulla base della conoscenza (*epistème*, in greco) e di far venire meno il principio di eguaglianza del voto su cui fanno perno le liberaldemocrazie moderne.

Ecco, il libro che oggi presentiamo si inserisce in questo quadro generale di disagio nei confronti della democrazia rappresentativa e di ripensamento dei propri istituti. E lo fa in modo assolutamente originale, prefigurando un cambio radicale di paradigma: muove cioè dall'idea che non tutti i parlamentari vadano eletti, ma che si debba accogliere il principio della loro almeno parziale designazione casuale. Non so se sia stato un punto di riferimento consapevole dei ricercatori a cui si deve l'opera che ci occupa, ma mi pare si possa dire che essi stanno cercando di dare una forma matematica al velo d'ignoranza di cui John Rawls parla nella sua famosa *Theory of Justice*. Si immagina infatti che persone selezionate a sorte, non legate ad un partito e non bisognose di consenso, visto che resteranno in carica per un periodo limitato e non potranno rinnovare il loro mandato, agiscano in assenza di un interesse egoistico (e in questo senso con una sorta di velo di ignoranza) e quindi siano portati naturalmente a perseguire l'interesse generale. Questi parlamentari autenticamente indipendenti dovrebbero collocarsi fra maggioranza e opposizione, entrambe chiuse nella loro rispettiva disciplina, che riduce e talora

azzera la disponibilità al negoziato, così da favorire scelte disinteressate, aperte al confronto e per questo presuntivamente più aderenti al bene comune.

Se questo è il quadro, mi pare che il raffinato tentativo matematico di inserire dosi di ragionevolezza e di buon senso in una dialettica politica talora ciecamente contrappositiva presenti alcuni problemi di realizzazione, che vorrei molto brevemente evidenziare.

Va chiarito anzitutto – ed è stato del resto ammesso dal professore Spagano – che il modello qui presentato non si adatta ad una forma di governo parlamentare qual è la nostra, perché inserendo una quota – decisiva per gli equilibri interni al Parlamento – di indipendenti estratti a sorte che si sottraggono alla disciplina di gruppo e dunque di partito, espone il Governo alla più forte instabilità, dovendo l'Esecutivo, nelle democrazie parlamentari, godere della fiducia delle Camere. A questo inconveniente si potrebbe, invero, ovviare escludendo il voto dei deputati sorteggiati dalle votazioni di fiducia, ma in questo modo la finalità precipua della designazione casuale (favorire decisioni protese al bene comune in quanto non pregiudicate da interessi di parte o personali) sarebbe frustrata proprio rispetto alle scelte politiche più qualificanti. Insomma, la “democrazia a sorte” ha il suo *habitat* ideale nel sistema presidenziale, e tanto basta a far comprendere come il libro che commentiamo non abbia i tratti di una proposta politica di immediata realizzazione, ma rappresenti piuttosto un futuribile esperimento di ingegneria costituzionale, richiedendo un complessivo ridisegno della forma di governo.

Fatta questa premessa, il problema preliminare che pongo è quello della definizione dell'efficienza sociale di un Parlamento. Nei diagrammi e nelle *slides* che ci sono state mostrate – se ho bene inteso – le decisioni politiche formate con il concorso dei “deputati a sorte” si collocano su un livello più alto in termini di vantaggio sociale realizzato rispetto a quelle dei Parlamenti attuali, formati solo da eletti. Mi chiedo però, a monte, se la nozione di vantaggio sociale o di efficienza sociale sia riducibile a una formula matematica o se non sia suscettibile invece di una valutazione politica. Mi spiego con un esempio banalissimo: una legge che per sostenere i livelli di occupazione sussidia un'impresa decotta (ad esempio una banca) o ricapitalizza un'azienda municipalizzata inefficiente genera un beneficio sociale superiore rispetto a una legge che non ne impedisce, ma al contrario ne accelera il fallimento, così riattivando un circuito concorrenziale che permette il miglioramento dell'efficienza nel servizio erogato e il riassorbimento di quei lavoratori senza far ricorso al denaro pubblico? Quale delle due leggi si colloca più in alto nella scala dell'efficienza sociale? La risposta non mi pare definibile in termini matematici – dunque oggettivi – perché dipende da opzioni ideologico-culturali. Chi vede con favore politiche liberiste tenderà ad accettare il fallimento anche di una grande azienda pubblica (se non addirittura di un ente territoriale, come è accaduto più volte negli Stati Uniti), scommettendo sulle virtù di autoregolazione e compensazione sociale del mercato; chi, al contrario, ritiene che il pieno dispiegamento delle dinamiche concorrenziali non basti a riassorbire gli squilibri conseguenti a *shock* economici particolarmente virulenti, o che comunque i tempi del “rientro alla normalità” rispetto all'acme della crisi siano socialmente insostenibili, riterrà conforme al bene comune un

intervento pubblico solidaristico posto a carico della collettività, e quindi della fiscalità generale, pur se esso è, dal punto di vista meramente economico, del tutto inefficiente. Ecco dunque il primo problema che ravviso: se la scelta socialmente più efficiente non è definibile in termini oggettivi, ma è piuttosto condizionata da opzioni ideali, su quali parametri si basa l'assunto che decisioni assunte con l'apporto decisivo dei parlamentari sorteggiati siano, sempre e comunque, più vantaggiose per la collettività?

L'efficienza di cui si discorre non potrebbe essere neppure commisurata al numero delle leggi approvate. Democrazia e produttività decisionale, infatti, non sono necessariamente allineate. Provo a spiegarmi meglio: il legame sussistente, nei regimi democratici, fra potere e responsabilità scongiura paralisi amministrative e inefficienze sistemiche gravi. Lo ha messo bene in risalto Amartya Sen quando ha escluso che un sistema democratico possa soffrire di una carestia. Prima di giungere a questo punto estremo, infatti, sarebbero attivati tutti gli strumenti di sanzione politica di cui le democrazie dispongono. Fuori da questi casi limite, accade tuttavia il contrario: modelli autocratici di governo sono più rapidi nelle decisioni, perché non devono sostenere l'onere della mediazione, il peso della responsabilità, la sfida del confronto dialettico. Possono fare a meno, insomma, della libertà. Per questo la democrazia e il pluralismo politico-ideale, che sono un valore in sé e per sé, un bene assoluto, indipendentemente dai loro "risultati" in termini di produttività, tollerano, e in qualche misura implicano, una certa ragionevole "inefficienza", esito naturale della fatica della discussione pubblica e della negoziazione politica. Non mi pare utile, perciò, ragionare su un parametro matematico quale il numero delle leggi approvate.

Le difficoltà fin qui evidenziate nell'applicazione del sistema del sorteggio alla rappresentanza parlamentare non fanno ombra agli elementi di innovazione del modello che abbiamo visto esporre, e semmai stimolano a cercare ambiti nei quali quel sistema può essere più efficacemente trapiantato.

Il primo a venire alla mente è quello della composizione di organi di controllo o giudicanti. In questo settore, senza rivoluzioni di sistema o palingenesi costituenti, il sorteggio – eventualmente in combinazione con il voto – potrebbe garantire una maggiore indipendenza e imparzialità di azione. Penso, ad esempio, ai membri togati del Consiglio superiore della magistratura, che oggi sono votati dai componenti dell'ordine giudiziario. Sarò di certo *naïve* o rozzamente schematico, ma mi pare una grave anomalia che i giudici, imparziali per statuto costituzionale oltre che per vocazione professionale, debbano suddividersi in correnti che fanno riferimento a "orientamenti ideali e culturali" – come ipocritamente si dice per giustificarli con un termine eufonico – ma che, con maggiore aderenza alla realtà, corrispondono a divisioni ideologiche largamente coincidenti con gli schieramenti partitici; e che, sulla base di questa partizione interna in "correnti-partiti" debbano spartirsi gli incarichi direttivi e amministrare le carriere dei magistrati. Perché non introdurre il meccanismo del sorteggio, in combinazione con sistemi di selezione che garantiscano la qualità del prescelto, ossia un adeguato livello di formazione e di esperienza professionale?

Analogo discorso vale in relazione ad organi che esercitano funzioni di controllo politico e ispettivo sul Governo, dove il contributo esterno e disinteressato di parlamentari sorteggiati

potrebbe vincere la logica di schieramento politico che ha talvolta nuociuto all'incisività della funzione di controllo o ne ha compromesso i risultati. Si pensi ad esempio alle Commissioni di vigilanza (in primis quella sulla RAI), al Copasir, alle Commissioni di inchiesta, ma anche ai componenti delle Autorità amministrative indipendenti, e più in generale agli organi che si caratterizzano per l'erogazione di "prestazioni di neutralità". Una neutralità che è attributo della funzione e non qualità soggettiva, personale, ma che non può sussistere se non è accompagnata da strumenti di scelta dei titolari degli organi e da sistemi di incompatibilità preventiva e successiva che li incentivino ad agire in modo indipendente e disinteressato.

Il vero tratto di novità del libro che presentiamo è nell'aver avviato una discussione sull'impiego della sorte anche per organi con funzioni decisionali politiche. In questo ambito l'innesto nelle Camere di una quota di parlamentari sorteggiati appare possibile e proficuo per la deliberazione di leggi rispetto alle quali il parlamentare è, per così dire, in strutturale conflitto di interessi. Si pensi alle leggi sul finanziamento della politica, ma anche alla legge elettorale, che ogni forza politica contingentemente dominante cerca di costruire a propria immagine e somiglianza per perpetuare il proprio potere e per espellere dal sistema le forze rivali. Ne abbiamo avuto continue riprove storiche, da ultimo con l'*Italicum*. In una prima versione del testo, la soglia per far scattare il premio di maggioranza era fissata al 37%, che – non casualmente – era vicino alla forza stimata per il partito di maggioranza dalle più ottimistiche proiezioni demoscopiche. In seguito si è ritenuto ragionevole portare la soglia al 40%, mentre le elezioni europee del 2015 gratificavano il primo partito di un suffragio superiore – appunto – al 40% dei consensi. A quel punto nessuna, pur minima, modifica della legge elettorale è stata considerata possibile dal blocco parlamentare che l'aveva approvata. E tuttavia, non appena le recentissime elezioni amministrative hanno segnato la crescita di forze politiche alternative alla maggioranza, che potrebbero raggiungerla e superarla nel turno di ballottaggio, d'improvviso si è riaperta la prospettiva di un intervento correttivo sull'*Italicum*, fino a ieri esclusa recisamente. In sede politica, queste giravolte possono essere spiegate con eleganza, persino giustificate in modo apparentemente convincente; ma Blaise Pascal diceva che mandano avanti il mondo i dotti e il popolo; e il semplice popolano, il cittadino non iniziato alle alchimie della *politique politicienne* fatica a sottrarsi all'impressione che la legge elettorale sia ritagliata su misura del partito egemone e sia per questo destinata a cambiare a ogni mutamento di equilibri politici. Si dirà che tutto ciò è fisiologico, appartiene alla logica democratica, ma è legittimo chiedersi se si possa introdurre un minimo di razionalità in questa cruda effettività politica. In questo senso è particolarmente istruttivo l'esempio della Nuova Scozia riportato dal Professor Sintomer dove la definizione delle regole elettorali, almeno in sede istruttoria, è stata affidata a un collegio composto in base al sorteggio.

Più in generale, l'intero procedimento legislativo andrebbe ripensato per aprirlo alla partecipazione democratica e più precisamente all'apporto dei soggetti interessati. Già in molti Paesi d'Europa (Inghilterra e Scozia ad esempio) i progetti di legge nascono attraverso un confronto dialettico tra soggetti portatori di interessi e di expertise specialistiche, che forniscono al sistema politico quella profonda e concreta conoscenza della realtà che talora appare ignota al nostro legislatore, il quale sembra comporre le leggi in qualche chiuso ufficio ministeriale, senza

reale contatto con i destinatari delle norme. Negli Stati Uniti per designare questo percorso di formazione della legge viene usato il termine *process*, che è diverso dal nostro “procedimento”, perché evoca il dibattimento giudiziale, nel quale si confrontano parti contrapposte, portatori di legittimi interessi, lobbisti (peraltro registrati e soggetti a un rigoroso codice deontologico). Ecco: in una formula, il nostro *procedimento decisionale* dovrebbe diventare un *processo*; non solo a livello statale, ma soprattutto a livello comunale, dove ancora la deliberazione pubblica può essere costruita con l’apporto di una pluralità di cittadini disinteressati. Esperienze interessanti e promettenti non mancano e sono state già ottimamente ricordate dai relatori che mi hanno preceduto.

Anche se proposte come quelle che ci sono state illustrate appaiono talvolta lontane da un’immediata attuazione, esse hanno comunque il merito di rinnovare i nostri schemi mentali, di segnare strade nuove e nuovi linguaggi, con i quali reagire all’idea che la democrazia fondata sulla sovranità popolare sia ormai un relitto del passato e la modernità non possa che abbracciare modelli di *post democracy* nei quali logiche funzionali, di legittimazione per risultati, “in base all’effettività”, pongono in ombra e talvolta del tutto obliterano la legittimazione democratica fondata sulla sovranità popolare.

C’è un fermento sociale che va incanalato, organizzato e ricondotto nelle logiche costituzionali e della legalità democratica. In tal senso sia le proposte di rinnovazione della rappresentanza parlamentare, sia quelle più moderate di introduzione di nuovi strumenti di democrazia diretta o comunque di partecipazione popolare alle deliberazioni politiche vanno viste non come atti “antisistema”, rivolti ad abbattere il Parlamento e la democrazia parlamentare, ma come tentativi di vivificarla, immettendo in essa nuove energie.

Va ricercata, in definitiva, una combinazione originale fra politica professionale e autodeterminazione civica che riduca il preoccupante scollamento tra un ceto politico sempre più avvertito come estraneo al *demos* e un popolo che – animato da preoccupazioni prevalentemente mercantili e sprovvisto d’altro canto di mezzi che ne assicurino un efficace concorso alla determinazione delle scelte pubbliche – rischia di partecipare alla vita politica nella sola forma del sondaggio (che però può far scivolare una politica debole verso un incontrollato e distruttivo populismo) o peggio dell’acclamazione, consegnando così le masse ai più spregiudicati avventurieri e pifferai magici.

La giustizia costituzionale e il suo insegnamento*

di Pier Alberto Capotosti**

SOMMARIO: 1. Il metodo storico comparativo. – 2. Le origini della Giustizia Costituzionale (cenni). – 3 La nota polemica sul custode della Costituzione. – 4. L'Assemblea costituente (cenni). – 5. Il dialogo tra le Corti. – 6. La riforma costituzionale e il suo rapporto con il tema delle garanzie.

1. Il metodo storico comparativo

L'insegnamento di Giustizia Costituzionale in una Facoltà di Scienze Politiche mi ha subito indotto a riflettere sul metodo più proficuo da seguire in relazione al tipo di studio ed alle prospettive occupazionali degli studenti del corso. La scelta è stata a favore del metodo storico-comparativo rispetto ad un'analisi, di tipo esegetico-dogmatico, sul processo e sulla giurisprudenza costituzionale, anche perché il tema dei meccanismi di garanzia necessita comunque di un ampio quadro prospettico di riferimento. Ed invero la supremazia e la protezione della Costituzione si sono manifestate, come è noto, in una pluralità di forme attraverso un processo plurisecolare, che essenzialmente origina dalla concezione di un diritto superiore insita nel giusnaturalismo di Locke e trova nel costituzionalismo nordamericano di fine '700 una fondamentale attuazione nell'ordinamento giuridico dello Stato.

L'oggetto della protezione costituzionale muta dalle prime Costituzioni dello Stato liberale alle diverse forme di "streitbare Demokratie" delle Costituzioni del secondo dopoguerra, attraverso il passaggio della tutela costituzionale dello Stato-partito del periodo fascista e nazionalsocialista della prima parte del XX secolo. Naturalmente oltre all'oggetto della protezione costituzionale variano anche le modalità del controllo, secondo diversi modelli, la cui tipologia ha costituito il contenuto di una serie di ricerche.

In proposito si può ricordare che la varietà dei modelli e delle tipologie di giustizia costituzionale trovarono già, nella dottrina italiana, nella fondamentale monografia di Carlo Esposito del 1934 sulla validità della legge, interessantissimi approfondimenti, anche se forse il primo saggio di sistemazione organica dei modelli di sindacato di costituzionalità, nella dottrina italiana, è dovuto all'opera di Piero Calamandrei degli anni Cinquanta ed alla magistrale trattazione di Mauro

* Si pubblica in via postuma, a cura di Paolo Mezzanotte, l'inedita relazione di P.A. Capotosti, Presidente emerito della Corte costituzionale, tenuta all'Incontro di Studi "L'insegnamento del diritto pubblico e costituzionale nelle Facoltà di Scienze politiche - Giornata di studio in onore di P. A. Capotosti, A. Chiappetti, C. Chiola, F. D'Onofrio", 18 luglio 2012, Roma, Biblioteca del Quirinale.

** Presidente emerito della Corte Costituzionale, Professore emerito di Giustizia costituzionale, Dipartimento di Scienze Politiche – Università di Roma "La Sapienza".

Attraverso questo processo, precipuamente culturale, si è dunque affermato il principio della supremazia della Costituzione e dal famoso caso *Marbury vs. Madison* ha preso l'avvio quella *judicial review of legislation*, che determinò le concrete esperienze della Corte Suprema nordamericana.

Ma la vicenda della conquista del principio della supremazia della Costituzione ha degli sviluppi del tutto diversi, anzi opposti in altre parti del mondo e pressoché negli stessi tempi, se è vero che dalla Rivoluzione francese emerge la tesi del primato e della supremazia della legge, anziché della Costituzione. In questo senso, infatti, si può ricordare che l'Assemblea Nazionale, nella Costituzione del 1791, finalizò la sua opera ad imporre la supremazia del legislatore.

Ma nell'intento di ripercorrere gli albori del controllo di costituzionalità in alcune esperienze è forse sterile citare i tentativi di Sieyès o di Pagano di elaborare forme di protezione della Costituzione e di controllo di costituzionalità. Ma non sembra sterile ricordare come i primi,

autorevoli preannunci, nella dottrina europea di quegli sviluppi che poi condussero alla elaborazione della *Verfassungsgerichtsbarkeit*, fossero tratti dalle opere di Jellinek #####. Per questo Autore, nell'ambito delle garanzie giuridiche, doveva essere previsto che il giudice avesse l'obbligo dell'esame di leggi ed ordinanze "dal punto di vista della loro validità giuridica" #####. Anche per Duguit, le garanzie costituzionali implicano la creazione di un sistema, che eviti l'applicazione di una legge contraria ai principi di libertà ed in questo senso auspica l'introduzione in Francia di un modello di controllo di costituzionalità analogo a quello degli Stati Uniti e fondato sulla cooperazione tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato *****.

3. La nota polemica sul custode della Costituzione

Ma, come è noto, è la dottrina, negli anni Venti del secolo scorso, a determinare gli sviluppi dell'altro grande modello di controllo di costituzionalità, che, insieme con quello nordamericano, ha caratterizzato il sistema della giurisdizione costituzionale. In realtà, la Costituzione austriaca del 1919 accoglie il modello della "Stufenbau" elaborata da Kelsen, anche per quanto concerne le garanzie di stabilità (procedure di revisione costituzionale) e di regolarità (procedure di annullamento degli atti incostituzionali) affidate ad uno speciale Tribunale. Ed è sulla posizione costituzionale di questo ultimo organo, sotto il profilo della separazione dei poteri e sotto il profilo del rapporto con la sovranità del Parlamento, che si innesta la notissima polemica di Kelsen con Schmitt.

Per Kelsen, questo Tribunale non esplica funzioni giurisdizionali, che applicano norme individuali, ma viceversa applica norme generali, come la funzione legislativa e pertanto si può definire un "legislatore negativo", i cui atti di annullamento sono obbligatori e non discrezionali, in quanto totalmente vincolati dalla Costituzione. La giustizia costituzionale è così uno strumento di protezione delle minoranze contro gli abusi della maggioranza, così da conseguire quel

G. Jellinek, *Una Corte costituzionale per l'Austria* (1885), a cura di E. Palici di Suni Prat, Torino, Giappichelli, 2013.

G. Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato* (1900), trad. it., Milano, A. Giuffrè, 1949, p. 307.

***** L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 1923, p. 673.

Ebbene, se la scelta è ancora a favore della forma parlamentare, sia pure razionalizzata, secondo gli insegnamenti di Mirkin-Guétzevich e, in particolare, del notissimo o.d.g Perassi, è evidente che l'accoglimento di uno schema di revisione costituzionale simile alla forma di governo vigente in Germania non sembra comportare alcuna sensibile differenziazione rispetto ai meccanismi garantistici attuali, almeno per quanto riguarda l'impianto di fondo, che si richiama appunto al modello austriaco. Ma, sensibili differenziazioni non si hanno neppure con riferimento alla figura ed alle funzioni garantistiche svolte del Capo dello Stato.

Molto diverso, naturalmente, è il discorso se si fa riferimento all'introduzione di un modello presidenziale o anche semipresidenziale. Certamente, come è ovvio, per quanto attiene ai poteri del Capo dello Stato, che non possono più definirsi garantistici, essendo invece spiccatamente poteri di indirizzo, ma anche con riferimento alla stessa giustizia costituzionale si può ben dire che profondamente diverse, per mille motivi, sono le esperienze della Corte Suprema degli Stati Uniti ed anche del Conseil Constitutionnel, cosicché appare veramente semplicistico puntare alla sola revisione costituzionale relativa all'eleggibilità popolare del Presidente, senza introdurre contestualmente una serie di conseguenti ed importanti modificazioni del sistema di giustizia costituzionale.

DALLA STAATSRECHSLEHRE ALLA SOCIETÀ APERTA DEL DIRITTO
COSTITUZIONALE COMPARATO ED EUROPEO.

Peter Häberle

in un'intervista di

Robert Christian van Ooyen

(estate 2014)*

SOMMARIO: 1. Elementi di continuità nell'ambito della giuspubblicistica tedesca e la "Scuola di Friburgo". – 2. I classici, con particolare riguardo a quelli viennesi e weimariani. – 3 La teoria costituzionale della società aperta. – 4. La cultura costituzionale e la dottrina costituzionale comparata (europea). – 5. Diritti umani, libertà e democrazia.

R. Chr. van O.: *Caro Prof. Häberle, nel corso del Suo lavoro ha proposto una lunga serie di concetti e chiavi di ricerca: "interesse pubblico", "società aperta degli interpreti della Costituzione", "dottrina della Costituzione come scienza culturale", "Costituzione del pluralismo", "la comparazione giuridica quale quinto metodo interpretativo", "la cultura quale quarto elemento costitutivo dello Stato", e infine "la dottrina del costituzionalismo europeo".*

Non vorrei insistere molto su certi aspetti della sua biografia che sono ben noti; piuttosto, per la Collana "Staatsverständnisse" risulta di grande interesse il suo originale approccio alla teoria della Costituzione che, naturalmente, nell'ambito del Volume viene discussa criticamente, anche con riguardo all'opera, alle influenze e alle posizioni che ne condizionano il "contesto".

1. Elementi di continuità nell'ambito della giuspubblicistica tedesca e la "Scuola di Friburgo"

R. Chr. van O.: *Quanto è stata "tedesca" la sua percezione della "giuspubblicistica tedesca" nel corso degli anni Cinquanta e Sessanta? C'è mai stato a suo tempo un dibattito sul contributo dell'outsider marxista Wolfgang Abendroth?*

P. H.: Di fatto mi sono curato continuamente di pochi concetti pregnanti. Posso ricordare la metafora della "cultura costituzionale" ("*Verfassungskultur*") (1982), i concetti del "diritto costituzionale della religione" ("*Religionsverfassungsrecht*") (1976) e della "riserva parlamentare" ("*Parlamentsvorbehalt*") (1972). Alcuni sono stati recepiti fino al punto che si sono diffusi nel

* Traduzione e note di Astrid Zei.

Professore di Scienze dello Stato e della Società presso la *Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung* a Lubeca.
Curata da Rüdiger Voigt per l'editore Nomos Verlag.

Legge Fondamentale: il grande giurista del partito socialdemocratico *Adolf Arndt* (1904-1974) si è espresso successivamente in termini simili. La concezione dello Stato e della Costituzione di *Rudolf Smend* rimane tutt'oggi convincente. Essa è risultata particolarmente fruttuosa per la giovane Costituzione e per la coesione della società civile, in quanto rinvia ad una processualità e ad un rinnovamento permanente. Attraverso la lezione di *Konrad Hesse*, che accentua fortemente i profili normativi, le possibili debolezze della proposta di *Rudolf Smend* vengono superate.

Carl Schmitt – Forza e debolezza

P. H.: *Carl Schmitt* (1888-1985), con la sua dottrina costituzionale del 1928, resta fino ad oggi insuperato: per la forma e il contenuto, la struttura e la chiarezza, l'innovatività e l'acutezza concettuale. Potrei mettere in discussione il suo decisionismo (“*normativ aus dem Nichts*”) e i suoi smarrimenti del periodo del nazional-socialismo con una mia vecchia massima: “Con *Carl Schmitt* non si può spiegare la Svizzera, né costruire l'Europa!”. In Svizzera si scuote la testa dinanzi al fascino che *Carl Schmitt* esercita, a tutt'oggi, in Germania. Giustamente, la sua contrapposizione amico-nemico viene accolta criticamente nell'ambito della fiorente democrazia semi-diretta.

Herman Heller – Forza e debolezza

P. H.: *Herman Heller* per me continua ad esercitare una grande influenza attraverso la sua definizione della “dottrina dello Stato come prodotto della cultura”.

A mio parere Heller era troppo incentrato sullo Stato in quanto tale. La sua proposta metodologica, che si apre al sociale, ci ha regalato il concetto centrale di “stati sociale”. La sua critica a *Hans Kelsen* (1881-1973) convince ancora oggi. Anche la sua personalità mi ha molto impressionato.

Hans Kelsen – Forza e debolezza

P. H.: Come uomo, e per i suoi sentimenti democratici, *Hans Kelsen*, che negli anni Sessanta non era presente in Germania, costituisce un modello. Il suo contributo per un sindacato di costituzionalità (sulle tracce di *Georg Jellinek* [1851-1911]) non deve essere però sopravvalutato. Le critiche di *Rudolf Smend* e *Erich Kaufmann* a *Hans Kelsen* del resto rimangono dei classici. Il suo formalismo e positivismo (“Ogni Stato è uno Stato di diritto”) rientrano tra le sue debolezze, sebbene la teoria della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico (*Adolf Merkel* [1890-1970]) sia illuminante, anche se non bisogna rimanere impigliati in una concezione univocamente gerarchica. *Kelsen* resta importante come ammonimento per una razionalizzazione delle premesse concettuali e della scelta del metodo.

Mi permetta [infine] una parola su *Erich Kaufmann*, che Lei non ha menzionato. Io mi sarei potuto ricollegare a Lui nella mia Dissertazione sul contenuto essenziale dei diritti fondamentali per via della sua visione istituzionale dei diritti fondamentali *****. I suoi continui riferimenti al diritto internazionale e la sua formazione classica mi hanno affascinato anche nell'ambito di alcuni colloqui del 1963, ai quali mi aveva invitato in privato anche per l'eco della mia Dissertazione.

R. Chr. van O.: *Certi approcci alla teoria dello Stato e del diritto con spunti spiccatamente sociologici hanno condizionato fortemente la giuspubblicistica tedesca, ovvero hanno alimentato accese controversie: basti pensare alla "dottrina dei due lati dello Stato" di Jellinek ++++++. Lo stesso Kelsen, per il quale il concetto di "sociologia giuridica" di Eugen Ehrlich (1862-1922) risultava una provocazione nell'ambito della teoria della conoscenza, era comunque un deciso "realista del potere" in senso weberiano. Carl Schmitt è stato influenzato da Max Weber (1864-1920) tanto quanto dalla teoria delle istituzioni di Maurice Hauriou (1856-1929). Vorrei chiederLe ancora un paio di battute su Hauriou – in particolare, riguardo alla sua concezione dei diritti fondamentali - e su Max Weber.*

P. H.: Mi sono accostato da *Maurice Hauriou* grazie al mio soggiorno di studio a Montpellier nel 1956/57. Il Preside *Georges Péquignot* me l'aveva raccomandato espressamente. Preso dall'entusiasmo giovanile acquistai quasi tutte le edizioni dei suoi libri. Da sola, la sua teoria delle istituzioni, che nella Germania della *Grundgesetz* era caduta nel dimenticatoio, mi ha permesso di approdare nel 1961 al doppio carattere dei diritti fondamentali, alla loro "funzione sociale", e alla necessaria ulteriore declinazione di tutti i diritti fondamentali, teorie che oggi risultano pacificamente accolte.

Max Weber l'ho letto quando ero ancora studente (1955): "Economia e società" così come gli studi sul protestantesimo e sulla "musicologia" (per via dei miei interessi musicali). Detto questo, non posso affermare di essere stato direttamente influenzato da lui sul piano scientifico.

3. La teoria costituzionale della società aperta

R. Chr. van O.: *Il Suo concetto di "società aperta degli interpreti della Costituzione" mi suggerisce un collegamento con Habermas e Kelsen, oltre che con Karl Popper. A questo riguardo vorrei formulare una domanda di carattere "religioso": Lei crede, così come Popper e Kelsen, in un "progresso attraverso la ragione e la civilizzazione"? Inoltre, ritiene eventualmente che il "diritto" a questo riguardo possa configurarsi come uno strumento cruciale di intervento sul sociale?*

***** E. Kaufmann [et al.], *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung. Der Einfluß des Steuerrechts auf die Begriffsbildung des öffentlichen Rechts Verhandlungen der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Münster i. W. am 29. und 30. März 1926*, Berlin, de Gruyter, pp. 2 ss.

+++++ G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre (Das Recht des Modernen Staates, 1)*, Berlin, Verlag von O. Häring, 1900.

P. H.: Il concetto di “società aperta degli interpreti della Costituzione” (“*offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*”) – che oggi va letto sullo sfondo della cultura – l’ho formulato nel 1975, dopo che nel 1971 era uscita la tesi dell’interpretazione costituzionale aperta. All’epoca conoscevo solamente il razionalismo critico di *Karl Popper (1902-1994)*, le cui tesi mi convincono tutt’oggi anche per altri versi. *Jürgen Habermas (1929-)* mi ha impressionato attraverso la sua tesi di abilitazione a Marburg sulla dimensione pubblica, mentre le sue teorizzazioni successive all’epoca non erano ancora conosciute. In ogni modo, proprio grazie a lui, nel 1969 sono giunto a formulare la teoria della “Costituzione come processo aperto” (“*Verfassung als öffentliche Prozesse*”). Nella storia della scienza spesso il rapporto tra *post* e *propter* non viene risolto. Il discorso libero di *Habermas* è un’importante utopia corredata di concretezza, per la quale nell’ambito di uno Stato costituzionale dovremmo sempre lottare, anche se ad un certo momento ci deve essere la forza di legge e

l’esecuzione giudiziaria. Così come affermato dal Tribunale costituzionale federale nell’ambito della sentenza Lisbona: non dovremmo mai pensare che la nostra è l’ultima parola.

Ora vengo alla sua “domanda religiosa”: finora ho continuato a mantenere uno spirito che accoglie l’ottimismo della scienza, in contrapposizione al pessimismo di uno *Helmut Schelsky (1912-1984)* degli anni Settanta. Nel *lungo* periodo si compie un progresso attraverso la ragione la civilizzazione, anche grazie ai testi classici di Platone fino a *Hans Jonas (1903-1993)*. Basti pensare, sul piano del diritto positivo, alla progressiva imposizione del divieto di tortura, ai diritti universali dell’uomo, alla tutela delle minoranze, al federalismo, ovvero al regionalismo, e al sindacato di costituzionalità. Il concetto di “progresso” si chiarisce in una prospettiva interdisciplinare: nello sviluppo coordinato della dignità dell’uomo, della democrazia, dello stato di diritto, della separazione dei poteri, dell’equità e del bene comune.

Assistiamo a qualcosa di simile alla processione danzante di Echternach: due passi in avanti e uno indietro.

Anche la riforma incrementale (“*Stuckwerkreform*”) di *Karl Popper* per me resta decisiva. Lo studioso della Costituzione deve fare un respiro molto lungo in “Spazio e tempo”. Oggi Internet, quale spazio a-statale e a-giuridico (*status naturalis*) ci pone quasi dinanzi a compiti che nell’ambito della scienza sono stati affrontati da *Hobbes* e da *Locke* (la parole chiave sono la tutela della sfera privata, il diritto d’autore, la neutralità della rete intesi come elementi di uno *status culturalis*). Nel determinare il rapporto tra libertà e sicurezza ci ritroviamo improvvisamente dinanzi ai quesiti classici.

R. Chr. van O.: *La dottrina della costruzione a gradi di Hans Kelsen, ovvero di Adolf Merkel ha avuto anzitutto la funzione di superare la classica tripartizione tra i tre poteri dello Stato, che la scuola di Vienna, formatasi sul*

costituzionalismo del XIX secolo, sembra risolvere a favore dell'autorità, dello Stato sovrano, e dell'antidemocraticità. Accogliendo l'idea di una gerarchia tra le norme della Costituzione, della legge, del regolamento, la massima giurisprudenziale, e l'atto amministrativo, ogni attività statale deve essere compresa in quanto attuativa (rispetto alla norma di grado sovraordinato) e al contempo anche creativa (rispetto a quella di grado inferiore). In questa maniera Kelsen poteva far salvo il primato del potere "democratico" (il potere legislativo) in quanto collocato al vertice della gerarchia, e la giurisdizione (costituzionale) veniva concepita come ogni altra attività dello Stato, che è anche genuinamente politica, e dunque si configura come un momento di "decisionismo" del potere politico, che trova così una sua collocazione nell'ambito della sua dottrina normativa dello Stato.

Questo ci permette di chiarire preventivamente – se capisco bene la sua idea – come la "società aperta degli interpreti della costituzione" si configuri come un radicale ampliamento della scuola di Vienna, posto che si tratta di una teoria che non ricomprende più solamente l'ambito di attività dei "tre poteri" dello Stato, ma si estende per ricomprendere anche la società. L'obiettivo sembra quello di democratizzare ulteriormente la dottrina kelseniana, che si informa ad una concezione ancora "statualista", dove l'interpretazione costituzionale viene concepita come questione primariamente giurisprudenziale/giuridica, mentre, per quanto concerne la teoria democratica, essa si limita piuttosto

alle istituzioni rappresentative parlamentari e della politica dei partiti. Si potrebbe sintetizzare così: società civile e interpretazione costituzionale come processo democratico della società?

P. H.: Il concetto di "società aperta degli interpreti della Costituzione", che oggi risulta utilizzata in modo fruttuoso nel diritto costituzionale processuale soprattutto in America Latina, e in particolare in Brasile (*Public Hearings, amicus curiae*) è basata su un duplice ordine di argomenti. Anzitutto, sul piano della *teoria democratica*, l'ambito delle attività dello stato si estende nell'ambito della società pluralista. In questa prospettiva, il concetto di "società civile" che pure si rinviene in talune giovani costituzioni, risulta particolarmente felice. L'interpretazione costituzionale diviene un processo che si svolge nell'ambito dell'intera società. Quarant'anni addietro non potevo saperlo: probabilmente, sul piano della scienza della cultura, è possibile cogliere un parallelismo con il protestantesimo, vale a dire con la dottrina di Lutero rispetto al "clero di tutti i credenti". In questa maniera possiamo riconoscere un secondo fondamento di questo paradigma elaborato nel 1975, che attiene alla *teoria dei diritti fondamentali*: ogni cittadino che viva la norma costituzionale in qualche misura contribuisce alla sua interpretazione. Ciò appare particolarmente chiaro quando si consideri ad esempio la rilevanza giuridica della libertà degli scienziati e degli artisti sul piano della teoria dei diritti fondamentali. Per questo, già nel 1969 mi ero concentrato sulla "coscienza di sé" come categoria giuridica. Oggi abbiamo dinanzi il compito di riprendere il paradigma della "società aperta degli interpreti della Costituzione" per applicarlo anche al diritto costituzionale europeo e al diritto internazionale in tutto il mondo. Appaiono delle costituzioni parziali in ambito nazionale ed internazionale.

R. Chr. van O.: Nel quarto volume della *Storia del diritto pubblico* di Michael Stolleis (1941-) si legge che il concetto di “società aperta degli interpreti della Costituzione” mira alla rottura del “monopolio dei giuristi” e da quella sponda “come è prevedibile” tale teoria viene criticata. Dal suo punto di vista, si tratta di un comprensibile “riflesso di Pawlow” da parte della corporazione dei giuristi di fronte alla minaccia di perdere potere, oppure una parte della giuspubblicistica soffre di un profondo deficit democratico?

P. H. Io sono cauto quando si tratta di attribuire deficit ad altri scienziati. Tuttavia credo si possa affermare che la teoria del 1975 ha avviato, o sollecitato, un cambiamento di pensiero nell’ambito della corporazione dei giuristi. L’interpretazione costituzionale non è più preclusa, sia come tema che per quanto concerne le persone. La scienza giuridica si apre. Forse nel lungo periodo sarà possibile lo sviluppo di una giurisprudenza universale in quanto parte di una dottrina costituzionale universale.

R. Chr. van O.: Quale apporto, ma anche deficit, ravvede nello sviluppo della giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale in tema di “democrazia”?

P. H.: I grandi apporti del Tribunale costituzionale federale vengono continuamente enfatizzati, anche da parte delle professioni. Per quanto mi riguarda ricordo oggi la mia vecchia definizione di “tribunale dei cittadini” per sottolineare il suo persistente radicamento nella società civile tedesca. Per quanto attiene alla democrazia non ravviso alcuna mancanza da parte del “Tribunale mondiale di Baden con sede a Karlsruhe”. Posso valutare spontaneamente in modo positivo la giurisprudenza sul principio democratico del Tribunale costituzionale federale in quattro ambiti: anzitutto, con riguardo all’approfondimento del processo democratico sul piano della teoria costituzionale, con la vecchia sentenza sul partito comunista tedesco (*KPD-Verbot* del 17 agosto 1956), che è stata pionieristica; in secondo luogo, con riguardo alla forte accentuazione della libertà di pensiero e di stampa in quanto diritto fondamentale originario (*Urgrundrecht*) (essenzialmente a scapito della tutela dell’onore personale), così come con riguardo all’accentuazione della libertà di riunione (sentenza *Brokdorf* del 14 maggio 1985); in terzo luogo, le pronunce sulla pubblicità delle attività del governo e sui suoi limiti; infine, vorrei menzionare la rielaborazione del rapporto tra la dignità dell’uomo e il principio democratico, vale a dire tra gli artt. 1 e 20 della Legge Fondamentale. La scienza in questo caso ha preso le mosse dal mio contributo del 1987 (la tesi era che dalla dignità dell’uomo deriva un diritto fondamentale alla democrazia).

M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, München, Beck, 2012.

V. p. 327.

BVerfGE 5, 85.

BVerfGE 69, 315.

P. Häberle *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, J. Isensee e P. Kirchhof (Eds.), I, München, Beck, 1987, pp. 815 ss.

integratrice, che risulta adeguata all'esercizio di un sindacato di costituzionalità nell'ambito di uno stato costituzionale cooperativo dei giorni nostri.

In effetti a Berlino occasionalmente vengono valutate revisioni legislative o costituzionali ed è una fortuna che, nel rispetto di una separazione culturale (spaziale) tra i poteri, il Tribunale costituzionale federale abbia sede a Karlsruhe, così come il Tribunale federale svizzero ha sede a Losanna, vale a dire ad una certa distanza materiale dalla Capitale.

Non bisognerebbe discutere di revisioni costituzionali. Si tratta di prospettive che mettono in discussione l'architettura della separazione dei poteri iscritta nella Legge Fondamentale che ha mantenuto la sua integrità nel corso di decenni.

Si potrebbe in ogni caso ipotizzare di eliminare il controllo astratto di costituzionalità. Ma ci sono delle ragioni se esso è stato essenzialmente mantenuto sino ad oggi. Tra le modifiche legislative si è ipotizzata l'introduzione di un "procedimento basato sul libero accoglimento" delle questioni sollevate con un ricorso individuale; tuttavia anche questa ipotesi di riforma andrebbe bocciata, posto che proprio il libero accesso al Tribunale costituzionale ne fa un "Tribunale dei cittadini". Si discute anche di una modifica delle competenze del Tribunale costituzionale federale in materia di giustizia elettorale. Ad una riforma del genere si potrebbe tuttavia opporre la necessità che il Tribunale costituzionale federale disponga di un potere di controllo rafforzato, posto che attraverso la legge elettorale lo stesso legislatore fissa le regole che lo riguardano più direttamente. Peraltro, a mio parere la pronuncia del 25 luglio 2012 ***** si spinge troppo oltre, perché, anche con tutta la buona volontà, dalla Legge Fondamentale non si ricava alcun numero prestabilito (tanto meno 15) riguardo ai mandati in eccedenza: "*Judex non calculat*".

Riguardo ad una modifica della procedura di nomina dei giudici mi sono già espresso ricollegandomi alla proposta di *Ernst Friesenhahn* (1901-1984) formulata sin dal 1972 nell'ambito del Convegno di Bonn. Avevamo proposto un'audizione pubblica sul modello del Senato statunitense. L'argomento a sfavore consiste, e a ragione, nel rischio che i candidati alla carica di giudice escano danneggiati da tale dibattito. Se oggi sussiste questo pericolo è per via del potere sfrontato esercitato dai Media nella nostra Repubblica. Pertanto si potrebbe semmai ipotizzare di ottenere una maggiore legittimazione democratica dei giudici affidando la loro elezione non più alla Commissione del Bundestag bensì all'assemblea. Questo esempio dimostra, peraltro, quanto siano diverse le singole culture giuridiche pure nell'ambito dello stato costituzionale, e le identità nazionali che esse custodiscono. Negli Stati Uniti si procede pacificamente ad una audizione pubblica dei candidati alla carica di giudice. Nella nostra repubblica di oggi ciò – con ogni probabilità – non sarebbe possibile. Forse nel futuro si compirà un processo di maturazione della nostra cultura democratica, e anche dei Media.

***** BVerfGE 131, 316.

4. La cultura costituzionale e la dottrina costituzionale comparata (europea)

R. Chr. van O.: *Accanto al concetto di “società aperta degli interpreti della Costituzione” vi sono altri due orientamenti che assumono un’importanza fondamentale nell’ambito della Sua dottrina costituzionale: la comparazione e i riferimenti alla scienza culturale. Sulla comparazione giuridica si era sempre lavorato – così anche i grandi costituzionalisti del XX secolo, come Georg Jellinek e Hans Kelsen, e, nella seconda metà del XX secolo, anche Karl Loewenstein (1891-1973). La stessa “dottrina della democrazia” di Schmitt e le sua polemica con la democrazia e con il parlamentarismo non sarebbero quasi immaginabili senza lo sguardo filofrancese. Al contempo qui la comparazione appare limitata essenzialmente a certi profili della teoria delle forme di Stato. Di contro quale è la peculiarità di quello che Lei ha definito il “quinto metodo interpretativo” e in che misura esso implica una particolare accentuazione della comparazione tra orizzonti culturali nella prospettiva europea?*

P. H.: Io ho cercato di lavorare su tutte le varie tematiche e sulle funzioni dello “Stato costituzionale”, inteso come un particolare *tipo* di Stato, con riguardo sia alla disciplina dei diritti fondamentali, sia ai profili organizzativi.

Questo lavoro ha preso le mosse dai Preamboli (v. la mia Lezione introduttiva di Bayreuth del 1981) e si è concluso con le disposizioni finali e transitorie contenute nelle varie Costituzioni. Ho imparato soprattutto dai lavori di diritto comparato nell’ambito del diritto civile, come quelli di *Max Rheinstein* (1899-1977), *Ernst Rabel* (1874-1955) e *Josef Esser* (1910-1999). Inoltre i francesi già a suo tempo avevano prodotto molto utilizzando il metodo della comparazione nell’ambito del diritto civile e del diritto costituzionale. Accanto a *Georges Burdeau* (1905-1988), basti pensare a *Maurice Haurion* (1856-1929). I grandi nomi di *Georg Jellinek* (1851-1911) e *Hans Kelsen* li ha già fatti Lei. I Preamboli della Costituzioni si comprendono considerando quella che è la loro funzione: essi devono letteralmente “conquistare” i cittadini, e creare “pieno assenso” circa il contenuto della Costituzione. I buoni Preamboli spesso sono un “avvenimento testuale” (“*Textereignis*”). Essi

rielaborano il tempo (la storia, il presente e il futuro) e enunciano il contenuto essenziale del testo costituzionale che segue. Preamboli impressionanti nel periodo recente si rinvencono nelle costituzioni del Sud-Africa (1996), della Polonia (1997) e dell’Albania (1998). Le disposizioni finali delle Costituzioni, che spesso vengono considerate solamente come norme di carattere tecnico si possono esaminare attraverso la comparazione giuridica, che consente di evidenziarne la struttura e le diverse tipologie. Io mi permetto al riguardo di rinviare al mio saggio pubblicato negli Scritti in onore dello svizzero *Martin Lendi* ~~~~~~. Volendo spostare la

~~~~~ P. Häberle *Strukturen und Funktionen von Übergangs- und Schlußbestimmungen als typisches verfassungsstaatliches Regelungsbema und –instrument*, in *Festschrift für Martin Lendi. Das Recht in Raum und Zeit*, A. Ruch, G. Hertig e U.C. Nef (Eds.), Zürich, Schulthess, 1998, pp. 137 ss.

comparazione sul piano culturale i Preamboli corrispondono ai Preludi e alle Ouverture nella musica, e al Prologo delle opere teatrali. Queste riflessioni di diritto comparato su cui esercitavo la mia penna hanno avuto grande slancio dopo l' "annus mirabilis" dello Stato costituzionale: il 1989. Ma si potrebbe facilmente portare avanti una comparazione intranazionale, con lo sguardo alle costituzioni dei Länder dell'Est e ai processi di recezione che lì si sono avuti. In Italia e in Spagna, dove vi è un regionalismo aperto, risulta parimenti fruttuosa una comparazione tra gli Statuti regionali, intesi come "piccole Costituzioni".

Mi spesi per intronizzare la comparazione giuridica intesa come "quinto metodo interpretativo" intervenendo per la prima volta nel 1989; significativamente fu nell'ambito di un'audizione nel senato spagnolo a Madrid. L'idea che la comparazione tra i diritti fondamentali andasse intesa come una comparazione tra orizzonti culturali risale al 1979; l'idea di comparare le diverse culture costituzionali è del 1982. L'idea che la comparazione corrisponda al quinto metodo ha una valenza pedagogica, e risulta efficace, diciamo, come manifesto. Dovrebbe risultare particolarmente facile da memorizzare.

Al riguardo bisogna prestare attenzione al fatto che i quattro, ovvero i cinque metodi interpretativi non vanno considerati in successione. Fino ad oggi nessun giurista è stato in grado affermare esattamente quando e come debbano essere collegati i diversi metodi interpretativi. Si presume che un giudice esperto, nell'ambito di un controllo di legittimità, applichi tali metodi *ex post*. Questi potrebbe iniziare dal testo e dalla storia, da lì procedere ad una interpretazione di tipo sistematico, e infine approdare ad una interpretazione di tipo teleologico. È significativo a questo proposito che *Konrad Hesse* nell'ambito del Convegno dei giuspubblicisti di Innsbruck (1980) abbia affermato che il Tribunale costituzionale federale non affronta alcuna discussione astratta sul metodo quando assume una decisione \*\*\*\*\*. Mi pare che giudice *Renate Jaeger* mi abbia riferito qualcosa di molto simile a proposito della CEDU nell'ambito di una conversazione.

Risulta determinante a questo riguardo la tesi del contesto che avevo formulato nel 1979, legata ad una comparazione tra i diversi orizzonti culturali: non vi è testo, senza contesto! Più precisamente: non esistono norme giuridiche, ma solo "norme giuridiche *interpretate*" a seconda del contesto. Qui trova spazio una ricerca sui processi di recezione. In Europa, in particolar modo, una comparazione

giuridica attenta al contesto si alimenta della cultura, nei suoi singoli aspetti e nel suo insieme. I testi costituzionali si formano attraverso processi straordinariamente incrementali. Cito volentieri una massima di Papa Gregorio Magno: "*Scriptura cum legentibus crescit*". Io lo posso completare così: *Constitutio cum legentibus et viventibus crescit*.

---

\*\*\*\*\* K. Hesse, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen. Besteuerung und Eigentum. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Innsbruck vom 1. bis 4. Oktober 1980*, Berlin, de Gruyter, 1981.

R. Chr. van O.: *Restando in tema, potremmo fare un passo indietro con qualche nota su Gerhard Leibholz (1901-1982) – magari anche di carattere biografico – e sull’apertura dello Jahrbuch des öffentlichen Rechts al diritto internazionale e comparato.*

P. H.: *Gerhard Leibholz per me è stato un grande esempio, anche nella direzione editoriale dell’Annuario. Io l’ho potuto incontrare solamente due volte: la prima quando ero studente a Freiburg in occasione di una lezione tenuta presso la Amerikahaus (nel 1967, su una questione spinosa: se il Parlamento di Bonn potesse sorprendere il Tribunale costituzionale riapprovando una disposizione che quest’ultimo aveva espressamente dichiarato illegittima), e la seconda in occasione del suo 80esimo compleanno nei Colloqui di Göttingen (documentati nel volume del 1982 curato da C. Link #####). Devo ringraziare Leibholz per avermi consentito di proseguire regolarmente nell’illustrazione delle Costituzioni dei Länder tedeschi nello Jahrbuch des öffentlichen Rechts; inoltre, seguendo le sue orme, ho lasciato che la rivista si diffondesse in Paesi stranieri e finanche Oltremare. La sua personalità mi ha affascinato per la sua brillante retorica e la sua formazione ampia e profonda. Con sua moglie (nata Bonhoeffer), per gratitudine, ho mantenuto i contatti ancora per alcuni anni.*

R. Chr. van O.: *Lo “Stato” e i suoi tre elementi per Lei non sono nulla che sia dato in natura – tanto meno l’elemento “popolo” – così come invece si rinviene nell’ambito della dottrina conservatrice-organica e come era per il già giudice costituzionale Paul Kirchhof (1943). Piuttosto Lei concepisce lo Stato della tradizione di Cicerone, Kant e anche Kelsen, vale a dire sul piano normativo, come una comunità di diritto, che si costituisce attraverso il diritto, e in particolare attraverso la Costituzione. Questa è anche una delle ragioni per cui Lei, attraverso la Sua “Dottrina costituzionale europea” (“Europäische Verfassungslehre”) concepisce e riesce a descrivere l’integrazione nel quadro dell’Unione europea sul piano giuridico in maniera molto più elegante rispetto a quanto non consenta la nozione di “Staatenverbund”, elaborata a partire dalla sentenza Maastricht, che piuttosto oscilla inesorabilmente tra il classico dualismo della Confederazione di Stati del diritto internazionale e la Federazione del diritto degli Stati nazionali. Diversamente dal neopositivismo normativo per Lei, come per Heller, il diritto e la costituzione non vanno intesi in una accezione puramente “di diritto positivo”, ma soprattutto sul piano “culturale” (come prodotto della “cultura”?).*

*Per questo Lei una volta – richiamandosi a Günter Dürig ##### – aveva parlato della “cultura” come del “quarto elemento della statualità”. Devo intenderlo semplicemente come una stiletta alla tradizione della “dottrina dei*

*elementi”, a fini “euristici”, ovvero – per usare termini fuori moda – nel senso che lo “Stato culturale” (“Kulturstaat”) costituisce uno degli “obiettivi dello Stato”, ovvero per questa via – lo dico con un po’ di sarcasmo*

##### C. Link, G. Leibholz *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1982.

##### A. Freiherr von der Heydte, G. Düring, R. Naumann, H. Spanner [et al.], **Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither**, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, **Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither. Die Berufsbeamten und die Staatskrisen**, Berlin, de Gruyter, 1955, pp. 23 ss.

– arriveremmo ad un lungo elenco di Stati i quali, presentando delle “lacune culturali” si potrebbero vedere negate le qualità statali e conseguentemente anche un posto nell’ambito delle Nazioni Unite?

P. H.: L’idea della cultura come quarto elemento dello Stato la devo al grande Günter Dürig (1920-1996). Purtroppo lui non l’ha sviluppata ulteriormente. Forse il grande lavoro di commento alla costituzione (il *Maunz/Dürig*) l’ha letteralmente trattenuto molto. Dal mio punto di vista, se dovessimo indicare un ordine, la cultura è addirittura il primo degli elementi dello Stato. Per questo parlo di “Costituzione come cultura” (“*Verfassung als Kultur*”) e “dalla cultura” (“*Verfassung aus Kultur*”) (da ultimo nuovamente nel 2013). Con la dottrina costituzionale europea ho tentato di fatto di lasciarmi alle spalle le diverse teorie confederali per affrontare l’Unione europea. Preferisco parlare dell’Unione europea come una “comunità costituzionale” (“*Verfassungsgemeinschaft*”).

La cultura va concepita anzitutto in una accezione pluralista. Nel 1979 avevo parlato di una “concezione aperta della cultura” (“*offenen Kulturkonzept*”). Anche gli animisti africani devono essere presi sul serio, così come le ninfe in Grecia, la tutela della natura intesa come tutela della cultura. Esiste una cultura alta, una cultura popolare, e culture alternative. Le nuove costituzioni in America-Latina e in Africa rispettano spesso in modo nuovo le culture native. Pertanto, la sua proposta sarcastica di negare ad una comunità il carattere della statualità in mancanza di cultura, va respinta. L’alterigia delle potenze coloniali europee nei confronti delle popolazioni sottomesse era irresponsabile. La formulazione che si riferisce ai “principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili” (art. 38, primo co., lett. c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia del 1945) è ancora più arrogante.

R. Chr. van O.: *Da un paio di anni si torna periodicamente a discutere animatamente di introdurre nella Legge Fondamentale la “cultura” come principio costituzionale, vale a dire come compito della politica, forse anche come reazione alla “economizzazione” del mondo nel quadro della c.d. “svolta neoliberale”, sintetizzata col richiamo alla dottrina della “Scuola di Chicago”, per arrivare al “reaganomics” e al “tatcherismo”. Anche se in questo senso sarebbe auspicabile imporre alla politica, nel definire gli aggiustamenti necessari al bilancio, di non procedere sempre anzitutto con tagli ai bilanci della cultura e della formazione, al contempo mi chiedo se l’introduzione di un vincolo costituzionale non significherebbe anche una tendenziale “statalizzazione” della cultura che comporta anche il pericolo di una “cultura di Stato”.*

*All’inizio Lei ricordava l’apporto di Horst Ehmke, il quale – probabilmente in forza dei suoi studi a Princeton – ha introdotto la prospettiva americana nella “Scuola di Friburgo”. Riguardo alla tanto paventata “economizzazione” si pone una questione che, proprio nella prospettiva tedesca, risulta un’eresia: non sarebbe opportuna, al contrario, una riforma costituzionale che, riannodandosi al grande motto della democrazia americana – “life, liberty and pursuit of happiness” – perseguisse come obiettivo “meno Stato”, anziché uno “Stato culturale”?*

*Ancora, con riguardo al ruolo del Tribunale costituzionale federale, che abbiamo dianzi affrontato nella sua problematicità, sul piano della politica del diritto mi chiedo se un principio costituzionale che ricomprenda il concetto di “cultura”, connotato da una certa vaghezza, non darebbe adito a Karlsruhe di occuparsi anche della politica della cultura.*

P. H.: Partiamo dal presupposto che con il successo delle democrazie occidentali sul materialismo scientifico del blocco orientale nel 1989 il mondo libero ha conosciuto un'economizzazione senza precedenti. Tale fenomeno riguarda quasi tutti gli ambiti della vita, basti pensare solamente all'infelice espressione “capitale umano”. Forse a questo riguardo stavolta vale veramente la dialettica di *Hegel*: il materialismo si trasferisce in Occidente. Solo un'economia di mercato sociale può essere congeniale allo stato costituzionale, anche se ciò lo si trova, espresso testualmente, solamente in alcune costituzioni, in particolare nell'Europa orientale (v. l'art. 20 della Costituzione polacca). L'economia deve essere intesa solamente in senso strumentale. La svolta neo-liberale e il *tatcherismo*, di cui Lei parla, secondo me costituiscono un grande pericolo. Dal 1980 mi schierai a favore dell'introduzione di una clausola sullo Stato culturale nella Legge Fondamentale, e ho scritto al riguardo anche prima della Commissione istituita a suo tempo dal Bundestag. Sul piano della legislazione ordinaria, un modello lo si rinviene nelle leggi austriache sulla promozione della cultura. Se si assume un concetto aperto, pluralista, di cultura, il pericolo da Lei paventato di una “cultura di Stato” non sussiste, posto che esisterebbe invece un pluralismo dei portatori di cultura.

Il concetto di cultura non è affatto vago se ci si proietta nei singoli ambiti di vita: nella formazione e nell'istruzione, negli obiettivi dell'educazione e della tutela dei beni culturali, nelle libertà culturali, come la libertà della scienza e dell'arte. Il Tribunale costituzionale federale in una pronuncia recente sulla tassazione per la promozione della cinematografia [sentenza del 28 gennaio 2014, BVerfGE 135, 155] ha felicemente indicato questa strada e ha nobilitato i miei sforzi per una dottrina costituzionale della cultura, a partire dal 1982, con una citazione. Karlsruhe di certo non intraprenderebbe alcuna politica della cultura, posto che si tratterebbe piuttosto di controllare solamente le competenze della Federazione, dei Länder e dei Comuni. Tale politica resterebbe sempre prerogativa del legislatore democratico e delle istanze culturali.

*R. Chr. van O.: In questa quarta parte vorrei passare infine a tutt'altra questione, vale a dire al “problema linguistico” in Europa: senza dubbio il pluralismo linguistico è espressione di un multiculturalismo inteso in una accezione altamente positiva. La Svizzera, che Lei per certi aspetti valuta positivamente, da lungo tempo ci dimostra come si possa costruire una Res Publica in uno spazio politico transnazionale. Ciò nonostante in Europa la “confusione linguistica” resta uno dei talloni di Achille dell'integrazione, posto che non si tratta di tre o quattro lingue, ma quasi di una “Babilonia”.*

*Se proviamo a spiegare il processo politico europeo riprendendo da Aristotele e Cicerone l'idea che la Polis, vale a dire la Res Publica, si costituisce attraverso la partecipazione comune alle questioni pubbliche, dobbiamo poi considerare, che, sul piano pratico, senza una comune comprensione della lingua, questo processo nel lungo periodo non può funzionare se non con difficoltà.*

*Questo è forse l'argomento utilizzato da coloro che difendono la sovranità dello Stato nazionale per opporsi agli integrazionisti; non da ultimo perché in questa maniera l'Europa resta il progetto di una élite poliglotta ed estremamente mobile, oppure perché semplicemente si ripone molta fiducia nel rapido progresso delle tecnologie informatiche per la traduzione. Vorrei chiedersi se dal suo punto di vista esiste una proposta che offra una (rapida) "soluzione".*

P. H.: La Svizzera è il mio modello da molti punti di vista: anzitutto per la democrazia semi-diretta, per la lentezza contrapposta al "Velocifero" già paventato da Goethe, per la struttura federale, nell'ambito della quale la cultura costituisce l' "anima" del federalismo, per il cantiere aperto delle Costituzioni cantonali sempre rivedibili, parzialmente o totalmente, che da decenni hanno fatto della Svizzera un laboratorio di politica costituzionale di primo rango. Non da ultimo, la libertà linguistica, rielaborata sul piano testuale, scientifico e giurisprudenziale, costituisce un modello. In Europa la pluralità delle lingue di fatto è un problema. Tuttavia esistono anche altre forme per esprimere la partecipazione comune alle questioni pubbliche. Penso agli inni nazionali (all'inno europeo di Beethoven). Penso alle bandiere nazionali (alla bandiera europea). Penso a molte tematiche e forme che danno espressione ad una cultura della rimembranza (ad esempio ai musei e ai cimiteri di guerra). Tutto questo l'ho rielaborato nella mia piccola Tetralogia.

Non bisogna farsi trascinare da una mobilità superficiale e dall'ideologia del progresso tecnico. Di fatto l'Europa ha bisogno anzitutto dei cittadini, vale a dire una democrazia dei cittadini, come continuo ad auspicare dal 1977. Detto questo, i traduttori digitali possono offrire un aiuto limitato. Io e un rinomato giurista francese ci comprendiamo dai tempi di un Convegno di Montpellier (nel 2013) proprio in questo modo. Io comprendo il suo elegante francese e faccio tradurre dal suo computer il mio tedesco svevo.

## **5. Diritti umani, libertà e democrazia**

*R. Chr. van O.: Lei distingue la libertà "pubblica", repubblicana, da quella "privata", concepita in senso liberale come "libertà dallo Stato". Neppure quest'ultima, tuttavia, è "data in natura", perché invece è mediata, vale a dire determinata dalla cultura, posto che la comunità si costituisce come tale solo a partire dalla Costituzione. Da qui il Suo netto rifiuto nei confronti dei sostenitori del diritto naturale, i quali, richiamandosi ad una natura dell'uomo "vera", immutabile sono presto sospettabili di ideologia.*

*Al contempo Lei pone espressamente l'accento sul significato della dignità umana, con un richiamo diretto ai diritti umani e alla democrazia. Lei parla della dignità umana come un "diritto(-parametro) alla democrazia", come "presupposto che ha un fondamento nell'antropologia culturale", e lo fa anche per la democrazia, e concepisce la "democrazia pluralista come conseguenza della dignità umana sul piano organizzativo".*

*Nella dottrina di area tedesca, e soprattutto nell'ambito della giuspubblicistica, non è affatto comune tematizzare la democrazia e lo Stato di diritto (come pure la democrazia e il liberalismo) se non proprio come contrapposti, quanto*

*meno come qualcosa di completamente diverso. Mi vengono in mente, a parte Habermas, solamente altri due autori, che hanno concepito questo rapporto in termini analoghi: Hannah Arendt, che formulando un "diritto ad avere diritti" considera i diritti dell'uomo identici ai diritti del cittadino, poiché altrimenti essi risulterebbero subordinati allo status politico del cittadino, e poi di nuovo Kelsen. Per Kelsen lo "Stato" e la "cittadinanza" si costituiscono attraverso le leggi (attraverso la "soggezione alle norme"), e naturalmente in una repubblica libera è necessario che esse possano essere approvate. Entrambi tipicamente concepiscono la democrazia diversamente dall'area tedesca, dove si concettualizza comunemente un'"uguaglianza nazionale": si tratta invece di una "eguale libertà". Riprendendo la Sua teoria della "società aperta degli interpreti della Costituzione" questo in definitiva verrebbe a significare che, posta questa preconditione minima di "eguale dignità" e "autonomia" dell'uomo occorre continuamente rinegoziare la libertà e l'uguaglianza nell'ambito del procedimento legislativo democratico. Ovviamente si tratta di un processo negoziale e interpretativo che, dal punto di vista culturale, può variare nel tempo e nello spazio, così che, per quanto concerne il risultato, la democrazia resta "aperta".*

*Se ho ben compreso, in questa prospettiva la critica avanzata, tra gli altri, da Ernst-Wolfgang Böckenförde (1930-) all'interpretazione relativista dell'art. 1, primo co., LF consegnata recentemente da Matthias Herdegen (1957-) al Commentario di Maunz/Dürig non fa che riaprire un dibattito "pre-democratico" di "ieri".*

P. H.: La mia idea di distinguere tre ambiti repubblicani è sempre culturalmente mediata: dipende dalla Costituzione. Uno sguardo alla "vera" natura dell'uomo non ci è quasi possibile, non con un approccio interdisciplinare, mentre sul piano del diritto costituzionale si può dire molto sull'immagine dell'uomo nello Stato costituzionale: nel senso dell'immagine dell'uomo moderatamente ottimista di un Montesquieu (la separazione dei poteri come un soldo di sfiducia, ma anche la presunzione di innocenza, come un soldo di fiducia).

Sin dal 1987 la dignità dell'uomo costituisce per me una premessa che trova un fondamento nell'antropologia-culturale per rivendicare un diritto fondamentale (parametro) alla democrazia. L'idea di Hannah Arendt (1906-1975) di un diritto ad avere diritti, è risultata presto convincente. Non trovo utile Kelsen. Le leggi non significano "soggezione alle norme". Di fatto occorre sempre rinegoziare le condizioni minime dell'eguale dignità e dell'autonomia, così come la partecipazione culturale (così si è espresso il Tribunale costituzionale federale) al procedimento legislativo democratico, anche lavorando sul consenso di fondo. Questi processi possono variare nel tempo e nello spazio, e diversificarsi anche a seconda dell'identità nazionale. Ciò sta sullo sfondo dello Stato costituzionale "cooperativo", che costituisce una tipologia dei giorni nostri. La clausola relativa alla dignità dell'uomo, quale che sia il contesto culturale, deve essere concepita in senso "assoluto" (io concordo sul divieto assoluto di tortura). La proposta di Böckenförde per me risulta problematica da diversi punti di vista, come del resto accade in genere. La tesi secondo

cui la democrazia dovrebbe essere intesa “propriamente” come democrazia rappresentativa, nell’esperienza comparativa, e considerando la Svizzera, risulta semplicemente sbagliata.

Io evito “il gergo dell’autenticità”, molto tedesco (mi riferisco ad Adorno), di ciò che è “propriamente”. Per il resto la tesi preferita di *Böckenförde* secondo cui lo stato vive di presupposti

–  
 tesi che, peraltro, questi non ha formulato autonomamente - è banale, ovvero falsa. Tutto ciò che è su questa terra vive di presupposti che non siamo stati noi a creare, ma lo stato costituzionale altroché se crea esso stesso dei presupposti. Basti pensare anche solo agli obiettivi educativi nella prospettiva generazionale e in particolare al tema di “*Zeit und Verfassung*”, così come ad altri fattori di integrazione quali i preamboli, gli inni e le bandiere, e anche le festività.

*R. Chr. van O.: Il legame essenziale tra dignità dell’uomo e democrazia non determina anche un generale “diritto di voto degli stranieri”?*

Dal collegamento essenziale tra la dignità dell’uomo e la democrazia discende coerentemente un diritto di voto degli stranieri europei nelle elezioni comunali. Difatti gli stranieri vivono e lavorano nella quotidianità in un luogo che ha una dimensione comunale, nell’ambito di comunità locali. Un generale diritto di voto degli stranieri nello stato costituzionale in questo stadio sarebbe utopistico. Già esiste una cittadinanza mondiale, di carattere platonico, che riguarda la cultura, e che può essere reclamata con riguardo al patrimonio culturale dell’umanità dell’UNESCO e al patrimonio naturale, così come attraverso diritti di partecipazione culturali. Tuttavia un generale diritto di voto degli stranieri farebbe saltare l’identità culturale dello Stato nazionale. La peculiarità dell’Unione europea di oggi è che i cittadini non sono più stranieri gli uni rispetto agli altri. Tutta l’Unione europea è un “territorio amico”.

*R. Chr. van O.: Professor Häberle, La ringrazio molto per l’intervista e per la Sua ospitalità!*

P. H.: Sono io che La ringrazio per l’accurata articolazione di questa intervista e al contempo per il volume. Le interviste scientifiche hanno una grande e risalente tradizione in America Latina, così come in Italia e in Spagna (negli ultimi 15 anni non ne ho concesse poche). Forse questo piccolo testo potrà contribuire a rendere questo “genere letterario” un poco più domestico, e questo per via dei suoi spontanei riferimenti alle mie vicende personali, sarebbe un di più.



costituzionale, il compito di garantire la governabilità e la possibilità per i Governi di portare avanti l'indirizzo politico e di prevalere sulle riottose e instabili maggioranze che avevano fino ad allora caratterizzato l'esperienza costituzionale della IV Repubblica. I Governi furono così blindati da previsioni costituzionali quali quelle degli artt. 48 Cost.(ordine del giorno), 44 Cost. (voto bloccato) e appunto 49-3 Cost. (questione di fiducia, senza voto parlamentare) che costituirono lo zoccolo duro di quel parlamentarismo razionalizzato pensato per un Paese il cui male maggiore, alla luce delle due esperienze precedenti della III e IV Repubblica, era allora rappresentato dall'instabilità ministeriale e dalla conseguente debolezza dei Governi. Tuttavia, la forte lettura presidenzialistica impressa da de Gaulle alle istituzioni della V Repubblica, l'avvento del *fait majoritaire* del 1962 e la trasformazione della democrazia francese in democrazia maggioritaria, poi, dal 1981, dell'alternanza, fecero ben presto perdere ai meccanismi di parlamentarismo razionalizzato – in particolare all'art. 49.3 Cost. – gran parte della portata propulsiva divenendo meccanismi, per così dire “di supporto” in tutte le occasioni in cui la maggioranza non si fosse dimostrata così larga e compatta. È quanto successe, ad esempio, tra la fine degli Anni '80 e i primi anni 90' quando in piena fase di “ouverture” che seguì la prima coabitazione, i Governi socialisti del secondo mandato di Mitterrand, in particolare quello Rocard che ancora detiene il record di utilizzo dell'art.49-3 Cost., vi fecero numerose volte ricorso. Tale meccanismo – che, come è noto, permette al Governo di far passare un testo senza voto parlamentare (fatta salva la possibilità per l'Assemblea Nazionale di votare una mozione di censura) - era stato tra i più contestati della Costituzione del 1958, a tal punto che la riforma costituzionale del 2008 ne aveva

cirscritto l'ambito alle sole leggi finanziaria e di previdenza sociale e ad un solo altro testo per sessione parlamentare.

Il dibattito sul controverso art. 49-3 Cost. è tornato dunque in questi mesi agli onori della cronaca portandosi dietro riflessioni sulla V Repubblica e sull'evoluzione della forma di governo oggi più che mai soggetta a diffuse sollecitazioni.

La necessità di ricorrere all'art. 49-3 Cost. oltre a denotare, da un lato, una certa debolezza del Governo e, dall'altro, la fragilità della maggioranza parlamentare sulla quale il Governo cerca di imporsi, sembra anche denotare una certa sofferenza del sistema semipresidenziale francese e della sua lettura spiccatamente presidenzialistica. Il sistema di governo francese sembra, infatti, sempre più alle prese con le dinamiche tipiche della forma di governo parlamentare che fonda la sua esistenza su di un solido raccordo maggioranza parlamentare/governo, dinamiche che in questa fase la Presidenza non sembra contenere.

L' "atto cosciente della maggioranza" che sostiene il Governo garantendo il "primato politico dell'Esecutivo" di cui parlava nel 1951 Mirkine-Guetzèvitch criticando il parlamentarismo razionalizzato della IV Repubblica e riferendosi alla natura del regime parlamentare, a distanza di sessantacinque anni e in un contesto politico-istituzionale completamente diverso sembra oggi riecheggiare, ricordando l'importanza del dato politico su quello procedurale del parlamentarismo razionalizzato per lo sviluppo coerente della forma di governo. In un contesto in cui il ruolo del Presidente sembra essersi appannato e non in grado di reggere le dinamiche della forma di governo, ci si può ben

chiedere se sia la presidenzializzazione del sistema ad essere oggi in crisi. Il braccio di ferro tra il Primo Ministro Valls e la maggioranza parlamentare sulla legge del lavoro, sia pure vinto dal primo grazie al ricorso all'art.49-3, ci fanno comprendere come l'anima parlamentare della forma di governo francese sia più viva che mai mentre, di contro, quella presidenziale sembra in questa fase, forse, più vicina alla lettera dell'art. 5 Cost. Sebbene dunque il Presidente non abbia mancato di manifestare la propria volontà adottando la linea dura per l'approvazione della *Loi Travail* e continuando a giocare un ruolo importante sulla scena internazionale, in un periodo certo non facile per la Francia segnata dal terrorismo, il suo ruolo sembra essere stato più dimesso. Gli stessi dissidi interni alla compagine governativa, che hanno portato a fine agosto alle dimissioni di uno dei Ministri di spicco, Emmanuel Macron, e una certa insofferenza verso il Primo Ministro Valls manifestata da alcuni ministri soprattutto dopo le prese di posizione sulla questione del "burkini", non sembrano essere stati ricomposti dallo stesso Hollande.

Tutto questo mentre a grandi passi ci si avvicina all'appuntamento con le elezioni presidenziali del 2017.

Il sistema dei partiti, che si muove nella logica presidenziale, si sta infatti organizzando in vista delle elezioni del prossimo anno intorno allo svolgimento delle elezioni primarie per la scelta dei candidati alla presidenza della Repubblica. Se a destra il quadro è sembrato già da oltre un anno bene definito con l'organizzazione delle primarie per il 20 novembre prossimo, è a sinistra che in questi ultimi mesi si è assistito ad una accelerazione del

processo organizzativo con la decisione, presa dal Congresso del PS il 18 giugno, di organizzare le primarie aperte a gennaio 2017.

Le primarie per la sinistra, fortemente, divisa al suo interno saranno sicuramente l'occasione per cercare di ricomporre una certa unità. Le dimissioni di Macron – che in aprile aveva creato il Movimento *En marche!* - hanno indubbiamente aperto nuovi scenari in vista delle presidenziali.

A destra il numero molto elevato di candidati alle primarie non sembra però al momento mettere in discussione quella che sarà l'unica vera sfida tra due soli contendenti: Nicolas Sarkozy e Alain Juppé.

## PARTiti

### primarie presidenziali de *les rÉpublicains*

In questi mesi nello schieramento di destra si è andata completando la lista dei candidati alle primarie aperte della destra e del centro prevista per il **20 novembre** già da più di anno.

In molti avevano già annunciato la propria candidatura. Il **13 giugno** ha annunciato la candidatura anche Henry Guaino, ex consigliere speciale di Sarkozy, il quale si è dichiarato comunque pronto a presentarsi direttamente alle presidenziali nel caso non riuscisse a raggiungere le *parrainages* necessarie per partecipare alle primarie. Infine, a pochi giorni dalla data di scadenza per la presentazione delle candidature, Nicolas Sarkozy ha presentato la sua il **22 agosto**. Appena pochi giorni prima Sarkozy aveva pubblicato il libro *Tout pour la France* che contiene il suo programma politico.

Dai sondaggi è emerso già un quadro abbastanza chiaro sui due candidati che davvero si contenderanno la vittoria: Nicolas Sarkozy e Alain Juppé, rispettivamente ex Presidente della Repubblica ed ex Primo Ministro durante il primo mandato presidenziale di Jacques Chirac. E sempre secondo i sondaggi in testa si attesterebbe proprio quest'ultimo.

## primarie presidenziali socialiste

Se a destra la decisione è stata presa quasi un anno e mezzo fa, diverso è il discorso per il Partito Socialista, che nonostante le numerose richieste per l'organizzazione di elezioni primarie per la selezione del candidato alle elezioni presidenziali del 2017, non ha preso alcuna decisione fino al giugno scorso, al termine di una vicenda finita addirittura in Tribunale. Il **16 maggio** tre militanti del Partito Socialista, Yassir Hammoud, Barnabé Louche e Salem Aounit si erano addirittura rivolti al Tribunale di grande istanza di Parigi per ottenere l'applicazione dello Statuto del Partito e il rispetto dell'art. 5.3.1 (sulle elezioni primarie) per obbligare il PS ad organizzare le primarie socialiste in vista delle elezioni presidenziali del 2017. Il Tribunale il **15 giugno** aveva stabilito che il Partito era libero di decidere se organizzare o no una elezione primaria.

Il **18 giugno** il Consiglio Nazionale del Partito Socialista ha infine deciso con una risoluzione votata all'unanimità di organizzare una elezione primaria presidenziale "ouverte aux acteurs de la Belle Alliance populaire - di fatto Partito Socialista ed ecologisti vicini al Governo, Partito radicale di sinistra, *NDLR* – e che è stata fissata per il 22 e il 29 gennaio 2017. Il Primo Segretario del Partito Socialista Jean-Christophe Cambadélis ha dichiarato che si tratterà di una primaria più allargata di quella del 2011 che era aperta solo al Partito radicale: "Là, - ha aggiunto - il y aura les écologistes (...) l'UDE, Génération écologie, ainsi de suite, mais la participation je ne peux pas la garantir. Elle dépendra d'ailleurs de la dynamique de la primaire elle-même. Mais je crois que cette primaire va intéresser". Egli ha tuttavia aggiunto che sarà difficile assicurare la stessa partecipazione del 2011. "Pendant six mois, nous avons été baladés... nous sommes obligés de faire une primaire dans l'urgence, pas de notre fait, mais nous ferons tout pour qu'elle soit représentative et qu'elle permette de clarifier et de désigner notre candidat à l'élection présidentielle. Mais je l'avoue, dès maintenant, il n'y aura pas autant de votants que la dernière fois, je ne vois pas comment on pourrait l'obtenir".

I commentatori politici hanno letto l'organizzazione di una elezione primaria della sinistra come un'abile manovra del Presidente del PS, Cambadélis per favorire una eventuale candidatura di Hollande, il quale si troverebbe così, in primo luogo, a rispettare lo Statuto del PS che prevede che il candidato alla presidenza sia designato attraverso elezioni primarie aperte all'insieme di cittadini aderenti ai valori della Repubblica e della sinistra; in secondo luogo ad avere il tempo per una dichiarazione sulla candidatura a dicembre; in terzo luogo a riunire la sinistra di governo da due anni divisa dalle scelte in politica economica. Ma per il momento Hollande ha rinviato ogni decisione ad inizio di dicembre.

## PARLAMENTO

### legge sul lavoro

Dopo un iter legislativo tortuoso, accompagnato da fortissime tensioni politiche e sociali, dal continuo braccio di ferro tra Governo e sindacati e da numerosi scioperi e manifestazioni di piazza, è stata approvata il **21 luglio** e promulgata l'**8 agosto** (J.O. 9 agosto 2016) la legge **n. 2016-10** la cosiddetta *Loi Travail*, relativa al lavoro, alla modernizzazione del dialogo sociale e alla garanzia dei percorsi professionali. Il progetto di legge era stato presentato il **24 marzo** all'Assemblea Nazionale e, dopo la dichiarazione da parte del Governo di adozione della procedura accelerata, era riuscito ad essere adottato in prima lettura il **12 maggio** con ricorso alla questione di fiducia ex art. 49-3 Cost. superando l'ostacolo della mozione di censura pure prevista come eventualità dal meccanismo dell'art. 49-3 Cost.

Trasmesso al Senato, il testo era stato ivi approvato con modifiche il **28 giugno**. Di fronte alle divergenze tra le due Camere era stata convocata la Commissione mista paritetica che non era giunta ad un accordo. Pertanto, dopo una nuova lettura da parte dell'Assemblea Nazionale - conclusasi il **5 luglio** con l'adozione del testo attraverso un nuovo ricorso alla questione di fiducia dell'art. 49-3 Cost. su un emendamento presentato dal Governo - e da parte del Senato, che invece aveva rigettato il testo passato all'Assemblea Nazionale, la legge era stata approvata definitivamente il **21 luglio** dalla sola Assemblea Nazionale ai sensi dell'art. 45 ult.c. Cost. con l'ennesimo ricorso alla questione di fiducia. Il testo era stato poi sottoposto al vaglio del Consiglio Costituzionale che con decisione **n. 736 DC** del **4 agosto 2016** aveva dichiarato la legge parzialmente conforme a Costituzione (v. *infra*).

La legge si prefigge lo scopo di rafforzare la competitività e di rilanciare, di conseguenza, l'occupazione.

Rispetto al progetto iniziale il Presidente Hollande e il Primo Ministro Valls, di fronte alle forti opposizioni da parte dei sindacati e della base sociale, hanno fatto marcia indietro su alcuni passaggi chiave come, ad esempio: la fissazione di un tetto alle indennità di licenziamento, ( che nel progetto erano fissate in da 3 a 15 mensilità e che invece sono rimaste nella discrezionalità del giudice del lavoro); oppure la possibilità per le multinazionali di piani di ristrutturazioni sulla base dei risultati del singolo impianto e non sui risultati dell'intero gruppo (come è sempre stato e come poi è stato mantenuto) ; come

la possibilità per le medie e piccole imprese di concordare per ogni singolo dipendente l'orario di lavoro; oppure come la possibilità di aumentare per gli apprendisti l'orario di lavoro senza la necessità di una richiesta all'Ispettorato del lavoro.

Tra i contenuti della riforma: l'orario di lavoro, i licenziamenti economici, il referendum aziendale e gli straordinari.

La legge ha introdotto una certa flessibilità nell'orario di lavoro: l'impresa può concordare con i sindacati una flessibilità dell'orario di fronte ad un aumento della domanda e in caso di necessità senza possibilità di rivedere il livello mensile della retribuzione: il rifiuto può comportare il licenziamento per ragioni economiche.

Per quanto concerne i licenziamenti economici, sono stati fissati i criteri che permettono all'impresa di procedere ai licenziamenti in caso di calo dei ricavi secondo un accordo sindacale. Scatterà la possibilità di licenziare in caso di calo di ricavi di un trimestre per le aziende con meno di 11 dipendenti, di calo di due trimestri consecutivi per quelle con un numero di dipendenti tra 11 e 50, di tre trimestri per quelle da 50 a 300 lavoratori e di quattro trimestri per quelle con oltre 300 dipendenti. La legge ha poi confermato il referendum aziendale cui può ricorrere l'azienda per un accordo approvato da uno o più sindacati con almeno il 30% dei consensi: la vittoria dei "sì" comporta l'applicazione dell'accordo e la possibilità di licenziamento per ragioni economiche a chi vi si oppone senza la possibilità di veto da parte di sindacati che hanno almeno il 50% dei consensi. In merito alla retribuzione delle ore di straordinario, le imprese potranno far prevalere gli accordi aziendali su quelli di categoria concordando con i sindacati una maggiorazione della retribuzione delle ore di straordinario (cioè al di là della trentacinquesima ora settimanale) inferiore a quella prevista di categoria.

## liste elettorali

Il Parlamento è intervenuto con una serie di leggi relative alle liste elettorali. Si tratta della legge ordinaria [2016-1048](#) e delle due leggi organiche la n. [2016-1047](#) e la n. [2016-1046](#) promulgate tutte e tre il **1° agosto** (J.O. del 2 agosto) relative al rinnovo delle modalità di iscrizione alle liste elettorali.

Le tre proposte di legge (nn. 3336, 3337, 3338) erano state presentate all'Assemblea Nazionale il **9 dicembre 2015** ed ivi approvate dopo 6 mesi, in prima lettura, con ricorso da parte del Governo alla procedura accelerata. Trasmessi al Senato, i testi erano stati poi adottati con emendamenti il **28 giugno**. Dopo la convocazione della Commissione Mista paritetica e trovato l'accordo, le tre leggi erano state definitivamente approvate dall'Assemblea Nazionale e dal Senato il **19 luglio**.

Le tre leggi intervengono sulle modalità di iscrizione alle liste elettorali, nonché sull'aggiornamento delle stesse, per la Francia (legge ordinaria n. 2016-1048), per i residenti all'estero (legge organica 2016-1047) e per i residenti in un Paese membro dell'Unione Europea nonché per le elezioni municipali in Francia (legge organica 2016-1046). La normativa mira a modernizzare le regole per la compilazione delle liste elettorali modificando e migliorando le procedure di esame e di controllo dei movimenti operati sulle liste stesse. L'ampiezza della riforma comporterà un rinvio dell'entrata in vigore che potrà slittare, secondo quanto stabilito dalla normativa, al 2019.

Sulle due leggi organiche si è pronunciato il Consiglio Costituzionale con le due decisioni **n. 734** e **n. 733 DC** del **28 luglio** (*v. infra*).

### **garanzie, obblighi deontologici e reclutamento dei magistrati - consiglio superiore della magistratura**

L'**8 agosto** è stata promulgata la legge organica n. [2016-1090](#) (J.O. dell'11 agosto 2016) relativa alle garanzie statutarie, agli obblighi deontologici e al reclutamento dei magistrati e del Consiglio Superiore della Magistratura. Il progetto di legge organica era stato presentato al Senato il **31 luglio 2015** ed ivi adottato, in prima lettura, il **4 novembre 2015**, con ricorso da parte del Governo della procedura accelerata. Trasmesso all'Assemblea Nazionale, il testo era stato adottato con modifiche il **24 maggio 2016**. Dopo la convocazione della Commissione Mista paritetica e trovato l'accordo, il testo era stato definitivamente approvato da Senato e Assemblea Nazionale rispettivamente il **6** e **11 luglio**.

La legge in linea generale mira a rafforzare l'indipendenza e l'imparzialità dei magistrati e predispone strumenti volti a migliorare gli obblighi e le garanzie accordate ad essi.

In particolare i procuratori generali presso le corti di appello non saranno più nominati in Consiglio dei Ministri ma con decreto semplice del Presidente della Repubblica. Inoltre, i giudici delle libertà e della detenzione saranno nominati con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Guardiasigilli dopo parere conforme della formazione della magistratura giudicante del CSM.

La legge prevede la costituzione di un collegio di deontologia distinto dal Consiglio Superiore della Magistratura che sarà incaricato di dare pareri su ogni questione deontologica individuale e di esaminare le dichiarazioni di interessi dei magistrati che gli sono sottoposti.

La nuova normativa inoltre modifica le modalità di reclutamento dei magistrati attraverso concorso, rende più facile l'integrazione diretta e permette il rinnovo dei mandati dei giudici di prossimità.

### **prolungamento dello stato di urgenza e lotta al crimine organizzato e al terrorismo**

Nell'ultimo quadrimestre in seguito al persistente stato di allerta per il pericolo terroristico e il ripetersi di attentati, per ben due volte il **20 maggio** e il **21 luglio** è stato prolungato lo stato di urgenza previsto dalla legge n. 55-385 del 3 aprile 1955.

Inizialmente il **20 maggio** era stata promulgata la legge n. [2016-629](#) (J.O. del 21 maggio) con la quale veniva prolungato lo stato di urgenza per altri due mesi a partire dal 26 maggio. Il progetto presentato al Senato il **4 maggio** era stato adottato in prima lettura, con dichiarazione del Governo di ricorso alla procedura accelerata, il **10 maggio**. Trasmesso all'Assemblea Nazionale era stato adottato senza modifiche il **19 maggio**.

In seguito all'attentato di Nizza è stata promulgata il **21 luglio** la legge n. [2016-987](#) (J.O. del 22 luglio) che ha prorogato per altri sei mesi lo stato di urgenza a partire dall'entrata in vigore della legge. Il progetto era stato presentato all'Assemblea Nazionale il **19 luglio** e adottato nel medesimo giorno con dichiarazione di adozione da parte del Governo della procedura accelerata. Trasmesso al Senato il progetto è stato approvato con modifiche il **20 luglio**. Dopo la convocazione della Commissione Mista paritetica e trovato l'accordo, il testo è stato approvato definitivamente da Assemblea Nazionale e Senato il **21 luglio**, giorno in cui è stato immediatamente promulgato dal Presidente della Repubblica.

La legge ha rafforzato le perquisizioni amministrative prevedendo la possibilità di richiedere e analizzare le informazioni contenute in ogni dispositivo informatico o di comunicazione presente sul luogo delle perquisizioni e ha previsto anche la possibilità di effettuare immediatamente perquisizioni in altri luoghi di interesse scoperti emersi durante le prime perquisizioni. Tali disposizioni erano state censurate il 19 febbraio dal Consiglio Costituzionale in quanto ritenute prive delle necessarie garanzie che ora invece vengono introdotte.

Sempre in ambito di lotta al terrorismo il **3 giugno** è stata promulgata la legge n. [2016-731](#) (J.O. del 4 giugno) relativa alla lotta contro il crimine organizzato, il terrorismo e il

loro finanziamento e al miglioramento dell'efficacia e delle garanzie della procedura penale.

Il progetto di legge era stato presentato all'Assemblea Nazionale il **3 febbraio** ed ivi approvato in prima lettura, con dichiarazione del Governo di ricorso alla procedura accelerata, il **4 marzo**. Trasmesso al Senato, il testo era stato adottato con modifiche il **5 aprile**. Dopo la convocazione della Commissione Mista paritetica e trovato l'accordo, il testo era stato definitivamente adottato da Assemblea Nazionale e Senato, rispettivamente il **19 e il 25 maggio**.

Tra le disposizioni di maggiore rilievo della legge quelle che dotano i giudici e i procuratori di nuovi mezzi e tecniche investigative prima riservate ai servizi segreti. Divengono possibili le perquisizioni notturne ma solo in caso di terrorismo e di pericolo di vita. Alcune disposizioni migliorano la protezione dei testimoni minacciati. Viene intensificata la lotta al traffico d'armi e alla criminalità informatica.

Potrà essere disposto il fermo di massimo quattro ore di persone il cui comportamento desti sospetti di terrorismo. Controlli amministrativi potranno essere effettuati su coloro che manifestino l'intenzione di recarsi in luoghi teatro di operazioni di terrorismo. Tale dispositivo potrà essere applicato per un massimo di un mese per il domicilio coatto o in un perimetro delimitato e di sei mesi per la dichiarazione di residenza, dei mezzi di comunicazione e di spostamenti. Il non rispetto di queste misure costituirà delitto penale.

## GOVERNO

Lotta al terrorismo e linea ferma sulla riforma del lavoro. Sono questi le due principali sfide su cui si è giocata in questi mesi la partita del governo Valls.

La seconda testa dell'Esecutivo francese ha infatti dovuto affrontare, da un lato, l'emergenza terrorismo che non ha dato tregua alla Francia con la serie di attentati che l'hanno colpita al cuore, e, dall'altro l'approvazione della riforma del lavoro, ultimo atto riformista del governo socialista prima della scadenza del mandato presidenziale del 2017. Il tutto in un clima di crescente tensione all'interno della stessa compagine governativa, tensione culminata il **30 agosto** con le dimissioni del Ministro dell'Economia Macron e con i dissensi di qualche giorno prima per le prese di posizioni del Primo Ministro sul "caso burkini".

## CONTRASTO AL TERRORISMO

Oltre ai provvedimenti legislativi con l'approvazione delle due leggi e maggio e luglio di prolungamento dello stato di urgenza, il **9 maggio**, in occasione di una riunione del Comitato interministeriale per la prevenzione della delinquenza e della radicalizzazione, Manuel Valls ha annunciato un piano contro la radicalizzazione e il terrorismo presentato in 80 misure tra i quali la creazione di centri di reinserimento e di cittadinanza.

### riforma del lavoro e ricorso alla questione di fiducia

Durante l'iter di approvazione della legge sul lavoro il Governo è ricorso più volte alla questione di fiducia dell'art.49-3 Cost. La prima volta il **10 maggio** quando viene poi seguita da una mozione di censura; la seconda volta il **5 luglio** per l'approvazione in nouvelle lecture del testo all'Assemblea Nazionale dopo il mancato accordo in Commissione Mista paritetica; infine il **21 luglio** per l'approvazione definitiva da parte dell'Assemblea Nazionale. Nelle ultime due volte il ricorso all'art. 49-3 Cost. non è stata seguita dalla presentazione di una mozione di censura.

Il **4 agosto**, nel giorno della pronuncia del Consiglio Costituzionale sulla *Loi Travail*, il Primo Ministro Valls si è rallegrato dichiarando che “Il ouvre la voie à une nouvelle étape du dialogue social dans notre pays”.

### dimissioni del ministro dell'economia Emmanuel Macron

Dopo mesi di inquietudini e di segnali di insofferenza, il **30 agosto** si è dimesso dal Governo il Ministro dell'Economia Emmanuel Macron che ha incontrato il Presidente Hollande intorno alle 15 per rimettere il suo mandato nelle mani del Capo dello Stato. Ufficialmente l'Eliseo ha indicato la causa delle dimissioni nella volontà dell'ex Ministro di consacrarsi interamente al suo Movimento politico *En marche!* fondato in aprile. Tuttavia la causa va ricercata nell'ormai incomprensioni sorte tra Presidente, Primo Ministro e Ministro dell'Economia sul futuro delle riforme economiche in Francia. In una dichiarazione resa a Bercy dopo l'incontro con Hollande Macron ha dichiarato di aver toccato con mano “les limites de notre système politique”. “*Je n'ai pas tout réussi, certaines*

*entreprises – ha dichiarato - ont connu la faillite. (...) J'ai parfois échoué à faire partager la nécessité que j'éprouvais de poursuivre et amplifier le travail de transformation en profondeur de l'économie".*

Macron, che il **6 aprile** aveva fondato appunto il Movimento “*En Marche!*”, movimento dichiaratamente trasversale ai partiti, nato con l'intento di “liberare l'economia”, non ha fatto riferimento alla sua eventuale candidatura all'elezione presidenziale del 2017 tuttavia ha ammesso che “*dans notre République, le seul moment où les débats nécessaires pour décider ces transformations peuvent utilement avoir lieu sont les campagnes présidentielles*”. “*Je souhaite – ha poi aggiunto - entamer une nouvelle étape de mon combat et construire un projet qui serve l'intérêt général..quelles que soient leurs sensibilités politiques et même s'ils ne croient plus à la politique*”. Tuttavia il progetto di Macron per il quale era necessario essere “*libre de dire, de proposer, d'agir, de rassembler*” non sembrava compatibile con l'appartenza ad un governo.

### capo dello stato

Anche il Capo dello Stato in questi ultimi mesi come il Primo Ministro Valls ha dovuto fare i conti, da un lato con l'emergenza terrorismo e, dall'altro, con il mantenimento di una linea di coerenza sulla riforma del lavoro.

### loi travail

Proprio sulla riforma del lavoro il **16 maggio**, a qualche giorno dall'approvazione in prima lettura all'Assemblea Nazionale della *Loi Travail* con il ricorso alla questione di fiducia dell'art.49-3 Cost., il Presidente Hollande ha dichiarato: “Sulla riforma del lavoro non torno indietro” e ha aggiunto: “questa legge passerà perché è stata discussa, emendata e corretta. Non cederò perché troppi governi hanno già ceduto”. In effetti il Presidente francese ha deciso di mantenere una linea ferma di fronte alle numerose proteste e all'ondata di scioperi e mobilitazioni nazionali che hanno travolto il Paese e che il 26 maggio hanno registrato la presenza di oltre 150.000 (secondo i sindacati addirittura 300.000) presenze in piazza.

### lotta al terrorismo

Il **15 luglio** all'indomani del terribile attentato terroristico di Nizza del 14 luglio costato la vita ad 85 persone, il Presidente Hollande, oltre a dichiarare il lutto nazionale per tre giorni, ha annunciato il prolungamento dello stato di urgenza, il rafforzamento dell'operazione Sentinelle - che dal gennaio 2015 ha comportato l'utilizzo di migliaia

militari a protezione dei luoghi sensibili in Francia -, e degli interventi all'estero in Iraq e in Siria, nonché il richiamo della riserva nazionale.

Il **26 luglio** dopo l'attentato terroristico nella Chiesa di Sainte-Etienne de Rouvray vicino Rouen, il Presidente Hollande ha dichiarato: "Nous avons voulu à travers ce déplacement exprimer aussi notre soutien aux forces de sécurité, aux policiers qui sont intervenus dans un délai extrêmement rapide, pour éviter encore un bilan beaucoup plus lourd et qui ont sauvé les personnes prises en otage". Ha poi aggiunto: "Nous sommes face à une épreuve, une de plus, parce que la menace est très élevée. Elle reste très élevée après tout ce que nous avons vécu ces derniers jours et même ces dernières années. Nous sommes face à un groupe, Daech, qui nous a déclaré la guerre. Nous devons mener cette guerre par tous les moyens, dans le respect du droit, ce qui fait que nous sommes une démocratie".

## politica estera e difesa

Il **13 maggio** il Presidente Hollande durante una visita nella Repubblica centroafricana annuncia la fine delle operazioni militari operazione Sangaris esprimendo ampia soddisfazione per l'operazione perfettamente riuscita: "Je suis venu ici – ha dichiarato Hollande - vous rencontrer au terme de la visite que j'effectue en Centrafrique, la troisième en 30 mois. Je viens signifier notre satisfaction d'avoir pu mener l'opération Sangaris jusqu'à son terme ; c'est-à-dire d'avoir permis aux Centrafricains grâce à vous, grâce aux Nations unies et aux forces que ces Nations unies ont pu réunir, de retrouver à la fois la stabilité, la sécurité et la paix". "J'avais déclenché – ha proseguito il Capo dello Stato - cette opération Sangaris en décembre 2013. Il y avait alors des massacres qui se produisaient, des violences intercommunautaires, religieuses. Il y avait des risques pour la population civile, il y avait des vies à sauver. ...J'ai néanmoins considéré, avec le ministre de la Défense, qu'il était de notre devoir, de notre responsabilité de mener une opération ici en Centrafrique. Nous n'y avons aucun intérêt, au sens où nous n'avons pas en Centrafrique une présence économique qui justifierait que nous ayons je ne sais quel avantage à porter secours à la population. Non, nous n'étions mus que par un seul objectif, celui que vous avez servi : apaiser les tensions, sauver des vies, empêcher des massacres".

Dal **19 al 21 luglio** il Presidente **Hollande** si è recato all'estero per una serie di visite ufficiali alcuni Paesi europei (Portogallo, Repubblica Ceca, Austria, Slovacchia e Irlanda) con lo scopo di proseguire nel lavoro intrapreso con Italia e Germania per dare uno slancio nuovo all'Europa dopo il voto inglese sulla *Brexit*.

## dimissioni MAcron

Il **30 agosto** il Presidente della Repubblica accetta le dimissioni del Ministro dell'Economia Emmanuel Macron e al suo posto nomina il già Ministro delle Finanze e dei Conti Pubblici, Michel Sapin accorpando i due ministeri.

## corti

### liste elettorali

Con le due sentenze **n. 2016-733** e **n. 2016-734** del **28 luglio 2016** il Consiglio Costituzionale si è pronunciato rispettivamente sulla legge organica relativa al rinnovo delle modalità di iscrizione alle liste elettorali dei residenti di uno stato membro dell'Unione europea e per quelle per le elezioni municipali in Francia e sulla legge organica relativa al rinnovo delle modalità di iscrizione alle liste elettorali dei francesi all'estero.

Con la prima sentenza il *Conseil Constitutionnel* ha dichiarato conforme a Costituzione l'intera legge ad eccezione del paragrafo II dell'art. 2 che non rendeva applicabili le nuove regole in Nuova Caledonia, senza che il Congresso della Nuova Caledonia fosse stato consultato. La censura ha rimosso questo ostacolo prevedendo le stesse regole anche per la Nuova Caledonia, la quale avrà tempo – avendo il legislatore previsto l'entrata in vigore con approvazione di un decreto in Consiglio di Stato non oltre il 2019 – per adottare le nuove disposizioni oppure addirittura per mantenere quelle vecchie.

Con la seconda sentenza il Consiglio Costituzionale ha invece dichiarato la legge organica conforme a Costituzione.

### garanzie statutarie magistrati

Con la sentenza **n. 2016-732** del **28 luglio** il Consiglio Costituzionale si è pronunciato sulla legge organica relativa alle garanzie statutarie, agli obblighi e al reclutamento dei magistrati e del Consiglio Superiore della Magistratura.

Il *Conseil* ha dichiarato la costituzionalità parziale della legge censurando diverse disposizioni.

Innanzitutto, ha censurato, considerandole “cavaliers législatifs” e dunque adottate con una procedura contraria a Costituzione, le disposizioni che imponevano il deposito delle dichiarazioni di interessi e delle dichiarazioni sulla situazione patrimoniale ai membri del Consiglio Costituzionale (art. 48) oltre a quelle relative alle condizioni di deposito di una questione prioritaria di costituzionalità (art. 49).

Il *Conseil* ha censurato l'art. 25 della legge che aggiungeva all'ordinanza del 22 dicembre del 1958 relativa alla magistratura un art. 72-1 sul distacco dei magistrati, articolo ritenuto contrario al principio di eguaglianza e che ha comportato la censura di tutto l'art. 72-1.

Il Consiglio Costituzionale ha poi giudicato contrarie a Costituzione alcune disposizioni da 1° a 6° del paragrafo I dell'art. 7-3 dell'ordinanza del 22 dicembre introdotte dall'art. 26 della legge organica, il quale prevedendo l'obbligo solo per alcune categorie di magistrati di presentare insieme alla dichiarazione di interessi anche una dichiarazione patrimoniale, ha violato il principio di eguaglianza. Il Consiglio Costituzionale ha tuttavia dichiarato conformi a Costituzione l'obbligo di dichiarazione sulla situazione patrimoniale introdotta dall'art. 43 della legge organica per i membri del CSM.

Il *Conseil* ha infine dichiarato conforme a Costituzione su riserva di interpretazione gli artt. 35 e 39 della legge organica relativi alle competenze dei magistrati onorari o temporanei.

## legge sul lavoro

Il Consiglio Costituzionale con sentenza **n. 2016-736 DC del 4 agosto** è intervenuto sulla legge relativa al lavoro censurandone alcune disposizioni ed esprimendo diverse riserve di interpretazione.

Sulla procedura di adozione della legge che ha visto il ricorso massiccio all'art. 49-3 Cost. il Consiglio Costituzionale si è espresso nel senso della regolarità della procedura nel rispetto della Costituzione, non rilevando alcuna violazione effettiva del diritto di emendamento.

Il Consiglio Costituzionale ha espresso sull'art. 27 della legge, relativo alla facoltà delle collettività territoriali di mettere a disposizione dei locali per le organizzazioni sindacali a titolo gratuito o oneroso e relativo all'indennità all'organizzazione sindacale in caso la disponibilità dei locali venga ritirata, una riserva di interpretazione e una censura parziale.

La prima sull'indennità prevista e la seconda sul paragrafo III dell'art. 27 relativa alla retroattività delle disposizioni relative: su questo punto il Consiglio Costituzionale ha stabilito che tali disposizioni portano un pregiudizio non proporzionale in relazione all'obiettivo perseguito.

Anche sull'art. 64 della legge, relativo alla costituzione di un'istanza del dialogo sociale, ha espresso due riserve di interpretazione e pronunciato una censura parziale.

Le riserve di interpretazione hanno riguardato il secondo e quinto comma dell'art. 64 relativamente alla parte in cui il testo prevede che sia un decreto in Consiglio di Stato a determinare le ore di deleghe accordate ai dipendenti affiliati e che secondo il Conseil non potranno essere aggiunte ore dal decreto supplementari rispetto a quelle previste dal diritto comune. La censura parziale dell'art. 64 ha invece riguardato le spese di funzionamento dell'istanza del dialogo sociale. Il *Conseil* ha censurato le disposizioni laddove imputavano le spese ai soli soli affiliati, comportando così un pregiudizio sproporzionato alla libertà di impresa.

Il *Conseil constitutionnel* ha inoltre esaminato d'ufficio molte disposizioni della legge che sono state censurate in quanto approvate secondo procedure contrarie (“cavaliers législatifs” o “entonnoirs”) alla Costituzione: il paragrafo III dell'articolo 39 l'articolo 62 e l'articolo 65.

Presupposti e limiti di un ricorso individuale avverso atti ultra vires dell'Unione europea: profili processuali del “diritto alla democrazia” nella recente giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco

di Astrid Zei\*

**I**l 21 giugno 2016 il Tribunale costituzionale federale si è pronunciato in via definitiva sulla legittimità della decisione del Consiglio europeo delle banche centrali del 6 settembre 2012 sull'OMT (*Technical Features of Outright Monetary Transactions*), oggetto di un confitto di attribuzioni sollevato dal gruppo parlamentare della Sinistra (*Die Linke*), e affidato al Prof. Wolf Rüdiger Bub, dell'Università di Potsdam, e di cinque ricorsi individuali (*Verfassungsbeschwerde*) sottoscritti da migliaia di cittadini, presentati dal Prof. Karl Albert Schachtschneider dell'Università di Erlangen-Nürnberg, uno degli autori del ricorso alla base della sentenza Lisbona, nonché prominente anti-europeista [[2 BvR 2728/13](#), [2 BvR 2729/13](#), [2 BvR 2730/13](#), [2 BvR 2731/13](#), [2 BvE 13/13](#)].

La decisione della Banca Centrale, alla cui attuazione concorre anche la *Bundesbank*, autorizza l'acquisto illimitato di titoli di stato per sostenere la stabilità monetaria nell'Unione europea “*whatever it takes*”, subordinandolo alla partecipazione dei Paesi beneficiari ad un programma di politiche economiche e finanziarie concordato nell'ambito del *European Financial Stability Facility (EFSF)*, del Meccanismo europeo di stabilità (MES), ovvero ad un programma precauzionale (*Enhanced Conditions Credit Line*). Tali misure, ad oggi mai attuate, sarebbero volte a neutralizzare eventuali speculazioni sulla reversibilità dell'Euro qualora gli *spread* sui titoli di Stato dovessero crescere in maniera eccessiva.

In Germania si erano registrate da subito molte perplessità riguardo a questa interpretazione del mandato di governo della politica monetaria conferito alla Banca centrale europea - una politica certamente molto diversa rispetto alla scuola della *Bundesbank* - e si era paventata da subito la natura *ultra vires* dell'accordo, poiché l'acquisto

\* Professore associato di diritto pubblico comparato – “Sapienza” Università di Roma

di titoli si sarebbe configurato come un'illegittima modalità di finanziamento indiretto del deficit di bilancio degli Stati membri, con effetti sulla stabilità economica dei Paesi dell'area Euro.

Il Tribunale costituzionale federale, condividendo, almeno in parte, le argomentazioni dei ricorrenti, prima di pronunciarsi in via definitiva circa la natura *ultra vires* dell'atto aveva attuato il "protocollo" già illustrato nella sentenza *Honeywell* del 6 luglio 2010 [BverfG 2 BvR 2661/06], atto a declinare in senso europeista ("*Europafreundlich*") il suo sindacato sui controlimiti al processo di integrazione europea, inoltrando un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi degli artt. 19 III b TUE e 267 I TFUE. Si chiedeva di accertare se le regole concordate potessero essere rilette in maniera restrittiva per garantirne la compatibilità con il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e con il Protocollo sullo Statuto del sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea (SEBC), vale a dire, escludendo tagli del debito pubblico, acquisti illimitati di prestiti statali, e con interventi sui prezzi limitati al minimo necessario (par. 100 della pronuncia del 14 gennaio 2014).

Il ricorso era corredato di un accurato impianto argomentativo [[2 BvR 2728/13](#), par. 55-98], che apparentemente non lasciava molti dubbi riguardo all'interpretazione già condivisa dalla maggioranza dei giudici del Secondo Senato - – i giudici Lübke-Wolff e Gerhardt avevano formalizzato un'opinione dissenziente – e che comunque, al di là del merito della questione, rivendicava l'esigenza di un pervasivo sindacato giurisdizionale sulle decisioni della Banca Centrale, tanto più penetrante, secondo i giudici di Karlsruhe, in quanto un organo tecnico e indipendente risulta già sottratto al circuito della responsabilità politica cui sono soggette le altre istituzioni dell'Unione europea; tesi, quest'ultima, che non è stata accolta dalla Corte di Giustizia.

Nella pronuncia resa il 16 giugno 2015 [in [causa C-62/14](#)], pure affermando la legittimità del programma OMT, i giudici di Lussemburgo hanno effettuato un controllo circa la proporzionalità delle misure adottate e il rispetto del principio delle competenze enumerate, e nella sentenza del **21 giugno 2016** il Tribunale costituzionale federale si

compiace di sottolineare che la Corte ha certificato la soggezione della Banca Centrale Europea al controllo giurisdizionale “più chiaramente di quanto non abbia fatto finora” (par. 180 della pronuncia).

Le conseguenze di un’eventuale pronuncia di accoglimento da parte dei giudici di Karlsruhe erano comunque quanto meno incerte - e ciò a maggior ragione quando si consideri che a differenza del Programma *Quantitative Easing*, l’OMT non ha mai trovato attuazione.

Questa sentenza risulta di particolare interesse, non tanto per il merito della decisione, quanto per la ricostruzione dei profili processuali del controllo di costituzionalità sugli atti *ultra vires* dell’Unione europea.

L’esito della pronuncia si riannoda infatti all’interpretazione restrittiva delle condizioni atte a palesare la natura *ultra vires* di un atto dell’UE già resa con la citata sentenza *Honeywell* [spec. par. 58-66], che presuppone una violazione, al contempo, grave e manifesta del diritto dei Trattati, tale da condurre ad una modifica “strutturale” dei criteri di ripartizione delle competenze tra l’Unione e gli Stati membri. Pertanto, una violazione del diritto dei Trattati di tale consistenza – il Tribunale costituzionale federale parla al riguardo di una violazione “qualificata” e riprende la nozione di “*ausbrechende Akt*” utilizzata nella sentenza Maastricht – si configura come un caso limite che implica *anche* una violazione dell’“identità costituzionale” tedesca (“*Verfassungsidentität*”), vale a dire di quel nucleo irriducibile di principi iscritto nell’art. 79, terzo co., LF, indisponibile finanche al legislatore costituzionale, la cui inviolabilità costituisce condizione di validità del progetto di integrazione europea iscritto nell’art. 23, primo comma, LF:

Il rapporto tra i due istituti, il sindacato sugli atti *ultra vires*, da un lato, e il controllo circa il rispetto dell’“identità costituzionale” tedesca, dall’altro, era stato ben chiarito dal Tribunale costituzionale federale nella sentenza Lisbona ([BVerfGE 123, 267](#)<353>) con riguardo all’ipotesi di una modifica del diritto dei Trattati che pretendesse di attingere a quel nucleo indisponibile.

Nella pronuncia del **16 giugno** i due istituti – nelle parole del Tribunale costituzionale federale – restano distinti, anche se entrambi riconducibili alle garanzie iscritte nell'art. 79, terzo co., LF, ed entrambi soggetti ad una interpretazione restrittiva, in ossequio al principio del *favor europeo* (“*Europafreundlichkeit*”) (par. 121), che implica anche il rispetto dei canoni interpretativi sviluppati dalla Corte di Giustizia (par. 159) e della peculiarità dei Trattati e degli obiettivi ivi iscritti (par. 154 della pronuncia).

La giustiziabilità del diritto di voto iscritto nell'art. 38, primo co., LF che il Tribunale costituzionale federale, attraverso una giurisprudenza evolutiva, ha dilatato e approfondito sul piano processuale per legittimare il singolo cittadino a ricorrere contro la violazione del principio democratico iscritto nell'art. 20 LF, costituisce da sempre una delle tesi interpretative più controverse tra quelle proposte dai giudici di Karlsruhe.

Con la sentenza *Maastricht* si affermava il diritto del singolo cittadino a presidiare la democraticità del processo di integrazione europea, potendo questi pretendere che il trasferimento all'Unione europea delle competenze del Bundestag non risulti incompatibile con gli standard democratici iscritti nell'art. 20, primo e secondo co. LF, che l'art. 79, terzo co., LF ricomprende tra i principi irriducibili (par. 62 della [sentenza del 12 ottobre 1993](#))

Nella sentenza *Lisbona* il Tribunale costituzionale federale aveva ampliato la dimensione soggettiva del principio democratico, in forza del quale il singolo cittadino sarebbe legittimato a ricorrere anche avverso una violazione dei principi iscritti nell'art. 79, terzo co., LF, che sanciscono l'“identità della Costituzione” tedesca ([BVerfGE 123, 267 <340>](#)). Ciò in quanto „il diritto di ogni cittadino alla eguale autodeterminazione democratica (diritto di partecipazione democratica)” può risultare violato anche nell'ipotesi di una modifica nell'organizzazione del potere statale, ove essa sia di tale entità da tradire il principio della sovranità popolare iscritto nell'art. 20 LF. Pertanto “il diritto di voto vale a fondare una pretesa all'autodeterminazione democratica, alla libera ed eguale partecipazione al potere statale esercitato in Germania, così come al rispetto del principio democratico, che ricomprende anche l'osservanza del potere costituente del popolo” ([BVerfGE 123, 267 <341>](#)).

Nella pronuncia del [21 giugno 2016](#) l'enunciazione a chiare lettere di un "diritto alla democrazia" (par. 166 e 185) vale a superare qualunque esitazione riguardo alla consistenza di questa linea evolutiva nella dogmatica dei diritti fondamentali.

Affermando che il controllo *ultra vires* si configura come un "caso particolare di applicazione della tutela generale dell'identità costituzionale" (par. 153) i giudici di Karlsruhe si spingono, anzi, anche oltre, fino a legittimare, per questa via, un ricorso individuale avverso gli atti *ultra vires* dell'Unione europea.

Ciò in quanto il principio democratico, inteso come diritto del cittadino "ad essere soggetto solo ad un potere pubblico che lo stesso abbia legittimato e che si in grado di influenzare"(par. 123), trova un fondamento costituzionale nell'art. 20, primo e secondo co., LF, e dunque appartiene al nucleo irriducibile tutelato dall'art. 79, terzo co., LF:

Il principio democratico, declinato nella sua dimensione procedurale nell'art. 38, primo co., LF, tutela il cittadino anche dinanzi ad una "palese e significativo superamento strutturale delle competenze" attraverso "organi, istituzioni e altre sedi dell'Unione europea". Da un lato, l'istituto dell'*Identitätskontrolle* mantiene una sua autonomia, in quanto teso ad accertare se tale superamento si configuri come una violazione dei principi iscritti negli artt. 1 e 20 LF. Dall'altro, la natura *ultra vires* di un atto si misura sul programma di integrazione europea iscritto nell'art. 23, primo comma, seconda frase, LF, e tuttavia esso, secondo i giudici, implicherebbe sempre anche una violazione del principio della sovranità popolare (par. 121 della pronuncia; v. però l'opinione dissenziente del giudice Lübke-Wolff allegata alla pronuncia del [14 gennaio 2014](#), par. 16). Dal momento che una delega di competenze da parte del Parlamento nazionale all'Unione europea è ammissibile solamente ove siano rispettati i limiti assoluti sanciti dall'art. 79, terzo co., ecco che un controllo *ultra vires* implica anche un controllo circa il rispetto dell'"identità costituzionale" tedesca (par. 153).

Quanto all'oggetto del ricorso, esso risulta "apparentemente" circoscritto agli atti delle autorità tedesche (par. 97). Ciò implica che il controllo sugli atti *ultra vires* assume carattere subordinato, e si effettua "indirettamente" sui provvedimenti dell'Unione europea posti a fondamento dell'atto impugnato ove essi risultino in contrasto con il programma di

integrazione europea iscritto nell'art. 23, primo co., LF, ovvero con gli altri limiti tracciati dalla Legge Fondamentale (par. 99).

Tuttavia, mentre, ad esempio, i ricorsi individuali presentati nel 2010 tesi a sanzionare la partecipazione del Governo tedesco alle decisioni dell'Euro-gruppo e dell'Ecofin circa la creazione di un sistema europeo di stabilità finanziaria erano stati considerati inammissibili [sentenza del 7 settembre 2011, [BVerfGE 129, 124 <176>](#)] proprio in quanto tali decisioni non potevano configurarsi come atti delle autorità tedesche ai sensi dell' art.93, primo co., n. 4 a , LF, la pronuncia del **21 giugno 2016** ricomprende nella nozione di “atto” anche “l'inerzia, che viola la responsabilità degli organi costituzionali tedeschi rispetto all'integrazione europea (“*Integrationsverantwortung*”) con riguardo alla creazione e l'attuazione di questo Programma (*OMT*)” (par. 83 -104.). In questa maniera il Tribunale costituzionale federale può procedere (subordinatamente) all'esercizio di un sindacato sulla natura *ultra vires* degli atti dell'UE che “determinano un obbligo di reazione in capo agli organi costituzionali tedeschi in forza dalla loro responsabilità rispetto agli sviluppi del processo di integrazione europea” (par. 99-100).

In altre parole l' “obbligo di reazione del Governo federale e del Bundestag, che deriva dalla responsabilità che incombe loro rispetto all'integrazione europea, e che consiste nell' attivarsi ed affrontare la questione di come si possa ripristinare l'ordinamento delle competenze nel caso di un'azione *ultra vires* da parte di organi, istituzioni e altre sedi dell'Unione europea, corrisponde anche ad un diritto soggettivo del cittadino” (par. 83).

A quali possibili reazioni allude il Tribunale costituzionale federale?

Pur riconoscendo al Governo e al Parlamento tedesco un ampio margine di discrezionalità politica (par. 169), la pronuncia reca diversi esempi al riguardo: secondo i giudici il Governo federale potrebbe introdurre un ricorso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, opporsi in sede di negoziati, esprimere un voto contrario, persino pretendere un ritorno al compromesso di Lussemburgo, fino ad esercitare un potere di direttiva nei confronti delle autorità nazionali subordinate affinché non diano applicazione ai provvedimenti contestati. Quanto al Bundestag, si tratterebbe di attingere all'armamentario del suo sindacato ispettivo, ovvero proporre un sindacato sulla

sussidiarietà, istruire una indagine parlamentare, infine, sfiduciare il governo (par. 171), a condizione che tali iniziative siano affidate all'assemblea, e non si svolgano a porte chiuse in seno alle Commissioni (par. 173).

In alternativa, si tratterebbe di proporre una revisione dei Trattati atta a ripristinare, a posteriori, la legalità (par. 170)

Le opinioni dissenzienti dei giudici Lübke-Wolff e Gerhardt allegare alla pronuncia del 14 gennaio 2014 si soffermavano criticamente anche sulla coerenza di queste argomentazioni: la Lübke Wolf, al riguardo, non aveva condiviso la pretesa di ricavare dalla Legge Fondamentale precisi obblighi di fare in capo al Parlamento e al Governo, negando, di fatto, la discrezionalità delle istituzioni politiche nella scelta dei modi e dei mezzi atti a bloccare, o limitare, una presunta violazione dei diritti di sovranità della Federazione tedesca. Secondo il giudice, a maggior ragione, la via del ricorso individuale, fondato sull'art. 38, primo comma, LF, non sarebbe percorribile quando si tratti di sanzionare non già l'adozione di atti che limitano la sovranità tedesca da parte delle istituzioni nazionali, bensì un'omissione, non ricollegabile ad un espresso obbligo costituzionale. Le critiche di Michael Gerhardt rispetto a questa dilatazione dell'istituto del *Verfassungsbeschwerde*, paventavano una modifica sostanziale nel sistema delle garanzie costituzionali iscritte nella Legge Fondamentale, fino all'esercizio di un sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità politica del Governo e del Parlamento.

Va detto che i due giudici, nel frattempo in congedo, non hanno concorso alla redazione di quest'ultima pronuncia. Sono stati sostituiti dai giudici Doris König e Ulrich Maidowski.

Il potenziale dirompente di un ricorso individuale sulle "reazioni" degli organi costituzionali tedeschi rispetto all'adozione di atti *ultra vires* risulta solo parzialmente circoscritto dal consueto principio della residualità del rimedio del ricorso individuale rispetto ad altri strumenti offerti dall'ordinamento, e che ricomprendono anche la richiesta al giudice competente di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE (par. 84)

Paradossalmente, questo "diritto alla democrazia" trova invece un più incisivo limite nella sua affinità genetica con l'art. 1 della Legge Fondamentale, che proclama il principio della dignità umana.

A partire dalla sentenza Lisbona ([BVerfGE 123, 267](#) <341>) il Tribunale costituzionale federale ha infatti radicato il diritto di voto nel principio democratico e nella garanzia fondamentale della dignità dell'uomo (art. 1 LF), affermando che “il diritto del cittadino di determinare, in modo libero ed eguale, il potere pubblico (..) attraverso elezioni e votazioni è la parte basilare del principio democratico”, che tale pretesa è ancorata alla dignità dell'uomo (art.1, primo comma, LF)”, e che pertanto “appartiene ai principi immutabili del diritto costituzionale tedesco, attraverso l'art. 20, primo e secondo comma, LF in combinato con l'art. 79, terzo comma, LF”.

L'esercizio libero ed eguale del diritto di voto viene dunque spiegato come un momento essenziale di determinazione ed espressione della “personalità” del singolo in ambito sociale e politico, in quanto “partecipazione responsabile alle decisioni che interessano la collettività” (par. 124 della [sentenza del 21 giugno 2016](#)).

Paradossalmente, è questo radicamento del diritto di voto nella dignità dell'uomo che limita il “diritto alla democrazia”, che, proprio per il suo spessore, secondo i giudici non può consistere in un “controllo circa il contenuto dei processi democratici” in quanto esso - come già chiarito nella sentenza del **7 settembre 2011** sugli aiuti alla Grecia e sulle misure europee anti-crisi - è piuttosto atto a “consentire” tali processi ([BVerfGE 129, 124](#) <168>).

Di conseguenza un ricorso non potrebbe avere ad oggetto una deliberazione legislativa del Parlamento (*Ibidem*), ma solo eventuali “modifiche strutturali che attengano all'organizzazione giuridica dello stato, così come avviene quando vengano trasferiti poteri sovrani all'Unione europea o ad altre istituzioni sovranazionali” ([BVerfGE 129, 124](#) <168> e par. 126 della [sentenza del 21 giugno](#)).

#### tribunali

**segue:** il tribunale costituzionale federale conferma i presupposti per un ricorso individuale che abbia indirettamente ad oggetto atti *ultra vires* dell'UE

Il **28 giugno** il Tribunale costituzionale federale si è pronunciato sul ricorso individuale presentato da un cittadino tedesco [[2 BvR 322/13](#)], licenziato dalla Commissione europea per inabilità al servizio, che successivamente aveva preteso invano dalla Commissione la pubblicazione di una serie di documenti che avrebbero provato il comportamento illegittimo della Commissione nei suoi confronti e una serie di violazioni da parte di altri funzionari della Commissioni ai danni dell'Unione europea.

Il ricorso, teso a sanzionare la segretezza dei documenti in possesso della Commissione in quanto violazione della libertà di opinione, rispettava il principio della residualità del rimedio, considerando in questo caso l'assenza di ulteriori vie per giustiziare una violazione dei diritti garantiti dalla Legge Fondamentale. Il Tribunale costituzionale federale, tuttavia, omettendo di pronunciarsi nel merito, ha chiarito ancora la necessità che gli atti impugnati, qualora non siano imputabili alle autorità tedesche, siano comunque posti a fondamento di un provvedimento adottato dalle autorità nazionali, ovvero determinino un obbligo di reazione da parte degli organi costituzionali tedeschi in forza della loro responsabilità rispetto al processo di integrazione europea (“*Integrationsverantwortung*”). Solamente in tali ipotesi il Tribunale costituzionale federale potrebbe procedere, subordinatamente, ad un controllo circa il rispetto del programma di integrazione (controllo sugli *ultra vires*) iscritto nell'art. 23 primo comma, seconda frase, LF (par. 9 della pronuncia).

**Profili processuali del “diritto alla democrazia”. Segue: “il più grande ricorso individuale della storia tedesca” sull’Accordo di libero scambio con il Canada, *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)***

I negoziati sui nuovi accordi commerciali bilaterali dell'Unione europea con gli Stati Uniti e il Canada riporta in primo piano i problemi legati alla dimensione parlamentare della democrazia europea.

La standardizzazione delle regole che disciplinano la produzione e il commercio di beni costituisce uno dei principali strumenti per la creazione o la rimozione delle barriere non tariffarie tra gli Stati, e dunque si configura come uno dei principali fattori atti ad incidere sulle future politiche delle imprese. I suoi effetti però non sono solo di natura economica: da un lato i prodotti e i processi conformi alla normativa vigente nel mercato interno a tutela della salute, dell'ambiente, dei consumatori, potrebbero non soddisfare gli standard più elevati prescritti dagli accordi; dall'altro, al contrario, gli stessi potrebbero legittimare l'immissione in commercio di sostanze, prodotti, materie e manufatti che pure non garantiscono lo stesso livello di tutela.

La standardizzazione costituisce una delle principali politiche di sviluppo del mercato interno nell'Unione europea a partire dal Libro bianco del 1985 e dalla decisione sul c.d. "Nuovo approccio", basato su un sistema misto di regolazione a carattere pubblico e privato, che consiste essenzialmente nell'attribuzione di effetti giuridici agli standard concordati dalle stesse imprese e dagli altri "soggetti interessati" nelle sedi riconosciute (anzitutto, in seno agli Enti di normazione nazionali ed europei), che solleva una serie di interrogativi sul piano della teoria generale delle fonti del diritto, e che certamente limita fortemente la volontà degli Stati di imporre standard di tutela più elevati nei rispettivi ordinamenti, posta la concorrenza dei prodotti standardizzati – meno sicuri, ma non vietati, e in genere più competitivi.

Benché considerata cruciale per le politiche di impresa, raramente la standardizzazione ha destato grande attenzione nella sfera parlamentare della politica, così come del resto i circa duecento Trattati multilaterali negoziati nell'ambito del *World Trade Organization* e i numerosi c.d. *Preferential Trade Agreements* già conclusi in passato dall'Unione europea con molti importanti partner commerciali, che pure rispetto agli accordi multilaterali negoziati nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del Commercio riguardano un più vasto ambito di materie.

Il nuovo *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (abbr. TTIP) e il *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (abbr. CETA) che l'Unione europea ha negoziato, rispettivamente, con gli Stati Uniti e con il Canada, e che prevedono il riconoscimento reciproco degli standard in vigore, oltre ad uno speciale quadro normativo a tutela degli investimenti, hanno suscitato invece un crescente interesse nell'opinione pubblica – soprattutto in Germania ed in Austria – sollevando un intenso dibattito riguardo al contenuto dei negoziati, alla carenza di trasparenza, e all'eventuale emendabilità delle proposte in discussione da parte dei parlamenti nazionali.

I negoziati con gli Stati Uniti, giunti al 14esimo round, si trascinano dal **2013**. Quelli relativi all'accordo commerciale bilaterale con il Canada si sono conclusi nell'ambito del vertice di Ottawa il 26 settembre 2014. Il [testo dell'accordo](#) è stato pubblicato il giorno stesso, mentre la Commissione europea ha reso pubblico il testo del [mandato negoziale](#) conferito al Consiglio europeo il 24 aprile 2009 solamente il 15 dicembre 2015. Il **5 luglio 2016** la Commissione europea ha raccomandato al Consiglio di approvare l'accordo, e al contempo di autorizzarne l'applicazione provvisoria fino alla sua ratifica [[COM 2016 \(470\) final](#)]. Tale decisione potrebbe essere formalizzata ad ottobre nell'ambito del prossimo Consiglio dei Ministri del Commercio degli Stati membri.

Uno dei profili controversi riguarda la natura stessa dell'accordo, se cioè esso debba essere considerato come un Trattato di competenza esclusiva dell'Unione europea, e dunque debba essere approvato dal Consiglio dei Ministri dell'Unione europea, ovvero se non si tratti piuttosto di un accordo di natura mista – come hanno preteso finora i parlamenti tedesco ed austriaco – la cui efficacia resta subordinata alla ratifica da parte di tutti gli Stati membri dell'UE.

La Commissione al riguardo il **5 luglio** ha accolto “provvisoriamente” la tesi della natura mista dell'accordo “per non ritardare la firma”, in attesa che la Corte di Giustizia dell'Unione europea si pronunci sulla portata e sulla natura dell'Accordo di libero scambio con Singapore (ALS/UE-S), che – si legge nel documento – “persegue obiettivi identici ed ha essenzialmente gli stessi contenuti” (causa A-2/15).

Il **31 agosto** il Prof. Fischer Lescano, dell'Università di Bremen, ha depositato presso il Tribunale costituzionale federale un ricorso [[2 BvR 1823/16](#)] che riunisce un conflitto di attribuzioni sollevato dal gruppo parlamentare della Sinistra (*Die Linke*) assieme ad un *Verfassungsbeschwerde* sottoscritto da 125.047 cittadini. I ricorsi individuali, in particolare, pretendono l'illegittimità del comportamento del Governo tedesco, che non ha respinto la raccomandazione della Commissione europea con cui si proponeva al Consiglio l'approvazione dell'Accordo di libero scambio con il Canada e ha autorizzato il Consiglio di Presidenza a concludere l'accordo, e che inoltre non si è opposto alla proposta di autorizzarne l'applicazione transitoria in attesa della sua ratifica.

Le argomentazioni si riallacciano dunque alla [sentenza del 21 giugno 2016](#) sul Programma OMT della Banca centrale europea, con cui il Tribunale costituzionale federale ha dilatato l'istituto del *Verfassungsbeschwerde* per ricomprendere tra i motivi del ricorso non solo le omissioni rispetto a precisi obblighi giuridici, ma anche l'inerzia politica delle istituzioni tedesche qualora si palesi una modifica strutturale nel riparto delle competenze tra l'UE e gli Stati membri che violi il programma di integrazione iscritto nell'art. 23, primo e secondo co., LF (atti *ultra vires* dell'UE).

Si tratta di una interpretazione a ragione considerata non coerente con i principi sviluppati nella pregressa giurisprudenza del Tribunale, e potenzialmente destabilizzante per gli equilibri istituzionali iscritti nell'ordinamento costituzionale tedesco.

Pertanto, secondo i ricorrenti, questa mobilitazione si legittima in forza dell'art. 38, primo co., LF, la cui portata si chiarisce, conformemente alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, nel combinato disposto con gli art. 20, 79, terzo co. e con l'art. 23, primo co., LF. L'accordo comporterebbe infatti una sensibile riduzione dei poteri decisionali del Bundestag tedesco, non coperta dal diritto dei Trattati, e si configurerebbe pertanto come un atto *ultra vires*. Al contempo esso violerebbe anche l'identità

costituzionale tedesca, ponendosi in contrasto con il principio democratico, con lo stato di diritto, e con il principio dello stato sociale.

Quanto agli effetti di una eventuale sentenza di accoglimento, rispetto ai quali valgono le stesse perplessità che avevano accompagnato l'istruttoria sulla legittimità del Programma OMT, va detto che in questo caso i ricorrenti invocano una misura cautelare da parte del Tribunale costituzionale federale, atta ad impegnare i rappresentanti tedeschi nell'ambito del Consiglio dei Ministri che sarà chiamato a deliberare l'immediata applicazione, in via transitoria, dell'accordo.

---

### **Segue: il ricorso individuale sul Programma di acquisto Quantitative Easing della Banca centrale europea**

Tra non molto il Tribunale costituzionale federale dovrà pronunciarsi anche su un altro [ricorso individuale](#), redatto dal Prof. Hans - Detlef Horn dell'Università di Marburg – eurodeputato eletto nella lista di Alternativa per la Germania (*Alternativ für Deutschland*, abbr. AfD), ora esponente del Partito per il Progresso e l'Innovazione (*Allianz für Fortschritt und Aufbruch*, abbr. ALFA) - e dal Dr. Gunnar Beck, della *University of London*, avente ad oggetto il Programma di acquisto *Quantitative Easing* approvato dalla Banca centrale europea meno di due anni fa con l'obiettivo di aumentare la liquidità nell'area Euro per far risalire il tasso di inflazione, avviato all'inizio del 2015.

I ricorrenti paventano una compromissione della responsabilità del Bundestag tedesco per la politica di bilancio e la politica sociale, con la conseguente violazione dell'"identità costituzionale" tedesca, e al contempo la natura *ultra vires* delle decisioni del Consiglio della Banca centrale europea del 22 gennaio 2015 e del 4 marzo 2015 (ECB/2015/10) sul programma di acquisto dei prestiti del settore pubblico (*Public Sector Assets Purchase Program*, abbr. PSPP), delle decisioni del 4 settembre, del 2 ottobre e del 19 novembre 2014 (EZB/2014/45) sul Programma di acquisto di titoli garantiti (*Asset Backed Securities Purchase Program*, abbr. ABSPP), delle decisioni del 4 settembre, del 2 ottobre e del 15 ottobre 2014 (EZB/2014/40) sul Programma di acquisto di *Covered Bond* (*Third Covered Bonds Purchase Program*, abbr. CBPP3).

Anche in questo caso – secondo i ricorrenti - l'atto direttamente lesivo dei diritti costituzionalmente garantiti consisterebbe in una omissione da parte del Governo federale e del Bundestag, che non si sarebbero "adoperati per l'annullamento delle deliberazioni (della Banca centrale europea) sull'acquisto dei titoli" e non avrebbero assunto "adeguate misure per mantenere quanto più limitati possibile gli oneri connessi all'attuazione di quelle decisioni"

## LA CRONICIZZAZIONE DELLO SCONTRO SULLO STATO DI DIRITTO COSTITUZIONALE

di Jan Sawicki\*

I mesi centrali dell'anno vedono il consolidamento di un sistema di potere con al centro il partito di destra "Diritto e giustizia" (PiS), vincitore delle elezioni del 2015. Non è però un consolidamento pacifico e incontroverso, poiché la linea del partito, lungi dall'ammorbidirsi è sempre più quella di una rottura radicale con i precedenti otto anni di governo della Piattaforma civica, ma anche di una contestazione di oltre un quarto di secolo di storia recente della Polonia libera. Sia con il continuo martellamento in merito all'incidente aereo di Smolensk del 2010 – in merito al quale le risultanze di una precedente commissione di inchiesta sono messe in discussione dai lavori di una nuova sottocommissione, che dovrebbe dimostrare la tesi dell'attentato – sia con il tentativo di rielaborazione e scrittura di una nuova 'politica storica', riferita al passato recente e a quello remoto, il partito di governo intraprende il tentativo di forgiare nientemeno che una coscienza nazionale *ex novo*, nella quale l'autentica fine del socialismo in Polonia sarebbe avvenuta non nel 1989, con le elezioni semilibere seguite alla Tavola rotonda, dalle quali scaturì il primo governo del dopoguerra a guida non comunista, bensì appunto solo nel 2015, con la doppia vittoria di Andrzej Duda e del PiS, nelle elezioni presidenziali e

---

\* Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate; docente a contratto nelle Università Statale e Cattolica di Milano

legislative (se si eccettua la parentesi della presidenza di Lech Kaczyński tra il 2005 e il 2010).

Così la controversia iniziata sul finire del 2015 sul Tribunale costituzionale diventa solo uno tra i tanti aspetti conflittuali di un cambio di rotta, su cui è accesa l'attenzione dell'UE che ha già in corso una procedura per violazione dei principi dello stato di diritto, con ipotesi di violazione dell'art. 7 TUE. La preoccupazione cresce non solo per quell'argomento, su cui ci si domanda se non si stia degenerando da una crisi a un vero colpo di stato costituzionale, ma anche per argomenti come la tutela della *privacy*, già limitata molto oltre la media europea in tema di corrispondenza telefonica e informatica – sotto il pretesto della prevenzione del terrorismo –, i media pubblici, l'indipendenza della magistratura, non solo quella inquirente – ormai già ampiamente assoggettata all'esecutivo – ma persino quella giudicante, su cui sono preannunciati interventi di condizionamento giustificati dalla necessità di svecchiarne il corpo e di eliminare alcune patologie.

Per quanto riguarda il Tribunale costituzionale, la contrapposizione tende a cronicizzarsi, senza che si possa registrare da un lato un vero successo dell'opposizione, ma dall'altro neanche un pieno compimento del disegno avviato l'anno precedente dalla nuova maggioranza. Lo stesso partito di governo, infatti, ha dovuto almeno in parte correggere la rotta, dopo la sentenza K 47/15 di marzo, che pure si è ostinato a non riconoscere. Mentre si è voluta dare l'impressione di una maggiore disponibilità al confronto con le opposizioni, è stato avviato e compiuto, di nuovo in poche settimane, l'iter di una legge sul Tribunale costituzionale che non è più una novella parziale, come

quelle approvate negli ultimi mesi del 2015, ma che si pone come disciplina innovativa *ex novo*, pur volendo richiamare l'impianto fondamentale del testo della vecchia legge del 1997, già abrogata nel giugno 2015. Nel corpo di tale legge, tuttavia, sono inserite alterazioni ai contenuti di quel testo che, seppure non così abnormi come quelle delle precedenti iniziative, tuttavia lasciano intendere come la maggioranza seguiti a temere che il Tribunale possa porsi come ostacolo imbattibile alle proprie innovazioni legislative. La legge del 22 luglio viene infatti per l'ennesima volta portata al giudizio del Tribunale costituzionale, secondo le modalità che di seguito sono esposte, che una volta di più non sono riconosciute. Rischia così di innescarsi un *perpetuum mobile* di cui non è data vedere l'interruzione, salvi pericoli peggiori. Questi, ove mai si verificassero, non potrebbero assumere altro che il volto di un efficace e compiuto stravolgimento o svuotamento della Costituzione vigente, dato che nessuno ha da solo, nella presente legislatura, la forza numerica per compierne una formale revisione.

## Partiti

### **IL COMITATO PER LA DIFESA DELLA DEMOCRAZIA COME OPPOSIZIONE EXTRAPARLAMENTARE ALLA MINACCIA ALLO STATO COSTITUZIONALE**

Prima e più dei partiti di minoranza rappresentati in Parlamento, è un movimento spontaneo apartitico ad emergere come forza di opposizione al governo di Diritto e giustizia. Il Comitato per la difesa della democrazia nasce sul finire del 2015 con l'acronimo KOD (*Komitet Obrony Demokracji*), che allude consapevolmente all'esperienza storica del quasi omonimo movimento KOR (Comitato per la difesa dei lavoratori), sorto in Polonia

alla metà degli anni settanta e progenitore del sindacato *Solidarność*. Il Comitato, che non ha parlamentari o politici di professione tra i suoi esponenti di spicco, è fondato dal piccolo imprenditore informatico Mateusz Kijowski, e giunge nel giro di poche settimane ad avere molte decine di migliaia di adesioni militanti, grazie soprattutto all'uso dei social network. Il KOD è dichiaratamente apartitico ma favorevole a collaborare con tutti i partiti di opposizione, che siano presenti o meno in Parlamento (tra quelli presenti nelle istituzioni in primo luogo trova una linea d'azione comune con il partito liberale *Nowoczesna* – “Moderna” –, mentre alterni sono i rapporti con i moderati della Piattaforma civica).

Nella primavera del 2016 giunge il culmine, finora, delle attività del KOD. Dopo che il suo fondatore e leader Kijowski è stato più volte ricevuto in Parlamento europeo, una manifestazione a Varsavia tenuta il **9 maggio**, con la partecipazione stimata dagli organizzatori di circa 250.000 persone (ma la polizia riduce le stime) e in contemporanea da altre decine di migliaia in alcune importanti città, consacra il KOD come il soggetto più capace di rappresentare l'opinione pubblica che si oppone alle crescenti lesioni alle garanzie costituzionali operate dal partito al governo.

## PARLAMENTO

Una sottocommissione straordinaria, già istituita presso la Dieta per esaminare progetti di legge sul Tribunale costituzionale – al fine di chiudere la controversia sorta nell'autunno del 2015 – deposita una proposta finale, che unifica e integra i progetti già presentati dal partito di maggioranza, Diritto e giustizia (PiS), ma anche da due partiti di opposizione e dal movimento extraparlamentare KOD. Nel testo depositato, e destinato ad inaugurare il proprio iter, prevale tuttavia l'indirizzo proposto dal PiS. Secondo il progetto, in particolare: il quorum strutturale per deliberare è fissato in 11 giudici su 15 (anziché i 13 della precedente novella legislativa di dicembre); è mantenuto l'obbligo per il collegio di esaminare i casi secondo l'ordine cronologico con cui si sono instaurati; viene prevista inoltre una sorta di minoranza di blocco, con la possibilità per un gruppo di almeno quattro giudici di sospendere un procedimento in corso per un periodo di tre mesi, rinnovabile per altri tre mesi qualora non sia raggiunto un accordo nel plenum (il che, in combinato disposto con l'ordine cronologico, rischia una nuova paralisi dell'organo); il presidente e il vicepresidente del Tribunale sono nominati dal presidente della Repubblica su una rosa di tre nominativi per ciascuna posizione presentati dall'assemblea generale dello stesso organo (ciò che, anche per i meccanismi di voto interno, conferirebbe al capo dello Stato

Duda di nominare un candidato favorevole all'attuale maggioranza politica, anche se non avesse i maggiori favori all'interno del collegio); si stabilisce la pubblicazione delle (oltre venti) sentenze pregresse del Tribunale costituzionale, ma solo quelle a far data dal 10 marzo fino al 30 giugno 2016 (seguitando così a negare pubblicazione alla sent. K 47/15 del 9 marzo, sulla legge del 22 dicembre 2015).

In seguito ad alcune modifiche apportate dal Senato, e accolte dalla Dieta, il **22 luglio** viene definitivamente approvata la nuova [legge sul Tribunale costituzionale](#). Tra gli emendamenti accolti ve ne sono alcuni che riconoscono maggiore autonomia al Tribunale nella disciplina dei propri procedimenti, tra cui la possibilità di stabilire la data delle udienze secondo un calendario che non tenga conto dell'ordine cronologico di instaurazione delle relative cause, quando ciò sia giustificato da circostanze particolari come la tutela di diritti o dell'ordinamento costituzionale. Il criterio cronologico è inoltre escluso per i giudizi relativi alla legittimità delle leggi riguardanti la stessa giustizia costituzionale.

## Governo

Il **6 maggio** viene trasmesso al Centro governativo per la legislazione (un organo tecnico-consultivo dell'esecutivo) uno schema di disegno di legge, elaborato dal ministro della giustizia Zbigniew Ziobro, con cui si prevede lo scioglimento, con largo anticipo sulla sua scadenza naturale, del Consiglio nazionale della magistratura, che di questo corpo dello Stato è organo di autodisciplina in forza della Costituzione. Il Consiglio dovrebbe essere rinnovato entro breve tempo secondo nuovi criteri in cui aumenta l'influenza politica governativa. Numerosi esponenti della magistratura denunciano un attacco alla propria indipendenza, e indicano nel disegno di legge un evidente intento punitivo.

L'intera giornata dell'**11 maggio** viene consacrata alla presentazione da parte del governo di ciò che ufficialmente viene presentato come un 'audit' presso la Dieta, con cui si fa in sostanza una relazione puntuale sull'attività ministeriale svolta dai gabinetti delle due precedenti legislature (2007-2011 e 2011-2015). La scelta di analizzare l'operato dell'esecutivo di due legislature da parte del governo di Beata Szydło coincide non casualmente con gli anni di dominio politico del partito avversario, la Piattaforma civica, pur essendo giustificata nelle forme asettiche di un audit interno. In seguito alla dichiarazione di politica generale presentata dalla stessa premier Szydło, ogni ministro presenta una relazione dettagliata sull'attività dei propri predecessori. Dalle dichiarazioni della Szydło risulta come negli anni precedenti le casse dello Stato avrebbero subito perdite

ingiustificate, tra evasione fiscale e malversazioni, per un totale di 340 miliardi di *złoty* polacchi (pari a circa 80 miliardi di euro). Dopo dieci ore di relazioni da parte di ciascun ministro, solo alcune decine di minuti in tarda serata sono ‘concesse’ alle repliche dei deputati di opposizione, in particolare di Piattaforma civica, che qualificano l’intera seduta come un’operazione propagandistica. Al centro delle obiezioni formulate dall’opposizione vi è anche il fatto che l’audit governativo, annunciato anche in forma scritta, è rimasto limitato a quella orale.

Secondo indiscrezioni non smentite né confermate, pubblicate dal quotidiano *Rzeczpospolita* il **20 maggio**, Beata Szydło avrebbe manifestato al vicepresidente della Commissione europea Frans Timmermans la disponibilità del governo a un compromesso con le opposizioni sulla querelle relativa al Tribunale costituzionale, consistente nell’ammissione alternata nella sua composizione di un giudice eletto nella passata legislatura e di uno eletto dall’attuale maggioranza (v. *Cronache* precedenti), fino al raggiungimento della quota di sei vacanze. In effetti una visita di Timmermans a Varsavia, il **24 maggio**, sembra confermare simili intenzioni del governo, mentre la Commissione europea ammorbidisce la propria linea in merito alla procedura già avviata nei confronti della Polonia in merito allo stato di diritto.

Il governo notifica alla Commissione europea di aver ricevuto, il **24 giugno**, un parere assai critico in merito alle condizioni dello stato di diritto in Polonia. Risponde dunque a tale comunicazione asserendo di avere un atteggiamento costruttivo e favorevole al dialogo, ciò che verrà in rilievo grazie tra l’altro ad una nuova legge sul Tribunale costituzionale attualmente in discussione in Parlamento.

Nel mese di **luglio** viene rivelata dalla stampa, e presto ritirata, una bozza di progetto di legge governativo mirato ad elevare il trattamento economico del presidente della Repubblica, di tutti i membri del governo e delle istituzioni governative decentrate negli enti territoriali. Si rileva che i compensi per questi titolari di alte cariche statali, congelati dal 2008, sono inferiori non solo alla media europea – anche dei paesi più poveri – ma persino, spesso, a quelli di molti dirigenti ministeriali di carriera. Il progetto però viene immediatamente ritirato sotto la pressione dell’opinione pubblica, non disposta a tollerare sprechi per la ‘casta’.

## capo dello stato

Si conclude a Varsavia l'**8 luglio** il vertice della Nato, cui partecipano delegazioni ai più alti livelli dei 28 paesi membri e 26 partner, oltre ai rappresentanti di ONU, UE e Banca mondiale. Il vertice stabilisce tra l'altro di schierare quattro battaglioni multinazionali (USA, Canada, Gran Bretagna, Germania) da mille uomini ciascuno sul territorio della Polonia e dei paesi baltici, insieme a un rafforzamento delle misure di sicurezza contro le c.d. minacce ibride e della lotta al terrorismo internazionale. Il vertice è considerato un successo anche per le efficaci misure di sicurezza che lo hanno caratterizzato. Tuttavia sul piano della politica interna, ma anche su quello dell'immagine internazionale della Polonia, viene rilevato lo smacco di una conferenza stampa congiunta del presidente degli Stati Uniti Barack Obama insieme al presidente della Repubblica Andrzej Duda, nella quale Obama – pur in forma garbata e circoscritta – sceglie di criticare pubblicamente le autorità governative e statali polacche per la situazione creatasi intorno al Tribunale costituzionale. L'increscioso episodio è aggravato dal fatto che i canali della televisione pubblica polacca, in mano al partito di governo, censurano l'intervento di Obama deformandone il significato (ciò che viene rilevato anche dalla stampa e dall'amministrazione americana).

Andrzej Duda promulga il **30 luglio** la legge sul Tribunale costituzionale, approvata in via definitiva dal Parlamento il 22 luglio scorso. Inizia così il decorso di 14 giorni di vacatio legis, che dovrebbero consentire al Tribunale costituzionale di pronunciarsi al riguardo (diversamente da quanto avvenuto con la legge del 22 dicembre 2015).

## tribunale costituzionale

Con la sentenza [K 39/16](#) dell'**11 agosto 2016**, che fa seguito ai ricorsi in via d'azione presentati da due gruppi parlamentari e dall'Ombudsman, il Tribunale costituzionale pronuncia l'illegittimità di diverse disposizioni della legge dello scorso 22 luglio che lo concerne. La decisione viene pronunciata dopo la promulgazione della legge ma (pochi giorni) prima della sua entrata in vigore, scongiurando così il rischio che le sue disposizioni potenzialmente incostituzionali producano effetti irreversibili (ed evitando quindi la situazione creatasi con la pronuncia dello scorso mese di marzo). Tuttavia suscita perplessità il fatto che, nonostante la gravità del caso, esso sia deciso a porte chiuse e senza udienza pubblica, non richiesta in effetti dai ricorrenti forse anche perché la convocazione della stessa avrebbe dilungato il procedimento fin oltre l'entrata in vigore della legge.

Il Tribunale ritiene in effetti che i fondamentali rilievi costituzionali del caso in oggetto siano già stati ripetutamente affrontati nelle precedenti e recenti decisioni [K 34/15](#), [K 35/15](#) e [K 47/15](#), sì che non siano necessarie udienze per dare particolare pubblicità a considerazioni già ampiamente svolte.

Nel merito, sono ripetute le censure già in casi precedenti svolte con riferimento a significative lesioni al principio di divisione dei poteri, con particolari garanzie per le funzioni dei giudici in senso lato, nonché alla diligenza ed efficienza delle istituzioni pubbliche.

Sono così reiterate considerazioni già svolte in merito all'illegittimità del requisito che impone al collegio l'esame dei casi secondo l'ordine cronologico con cui sono gli sono pervenuti. E' colpita invece per la prima volta – in quanto innovativa – la possibilità di formare minoranze di blocco composte da almeno quattro giudici per un periodo, reiterabile una volta, di tre mesi (viene calcolata la possibilità teorica di formare 1365 gruppi di quattro giudici che, con vari pretesti, siano in definitiva in grado non di rinviare una pronuncia al fine di fornire una più accurata ponderazione, ma di paralizzare l'organo tout court). E' illegittima la disposizione che prevede che sia il *premier* a ordinare la pubblicazione ufficiale delle pronunce del Tribunale «su richiesta» del presidente del Tribunale stesso, anziché stabilire che quest'ultimo ne disponga, senz'altro, la pubblicazione. Viene censurata la disposizione finale che stabilisce la pubblicazione delle sentenze contestate, emesse in seguito alla K 47/15 del 9 marzo (in quanto a loro volta rilasciate 'a cascata' in applicazione di un procedimento altro da quello previsto dalla legge del 22 dicembre 2015, da quella sentenza dichiarato illegittimo in modo che non fu riconosciuto dal governo). Ciò perché l'articolo censurato reca un'indebita valutazione, da parte del legislatore, delle sentenze stesse, che sarebbero state pronunciate «in violazione della legge del 25 giugno 2015», come modificata da quella del 22 dicembre. E' infine dichiarata illegittima la disposizione che impone l'immediata entrata in carica dei giudici eletti in base a disposizioni già giudicate non conformi a Costituzione (secondo la sent. [K 34/15](#)) e tuttavia ammessi al giuramento presso il capo dello Stato, ma cui il presidente del Tribunale si è limitato a riconoscere lo status di 'dipendenti' dell'organo.

## [verso un'evoluzione del modello Westminster?](#)

Di Giulia Caravale\*

**I**l quadrimestre preso in esame in questo numero della rivista rappresenta uno spartiacque per la recente storia del regno unito, soprattutto perché il referendum sulla *brexit* ha dato il via ad un processo irreversibile che porterà all'uscita del regno unito dall'europa. il risultato referendario, anche se estremamente traumatico, non costituisce tuttavia l'unico elemento di rottura, dato che molteplici sono gli eventi di questi mesi che sembrano porsi in netta discontinuità rispetto al passato. in realtà le elezioni locali e quelle per il rinnovo delle assemblee della *devolution* tenutesi all'inizio del mese di maggio non avevano comportato grossi cambiamenti, dando la sensazione che tutto fosse sospeso in attesa del referendum sulla *brexit* del 23 giugno. in scozia aveva vinto per la terza volta consecutiva lo *scottish national party*, pur mancando l'obiettivo della maggioranza assoluta ottenuta nella precedente legislatura. in galles il partito laburista si era confermato primo partito, mentre in irlandia del nord erano stati rispettati gli equilibri tra i partiti unionisti e nazionalisti della legislatura precedente.

---

\* Professore associato di diritto costituzionale italiano e comparato – “Sapienza” Università di Roma

traumatico è stato, invece, il voto referendario del 23 giugno, il quale ha avuto l'immediato effetto di far cadere il governo cameron e di portare alla nascita del nuovo governo conservatore guidato da theresa may che si dovrà occupare della complessa questione dell'uscita dall'unione europea. nel governo siedono insieme le due anime dei conservatori i *leavers* e i *remainers* e non è detto che sarà facile per la premier mantenere l'equilibrio tra le parti. appare interessante notare che il partito di opposizione non è riuscito ad approfittare della crisi di governo per mostrarsi all'elettorato come concreta alternativa all'esecutivo in carica, nel rispetto del modello westminster, dato che esso stesso è stato travolto da una crisi interna. le divisioni nei laburisti hanno anche portato, nel mese di agosto, ad un ricorso di fronte alle corti, chiamate ad esprimersi in merito alle regole del partito sull'elezione del leader. si tratta di un conflitto che avrebbe potuto essere risolto attraverso un accordo politico e il fatto che si sia preferito rivolgersi alle corti appare emblematico della difficile situazione del partito, il quale – secondo alcuni – rischierebbe addirittura la scissione. nella storia recente del regno è la prima volta che i due principali partiti si sono trovati ad affrontare parallelamente una crisi interna e la rielezione del leader.

la debolezza dei partiti si ritrova anche nel rapporto tra governo e parlamento, rapporto che era già cambiato nel corso della precedente legislatura grazie all'esperienza del governo di coalizione, durante la quale i *backbenchers* avevano mostrato una maggior indipendenza rispetto alle direttive provenienti dai vertici

dei gruppi. in materia di *brexit* la maggioranza dei parlamentari sia ai comuni che ai lords è contraria all'uscita, mentre il governo may – diviso sul tema – si è impegnato a dar corso all'esito referendario. inoltre parlamento e governo hanno una visione diversa del ruolo che dovranno svolgere in detto processo, tanto che sarà interessante conoscere l'esito delle diverse cause di *judicial review* su cui si pronuncerà la *high court* nel mese di ottobre, cause in cui è stata contestata la scelta dell'esecutivo di attivare la procedura di recesso dall'unione europea, prevista dall'art. 50 del trattato di lisbona, senza un preventivo voto del parlamento.

in questi mesi governo e parlamento non hanno espresso solo posizioni diverse sulla *brexit*, ma anche su altri temi tra cui quelli della riforma dello *human rights act* e della revisione dei poteri della camera dei lords. in merito al primo punto si ricorda che nel mese di maggio il governo cameron **ha** annunciato, nel discorso della Corona, di voler aprire una fase consultiva in vista della sostituzione dello *Human Rights Act 1998* con un "British Bill of Rights". Si tratta di una proposta che incontra il deciso sostegno anche della nuova premier. Tuttavia, sempre nel mese di maggio, l'*House of Lords European Union Committee* ha pubblicato un rapporto molto critico su tale riforma, esprimendo la sua decisa contrarietà all'abrogazione dello *Human Rights Act*. In merito, invece, al secondo punto, la proposta di ridimensionare i poteri dei Lords nel controllo della legislazione delegata contenuta nel rapporto commissionato dal governo Cameron a Lord Strathclyde, presentato lo scorso dicembre, aveva ottenuto il plauso dell'esecutivo, il quale si era impegnato a introdurre la riforma. Tuttavia tale progetto è stato fortemente

osteggiato da entrambe le Camere: in particolare nel mese di maggio l'*House of Commons Public Administration and Constitutional Affairs Committee* ha bocciato la proposta, invitando il governo a non presentarla. Mentre le critiche rivolte dai Lords non hanno sorpreso, meno scontate sono apparse le osservazioni mosse dal comitato dei Comuni, presieduto dal conservatore Bernard Jenkin, soprattutto perché composto da una maggioranza conservatrice. Il rapporto ha criticato anche l'operato del governo, affermando che "The Government's time would be better spent in rethinking the way it relies on secondary legislation for implementing its policy objectives and in building better relations with the other groupings in the House of Lords". Il governo Cameron sembra comunque aver deciso di rispettare la volontà espressa in modo chiaro dal parlamento dato che nel *Queen's speech* del **18 maggio** non è stato fatto cenno alla riforma proposta da Strathclyde. La Regina ha solo affermato, in maniera generica, che: "My ministers will uphold the sovereignty of Parliament and the primacy of the House of Commons", affermazione che – secondo gli osservatori politici – non comporterà l'introduzione di alcuna riforma, almeno nell'immediato.

Come noto le trasformazioni conosciute dai Lords negli ultimi anni hanno contribuito non solo a modernizzare la Camera, ma anche a ridefinire i rapporti interni al bicameralismo e più in generale quelli tra parlamento e governo. La trasformazione dei Lords in un indispensabile *policy actor* del sistema costituzionale ha finito per rafforzare non soltanto l'autorità della Camera alta, ma anche quella dell'intero parlamento con la conseguenza di sollecitare una evoluzione del tradizionale modello Westminster in senso

più elastico e pluralistico. Bisognerà vedere se la trasformazione del parlamento è ormai tale da influenzare il processo che porterà alla *Brexit*.

## ELEZIONI

### Elezioni del 5 maggio

Il **5 maggio** si sono svolte le elezioni per il sindaco e l'assemblea di Londra, per i sindaci di Bristol, Salford e Liverpool, due suppletive per il parlamento di Westminster, quelle per 124 *local councils inglesi* e per il rinnovo di 40 *Police and Crime Commissioners (PCCs)* in Inghilterra e Galles. Inoltre si è votato per le tre assemblee devolute di Scozia, Galles e Irlanda del Nord (*cf.* Autonomie).

Il partito laburista ha vinto tutte le elezioni dei sindaci: Marvin Rees a Bristol, Paul Dennett a Salford, mentre Joe Anderson, sindaco uscente, è stato riconfermato a Liverpool. A Londra dopo 8 anni sotto il conservatore Boris Johnson, è stato eletto il laburista Sadiq Khan, avvocato specializzato in diritti umani e già ministro dei Trasporti nel governo Brown. La *Greater London Authority*, composta da un sindaco e un'assemblea di 25 membri, sarà guidata dal primo sindaco musulmano di una capitale europea. La campagna elettorale dello sfidante, il conservatore Zac Goldsmith, era stata concentrata sulla paura del terrorismo e sull'accusa rivolta a Khan di simpatizzare con gli estremismi islamici. Il sistema elettorale utilizzato per il sindaco di Londra è il *supplementary vote* che consente di esprimere, agli elettori che lo desiderano, anche un secondo voto nella scheda: dopo il conto dei primi voti Khan aveva raggiunto il 44,2%, e Goldsmith il 35%. Lo spoglio finale ha assegnato 1.310.143 voti (56,8%) a Kahn e 994.614 (43,2%) a Goldsmith. Nell'assemblea, invece, il partito laburista ha ottenuto 12 seggi, 8 il partito conservatore, 2 i Verdi, 2 l'UKIP e 1 il partito liberal democratico.

Anche le elezioni suppletive per i seggi del parlamento di Westminster nei collegi di Ogmore e Sheffield Brightside and Hillsborough sono state vinte da candidati laburisti nel segno della continuità.

Per quanto riguarda le amministrative nei 124 *local councils* inglesi si registra una perdita in termini di seggi per i due principali partiti (18 i laburisti e 48 i conservatori), che, tuttavia, praticamente hanno confermato il numero di *councils*.

## frode elettorale

Il **22 agosto** tre deputati laburisti del South Yorkshire sono stati accusati di violazione della legge sul finanziamento delle campagne elettorali per le elezioni del 2015. I deputati hanno respinto le accuse.

## Partiti

### partito conservatore

Le dimissioni del premier Cameron a seguito del referendum del **23 giugno** hanno portato alla nuova scelta del leader. Secondo le regole del partito è compito dei parlamentari conservatori selezionare i candidati per la carica attraverso votazioni successive che permettano di individuare i due nomi sottoposti poi al voto degli iscritti al partito. Dopo la sorpresa della rinuncia di Boris Johnson a partecipare alla sfida, a seguito della prima votazione del **5 luglio** Theresa May, ministro dell'interno del governo Cameron aveva ottenuto 165 voti, Andrea Leadsom, ministro dell'Energia, 66, Michael Gove 48, Stephen Crabb 34 e Liam Fox 16. Fox è stato escluso, Crabb si è ritirato ed entrambi hanno dato il loro sostegno alla May. Alla seconda votazione dell'**8 luglio** la May ha ottenuto 199 voti, Andrea Leadsom 84 e Michael Gove, 44, uscendo così dalla contesa. L'**11 luglio**, poi, Andrea Leadsom ha rinunciato alla corsa, per le polemiche suscitate da una sua intervista al *Times* in cui aveva sostenuto che sarebbe stata una migliore leader perché madre, a differenza della May. Leadsom ha smentito la sua affermazione, dicendo che era stata fraintesa, ma ha poi deciso di ritirarsi. La May è così rimasta l'unica candidata e pertanto, secondo le regole del partito, non è stato necessario il voto degli iscritti.

Il **13 luglio** Theresa May ha sostituito David Cameron alla guida del partito e alla premiership.

### partito Laburista

Subito dopo il referendum sulla *Brexit* è esplosa la crisi interna al partito laburista dato che il leader Jeremy Corbyn è stato accusato di non aver saputo assumere un ruolo di

rilievo nel corso della campagna referendaria. Corbyn ha rimosso dal suo incarico Hillary Benn, ministro degli esteri ombra che era stato molto critico nei confronti del leader e 19 ministri ombra si sono dimessi dallo *shadow cabinet* laburista. Il **28 giugno** i parlamentari laburisti hanno, poi, approvato, con 172 voti contro 40, la mozione di sfiducia nei confronti del leader, il quale ha tuttavia rifiutato di dimettersi sostenendo di avere l'appoggio dei militanti del partito.

Il sistema di voto per la selezione del leader che aveva portato all'elezione di Corbyn era stato modificato nel marzo 2014: esso prevede che, in caso di vacanza della leadership, i candidati debbano ottenere il sostegno del 15% del gruppo parlamentare. Hanno, poi, diritto di voto i deputati e tutti gli iscritti al partito o alle associazioni affiliate secondo la regola del "One Member One Vote"; la formula elettorale utilizzata è quella del voto alternativo. L'elezione di Corbyn è stata determinata soprattutto dai voti ottenuti dalla base del partito, tanto che il leader non ha mai potuto contare sul pieno appoggio dei suoi deputati. A seguito del rifiuto di Corbyn di dimettersi, l'**11 luglio** Angela Eagle si è candidata alla leadership. Il **13 luglio** si è candidato anche l'ex-*shadow cabinet minister* Owen Smith: già giornalista della BBC, Smith è deputato dal 2010, da quando il partito è all'opposizione e pertanto non ha votato le controverse scelte di Blair a favore della guerra in Iraq tanto criticate dagli elettori laburisti. Il **19 luglio**, la Eagle, dopo essersi resa conto di non riuscire a ottenere il necessario consenso, ha deciso di ritirarsi dalla corsa e ha dato il suo appoggio a Owen Smith. Lo sfidante di Corbyn ha affermato che farà di tutto perché il partito laburista ostacoli la *Brexit*.

Controversa è stata poi la ricandidatura di Corbyn il quale ha sostenuto che in caso di sfida alla leadership il leader in carica è automaticamente tra i candidati mentre gli sfidanti devono ottenere il sostegno del 20% dei deputati (vale a dire 51). Il **12 luglio**, dopo 5 ore di consiglio, il *National Executive Committee* (NEC) laburista ha dato ragione a Corbyn con 18 voti a favore e 14 contrari.

Non è stato facile anche individuare l'elettorato attivo per questa votazione: secondo una nuova regola introdotta dal NEC chi si è iscritto al partito in una data successiva al 12 gennaio (vale a dire nei sei mesi precedenti la sfida alla leadership) non ha diritto di voto a meno di non versare 25 sterline. Tale regola è stata contestata di fronte alla *High Court* la quale, l'8 agosto, ha stabilito che i 130.000 che si erano iscritti dopo quella data avevano diritto di votare per la *leadership* alle medesime condizioni degli altri. Il partito ha fatto appello contro tale decisione affermando che il *National Executive Committee* possiede "extremely wide power" nelle scelte interne al partito e deve essere considerato come "ultimate arbiter as to the meaning of the rules". Così il 12 agosto la *Court of Appeal* ha accolto tale interpretazione e ribaltato la decisione della *High Court*. Nella sentenza si legge che il partito laburista ha il potere "to set the criteria for members to be eligible to vote",

e pertanto la selezione dell'elettorato era legittima. I sostenitori di Corbyn hanno criticato la sentenza.

Le schede elettorali sono state inviate il **22 agosto** e il risultato sarà annunciato il 24 settembre nel corso di un congresso speciale a Liverpool.

---

## UKIP

Dopo il personale successo ottenuto con il referendum sulla *Brexit* il **4 luglio** il leader Nigel Farage si è dimesso dall'Ukip. Di fatto, con il risultato del referendum, una delle principali ragioni d'essere del partito è venuta a mancare. Uno dei più probabili successori Steven Wollfe il **3 agosto** è stato escluso dalla corsa alla leadership per aver presentato la sua candidatura con 17 minuti di ritardo. Il leader sarà eletto il 15 settembre.

## PARLAMENTO

---

### Camera dei Lords

Nel mese di ottobre scorso i Lords avevano rinviato una riforma governativa contenuta in uno *statutory instruments* del Tesoro, già approvato dai Comuni, sottoposto al loro esame. La vicenda aveva spinto Cameron ad istituire una commissione guidata da Lord Strathclyde e composta da un esiguo gruppo di esperti con il compito di studiare il modo in cui difendere “the ability of elected governments to secure their business in parliament”, ed in particolare il ruolo di supremazia della Camera elettiva nelle questioni finanziarie e nella legislazione secondaria. Nel rapporto pubblicato nel mese di dicembre 2015 Lord Strathclyde aveva formulato tre diverse proposte per garantire alla Camera dei Comuni un ruolo preminente nel controllo della legislazione delegata. Il premier Cameron aveva accolto con favore il rapporto, promettendo al più presto l'introduzione di una riforma.

La pubblicazione del rapporto ha fatto esplodere vivaci polemiche e il dibattito ha riguardato diversi temi tra cui l'abuso da parte del premier del suo potere di nomina. Si tratta, infatti, di una prerogativa regia che non è stata oggetto di limitazioni, a differenza di altre, e che il premier Cameron, secondo molti commentatori politici, ha utilizzato con

grande disinvoltura per cercare di rafforzare la presenza del partito conservatore (da ultimo anche a seguito delle sue dimissioni con la *resignation honour list* - cfr. Governo).

Alcuni comitati parlamentari, due dei Lords e uno dei Comuni, in questi mesi hanno pubblicato rapporti molto critici nei confronti della proposta di riforma. Ai due *reports* dei Lords del 23 marzo, si è aggiunto quello dell'*House of Commons Public Administration and Constitutional Affairs Committee*, [\*The Strathclyde Review: Statutory Instruments and the power of the House of Lords\*](#), del **12 maggio** il quale ha condiviso le conclusioni a cui erano giunti i Lords e ha affermato che il governo non dovrà procedere ad approvare le riforme proposte dallo *Strathclyde Review*, bollate come una “reazione eccessiva”. Il Comitato ha respinto anche l’idea che la vicenda abbia comportato una crisi costituzionale.

### **Queen’s Speech**

21 sono i disegni di legge annunciati dalla regina Elisabetta nel *Queen’s speech* del **18 maggio**, il sessantacinquesimo discorso da quando è al trono. I disegni di legge riguardano tra l’altro: gli affari interni e la sicurezza (*Extremism Bill*, *Money Laundering and Counter-terrorist Finance*, *Investigatory Powers Bill (Carry-over Bill)*, *Policing and Crime Bill (Carry-over Bill)*); alcune riforme del sistema penitenziario (*Prison and Courts Bill*); l’istruzione (*Education for all bill*) (*Higher education and research bill*); misure in materia di *welfare* dirette a limitare i servizi per gli stranieri (*NHS overseas visitors charging bill e pensions bill*); l’accesso a internet (*Digital Economy Bill*); il governo locale (*local growth and jobs bill e Bus Services Bill*); i trasporti con tecnologia avanzata (*Modern Transport Bill*); l’evasione fiscale (*Criminal Finances Bill*); la disciplina in materia di proprietà intellettuale (*Intellectual Property Bill*). Il *Wales Bill* che era stato pubblicato in *draft* nel mese di ottobre 2015, ma poi ritirato per le critiche mosse, è stato presentato in una nuova versione.

Il governo ha inoltre annunciato di voler aprire una fase consultiva in vista della sostituzione dello *Human Rights Act 1998* con un “British Bill of Rights”. Come ricordato nell’introduzione, il **9 maggio** l’*House of Lords European Union Committee* ha pubblicato il rapporto [\*The UK, the EU and a British Bill of Rights\*](#), 12th Report of Session 2015–16, HL Paper 139, il quale ha preso in considerazione il potenziale impatto di un *British Bill of Rights* per le corti nazionali, per gli obblighi internazionali del Regno e per le amministrazioni devolute. Il rapporto si è espresso in modo contrario all’abrogazione della legge del 1998 affermando che “doubts about the wisdom of introducing a British Bill of Rights grew with each evidence session we held”, e ha riferito che gli esperti e i rappresentanti delle amministrazioni devolute, ascoltati nel corso dei lavori, si sono espressi tutti contro il progetto.

## Governo

### Il referendum sulla *brexit*

Con un risultato scioccante il **23 giugno** il Regno Unito ha deciso di votare per la *Brexit*. L'esito del referendum è stato considerato inaspettato, anche se i sondaggi avevano previsto un testa a testa e, a partire dalla fine del mese di maggio, il *Leave* aveva superato il *Remain*, con la conseguenza di una caduta della sterlina e di una grande volatilità dei mercati finanziari. Poi, dopo l'omicidio della deputata laburista Jo Cox il **16 giugno** e la sospensione temporanea della campagna referendaria, i sondaggi avevano di nuovo previsto una vittoria del *Remain* e la borsa aveva tirato un sospiro di sollievo. Anche alla chiusura dei seggi gli *opinion polls* avevano considerato altamente probabile la vittoria del *Remain*, ma quando i risultati reali hanno iniziato a confluire da tutto il Paese lo scenario è cambiato. Il 51,89% degli aventi diritto ha scelto di votare per "Leave the European Union", con una affluenza del 72,21%.

La campagna referendaria è stata molto aspra con profonde divisioni tra i partiti principali. In materia economica molte le critiche sollevate dal rapporto [\*HM Treasury analysis: the immediate economic impact of leaving the EU\*](#), pubblicato il **23 maggio** dal Ministero del Tesoro, il quale ha confermato le sue previsioni negative per l'economia in caso di *Brexit*, già sostenute nel rapporto di aprile. Le posizioni allarmistiche del Tesoro sono state condivise da molti: il governatore della Banca d'Inghilterra Mark Carney ha affermato il **12 maggio** che lasciare l'Europa avrebbe potuto condurre a recessione, il **30 maggio** Peter Sutherland, ex direttore generale del *World Trade Organisation*, ha affermato che l'economia britannica avrebbe rischiato un "huge blow" in caso di vittoria del *Leave*. Anche Christine Lagarde, direttrice del fondo monetario internazionale, ha espresso la sua convinzione che il voto per il *Leave* avrebbe portato a recessione.

Il *Treasury Select Committee* dei Comuni il **27 maggio** ha pubblicato il rapporto [\*The economic and financial costs and benefits of the UK's EU membership\*](#), il quale ha criticato entrambi gli schieramenti, accusati di aver fornito "misleading claims and counter-claims": a parere del comitato la campagna per il *Leave* ha riportato dati economici "highly misleading to the electorate for a number of reasons", ma le critiche hanno riguardato anche i dati presentati dal *Remain*. Sul tema ha ritenuto opportuno intervenire poi la *UK Statistics Authority* (UKSA) che ha il

compito di diffondere le statistiche ufficiali ribadendo, in una [lettera](#) pubblicata il **27 maggio** in risposta alle accuse mosse dal *Daily Mail*, la correttezza l'uso delle statistiche contenute nel rapporto del Tesoro.

In casa laburista il leader Corbyn ha svolto un ruolo marginale nel corso della campagna referendaria, mentre diversi altri esponenti si sono schierati con grande fermezza. Tra questi Tony Blair il **29 maggio** in un articolo pubblicato sull'*Observer* ha voluto soprattutto evidenziare i problemi economici conseguenti al *Leave*, mentre Gordon Brown, in un video divenuto virale su internet girato tra le rovine della Cattedrale di Coventry, ha evidenziato il ruolo fondamentale del Regno Unito nell'assicurare la pace in Europa che ha contribuito a rendere un luogo dove “decisions are made by dialogue, discussion and debate”.

La trasversalità dei due schieramenti ha portato a collaborazioni che fino a poco tempo fa sembravano impensabili. Ad esempio, dopo una campagna elettorale per le elezioni del sindaco di Londra che ha visto i conservatori contrapporsi aspramente al candidato laburista Sadiq Khan, il **30 maggio** Cameron e il nuovo sindaco hanno illustrato insieme una “five point guarantee card” di impegni nel caso di vittoria del *Remain* (1. *Full access to the EU single market*; 2. *Protection of workers' rights*; 3. *“A safer Britain” with co-operation with other EU states*; 4. *The UK will keep its “special status” within the EU, outside the euro, the Schengen passport-free area and with an opt-out from the EU's aim of “ever-closer union”*; 5. *Stability*). Il **7 giugno**, poi, Cameron ha tenuto un comizio con Harriet Harman, numero due del partito laburista, con il leader liberal democratico Tim Farron e con la leader dei verdi Natalie Bennett, i quali hanno dichiarato, nel giorno in cui i sondaggi davano il *Leave* sopra il *Remain*, che il Regno Unito sarebbe devastato da una “bomba economica” in caso di uscita. Il **9 giugno**, infine, i due ex premier Major e Blair si sono recati insieme in Irlanda del Nord, per ricordare gli sforzi dei loro governi al raggiungimento dell'accordo del Venerdì santo del 1998 e per mettere in luce il rischio che un voto a favore del *Leave* avrebbe potuto arrecare al mantenimento della pace. Una posizione condivisa anche dall'ex presidente Bill Clinton, che molto aveva fatto per l'accordo del 1998, il quale è intervenuto, sempre il **9 giugno**, in un articolo sul *New Statesman* a favore del *Remain*. Tali affermazioni sono state criticate sia dal segretario per il Nord Irlanda Theresa Villiers, sia della *First Minister* Arlene Foster, entrambe favorevoli al *Leave*.

## Il governo may

Il **13 luglio**, dopo aver affrontato il suo ultimo *Prime Minister's Question Time*, Cameron si è recato dalla regina Elisabetta per rassegnare le sue dimissioni e Theresa May, nuova leader del partito conservatore, è divenuta premier del Regno. Figlia di un pastore

anglicano, laureata a Oxford, la May siede in parlamento dal 1997 ed è stata ministro degli interni fin dal 2010. E' la seconda donna a rivestire la carica di Primo Ministro del Regno Unito, dopo la Thatcher.

Al suo governo spetterà il compito di guidare il Paese fuori dall'Unione Europea. Molte perplessità hanno accompagnato la scelta di Boris Johnson come ministro degli Esteri, dato che l'ex sindaco di Londra è stato uno dei volti della campagna del *Leave*. Il nuovo cancelliere dello Scacchiere è Philip Hammond che sostituisce George Osborne, Amber Rudd, già ministro per l'Energia, ha preso il posto della May al ministero degli interni, mentre Michael Fallon ha conservato il posto alla Difesa. Due i nuovi ministeri creati per affrontare l'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea: il *Department for Exiting the European Union*, guidato da David Davis – anche lui sostenitore del *Leave* – e il *Department for International Trade* guidato da Liam Fox, un chiaro segno che il governo May non intende tornare indietro sulla *Brexit*. Per quanto riguarda i rapporti con le amministrazioni devolute David Mundell e Alun Cairns sono stati confermati rispettivamente *Scottish Secretary* e *Welsh Secretary*, mentre James Brokenshire ha sostituito Theresa Villiers come *Northern Ireland Secretary*. La stampa ha definito la formazione del nuovo esecutivo come un'operazione caratterizzata dall'essere “efficient in its method, and clinical in its politics”: la premier ha rimosso il gruppo di ministri maggiormente legati a Cameron (primo tra tutti George Osborne), ma ha confermato alcuni ministri esperti, lasciando spazio sia a sostenitori del *Leave* che a quelli del *Remain*.

La May ha annunciato di voler proseguire la strada del suo predecessore soprattutto in materia di giustizia sociale e ha precisato che “Brexit means Brexit”, per cui il suo governo darà senz'altro attuazione al risultato referendario. Il **31 agosto** la May ha riunito i suoi ministri per discutere il tema della *Brexit*. L'esecutivo attiverà la procedura di recesso dall'Unione non prima della fine del 2016.

Nel mese di ottobre la *High Court* si pronuncerà su alcuni casi di *judicial review* in cui è stato richiesto che sia il parlamento e non il premier ad invocare l'art. 50. La *High Court* il **19 luglio** ha iniziato l'esame del primo caso affidato ai giudici Sir Brian Leveson, presidente della *Queen's bench division* e Justice Cranston.

### ***honours List***

Per tradizione ogni volta che un primo ministro si dimette presenta una lista di persone a cui assegnare diversi *political honours*. Le polemiche suscitate dalle indiscrezioni della stampa relative alla lista di nomi proposta da Cameron hanno spinto il **1 agosto** Theresa May a precisare che non sarebbe intervenuta personalmente sulle nomine per non creare

un pericoloso precedente. Secondo la May, poi, l'elenco dei nomi è a totale discrezione del premier uscente e sarà compito di uno degli *Honours Committees*, quello relativo al *Parliamentary and Political Service*, guidato dal Lord Spicer, vagliarne il contenuto. Tra le proposte di Cameron, 13 persone avranno un seggio alla Camera dei Lords, garantendo in questo modo la maggioranza per un seggio ai conservatori, e 46 riceveranno titoli onorifici. La lista è stata definita imbarazzante dalla stampa perché avrebbe premiato non i meriti scientifici o accademici, ma la militanza nel partito conservatore o l'amicizia con l'ex primo ministro. Tra i destinatari di un'onorificenza c'è anche George Osborne, l'ex Cancelliere dello Scacchiere, escluso dal governo May anche per il suo legame con Cameron, il quale ha ottenuto la medaglia ovale dell'Ordine dei Compagni d'Onore.

### *chilcot report*

Dopo 7 anni di lavoro il **6 luglio** è stato presentato il [\*Report of the Iraq Inquiry\*](#), redatto a seguito di un'inchiesta indipendente guidata da Sir John Chilcot, voluta da Gordon Brown nel 2009 dietro pressione del parlamento. Il rapporto ha esaminato il ruolo del Regno Unito nella guerra in Iraq e ha messo in luce le forti responsabilità di Tony Blair nella decisione di invadere l'Iraq, decisione presa – secondo il rapporto – senza aver tentato prima tutte le possibili azioni diplomatiche, sulla base di informazioni incomplete e senza prevedere in modo adeguato quale sarebbe stato l'assetto del Paese a seguito della deposizione di Saddam Hussein.

### corona

Nel mese di **giugno**, in occasione del novantesimo compleanno della regina Elisabetta, R. Hazell e B. Morris hanno pubblicato per conto del *Constitution Unit* il rapporto [\*The Queen at 90. The changing role of the monarchy, and future challenges\*](#). Il rapporto ha evidenziato il cambiamento del ruolo del monarca nel corso del lungo regno di Elisabetta, cambiamento che ha condotto ad una forte limitazione dei poteri di prerogativa regia. Tra le prerogative definite personali rientrano quella di nomina del premier, convocazione e scioglimento del parlamento, dare l'assenso alle leggi, poteri che vengono esercitati sempre dietro consiglio del governo e senza discrezione. Alcuni di questi poteri sono stati oggetto di disciplina legislativa, come quello di scioglimento, altri sono stati solo chiariti nel *Cabinet Manual*. Molte delle prerogative esercitate dal governo sono sottoposte a controllo parlamentare. Ciò nonostante gli autori hanno riconosciuto ancora la possibilità di un uso discrezionale

di tali prerogative in circostanze eccezionali, nelle quali la monarchia viene chiamata a svolgere il ruolo di *constitutional longstop*. Il rapporto si sofferma anche a riflettere sul futuro della monarchia e sulla possibile successione al trono a favore del principe Carlo.

## Autonomie

*Il 25 maggio l' House of Lords Constitution Committee ha pubblicato il suo rapporto [The Union and devolution](#) frutto di una lunga indagine che si è avvalsa della collaborazione di moltissimi esperti. Il rapporto afferma che l'Unione è minacciata e che il governo britannico deve sforzarsi di dare un assetto più omogeneo e coordinato alla devolution. Il comitato ha auspicato anche una conduzione "within an appropriate framework of constitutional principles that safeguard the integrity of the Union" delle eventuali future riforme relative all'assetto territoriale. Il rapporto esclude l'evoluzione in senso federale del Regno Unito per la difficoltà di adattare tale tipo di Stato alla realtà britannica, soprattutto tenendo conto della situazione inglese.*

## Scozia

Il 5 maggio si sono svolte le elezioni per l'assemblea scozzese. La legislatura precedente, per la prima volta, è durata cinque anni: nel 1998, infatti, le leggi istitutive delle tre assemblee avevano previsto una legislatura quadriennale, ma a seguito dell'approvazione del *Fixed-term Parliaments Act 2011*, che fissava al 7 maggio 2015 la data delle elezioni politiche per Westminster, si era deciso di renderle quinquennali per evitare la sovrapposizione del voto. I *first ministers* scozzese, gallese e nord irlandese avevano chiesto a Cameron di posticipare la data del referendum sulla *Brexit*, per non avere interferenze tra le due campagne elettorali, ma la richiesta non è stata accolta.

In Scozia per la terza volta consecutiva lo *Scottish National Party* si è confermato primo partito. Rispetto alle elezioni del 2011 lo SNP non è riuscito a conquistare la maggioranza assoluta, ma si è fermato a 63 seggi (ne aveva 69). Un dato che gli analisti politici legano più al sistema elettorale che ad una effettiva perdita di consenso. Per la prima volta nella votazione per l'assemblea scozzese l'elettorato attivo è stato concesso anche ai cittadini di 16 anni, come peraltro era già avvenuto in occasione del referendum del 2014. Da evidenziare come straordinario, invece, è il successo del partito conservatore scozzese che

con 31 seggi è il secondo partito nel parlamento di Holyrood, risultato fino a poco tempo fa inimmaginabile in Scozia, da sempre roccaforte laburista. Il partito di Corbyn, invece, ha perso 13 seggi rispetto al 2011 fermandosi a 24 e confermando la sua profonda crisi emersa subito dopo il referendum sull'indipendenza e nel tracollo alle elezioni politiche del 2015, nelle quali il partito era riuscito a perdere 40 dei 41 seggi scozzesi che aveva. Infine, lo *Scottish Green Party* ha ottenuto 6 seggi (4 in più rispetto alla passata legislatura) mentre lo *Scottish Liberal Democratic Party* 5.

Per quanto riguarda il referendum per la *Brexit* il 62% degli scozzesi ha votato per il *Remain* e la Sturgeon ha dichiarato a seguito del risultato, che avrebbe tentato di ostacolare l'uscita.

Presso il *Cabinet office* è stata creata una *Brexit unit* che lavorerà anche con le amministrazioni devolute. Lo *Scottish Secretary*, David Mundell, ha affermato il **13 luglio** che il governo vuole che la Scozia sia “at the heart” dei negoziati. Theresa May, poi, il **15 luglio** ha incontrato Nicola Sturgeon per discutere il ruolo della Scozia e la premier ha detto a che non attiverà la procedura dell'art. 50 fino a che non sarà definito un “UK approach”.

## Galles

Alle elezioni per l'assemblea gallese del **5 maggio** il partito laburista si è confermato il primo partito ottenendo 29 dei 60 seggi dell'assemblea, in linea con le precedenti legislature. Buono anche il risultato del partito indipendentista di centrosinistra *Plaid Cymru* che ha ottenuto 12 seggi (uno in più del 2011). I conservatori, invece, hanno perso 3 seggi, fermandosi a 11. Significativa – soprattutto in vista del referendum – la conquista di 7 rappresentanti da parte del partito euroscettico Ukip, fino ad ora assente dall'assemblea gallese. Infine, il partito liberal democratico ha ottenuto solo 1 seggio, perdendone 4 dei 5 che aveva.

Il **13 giugno** è stato presentato alla Camera dei Comuni il *Wales Bill 2016-17* il quale introduce alcune modifiche alla *devolution* gallese. Un analogo disegno di legge era stato esaminato nella scorsa sessione parlamentare in *draft*, ma ritirato a seguito delle critiche ad esso indirizzate. Il testo introduce un modello di poteri residui analogo a quello previsto per la Scozia. Il *bill* afferma, sulla falsariga dello *Scotland Act 2016*, la “permanenza” delle istituzioni gallesi e riconosce anche l'esistenza di un “diritto gallese”, composto dalle leggi

approvate sia da Westminster che dall'assemblea di Cardiff. Il governo gallese aveva presentato a marzo scorso nel *Government and Laws in Wales Draft Bill* un progetto per l'istituzione di una "Welsh jurisdiction" separata da quella inglese, ma tale proposta non è stata accolta da Westminster che ha preferito mantenere l'attuale sistema di corti comuni per Inghilterra e Galles.

A differenza della Scozia, il Galles ha votato a favore del *Leave* con una maggioranza del 52,5%. Il **18 luglio** la premier May ha incontrato anche il *First Minister* gallese Carwyn Jones, al quale ha detto che desidera il coinvolgimento e l'impegno del Galles nei negoziati.

### Irlanda del nord

In Irlanda del Nord le elezioni del **5 maggio** hanno confermato i rapporti tra i gruppi presenti nell'assemblea di Stormont. Il *Democratic Unionist Party* (DUP), il maggior partito protestante nord-irlandese, ha mantenuto i suoi 38 seggi, il partito cattolico *Sinn Féin* (SF) ne ha ottenuti 28, uno in meno rispetto al 2011, l'UUP ha mantenuto i suoi 16, lo SDLP ne ha persi 2 fermandosi a 12 seggi e, infine, l'APNI ha mantenuto i suoi 8.

Arlene Foster è stata confermata *First minister* ed il governo è stato formato dal DUP e dal Sinn Féin, mentre il SDLP e l'UUp sono andati all'opposizione.

Per quanto riguarda il referendum sulla *Brexit* l'Irlanda del Nord ha votato a favore del *Remain* con il 55,8%.

Durante la campagna referendaria molto si è discusso in merito ai rischi per il processo di pace legati all'uscita dall'Unione Europea. Sul tema si è espresso anche il *Northern Ireland Affairs Committee* dei Comuni con il rapporto [Northern Ireland and the EU Referendum](#) pubblicato il **26 maggio**.

Dopo il voto, il **25 luglio**, la *First Minister* Arlene Foster, favorevole al *Leave*, ha incontrato la premier Theresa May, la quale ha garantito che il Regno Unito coinvolgerà il governo nord irlandese nel processo che condurrà alla *Brexit* tenendo conto delle peculiarità della regione.

Il **22 agosto** alcuni deputati nord irlandesi hanno presentato un ricorso di *judicial review* nei confronti dell'uscita dall'Unione Europea.

## NUOVO GOVERNO O TERZE ELEZIONI? LE DIFFICOLTA' LEGATE AL SUPERAMENTO DELL'IMPASSE POLITICO-ISTITUZIONALE.

Di Laura Frosina \*\*\*\*\*

**I**l 25 dicembre 2016 potrebbe convertirsi in una “Navidad electoral” per gli spagnoli, poiché rischiano di essere richiamati alle urne per la terza volta consecutiva nell’arco di un anno. Dopo le elezioni del 20 dicembre 2015 e quelle del 26 giugno 2016, che non hanno portato per ora alla formazione di un nuovo Governo, si apre quindi lo scenario, sempre più verosimile, di nuove elezioni per superare la situazione di stallo politico-istituzionale in cui versa da 8 mesi il Paese. Questa ipotesi diventerà una certezza se nell’arco di due mesi dalla fallita investitura di Mariano Rajoy, -e, quindi, entro il 31 ottobre- i principali partiti rappresentati al Congresso dei deputati non riusciranno a pervenire ad un accordo su un candidato presidenziale che possa costituire un governo e ottenere la fiducia nei tempi e nei modi previsti dall’art. 99 Cost. Le alleanze post-elettorali astrattamente possibili ai fini della formazione di un governo sono varie, ma sono politicamente molto complesse da realizzare. La via più facilmente percorribile, e maggiormente fedele al risultato elettorale, vale a dire quella di un governo monocolore minoritario del Pp, o di coalizione guidato da tale partito, è, infatti, per adesso fallita.

---

\*\*\*\*\* Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate - "Sapienza" Università di Roma

Le elezioni del 26 giugno hanno consegnato la vittoria al Partito popolare di Mariano Rajoy, che ha rafforzato la sua posizione in seno al Congresso dei deputati, eleggendo 14 deputati in più rispetto alle passate elezioni, sia pur mantenendosi lontano dalla maggioranza assoluta. Un risultato inaspettato, quello del Pp, soprattutto se si tiene conto della sua vittoria in alcune Comunità autonome come l'Andalusia, storico feudo socialista; e un risultato che ha risentito, presumibilmente, della fallita investitura di Pedro Sánchez nella scorsa legislatura, e, altresì, dell'esito del referendum britannico sulla Brexit del 23 giugno, che ha spinto l'elettorato spagnolo a orientarsi verso opzioni più moderate e filo-europeiste.

Dopo lunghe e complesse trattative post-elettorali, Rajoy non è riuscito a pervenire ad un accordo con il Psoe per la formazione di un governo di grande coalizione e nemmeno ad assicurarsi la astensione di tale partito per la formazione di un governo a guida popolare. A pochi giorni dall'attesa sessione di investitura, è riuscito, invece, a concludere accordi con *Ciudadanos* e *Coalición Canaria*, che gli sono valsi l'appoggio parlamentare di tali partiti in cambio dell'approvazione di due vasti pacchetti di riforme, incentrati – rispettivamente- su misure di stampo economico-sociale ed autonomico. La conclusione di tali accordi ha permesso al candidato premier di ottenere una maggioranza di 170 voti favorevole alla sua investitura, di per sé non esigua, ma insufficiente a ottenere la investitura in prima e in seconda votazione dinanzi a una persistente maggioranza contraria di 180 voti. Il 30 agosto, dopo aver esposto il suo programma politico e sollecitato la fiducia al Congresso, Rajoy, infatti, non ha

conquistato la maggioranza assoluta di 176 voti necessaria per ricevere l'investitura in prima votazione, così come il 2 agosto- a distanza di 48 ore- non è riuscito a conseguire la maggioranza semplice richiesta per superare la seconda votazione. La distanza politica e i veti dei partiti non hanno permesso al candidato premier di ottenere nemmeno le 11 astensioni che gli avrebbero garantito la investitura in seconda votazione. Così Rajoy è divenuto il secondo candidato premier della storia costituzionale postfranchista, dopo Pedro Sánchez, a non aver superato la votazione di investitura in seno al Congresso dei deputati.

La Spagna si appresta a rimanere per almeno altri due mesi senza un nuovo governo e il Governo in carica di Mariano Rajoy continuerà a mantenersi in funzione con competenze limitate.

Gli analisti si interrogano sulle conseguenze economiche e politiche di questa ulteriore fase di stallo istituzionale.

Dal punto di vista economico, la mancata formazione di un nuovo Governo obbligherà con ogni probabilità a prorogare, con i dovuti aggiustamenti, il bilancio dello Stato per l'anno 2017, nell'impossibilità di approvare una nuova legge di bilancio entro la fine di settembre, come già preannunciato dal Ministro dell'Economia, Luis de Guindos. Ciò creerà diversi problemi alla Spagna, soprattutto, per rispettare gli impegni economico-finanziari negoziati con Bruxelles, in seguito alla decisione della Commissione europea di non comminare a Madrid alcuna sanzione per deficit eccessivo.

Dal punto di vista politico, ancora maggiori sono le incognite legate a questa situazione. Il mese di ottobre risulterà di importanza cruciale perché si riapriranno probabilmente le trattative tra Psoe e Pp, bloccate in attesa degli esiti delle elezioni autonome del 25 settembre in Galizia e nel Paese Basco, e si proverà a modificare la legge organica elettorale per anticipare –qualora dovessero celebrarsi- le elezioni al 18 settembre. Il risultato delle elezioni autonome inciderà inevitabilmente sulla trattativa politica tra i due partiti, che il Pp auspica possa sbloccarsi con un’eventuale decisione di astensione da parte del Psoe. La posizione di questo partito dovrebbe essere definita nell’ambito del Comitato federale, che si intende celebrare dopo le elezioni autonome. Non è escluso, tuttavia, che Pedro Sánchez, sebbene non abbia ancora formalizzato la sua posizione, decida di percorrere la strada- già intentata senza esito a dicembre- di formare un governo alternativo, puntando principalmente su *Podemos* e *Ciudadanos*.

Gli accordi per la formazione di un nuovo governo dovranno in ogni caso concludersi rapidamente, perché, se non si riuscirà ad eleggere un nuovo presidente entro il 31 ottobre, il Re Felipe VI sarà obbligato a indire nuove elezioni, le terze in un anno, opportunamente definite “grottesche” da Mariano Rajoy, soprattutto qualora dovessero celebrarsi il giorno di Natale.

## elezioni

### elezioni politiche

Il **26 giugno** si sono svolte le elezioni politiche per il rinnovo delle *Cortes Generales* a distanza di sei mesi dalle precedenti, conformemente a quanto previsto dall'articolo 99, comma 5 Cost, che impone la celebrazione di nuove elezioni nel caso non si riesca a formare un Governo nei modi e nei limiti temporali prescritti in tale articolo. Per la prima volta dall'entrata in vigore della Costituzione, si sono verificate quindi le condizioni del c.d. scioglimento sanzione contemplato al fine di superare una situazione di *impasse* politica. In realtà i risultati elettorali- come era ampiamente prevedibile- hanno riprodotto un quadro partitico simile a quello delle precedenti elezioni, parimenti frammentato, con alcune differenze politicamente significative ma numericamente non risolutive ai fini della formazione del governo. Il Partito popolare si è confermato primo partito del Congresso con 137 deputati, riuscendo a ottenere, con il 33% dei voti, 14 seggi in più rispetto ai 123 delle passate elezioni. Si tratta di un risultato particolarmente positivo se si tiene anche conto del voto a livello autonomico, poiché i popolari hanno vinto in alcune Comunità autonome, come ad esempio in Andalusia, che da sempre rappresenta un feudo dei socialisti. Il Psoe ha registrato un lieve arretramento segnato dalla perdita di 5 seggi, fermandosi, quindi, a quota 85 deputati. I socialisti si confermano come secondo partito a livello nazionale, nonostante abbiano registrato per la terza volta consecutiva il peggior risultato in termini di seggi. La tenuta del Psoe è dipesa anche dal risultato negativo di *Podemos*. Quest'ultimo, contrariamente a quanto pronosticato dai sondaggi elettorali, non soltanto non ha compiuto l'atteso e pluriannunciato "sorpasso", ma ha ottenuto un esito elettorale peggiore delle passate elezioni di dicembre, nonostante si fosse presentato unito con il partito della sinistra radicale di *Izquierda Unida*.

La coalizione elettorale di sinistra *Unidos Podemos*, costituitasi nonostante la resistenza di quei settori di *Podemos* favorevoli al mantenimento della trasversalità del partito, ha perso un milione di voti, ottenendo, così, solo 71 seggi. Il peggior risultato, rispetto alle elezioni del 20 dicembre, è stato riportato tuttavia da *Ciudadanos*, che ha perso quasi 40.000 voti e 8 seggi, riuscendo ad eleggere solo 32 deputati. La punizione inflitta dall'elettorato spagnolo al partito guidato da Albert Rivera, dovuta probabilmente alla conclusione dell'accordo di investitura con i socialisti, non ha mutato la posizione strategica di tale partito per stipulare accordi di governo, che risulta finanche migliorata nel nuovo scenario parlamentare.

Hanno mantenuto invariata la propria posizione gli indipendentisti catalani di *Esquerra Republicana de Catalunya* e di *Convergència Democràtica de Catalunya*, che hanno ottenuto, rispettivamente, 9 e 8 seggi; così come la alleanza elettorale di *Coalición Canaria* e del *Partido Nacionalista Canario*, che ha conquistato 1 seggio, nonché il partito EH Bildu che si è aggiudicato 2 seggi. Rispetto alle passate elezioni, ha perso invece 1 seggio il *Partido Nacionalista Vasco* che ha ottenuto solo 5 seggi.

Anche al Senato i risultati hanno dato un esito politico analogo a quello della Camera bassa, che non ha modificato di molto il quadro partitico uscito dalle urne di dicembre. Il Partito popolare si è rafforzato anche nella Camera alta passando da 124 a 130 senatori; il Psoe, invece, ha subito un lieve indebolimento che lo ha portato a perdere 4 seggi, passando da 47 a 43 senatori. Tale risultato è significativo, non tanto per il numero di seggi, ma perché evidenzia un forte indebolimento del Psoe in molte Comunità

autonome, ove in alcuni casi non è riuscito ad eleggere nemmeno un senatore, e, di contro, un rafforzamento dei popolari che hanno vinto in molte Comunità autonome, tra le quali spiccano l'Andalusia e l'Extremadura. Alla Camera alta *Podemos* ha ottenuto un miglior risultato elettorale grazie alle alleanze territoriali, che gli hanno permesso di conquistare 16 seggi, 10 in più rispetto alle passate elezioni. Al terzo posto si è collocata *Esquerra Republicana de Catalunya*, che ha ottenuto in Catalogna un ottimo risultato, passando da 6 a 10 seggi, a discapito di CdC che invece ne ha persi 4, fermandosi a quota 2 senatori. Stessa sorte ha avuto il *Partido Nacionalista Vasco* anche in questa Camera, poiché è riuscito a eleggere 5 senatori perdendo, quindi, 1 seggio.

Una lettura complessiva dei risultati elettorali descritti evidenzia come si sia registrato: un consolidamento del Partito popolare, che ha vinto le elezioni senza conquistare la maggioranza assoluta dei seggi; un indebolimento del Psoe, che ha mantenuto ferma tuttavia la sua posizione di principale partito a livello nazionale; un ridimensionamento dei partiti emergenti, *Podemos* e *Ciudadanos*, che hanno subito una riduzione in termini di voti e seggi; il mantenimento del primato dei due tradizionali partiti, popolari e socialisti, e il mancato scardinamento definitivo del tradizionale bipartitismo spagnolo.

Il rafforzamento del Partito popolare, dovuto probabilmente anche ad un voto di reazione all'esito positivo del referendum sulla *Brexit* di pochi giorni prima, ha spinto il suo leader, Mariano Rajoy, a rivendicare immediatamente il diritto di governare il Paese. A tal fine Rajoy si è detto pronto a dialogare con le altre forze politiche, per evitare l'ipotesi -da lui definita grottesca- di terze elezioni, e ha avanzato al Psoe – analogamente

a quanto aveva fatto a dicembre- la proposta di formulare un Governo di grande coalizione includendovi anche *Ciudadanos*. Un Governo di grande coalizione, sostenuto quindi da 254 deputati, al fine di approvare le “riforme necessarie per dare attuazione a un programma di governo che dia sicurezza e stabilità alla Spagna”.

## Parlamento

### scioglimento e costituzione delle *cortes generales*

Il **3 maggio** è stato pubblicato nel BOE n. 107 il [regio decreto n. 184/2016](#), firmato dal Re Felipe VI e controfirmato dal Presidente della Congresso dei deputati, Paxti López, con cui è stato disposto lo scioglimento delle Camere elette il 20 dicembre e sono state indette nuove elezioni il 26 giugno. Si tratta di un atto dovuto, ai sensi dell’art. 99, comma 5, Cost., poiché sono trascorsi invano, senza il conseguimento di alcun accordo tra i principali partiti politici (Pp, Psoe, Podemos e Ciudadanos), i due mesi di tempo dalla fallita investitura del candidato socialista alla presidenza del governo, Pedro Sánchez. Nel decreto si specifica che la campagna elettorale inizierà il 10 giugno e avrà una durata di quindici giorni e che le nuove Camere si riuniranno in sessione costitutiva il 19 luglio.

Conformemente a quanto disposto in tale decreto, il 19 luglio si sono costituite le nuove *Cortes Generales* della XII legislatura. Nell’ambito delle rispettive sessioni costitutive sono stati eletti i presidenti e gli altri membri delle presidenze di entrambe le camere e, inoltre, hanno preso possesso della propria carica i 350 deputati e i 208 senatori neoeletti.

Al Congresso dei Deputati, Ana Pastor è stata eletta alla carica di presidente con 169 voti, contro i 155 di Paxti Lopez, mentre alle quattro vicepresidenze sono stati eletti, in ordine, Ignacio Prendes di *Ciudadanos*, Micaela Navarro del Psoe, Rosa Romero del Pp, Maria Gloria Elízo di *Unidos Podemos*. Si sono costituiti inoltre sei gruppi parlamentari. Al Senato, invece, è stato eletto Pio Garcia Escudero per la terza legislatura consecutiva con la maggioranza assoluta del partito popolare, e alle due vicepresidenze sono stati eletti

Pedro Sanz del Pp e Joan Lerma del Psoe. Si sono costituiti inoltre cinque gruppi parlamentari.

Nel corso della sessione costitutiva del Congresso dei deputati il Presidente del Governo in funzione, Mariano Rajoy, ha affermato che le forze politiche agiranno con serietà e responsabilità e ha espresso l'auspicio che la legislatura possa durare per l'intero quadriennio. Ha chiarito che l'intento del suo partito è di conseguire una grande coalizione con i socialisti. Ha fatto riferimento inoltre alla presenza di 250 deputati che presentano una sostanziale coincidenza di vedute sulle questioni essenziali e che potenzialmente potrebbero portare avanti il processo di riforme di cui necessita la Spagna per continuare il percorso di crescita economica e di creazione dell'occupazione.

## GOVERNO

### rapporti CON L'UNIONE EUROPEA

Nel secondo quadrimestre del 2016 si sono allentate le tensioni con Bruxelles principalmente grazie alla decisione della Commissione europea di non applicare alla le sanzioni per deficit eccessivo che avrebbero dovuto essere comminate alla Spagna a causa del mancato rispetto degli obiettivi di riduzione del deficit nel 2014 e nel 2015 (V. L. Frosina, La mancata formazione del Governo in Spagna e le vie inesplorate dell'articolo 99 della Costituzione in questa Rivista n. 1, 2016, pp. 9-10). Inoltre in questi mesi il Governo spagnolo ha difeso e sostenuto il processo di integrazione europea in una situazione di grande incertezza e instabilità originata dall'inaspettato esito positivo del referendum sulla c.d. Brexit.

Il **28-29 giugno** il Presidente Mariano Rajoy, ha partecipato alla riunione del Consiglio europeo a 27 incentrata prevalentemente sulle implicazioni pratiche e politiche della Brexit. Da questo incontro -come è noto- è emersa una ferma volontà di proseguire uniti nel processo di integrazione e di non avviare negoziati fino a quando il Regno Unito non avrà notificato formalmente l'intenzione di recedere. Nella dichiarazione congiunta i leader hanno espresso un profondo rammarico per l'esito del referendum, chiarendo che il diritto dell'Ue continuerà ad essere applicato nel Regno Unito fino all'uscita dall'Unione

Il Presidente Rajoy, dal canto suo, nel corso della conferenza stampa successiva al Consiglio, ha chiarito che la priorità del Governo spagnolo è quella difendere gli interessi

dei cittadini spagnoli e il processo di integrazione europea. Ha dato un messaggio di sicurezza, tranquillità e certezza, chiarendo che i cittadini spagnoli residenti nel Regno e i cittadini britannici residenti in Spagna conserveranno i loro diritti come cittadini europei fino a quando non verranno definiti su nuove basi i rapporti tra il Regno Unito e l'Unione europea.

Il **12 luglio** per la prima volta l'Ecofin ha avviato la procedura di sanzioni a carico di Portogallo e Spagna per deficit eccessivo attraverso l'adozione di un documento in cui i Ministri delle Finanze hanno evidenziato come i due Paesi non abbiano preso le misure necessarie per correggere i deficit portandoli sotto il 3%. La Spagna - nello specifico - ha operato nel 2013-2015 una correzione complessiva pari allo 0,6% del PIL a fronte del 2,7% richiesto. A partire da questa data, la Commissione ha avuto a disposizione venti giorni per raccomandare ulteriori decisioni e imporre le sanzioni. L'orientamento generale della Commissione è stato, tuttavia, quello di far assumere ai due Paesi degli impegni di bilancio ed economici specifici, al fine evitare l'applicazione di una multa così elevata. Così, il **27 luglio**, la Commissione ha formalmente deciso di non imporre alla Spagna le sanzioni previste per il mancato rispetto delle regole, perché ha ritenuto opportuno non gravare un Paese così duramente colpito dalla crisi che si è sottoposto negli ultimi anni a un vasto piano di tagli e riforme e con una disoccupazione giovanile molto elevata. Si tratta di una decisione di massima rilevanza politica, poiché la Spagna avrebbe dovuto pagare una multa di importo pari allo 0,2% del PIL (2.200 milioni), e non priva di onerose conseguenze economiche per il Paese. La Commissione ha sottoposto la Spagna a un sistema di vigilanza rafforzata attraverso il quale sottopone a uno stretto controllo la politica economica nazionale. Ha concesso due anni in più alla Spagna per ridurre il deficit al 3%, ma ha stabilito degli obiettivi puntuali da conseguire in questi anni attraverso ulteriori misure di austerità. Ha fissato per quest'anno la meta del 4,6% del *deficit* a causa dell'instabilità politica in cui verte il Paese, mentre per il 2017 ha previsto l'obiettivo del 3,1% del deficit da raggiungere anche attraverso tagli strutturali di importo pari a 5.000 milioni nel 2017 e a 5.000 milioni nel 2018. Ha stabilito, infine, che, entro il 15 ottobre, dovrà essere presentata una relazione da parte della Spagna e dovranno essere già poste in essere misure economiche efficaci.

### **la (mancata) investitura di mariano rajoy**

Dopo le elezioni il Presidente del Governo in funzione, Mariano Rajoy, ha iniziato un primo giro di consultazioni con i dirigenti dei principali partiti con rappresentanza in seno al Congresso dei deputati.

Il **12 luglio**, prima di iniziare le trattative, Mariano Rajoy ha presentato ai partiti una sintesi del suo programma elettorale sul quale intavolare le discussioni, auspicando di ottenere l'appoggio necessario per la sua investitura, specie da parte di *Ciudadanos*. Il programma non presenta novità significative rispetto a quello redatto dai popolari in seguito alle elezioni del 20 dicembre, salvo che per la proposta di un accordo nazionale per la educazione e qualche apertura sul contratto unico. Non contempla invece una riforma costituzionale come soluzione alla crisi politica e istituzionale in Catalogna.

Il Presidente Rajoy ha sottolineato la necessità di evitare che si ripetano le elezioni e l'urgenza di formare un nuovo governo che approvi entro agosto il tetto massimo della spesa per le amministrazioni pubbliche e inizi a lavorare sulla stesura della legge di bilancio per garantire un quadro di stabilità in grado di generare fiducia dentro e fuori dalla Spagna.

Il giorno stesso Rajoy ha avuto un colloquio con il leader di *Ciudadanos*, Albert Rivera, il quale ha chiarito che non intende formar parte di un Governo di coalizione con il Pp, né di votare l'investitura al candidato dei popolari, ma soltanto esercitare una opposizione costruttiva. Il giorno successivo la direzione del partito ha deciso all'unanimità la linea da seguire per l'investitura di Mariano Rajoy alla presidenza del governo, stabilendo che i 35 deputati voteranno contro nella prima votazione e si asterranno nella eventuale seconda votazione per contribuire a sbloccare la situazione politica del Paese e permettere al partito popolare di governare in minoranza.

Il Presidente Mariano Rajoy ha incontrato anche il leader di *Podemos*, Pablo Iglesias, che ha espresso la sua piena contrarietà a un governo dei popolari senza lasciare aperta la minima possibilità di giungere a un'intesa. In questa occasione il leader di *Podemos* ha sollecitato il Psoe a scegliere tra Rajoy, una alternativa di sinistra, o terze elezioni, e si è mostrato disponibile a studiare qualsiasi proposta socialista sin da subito, senza attendere un eventuale fallimento della investitura di Rajoy.

Il **13 luglio** Rajoy ha incontrato il segretario generale del Psoe, Pedro Sánchez, al Congresso dei Deputati, senza pervenire ad alcun accordo. Il capo dell'esecutivo ha consegnato a Sánchez un documento contenente diverse proposte, rivolte per lo più a costituire un governo di valori costituzionali, rispetto alle quali quest'ultimo si è detto non interessato perché contrario all'ipotesi di un governo di coalizione o a quella di un programma di legislatura. Il segretario socialista ha confermato la posizione formalmente espressa dal suo partito in seno al Comitato federale, riunitosi il **9 luglio**, nell'ambito del quale si è deciso di esprimere un voto contrario all'investitura di Mariano Rajoy e di rinunciare all'opzione dell'astensione. Anche in questa occasione Sánchez ha dichiarato che gli 85 deputati socialisti voteranno contro l'investitura di Rajoy e rinunceranno alla ipotesi di una astensione. Sánchez non ha dato uno spiraglio di apertura al leader dei popolari, nonostante si sia dichiarato contrario alla possibilità di nuove elezioni. Non ha

chiarito nemmeno se proverà o meno a formare un governo qualora la investitura di Rajoy dovesse fallire.

Il **14 luglio** Rajoy ha concluso, quindi, il primo giro di consultazioni senza giungere a un risultato concreto. Al termine degli incontri, il Presidente ha dichiarato che tutti i partiti sono contrari alla celebrazione di nuove elezioni e sono disposti a dialogare, ma nessuno per ora si è dimostrato disponibile a fornire appoggio alla sua investitura e alla formazione di un governo a guida popolare.

Il **26 luglio** il Re Felipe VI, dopo la costituzione dei gruppi parlamentari, ha iniziato un giro di consultazioni con i rappresentanti designati dai partiti politici con rappresentanza parlamentare, conformemente a quanto previsto dall'articolo 99, comma 1. Cost. Al termine delle consultazioni, ha designato Mariano Rajoy, in quanto leader del partito vincitore delle elezioni, come candidato alla presidenza del governo. Quest'ultimo, a differenza di quanto era accaduto nella scorsa legislatura, ha accettato la proposta, senza chiarire se si sottometterà o meno al dibattito di investitura nel caso in cui non riesca a negoziare appoggi sufficienti per superare la votazione

Un passo decisivo per lo sblocco delle negoziazioni si è compiuto il **9 agosto**, poiché il leader di *Ciudadanos*, Albert Rivera, dopo diversi incontri e prese di contatto con Mariano Rajoy, si è dichiarato disposto a negoziare la sua investitura a determinate condizioni. Nello specifico Rivera ha comunicato telefonicamente al Presidente Rajoy le sei condizioni individuate per aprire la negoziazione, consistenti nella: espulsione immediata di qualsiasi funzionario pubblico imputato per corruzione politica; eliminazione dei c.d. *aforamientos*; approvazione di una nuova legge elettorale; cessazione della concessione degli indulti per corruzione politica; limitazione dei mandati presidenziali a otto anni o a due legislature; creazione di una commissione di inchiesta per indagare sul caso *Bárceñas*. Oltre all'accettazione di questa lista di misure contro la corruzione, Albert Rivera, ha posto come precondizione la fissazione da parte del presidente della Camera di una data per la votazione di investitura. Il cambiamento di strategia elettorale da parte di *Ciudadanos* – come spiega il suo leader- è stato determinato dalla necessità di superare una situazione di immobilismo e di evitare ulteriori elezioni che rappresenterebbero un grave errore per il Paese. Il progressivo avvicinamento tra Rajoy e Rivera si è fondato, infatti, sulla necessità ampiamente condivisa di approvare il bilancio entro il 15 ottobre, al fine di evitare una multa multimilionaria da Bruxelles.

Il **18 agosto** Rajoy ha accettato di fissare la data del dibattito di investitura e di approvare le misure anticorruzione proposte da Albert Rivera. Rajoy ha detto che si è compiuto un passo decisivo per evitare che si ripetano le elezioni, anche se per la investitura del suo governo necessita, oltre che dell'appoggio di *Ciudadanos* e di *CC*, con cui somma complessivamente 170 seggi, anche dell'appoggio di sei deputati in più, in prima votazione, per ottenere la maggioranza assoluta, ovvero dell'astensione di 11 deputati, in seconda

votazione, per conseguire la maggioranza semplice. Il giorno stesso Ana Pastor, neo presidente del Congresso dei deputati, ha fissato la sessione di investitura il 30/31 agosto e la eventuale seconda votazione il 2 settembre, a distanza di 48 ore dalla prima.

Dopo una settimana di intense negoziazioni, il **28 agosto**, Rajoy e Rivera hanno concluso un importante [accordo di investitura](#) in base al quale *Ciudadanos* si è impegnato a favore della investitura del candidato alla presidenza. L'accordo include 150 misure, di cui 100 coincidono con quelle approvate nell'accordo concluso con i socialisti nella scorsa legislatura ai fini dell'investitura di Sánchez. Questo accordo prevede un complesso di riforme economiche, sociali e istituzionali di ampia portata, che richiedono, tuttavia, l'appoggio di altri partiti politici per darvi attuazione. Più nello specifico, tra le principali riforme programmate si prevede, solo per citarne alcune, una riforma del regime contrattuale di lavoro; un piano per combattere la evasione fiscale; un piano sociale di investimenti di 28.500 milioni di euro; un piano nazionale contro la violenza di genere; una riforma del Senato; una riforma della legge elettorale; una riforma della giustizia; una legge contro la corruzione; la costituzione di un gruppo di esperti per approvare una riforma costituzionale.

L'accordo, "aperto" nell'intento dei suoi proponenti, aspirava a ottenere anche l'appoggio del Psoe proprio in quanto riproduce moltissime misure concordate con tale partito. Il segretario generale, Pedro Sánchez, nel corso dell'ennesimo incontro con Rajoy svoltosi il 30 agosto, ha risposto negativamente alla proposta avanzata dal Partito popolare, ribadendo il voto contrario dei suoi 85 deputati. Sánchez si è mostrato irremovibile, specificando che la linea del partito è stata decisa in seno al Comitato federale e che la sua modifica richiederebbe un'altra delibera.

Il **30 agosto**, a poche ore dall'inizio della sessione di investitura, Mariano Rajoy è riuscito a concludere un secondo accordo di legislatura con *Coalición Canaria* in base al quale il partito ha garantito l'appoggio della sua unica deputata, Ana Oramas, alla investitura del candidato popolare e alle riforme da approvare nel corso della legislatura, in cambio dell'approvazione di un'agenda di 15 riforme per rafforzare l'autonomia delle Canarie. Le riforme contemplate in tale accordo, che riproducono in sostanza quelle approvate nell'accordo sottoscritto con i socialisti nella scorsa legislatura, si riferiscono, principalmente, alla autonomia finanziaria e fiscale; al riconoscimento costituzionale della condizione ultraperiferica della regione; alla riforma dello statuto di autonomia; a programmi di internazionalizzazione della economia; alle infrastrutture e alle politiche sociali.

Il **30 agosto** si è celebrata l'attesa sessione di investitura. La seduta si è aperta con il [discorso](#) di Mariano Rajoy, che ha insistito sulla solidità della vittoria elettorale del suo partito, sulla inesistenza di una valida alternativa di governo, e sulla urgenza di costituire un Governo per evitare il ricorso a nuove elezioni, sottolineando le gravi conseguenze

economiche e politiche derivanti dalla sua mancata formazione. Ha ricordato, in particolare, le possibili sanzioni che potrebbero provenire dall'Unione europea per il mancato rispetto degli obblighi economici e finanziari assunti. Ha valutato positivamente gli accordi conseguiti con *Ciudadanos* e Cc e ha invitato le altre forze politiche ad avere un atteggiamento responsabile e ad anteporre l'interesse generale al proprio.

Il giorno successivo si è svolta la votazione che si è conclusa con 170 voti favorevoli del Pp, *Ciudadanos*, e Cc alla investitura di Mariano Rajoy, e i 180 voti contrari delle restanti forze politiche. Non si è raggiunta la soglia della maggioranza assoluta di 176 voti richiesta per la investitura del candidato *premier* in prima votazione. Il **2 agosto** - trascorse 48 ore - si è svolta una seconda votazione che ha riprodotto lo stesso risultato di 170 voti favorevoli e 180 contrari alla investitura, portando alla sconfitta parlamentare definitiva di Mariano Rajoy. In questa seconda votazione sarebbe stata necessaria la maggioranza semplice e, quindi, la sola astensione di 11 deputati per ottenere la investitura del candidato alla presidenza del governo. Mariano Rajoy ha imputato a Pedro Sánchez la responsabilità della sua mancata investitura e del blocco istituzionale conseguente, recriminandogli di non essere in grado di offrire una valida alternativa di governo. Quest'ultimo, invece, ha accusato Mariano Rajoy di forzare la celebrazione di terze elezioni e ha fatto cenno, sia pur in forma enigmatica, alla possibilità di trovare una soluzione alternativa tra le forze politiche. Da questa seconda votazione, decorrono 2 mesi, che scadranno il 31 ottobre, entro i quali sarà possibile operare ulteriori tentativi per investire un candidato alla presidenza del governo nei modi previsti dall'art. 99. Qualora nessun candidato riesca ad ottenere la fiducia del Congresso, il Re dovrà sciogliere le Camere neolette e convocare il 25 dicembre nuove elezioni, le terze nell'arco di un anno. La data delle elezioni potrebbe essere anticipata al 18 dicembre ma soltanto qualora i partiti dovessero riuscire a modificare la legge elettorale riducendo i tempi della campagna elettorale.

## CORTI

### Tribunale costituzionale e comunità autonome

Il **23 giugno** il Tribunale costituzionale ha approvato [la sentenza 118/2016 \(BOE n. 181 del 28 luglio\)](#) con cui ha respinto i ricorsi sollevati dalle Comunità autonome della Roja e di Castilla y León contro la legge organica del Tribunale costituzionale 1/2010, che sottopone le norme tributarie basche alla giurisdizione esclusiva del Tribunale costituzionale. La decisione del Tribunale costituzionale, che contribuisce a blindare ancor

di più il *Concierto economico vasco*, si fonda principalmente sul regime di protezione speciale riservato dalla disposizione addizionale prima della Costituzione alle norme forali tributarie vigenti nei tre territori baschi. Il Tribunale ritiene che il rango infralegislativo di tali norme non precluda la loro sottomissione alla giurisdizione esclusiva del Tribunale costituzionale, argomentando che la Costituzione non delinea un modello di giurisdizione costituzionale chiuso, né contiene una lista chiusa ed esaustiva dei processi costituzionali di cui può venire a conoscenza il Tribunale.

Il **9 giugno** il Tribunale costituzionale ha adottato [la sentenza 110/2016 \(BOE n. 170, del 15 luglio 2016\)](#) con cui ha accolto parzialmente il ricorso di incostituzionalità n. 4522-2013 presentato dal Governo statale contro la legge 5/2012 sulle unioni di fatto della Comunità di Valencia. In particolare, ha dichiarato incostituzionali quelle disposizioni della legge che superano l'ambito delle competenze della Comunità autonoma in materia di diritto civile. Secondo i giudici, la conservazione, lo sviluppo e la modifica del diritto civile forale, richiedono l'esistenza, previa all'entrata in vigore della Costituzione, di una consuetudine. Di conseguenza, il Tribunale ha giudicato incostituzionale la legge sulle unioni di fatto a causa dell'inesistenza di un istituto consuetudinario analogo, o simile, che trovi fondamento nel diritto civile forale previamente alla entrata in vigore della Costituzione.

Il **7 luglio** il *Pleno* del Tribunale costituzionale ha approvato la [sentenza 128/2016 \(BOE n. 192 del 10 agosto\)](#) con cui ha accolto parzialmente il ricorso di incostituzionalità n. 3493-2015 del Governo statale contro la legge catalana n. 3/2015 sulle misure fiscali, finanziarie e amministrative, dichiarando incostituzionali quelle disposizioni della legge relative alle creazione delle c.d. strutture dello Stato catalano.

Nello specifico il Tribunale ha dichiarato incostituzionali quelle disposizioni relative: alla pianificazione dell'amministrazione tributaria della Catalogna, con cui si pretende gestire le imposte di un futuro Stato catalano; all'elaborazione di un catalogo di infrastrutture strategiche; alla pianificazione dei settori della energia, delle telecomunicazioni e dei sistemi di informazione e del trasporto ferroviario; alla riforma del Servizio meteorologico della Catalogna; alle restrizioni nell'impianto di grandi stabilimenti commerciali nei porti pubblici. Secondo il Tribunale, tali disposizioni violano la Costituzione perché assegnano alla Generalità competenze che spettano allo Stato. I magistrati hanno giudicato costituzionali quelle disposizioni legislative che prevedono di creare un inventario del patrimonio delle amministrazioni pubbliche della Catalogna e, altresì, un'Agenzia catalana di protezione sociale, ma solo a condizione che siano interpretate come stabilito nella sentenza. Nel caso dell'inventario, i giudici richiedono che non vengano inclusi gli organi statali e che non sia la Generalità l'organo competente ad elaborarlo. Quanto all'Agenzia di protezione sociale, il Tribunale ne ammette la costituzione a condizione che non assuma le competenze statali in materia.

## AUTONOMIE

### il processo independentista della catalogna

L'8 giugno la CUP ha posto il veto sul progetto di legge di bilancio del Governo Puigdemont mediante la presentazione di un emendamento alla totalità. Il voto contrario della CUP ha determinato la bocciatura del progetto di legge di bilancio, respinto con i 72 voti dei gruppi dell'opposizione contro i 62 di Junts pel Sí. La presentazione del veto da parte della CUP ha creato una frattura nei rapporti con Junts pel Sí, indebolendo, soprattutto, l'accordo di stabilità siglato a gennaio tra i due partiti. Il Presidente della Generalità ha dichiarato che si sottoporrà a una votazione di fiducia a settembre e, in caso di esito negativo, si renderà necessario il ricorso a nuove elezioni.

Il 19 luglio la Commissione di studio del processo costituente, costituitasi il 28 gennaio 2016, in seno al Parlamento catalano ha completato i suoi lavori approvando una [risoluzione conclusiva](#), condivisa dai gruppi parlamentari favorevoli all'indipendenza, sulle modalità di realizzazione del processo secessionista. Il documento prevede di attuare la secessione in tre fasi articolate nel modo seguente: l'attivazione iniziale di un processo partecipativo per decidere sull'indipendenza, cui dovrebbe seguire la c.d. disconnessione graduale dallo Stato e la celebrazione di elezioni costituenti per la formazione dell'Assemblea costituente, e infine, l'approvazione della Costituzione catalana redatta da tale Assemblea mediante referendum. Il testo approvato dalla Commissione di studio evita di utilizzare la formula del referendum unilaterale ma fa tuttavia riferimento a un meccanismo unilaterale democratico per arrivare all'indipendenza che dovrebbe sostanzialmente condurre all'elezione di un'Assemblea costituente, a cui verranno assegnati pieni poteri e l'incarico di redigere il testo costituzionale. La Costituzione catalana verrà approvata, dopo aver completato "legalmente" il processo di disconnessione dallo Stato spagnolo, attraverso l'approvazione di apposite leggi, che secondo quanto stabilito nel documento- non potranno essere oggetto di controllo, sospensione o ricorso da parte di nessun altro giudice o tribunale.

Il 19 luglio il Tribunale costituzionale ha approvato la [risoluzione n. 141/2016, \(BOE n. 196, del 15 agosto 2016\)](#), con cui ha dichiarato costituzionalmente inammissibile l'attività di analisi e studio svolta dalla Commissione in quanto rivolta ad attivare un processo costituente e la conseguente costituzione di uno Stato catalano indipendente, obiettivo già proclamato nella risoluzione I/X e dichiarato incostituzionale nella nota sentenza n. 259

del 2015. Il Tribunale ha avvertito le istituzioni coinvolte, in particolare la Mesa del Parlamento catalano, dei rischi connessi alla mancata attuazione di tali decisioni e del dovere di intervenire per frenare qualsiasi iniziativa rivolta a eludere i divieti imposti dal Tribunale.

Per tale ragione la Mesa del Parlamento catalano ha deciso di prendere nota delle conclusioni della Commissione di studio senza includerle formalmente all'ordine del giorno della seduta del 26 luglio, nel corso della quale, tuttavia, ne è stata richiesta la discussione su iniziativa di Junts pel Sí e la CUP. I 72 voti favorevoli del fronte indipendentista hanno portato il Parlamento catalano ad approvare un documento che promuove la disconnessione della Catalogna dallo Stato spagnolo e che esclude l'ipotesi di un processo negoziato con il Governo statale. Il risultato di questa votazione è che il Parlamento autonomico, tramite l'approvazione della [risoluzione n. 263/XI](#), ha convalidato l'apertura di un processo per conseguire in forma unilaterale l'indipendenza, nonostante il governo catalano abbia a più riprese sostenuto la sua contrarietà a un referendum unilaterale e la sua preferenza per una soluzione condivisa che sblocchi il processo *soberanista*.

Il **26 luglio** il Presidente della Generalità, Carles Puigdemont, ha annunciato che la votazione di fiducia si svolgerà il 28 settembre. Il capo dell'esecutivo catalano intende negoziare con la CUP per rinsaldare l'accordo di stabilità siglato a gennaio scorso, dopo il veto posto da quest'ultimo al progetto di legge di bilancio. In tale data è stata approvata anche dai due partiti indipendentisti la prima delle tre leggi di c.d. disconnessione rivolta a istituire l'Agenzia catalana di protezione sociale.

Il **1 agosto** il Tribunale costituzionale ha deciso all'unanimità di ammettere ad esame il c.d. *incidente di ejecució*n presentato dall'Avvocatura di Stato contro la risoluzione n. 263/XI del Parlamento catalano che ne suppone l'automatica sospensione per un massimo di cinque mesi, spirati i quali sarà chiamato a decidere in via definitiva. Ha avviato inoltre per la prima volta le procedure per l'adozione delle misure previste dall'art. 92 della Legge organica del Tribunale costituzionale.

Il *Pleno* del Tribunale costituzionale ha deciso di accogliere solo parzialmente le richieste dell'Avvocatura di Stato, che voleva venisse avviata direttamente un'azione penale nei confronti dei presidenti delle istituzioni catalane, scegliendo di notificare alla Presidente del Parlamento catalano, al Presidente della Generalità, e agli altri membri della Presidenza della Camera e del Governo una comunicazione per informare loro della eventuale responsabilità -anche penale- in cui rischiano di incorrere qualora ignorino il provvedimento di sospensione della risoluzione. I giudici costituzionali hanno lasciato ai soggetti cui è stata effettuata la notifica 20 giorni di tempo per trasmettergli le proprie memorie e spiegare se- a loro avviso- vi sia stata o meno violazione della sentenza che ha dichiarato incostituzionale la dichiarazione di indipendenza del Parlamento catalano del 9 novembre. Il **2 agosto** questa decisione è stata notificata dal Tribunale al Presidente della Generalità e ad altri membri del governo catalano, richiedendo loro di bloccare qualsiasi

iniziativa che possa dare sviluppo e attuazione alla risoluzione del Parlamento catalano. Il **18 agosto** il Tribunale costituzionale ha notificato anche al presidente del Parlamento catalano, Carme Forcadell, il medesimo avviso, chiedendole di impedire o bloccare qualsiasi iniziativa che sia volta a ignorare o eludere la sospensione decretata dal Tribunale.

## QUALE PRESIDENTIAL TRANSITION E QUALE IMPATTO COSTITUZIONALE? PRIME RIFLESSIONI SULLE PROSSIME ELEZIONI PRESIDENZIALI NEGLI STATI UNITI

Di Giulia Aravantinou Leonidi\*

**G**li Stati Uniti si apprestano a celebrare in novembre il consueto rito elettorale che designerà il 45esimo Presidente. Il passaggio di testimone potrebbe questa volta non svolgersi secondo i consueti canoni e riservare delle sorprese. La stagione delle primarie appena trascorsa ha messo, infatti, in rilievo l'aspra contrapposizione tra i due schieramenti in campo. Soprattutto nelle ultime settimane i toni del confronto si sono alzati pericolosamente e la situazione promette di diventare incandescente nei giorni immediatamente a ridosso dell'appuntamento elettorale.

I candidati risultati vincenti dal macchinoso procedimento di selezione di questi mesi, l'ex segretario di Stato, Hillary Clinton e il miliardario, Donald Trump, hanno dato prova nei loro discorsi di accettazione delle *nomination* da parte delle *convention* dei rispettivi partiti, di essere diametralmente opposti sia come storia politica, ricchissima per la Clinton, del tutto assente per Trump, che per stile personale e visione economica e sociale del Paese. Diversi dunque i possibili scenari che si aprirebbero sia sul piano politico che su quello strettamente costituzionale nel caso di vittoria dell'uno o dell'altra.

La possibile vittoria del miliardario newyorkese potrebbe determinare una *presidential transition* tutt'altro che priva di difficoltà, nonostante il Presidente Obama abbia già provveduto ad emanare il 6 maggio un *executive order*, *Facilitation of a Presidential Transition*, per agevolare il passaggio del testimone al suo successore. Il Presidente Obama, beneficiario nel 2008 di quella che è stata descritta come la transizione più

---

\*Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni Politiche Comparete, Dipartimento di Scienze Politiche, Università di Roma "Sapienza"



nel 1804 del XII emendamento, sono eletti direttamente dai grandi elettori in ciascuno Stato. Il XX emendamento indica il 20 gennaio come la data di insediamento del nuovo presidente. Nessuna disposizione costituzionale è dedicata alla delicata fase del trasferimento di poteri dal presidente uscente a quello che si insedierà alla Casa Bianca. Il Presidente è eletto sulla base di un procedimento che si compone di tre fasi. Nel primo martedì successivo al primo lunedì di novembre dell'*election year* gli elettori sono chiamati a votare coloro che esprimeranno materialmente il voto per il Presidente dell'uno o dell'altro partito. Successivamente, il primo lunedì dopo il secondo mercoledì di dicembre i grandi elettori si incontrano in ciascuno Stato e votano per il Presidente ed il Vicepresidente, trasmettendo i loro voti a Washington, D.C. All'una del 6 gennaio dell'anno che segue le elezioni, i voti vengono conteggiati dal Congresso in seduta comune, presieduto per l'occasione dal Presidente del Senato. Due settimane dopo, il 20 gennaio, ha luogo la cerimonia di insediamento del Presidente e del Vicepresidente neo-eletti.

La fase di transizione, che marca il passaggio da un'amministrazione ad un'altra, riveste un'enorme importanza e rappresenta un elemento imprescindibile del sistema politico-costituzionale degli Stati Uniti. Come è stato sottolineato, infatti, "The peaceful transfer of power from one President to the next is an enduring and gripping drama of American democracy"#####. L'assenza di una esplicita disciplina costituzionale ha lasciato alla discrezionalità dei Presidenti e dei loro successori lo sviluppo di prassi tali da facilitare le transizioni. Lo sviluppo di tali prassi ha seguito un processo di evoluzione lineare nel tempo, che è progredito parallelamente alla crescente complessità della società e della vita politica americana. Il periodo interessato dalla transizione è specificatamente quello che va dal giorno dell'elezione (novembre) all' *inauguration day* (il 20 gennaio). In questo lasso di tempo il Presidente uscente rimane in carica fin quando il suo successore non si insedia al termine della cerimonia di inaugurazione.

##### W. A. GALSTON, E. C. KAMARCK, *The Transition: Reasserting Presidential Leadership*, in *Mandate for Change*, ed. W. MARSHALL, M. SCHRAM, New York, Berkley Books, 1993, p. 336.

E' piuttosto usuale che in questo periodo il Presidente uscente cerchi di strappare al suo successore l'impegno ad agire nel solco della continuità, soprattutto laddove sia in gioco l'interesse nazionale. Tali accordi sono piuttosto rari, come ci informa la storia americana, caratterizzata da una certa varietà di comportamenti. Vi sono state, infatti, amministrazioni che si sono mostrate particolarmente prodighe nel facilitare il delicato processo di transizione ad una nuova amministrazione, altre, invece, hanno disseminato di ostacoli il cammino del Presidente entrante. Dall'inizio del XIX secolo sono state ben diciotto le transizioni presidenziali che si sono verificate negli Stati Uniti. Di queste, undici sono state transizioni interpartitiche

Pur in assenza di esplicite previsioni relative alla *presidential transition*, il Presidente è costituzionalmente obbligato ad agevolare la transizione sulla base delle *Term Clauses*, di cui all'art. I e al XX emendamento, e della *Take Care Clause* di cui all'art.II, sez. 3. In particolare, secondo la *Take Care Clause* il Presidente "shall take Care that the Laws be faithfully executed". Sfruttando la lettera di questa previsione si è verificato con una certa frequenza che i Presidenti uscenti emanassero una serie di provvedimenti proprio nel periodo di transizione. Al termine dei mandati delle recenti amministrazioni il numero di provvedimenti adottati dalle agenzie federali ha subito un importante incremento, dando vita a quel fenomeno che è stato definito "midnight rulemaking".

Nel silenzio della carta costituzionale il legislatore ha provveduto a colmare il vuoto normativo approvando il [Presidential Transition Act of 1963](#) (PTA) che autorizza l'erogazione dei finanziamenti a favore del *General Services Administration*

---

Woodrow Wilson, Warren G. Harding, Franklin D. Roosevelt, Dwight D. Eisenhower, John F. Kennedy, Richard M. Nixon, Jimmy Carter, Ronald W. Reagan, William J. Clinton, and George W. Bush, Barack H. Obama.

J. COCHRAN, III, *The Cinderella Constraint: Why Regulations Increase Significantly During Post-Election Quarters*, Mercatus Center, George Mason University, March 8, 2001; J. M. LORING, LIAM R. ROTH, *After Midnight: The Durability of the 'Midnight' Regulations Passed by the Two Previous Outgoing Administrations*, Wake Forest Law Review, vol. 40 (2005), pp. 1441-1465.

La legge è entrata in vigore il 7 marzo 1964, tuttavia il titolo della legge non è stato modificato rimanendo "Presidential Transition Act of 1963." Per ulteriori dettagli sullo svolgimento delle transizioni presidenziali negli anni precedenti l'approvazione della legge v. L.L. HENRY, *Presidential Transitions*, Washington, Brookings Institution, 1960.

(GSA), ufficio impegnato in prima linea nel processo di transizione. La legge è stata emendata diverse volte dal 1963 per rispondere all'evoluzione delle concezioni del ruolo del governo nel processo di transizione. Dalla transizione del 2008-2009, quella relativa al primo mandato del Presidente Obama, la legge è stata emendata due volte. La prima volta nel 2010 in seguito all'approvazione del [Pre-Election Presidential Transition Act of 2010](#) (P.L. 111-283) che autorizzava un sostegno supplementare ai candidati eleggibili per la programmazione della transizione nella fase pre-elettorale. In seguito la legge è stata nuovamente emendata nel 2015 con il [Edward "Ted" Kaufman and Michael Leavitt Presidential Transitions Improvements Act of 2015 \(P.L. 114-136\)](#), entrata in vigore il 18 marzo 2016. La legge ha accolto alcune delle previsioni contenute nella legge del 2010, introducendo alcune nuove disposizioni relativamente al sostegno ai candidati eleggibili nella fase pre-elettorale. Il *Presidential Transitions Act*, così come emendato, richiede che il Presidente e l'Amministrazione in carica istituiscano una specifica infrastruttura di transizione, con alcune determinate caratteristiche e altre acquisite solo durante l'anno delle elezioni presidenziali. Si autorizza anche la fornitura da parte dell'amministrazione in carica di un certo supporto nella fase pre-elettorale per i candidati eleggibili. Inoltre, il PTA autorizza i candidati idonei a finanziare le attività di transizione pre-elettorali attraverso le loro campagne. La legge stabilisce anche un procedimento per la designazione e la preparazione di funzionari di carriera che agiranno come leader dell'agenzia durante il processo di transizione. E' prevista, inoltre, la negoziazione, prima delle elezioni, di protocolli d'intesa tra il presidente in carica e i candidati in corsa per la Casa Bianca, per la definizione di questioni legate alla transizione post-elettorale. In seguito allo svolgimento delle elezioni il *Presidential Transitions Act* autorizza l'amministratore della *General Services Administration* (GSA) a fornire al presidente eletto e al vicepresidente eletto strutture, fondi e servizi, qualora siano rispettati determinati limiti contributivi legati alla transizione e obblighi informativi. Altre disposizioni della legge prevedono, infine, prevedono un'accelerazione nelle procedure di controllo di sicurezza per i funzionari incaricati di gestire la transizione agevolando il passaggio di consegne al presidente entrante.

Le attività inerenti al processo di transizione sono, in base a quanto stabilito dalla legge, gestite sotto la responsabilità della *General Services Administration* (GSA) e dell'*Office of Management and Budget* (OMB).

Anche il Congresso riveste un ruolo nella transizione. Il legislativo è direttamente coinvolto nel procedimento di conferma delle nomine presidenziali, tema questo particolarmente scottante in questi mesi in seguito alla scomparsa di Antonin Scalia e allo scontro per la nomina del suo successore tra i repubblicani e il Presidente uscente. Il Congresso è, inoltre, coinvolto per il ruolo svolto nel procedimento di approvazione del bilancio e dunque nell'allocazione delle risorse necessarie a realizzare la transizione.

Fino alla *presidential transition* del primo mandato di Barack Obama la maggior parte delle risorse sono state destinate a finanziare la fase post-elettorale della transizione. Solo in seguito all'entrata in vigore, nel 2012, delle modifiche approvate nel 2010, sono state attuate per la prima volta le previsioni relative alla fase pre-elettorale della transizione. Le modifiche introdotte con la legge del 2015, entrata in vigore nel marzo scorso, saranno attuate in occasione di queste elezioni presidenziali che si preannunciano foriere di importanti cambiamenti.

Una delle domande che si pongono i costituzionalisti di oltreoceano riguarda, infatti, la trasformazione del regime politico. Il recente dibattito costituzionalistico statunitense si preoccupa di verificare in quale misura la struttura rigida della costituzione e il tipo di ordinamento giuridico rappresentino un ostacolo per il verificarsi di quel tanto auspicato cambiamento che Obama non è riuscito a realizzare. Al momento è possibile individuare alcuni importanti segnali di cambiamento che riguardano essenzialmente i partiti politici americani. Da una parte si sta affermando il dominio del partito democratico, con la conquista della *nomination* da parte della prima donna nella storia degli Stati Uniti, dall'altra si sta assistendo ad un nuovo momento fondativo per il partito repubblicano, che si interroga sul proprio futuro.

La letteratura politologica è pressoché unanime nel riconoscere che la principale fonte della disfunzionalità dell'ordinamento statunitense sia oggi da rinvenirsi nel Congresso. Più volte nel corso dei suoi mandati Obama ha tentato di richiamare il Congresso all'azione, denunciandone con veemenza la sua cronica inerzia, che ha consentito da un lato al giudiziario di espandersi e dall'altro ai repubblicani di intralciare il programma politico dell'amministrazione democratica.

Se alla succitata, ormai endemica, debolezza del legislativo si affiancano le tendenze alla polarizzazione e alla *partisanship*, tipiche del sistema politico statunitense, appare evidente come si renda urgente rivolgere il pensiero ad una radicale riforma dell'ordinamento, capace di rafforzare il Congresso dinanzi al rischio costituito dalla possibile ascesa alla Casa Bianca di un Presidente dalla *leadership* tendenzialmente autoritaria#####. Ulteriori indicazioni in tal senso provengono dall'analisi della stagione delle primarie appena conclusasi.

Il successo ottenuto in questi mesi di campagna elettorale dal candidato repubblicano alla Casa Bianca, Donald Trump, può essere sostanzialmente ascritto a due ordini di motivazioni, una di carattere economico e l'altra di carattere politico. La congiuntura economica attuale non è tuttavia sufficiente a spiegare da sola l'ampio consenso che il miliardario americano ha riscosso in questi mesi di campagna elettorale e di primarie attraverso il Paese. Donald Trump è, infatti, a giudizio di buona parte della dottrina costituzionalistica statunitense, soprattutto il risultato della disfunzione dell'ordinamento americano#####. Una disfunzione le cui cause primarie sono da rintracciarsi nella Costituzione stessa, alla quale, secondo alcuni, occorre porre urgentemente mano convocando una convenzione costituzionale o procedendo ad emendarne il testo secondo quanto disposto dall'Art. V#####. Accanto a questa posizione, piuttosto

##### S. M. GRIFFIN, *Broken Trust: Dysfunctional Government and Constitutional Reform*, University Press of Kansas, 2015.

##### J. BALKIN, S. LEVINSON, *Democracy and Dysfunction: An Exchange*, Indiana Law Review (in corso di pubblicazione 2017) <http://papers.ssrn.com/abstract=2820202>

##### L'art. V della Costituzione vive un momento di forte declino. Il ricorso al procedimento di revisione costituzionale in esso descritto è sempre più raro. La maggioranza qualificata da esso prescritta ha reso

estrema e poco realistica—se si considera che l’ordinamento negli ultimi decenni si è caratterizzato piuttosto per quelle che sono state, a ragione, definite da Ackerman “trasformazioni costituzionali informali”, aggirando le complicazioni procedurali del procedimento di revisione costituzionale prescritto dall’art.V— si collocano le proposte meno radicali di chi, come Balkin, individua nel cedimento della rappresentanza politica, piuttosto che nella disfunzione del sistema, la causa dei mali che affliggono in questi anni l’ordinamento americano, ritenendo che il fenomeno “Donald Trump” sia il prodotto della crisi della cultura costituzionalistica piuttosto che delle istituzioni politiche statunitensi.

A suscitare ulteriormente la preoccupazione degli osservatori si sono aggiunte nelle ultime settimane alcune minacce del candidato repubblicano. Questi ha dichiarato che, in caso di sconfitta a novembre, vi sarà il divampare di violente proteste per le strade delle principali città statunitensi contro quella che ha definito una “rigged election” (elezione truccata). Le affermazioni di Trump sono estremamente gravi se si considera che l’accettazione dei risultati elettorali costituisce un punto cardine del funzionamento delle democrazie contemporanee, e suscitano una certa preoccupazione nei corridoi di Washington già scossi dall’inarrestabile ascesa del magnate newyorkese.

Dal punto di vista strettamente costituzionalistico è interessante svolgere alcune considerazioni in relazione all’esercizio del potere esecutivo e all’impatto dell’interpretazione del mandato presidenziale sull’ordinamento. Alcuni commentatori ritengono che una presidenza Trump non rappresenti un rischio reale per l’ordinamento statunitense, tuttavia a questa posizione, piuttosto cauta, è stato obiettato che la prassi costituzionale e la tendenza delle istituzioni a trasformazioni informali della costituzione puntano in un’altra direzione. La storia costituzionale degli Stati Uniti, infatti, ci ha spesso riferito di Presidenti che hanno agito al di fuori dei confini dettati dalla costituzione per

---

la Costituzione degli Stati Uniti una delle più difficilmente emendabili al mondo, spingendo gli attori politicamente rilevanti ad intervenire informalmente. Per un’analisi puntuale del ricorso all’art.V nella storia costituzionale americana e alcune ipotesi che riguardano la trasformazione informale dello stesso art.V, v. R. ALBERT, *Constitutional Disuse Or Desuetude: The Case Of Article V*, in *Boston University Law Review*, Vol.94, p.1028-1081.

implementare la propria personale linea politica, tanto a livello interno che internazionale. L'esperienza maturata negli anni dell'amministrazione di G.W.Bush insegna che pur in presenza di un sistema di *checks and balances* efficacemente operante, all'interno del quale il potere esecutivo incontra l'azione di freno e bilanciamento esercitata dagli altri organi costituzionali, si verifica una profonda spaccatura tra le trasformazioni informali innescate dall'esecutivo, ad esempio in seguito all'approvazione di una legislazione di emergenza particolarmente limitativa delle libertà e dei diritti fondamentali, e la Costituzione formale. Oltre all'onnipresente tema della sicurezza nazionale, un altro ambito in cui il potere esecutivo risulta particolarmente incisivo è quello delle nomine.

Le elezioni che si terranno in novembre non mancheranno di avere un significativo impatto sulla Corte Suprema, dove la partita per la successione ad Antonin Scalia è ancora del tutto aperta. Donald Trump ha promesso di nominare giudici di orientamento conservatore e la lista che ha reso pubblica qualche tempo fa conferma le sue intenzioni. Hillary Clinton, invece, una volta eletta procederà alla nomina di giudici dalle vedute più liberali e progressiste. La questione delle nomine alla Corte Suprema non è di secondaria importanza e l'attenzione su di essa si rinnova ad ogni elezione presidenziale. L'avanzare dell'età dei giudici e la prematura scomparsa di alcuni di essi, apre all'opportunità per il prossimo presidente eletto di incidere profondamente sui delicati equilibri della Corte, esercitando il diritto di nomina costituzionalmente conferitogli. Alcuni, non a torto, hanno definito l'appuntamento elettorale in agenda come una "Supreme Court

---

##### G. R. STONE, *The Supreme Court and the 2012 Election* (HuffPost Politics, 13 Agosto, 2012), <http://perma.cc/7KE8-Z67Y>; S. G. CALABRESI, J. O. MCGINNIS, *McCain and the Supreme Court* (Wall Street Journal, 4 febbraio 2008), <http://www.wsj.com/articles/SB120209536777639949>; B. MEARS, *Election Could Tip Balance of Supreme Court* (CNN.com, 21 Ottobre, 2004), <http://perma.cc/7FHY-WV3L>.

##### Nel corso delle passate amministrazioni presidenziali di Bush e Obama, diversi sono stati i giudici ad essere nominati. Il Presidente George W. Bush ha nominato e il Senato ha confermato due nuovi giudici: Chief Justice John Roberts e Samuel Alito. Anche Barack Obama ha nominato due giudici: Sonia Sotomayor and Elena Kagan. Nonostante queste nomine, la composizione ideologica della Corte non è cambiata.



*nomination* è andata progressivamente scemando in seguito alla riforma del procedimento di nomina intervenuta negli anni '70 che ha conferito invece alle primarie un ruolo di primo piano. Oggi le *conventions* si limitano a registrare il risultato delle primarie, tuttavia esse svolgono un'importante funzione di carattere politico, consentendo ai candidati alla Casa Bianca di avere un confronto serrato sui propri rispettivi programmi, dando ufficialmente inizio alla campagna elettorale per l'elezione del Presidente degli Stati Uniti.

Il **7 giugno** Hillary Clinton è entrata nella storia della democrazia americana vincendo la *nomination* del partito democratico alla Casa Bianca. L'ex segretario di Stato ha superato la faticosa soglia della maggioranza assoluta, i 2.383 delegati necessari perché la *convention* democratica di luglio a Philadelphia la "incoronò" come candidata alla Casa Bianca. La Clinton si è lasciata le primarie alle spalle stravincendo nell'ultimo super martedì di queste primarie partite in Iowa e New Hampshire all'inizio dell'anno, aggiudicandosi il New Mexico, il New Jersey, il Montana, ma soprattutto la California. La corsa della Clinton non è stata priva di ostacoli, oltre all'*e-mailgate* e alle critiche per l'appoggio all'invasione dell'Iraq, e al duro confronto con Donald Trump, l'ex first lady ha dovuto anche fare i conti sul fronte interno con Bernie Sanders, il senatore del Vermont, che si autodefinisce socialista e che non è mai stato iscritto al partito democratico, ha collezionato una serie di vittorie in queste primarie, da ultimo quelle ottenute a **maggio** in Indiana e in West Virginia. Hillary Clinton ha voluto attendere l'esito delle primarie di Washington Dc, l'ultimo appuntamento elettorale prima della convention di luglio del partito democratico a Philadelphia. Queste votazioni, che l'ex segretario di Stato ha vinto, non avevano alcuna importanza dal punto di vista numerico, ma una grande importanza sul piano politico. All'indomani delle primarie di Washington DC, il **14 giugno**, Hillary Clinton ha infatti incontrato Bernie Sanders per comprendere le intenzioni del senatore e offrirgli rassicurazioni. Il senatore del Vermont il **24 giugno** ha dato per la prima volta il suo *endorsement* all'ex segretario di Stato.

Hillary Clinton ha accettato il **29 luglio** la *nomination* a candidato del Partito democratico alla Presidenza degli Stati Uniti. Nel corso del discorso di accettazione che ha tenuto a Philadelphia, l'ex *First Lady* ha confermato il suo carattere di progressista, dichiarandosi a favore di una politica interna riformista, soprattutto in tema di sanità, diritti delle donne, integrazione razziale; sostenitrice di una politica estera di potenza, di un esercito forte, di una visione interventista dell'America nel mondo. Rispetto al passato ci sono alcune differenze: un richiamo molto forte alla necessità di una maggiore eguaglianza economica; la scelta di contenere Wall Street e privilegiare sempre e comunque *Main Street*; la volontà di liberare gli studenti dal peso dei debiti universitari.

Pochi giorni prima, il **20 luglio**, Donald Trump ha ricevuto ufficialmente l'investitura del Partito Repubblicano a correre per la Casa Bianca alle elezioni del prossimo novembre. Nel corso della convention repubblicana, che si è svolta a Cleveland, Trump ha raccolto il

voto di 1.725 delegati, superando senza sforzi l'asticella della maggioranza, fissato a 1.237, un risultato che all'inizio della campagna sembrava irraggiungibile per il miliardario. Nel suo discorso di accettazione della nomination, focus su immigrazione, crimini e mancanza di lavoro, portato dalle aziende all'estero.

Sullo sfondo della battaglia che vede contrapposti democratici e repubblicani, dal **4 al 7 agosto** si è tenuta un'altra *convention* quella del Partito dei verdi, il *Green Party of the United States*, GPUS, che per la seconda volta consecutiva candiderà alla Casa Bianca la dottoressa Jill Stein. Nel 2012, la Stein fu votata da 469.501 persone, lo 0,36% dei votanti, superando la soglia dell'1% nel Maine, in Oregon e in Alaska. Quest'anno, il suo vice sarà Ajamu Baraka, attivista afroamericano per i diritti umani, direttore dello *US Human Rights Network*, che in passato ha lavorato per *Amnesty Internazionale* altre organizzazioni del settore; nel 2012, Stein aveva formato un ticket femminile con Cheri Honkala, altra attivista per i diritti umani.

## CONGRESSO

### LE MODIFICHE AL FOIA (*FREEDOM OF INFORMATION ACT*)

Il **30 giugno** il Presidente Obama ha firmato, senza suscitare troppo clamore, un importante modifica al testo del [US Freedom of Information Act](#), legge meglio nota con l'acronimo FOIA. L'approvazione della legge da parte del Congresso è avvenuta in un momento in cui l'attenzione dell'opinione pubblica americana era concentrata sulle primarie e sull'impatto economico di una eventuale *Brexit*. Per comprendere l'impatto delle modifiche apportate al *US Freedom of Information Act* con il recente intervento del legislatore, è utile richiamare brevemente i contenuti originari della legge. Il FOIA è stato approvato nell'estate del 1966 sulla spinta dei grandi editori della carta stampata e di alcuni politici convinti della necessità di rendere maggiormente accessibili i documenti del governo federale. La legge, pur non presentando alcun riferimento esplicito all'accesso e all'apertura degli archivi governativi, rappresentava una svolta epocale in materia di trasparenza. Essa disponeva che “[E]very agency shall, upon request for identifiable records made in accordance with published rules ... make such records promptly available to any person”. Precedentemente all'approvazione del FOIA, l'[Administrative Procedure Act](#) riconosceva alle agenzie federali un'ampia discrezionalità nel proteggere i propri archivi

dall'accesso del pubblico, che poteva prenderne visione solo se "properly and directly concerned". Sotto FOIA, al contrario, "qualsiasi persona" può chiedere il rilascio di tutti i "documenti identificabili" di un'agenzia, senza nemmeno citare la sua appartenenza o occupazione o scopo nel fare la richiesta. Inoltre, il FOIA dà ai richiedenti il diritto di citare in giudizio in una corte federale l'agenzia se ritengono che i documenti siano stati ingiustamente trattenuti. Si evince, dunque, chiaramente la portata della legge che esprime un importante principio democratico quello per cui l'esercizio del potere deve essere pubblicamente conoscibile. Tuttavia, la legge presenta anche dei limiti in quanto non riesce a garantire pienamente la libertà di informazione, riferendosi ai soli archivi governativi e solo a quelli resi disponibili per l'accesso pubblico. Essa pertanto non si riferisce alla possibilità di accedere all'informazione in generale e non comporta un obbligo di risposta da parte delle agenzie.

Nonostante i pregi di questa celebre legge, essa non sottrae alla burocrazia il potere di controllare ciò che rimarrà segreto, e ciò che sarà divulgato. Sebbene il legislatore abbia cercato di controllare e limitare il potere delle agenzie prevedendo l'intervento dei giudici, nella pratica le corti si sono astenute dall'intervenire in merito. Gli emendamenti approvati dal Congresso in giugno modificano parzialmente questo stato di cose.

Le modifiche più rilevanti sono essenzialmente tre. In primo luogo, viene fissato a 25 anni il limite di tempo nel corso del quale i documenti possono essere secretati sulla base del *deliberative process privilege*. In secondo luogo, la legge prescrive l'accessibilità di qualsiasi documento per il quale sia stata presentata domanda per più di tre volte. Infine, si prevede la creazione di un portale online per presentare richiesta di accesso ai documenti e tracciarne l'esito. Allo stato attuale, le modifiche rischiano di restare lettera morta in quanto la legge non autorizza nuove spese. Inoltre il *FOIA Improvement Act* continua a considerare al pari della legge precedente solamente i registri attualmente esistenti e lascia il controllo sulle informazioni detenute dall'agenzia ai funzionari dell'agenzia stessa, mantenendo di fatto intatta l'opacità dell'amministrazione federale.

---

#### AUDIZIONE PRESSO LA *HOUSE FOREIGN AFFAIRS COMMITTEE* SUI DETENUTI DI *GUANTANAMO BAY*

Il **7 luglio** si è svolta una audizione presso la [House Foreign Affairs Committee](#) nel corso della quale alcuni deputati repubblicani hanno richiesto ai funzionari dell'amministrazione Obama chiarimenti circa il trasferimento dei detenuti della prigione di Guantanamo.

I deputati hanno sostenuto che i due funzionari dell'amministrazione hanno posto i detenuti in paesi che non hanno le capacità di controllo necessarie, citando il caso della scomparsa dell' ex detenuto Jihad Diyab, mandato in Uruguay nel 2014. Il repubblicano Ed Royce ha rimproverato l'inviato speciale del Dipartimento di Stato per la chiusura di *Guantanamo Bay*, Lee Wolosky, per aver fornito false rassicurazioni al Congresso. Royce anche interrogato Paul Lewis, membro del Dipartimento della Difesa (DOD), sui rapporti dell'*intelligence* in merito ai paesi in cui sono stati inviati i detenuti, affermando che i rapporti mostrano come alcuni paesi non erano attrezzati per la gestione dei detenuti. In febbraio il Presidente Obama ha presentato al Congresso un piano per la chiusura del carcere di Guantanamo dopo che a novembre il Senato aveva approvato il *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2016* (NDAA), che proibisce il trasferimento negli Stati Uniti dei detenuti di Guantanamo e ritarda di fatto il progetto del Presidente di chiudere il carcere entro ottobre.

---

#### IL RAPPORTO DELLA *HOUSE INTELLIGENCE COMMITTEE*

La *House Intelligence Committee* ha declassificato e pubblicato, il **15 luglio**, una nuova sezione del [rapporto della 2002 Joint Congressional Inquiry into Intelligence Community Activities Before and After the Terrorist Attacks of September 11, 2001](#). Le 28 pagine del rapporto descrivono nel dettaglio i collegamenti tra l'Arabia Saudita e gli attentatori dell'11 settembre. L'opportunità di pubblicare il rapporto ha stimolato negli anni un vivace dibattito che ha coinvolto e contrapposto il legislatore e i familiari delle vittime. Il rapporto non evidenzia il coinvolgimento diretto del governo saudita, la sua pubblicazione incontra, tuttavia, il favore di alcuni membri del Congresso che intravedono ora la possibilità di svolgere ulteriori indagini anche in seguito all'approvazione, in maggio, da parte del Senato di un disegno di legge che consente alle famiglie delle vittime degli attentati dell'11 settembre di citare in giudizio l'Arabia Saudita. Il disegno di legge si trova attualmente all'esame della Camera dei Rappresentanti e il Presidente ha già minacciato di apporre il veto qualora disegno di legge dovesse essere approvato da entrambe le camere. Nel 2012 un giudice per la Corte Distrettuale degli Stati Uniti per il Distretto Meridionale di New York ha respinto una mozione per ripristinare l'Arabia Saudita come imputato in una causa civile di compensazione intentata dalle vittime degli attacchi terroristici del 9/11.

## PRESIDENTE ED ESECUTIVO

## QUESTIONE RAZZIALE

Il **19 maggio** il Presidente Obama ha apposto la firma al disegno di legge [HR 4238](#) che dispone l'eliminazione dei termini "Negro" e "Oriental" dalle leggi federali allo scopo di modernizzare il linguaggio legale. Il provvedimento mira non solo alla sostituzione di questi termini con afroamericano e asiamericano, ma contribuisce anche a ridefinire nella legislazione il ruolo delle minoranze in un momento in cui negli Stati Uniti la questione razziale riemerge con prepotenze dalle pagine di cronaca.

L'amministrazione Obama ha compiuto notevoli sforzi anche in passato per risolvere la questione dell'ineguaglianza razziale annunciando nel luglio 2015 una serie di provvedimenti mirati a far coincidere gli obiettivi del [Fair Housing Act of 1968](#) (FHA) con le politiche di assegnazione degli alloggi.

*PARDONING POWER E CRIMINAL JUSTICE REFORM*

Il Presidente Obama ha commutato il **3 giugno** le pene di quarantadue detenuti condannati per crimini di droga non violenti. La decisione del presidente si inserisce nell'ambito degli sforzi dell'amministrazione di procedere ad una più ampia riforma della [giustizia penale. Il pardoning power negli Stati Uniti assume cinque forme distinte: pardon, amnesty, commutation, reprieve e remission of fines. La commutation consiste nella modifica della sentenza di condanna al fine di rendere più lieve la pena.](#)

Le commutazioni saranno effettive dal 1° ottobre 2016 e si sommano alle 306 commutazioni decise da Obama per crimini analoghi nel corso del suo mandato.

Il **25 giugno** la Casa Bianca ha annunciato una serie di programmi mirati ad assicurare il reinserimento dei detenuti nella società al termine della pena. Uno dei provvedimenti prevede lo stanziamento di fondi governativi a favore dell'educazione in college di oltre dodicimila detenuti in prigioni statali e federali. Il provvedimento coinvolgerà 141 centri correzionali e 67 istituti universitari, impegnati nell'organizzazione di corsi mirati alla preparazione professionale dei detenuti e all'inserimento degli stessi in programmi di tirocinio che ne facilitino l'ingresso nel mondo del lavoro. L'annuncio

dell'amministrazione ha attirato le critiche dei conservatori. Questi ultimi ritengono che le azioni promosse dall'esecutivo minacciano l'efficacia degli sforzi intrapresi per combattere e smantellare le organizzazioni criminali coinvolte nel traffico di stupefacenti.

## CORTI

### SECONDO EMENDAMENTO

Il **16 maggio** la [US Court of Appeals for the Ninth Circuit](#) ha [stabilito](#) che il Secondo emendamento garantisce il diritto ad acquistare e vendere armi da fuoco. Tre individui hanno impugnato una ordinanza della contea di Alameda, California, che vieta alle armerie di essere situate a 500 piedi da un quartiere residenziale. Il giudice ha ritenuto che, mentre l'ordinanza potrebbe benissimo essere costituzionale, deve essere soggetta al controllo intensificato.

La sentenza della corte ha ammesso ai querelanti di procedere, ribaltando la decisione della corte inferiore, che aveva respinto le richieste dei querelanti relativamente al secondo emendamento. Il tema continua ad essere molto controverso e a stimolare un acceso dibattito tra giuristi e politici. In gennaio il Presidente Obama ha annunciato delle *executive actions* per il controllo delle armi in risposta ai gravi fatti di cronaca che hanno scosso il Paese nell'ultimo anno.

### PENA DI MORTE

La Corte Suprema ha rigettato il **31 maggio** la richiesta di decidere sulla costituzionalità della pena di morte nel caso [Tucker v. Louisiana](#). Il giudice Stephen Breyer ha redatto un'opinione dissenziente discostandosi dalla decisione della corte di rifiutare il *certiorari*. Anche il giudice Ruth Bader Ginsburg si è espressa in dissenso rispetto alla maggioranza della corte. Breyer si è soffermato a lungo sull'incostituzionalità della pena di morte come viene attualmente applicata. La punizione capitale rimane una delle questioni più controverse negli Stati Uniti. Negli ultimi mesi il tema è stato al centro delle decisioni di diversi legislativi statali e di alcune corti distrettuali.

---

## EQUAL PROTECTION CLAUSE E DISCRIMINAZIONE RAZZIALE

In *Fisher v. University of Texas at Austin* la Corte suprema ha stabilito nella decisione adottata il **23 giugno** con un voto di 4-3 che il programma di ammissioni che tiene conto della razza in uso presso l'Università del Texas a Austin, quando la querelante, Abigail Fisher, ha presentato la propria domanda di ammissione nel 2008, è costituzionalmente legittimo in base alla *Equal Protection Clause*. L'opinione di maggioranza è stata estesa dal giudice Kennedy, mentre il giudice Thomas ha redatto un'opinione dissenziente così come il giudice Alito. Il giudice Kagan non ha, invece, preso parte al giudizio.

---

## IMMIGRAZIONE

In *United States v. Texas* la Corte è stata chiamata a stabilire (1) se uno Stato che fornisce volontariamente un sussidio a tutti gli stranieri titolari di *deferred action* (status particolare che l'esecutivo può riconoscere agli stranieri che sono entrati negli Stati Uniti come minori e che sono in possesso di determinati requisiti) è legittimato a promuovere un'azione in base al *Administrative Procedure Act* (APA) nei confronti del *Secretary of Homeland Security's guidance* nel tentativo di stabilire un processo per considerare la *deferred action* per alcuni stranieri; (2) se la guida è arbitraria o comunque non in conformità con la legge; (3) se la guida è stata oggetto di procedure di notifica e-commento sulla base di quanto stabilito nel APA; e (4) se la guida viola la *Take Care Clause* della Costituzione, l'articolo II, sezione 3. Il **23 giugno**, la Corte ha rinviato il caso alle corti di grado inferiore con la nota formula "affirmed by an equally divided Court". In questo modo la Corte si contrappone all'Esecutivo nella politica dell'immigrazione.

---

## DIRITTO ALL'ABORTO

Nel caso *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, deciso il **27 giugno**, la Corte con un voto 5-3 contro due punti della norma che avrebbero ridotto ulteriormente il numero di cliniche dove praticare l'interruzione di gravidanza. A favore della legge si sono espressi il *chief justice* John Roberts Jr., Clarence Thomas e Samuel Alito.

Secondo la maggioranza, le norme imposte dal Texas "hanno creato ostacoli inaccettabili per l'accesso all'aborto". Queste le motivazioni che hanno spinto la corte ad

esprimersi contro la decisione della corte d'appello, favorevole a due punti di una legge che avrebbero provocato la chiusura di circa trenta cliniche, lasciandone attive solo dieci.

Il diritto all'aborto è stato riconosciuto negli Stati Uniti con la sentenza del 1973 nel caso *Roe v. Wade* e difeso nel 1992 con la decisione nel caso *Planned Parenthood v. Casey*, con cui si afferma che gli Stati non possono far gravare “undue-burdens” sul diritto costituzionale di abortire, con la previsione di “norme sanitarie non necessarie che hanno lo scopo di ostacolare le donne che vogliono abortire”. Il caso riguardava due punti di una legge del Texas, firmata nel 2013 dall'allora governatore repubblicano Rick Perry, che prevedeva la chiusura delle cliniche prive degli standard di un ospedale. La legge prevedeva, inoltre, che i medici che praticano l'aborto nelle cliniche avrebbero dovuto avere il privilegio di ammissione dei loro pazienti in un ospedale nel raggio di 30 chilometri, quasi mai possibile in Texas.

---

## LIBERTÀ RELIGIOSA

Questo autunno la Corte sentirà le argomentazioni orali in una controversia ha avuto inizio come una battaglia a proposito di un parco giochi - o, per essere precisi, le superfici del parco giochi presso l'asilo nido e scuola materna gestite da una chiesa del Missouri. Nel caso *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Pauley* la chiesa sostiene che la sua esclusione da un programma statale che fornisce finanziamenti per aiutare le associazioni non-profit a comprare le superfici di gomma del parco giochi viola la Costituzione, perché discrimina le istituzioni religiose. La controparte statale sostiene che non vi sia alcuna violazione costituzionale, perché la chiesa può ancora svolgere le funzioni religiose o gestire il suo nido come meglio ritiene opportuno - lo Stato semplicemente non intende pagare il rifacimento del parco giochi. Le due parti sono però d'accordo su un punto: la posta in gioco in questo caso potrebbe essere molto più alta delle superfici di un parco giochi. La disputa risale al 2012 quando la *Trinity Lutheran Church* ha presentato la propria candidatura per un programma statale che rimborsa le associazioni no-profit per l'acquisto e l'installazione di pavimentazioni di gomma riciclata dai pneumatici per i parchi giochi. La chiesa sperava di poter accedere al programma per apportare delle migliorie all'attuale stato del parco giochi. Il *Department of Natural Resources* del Missouri, responsabile della gestione del programma di finanziamenti, aveva valutato positivamente la domanda della *Trinity Church* che si era posizionata al quinto posto di un elenco di quarantaquattro candidati. Sebbene fossero quattordici le istituzioni destinate a ricevere l'aiuto statale, la domanda della *Trinity Lutheran Church* è

stata rigettata sulla base di una disposizione statale che nega il finanziamento statale diretto o indiretto a qualsiasi chiesa, setta o gruppo di denominazione religiosa.

La *Trinity Lutheran* si è rivolta ad una corte distrettuale federale, sostenendo (tra l'altro) che il rifiuto dello Stato di fornire fondi per il suo parco giochi ha violato due diverse disposizioni della Costituzione degli Stati Uniti: la [Free Exercise Clause](#) del Primo Emendamento, che esclude i governi dal fare leggi o implementare politiche che proibiscano il libero esercizio della professione religiosa, e la *Equal Protection Clause* del Quattordicesimo Emendamento, che impone ad uno stato di applicare uniformemente le sue leggi ed evitare il trattamento differenziato di individui o gruppi di persone in circostanze simili. Sia la corte distrettuale federale che la corte d'appello federale si è pronunciata a favore dello Stato, ma il 15 gennaio 2016, la Corte Suprema ha accettato di esaminare il caso. Sebbene l'*oral argument* non sia stato ancora messo in calendario è molto probabile che la Corte esaminerà il caso nella seduta di novembre. Tradizionalmente i casi che riguardano l'argomento religioso risultano molto divisivi per i giudici della Corte. L'assenza del nono giudice renderà la decisione della Corte ancora più ardua e bisognerà attendere per vedere se la Corte deciderà di attendere la sua integrazione e la nomina del successore di Scalia oppure optare per una sentenza contenuta che non stabilisca un precedente per tutto il Paese.

---

## DIRITTO DI VOTO

Il diritto di voto è stato oggetto di numerose azioni legali negli Stati Uniti, in particolare in un anno di elezioni presidenziali. All'inizio di **maggio**, un giudice federale ha stabilito che la legge di identificazione degli elettori della Virginia, che richiede che gli elettori presentino un documento d'identità valido o al momento del voto o entro tre giorni dopo il voto, è costituzionale. Sempre a **maggio** un giudice federale ha stabilito che il Kansas non può richiedere agli elettori di fornire la prova di essere in possesso della cittadinanza americana al momento della registrazione. In **luglio** un giudice federale ha stabilito che l'eliminazione da parte dello stato Ohio dell' *early in-person voting* era incostituzionale e in violazione della sezione 2 del *Voting Rights Act*. Il **20 luglio** la [US Circuit Court of Appeals for the Fifth Circuit](#) ha, infatti, stabilito che la [legge del Texas](#) sulla presentazione di un documento di identità dotato di fotografia al momento del voto, ha effetti discriminatori sugli elettori appartenenti alle minoranze e che si pone in violazione della sez.2 del [Voting Rights Act](#) (VRA). Il caso è stato rinviato alla corte inferiore per un riesame, affinché stabilisca se l'intento discriminatorio è intenzionale o meno. Alla corte distrettuale spetta ora implementare un rimedio temporaneo alle

procedure di voto. La legge del Texas sull'identificazione degli elettori, approvata per la prima volta nel 2011, è una delle più severe del Paese. La legge è stata in un primo momento bloccata dal [Dipartimento di Giustizia](#), che in passato aveva il potere di controllare le modifiche in materia elettorale apportate in alcuni Stati in base alle sez.4 e 5 del *Voting Rights Act*. Quando la Corte Suprema ha eliminato, nel 2013, la sec.4 del *Voting Rights Act* il Dipartimento di Giustizia ha perduto tale prerogativa e il legislatore del Texas ha annunciato, all'indomani della sentenza della Corte Suprema, l'intenzione di ripristinare la legge elettorale dello Stato. Nell'ottobre del 2014 una corte distrettuale aveva [stabilito](#) che legge SB 14 viola il quattordicesimo e il quindicesimo emendamento della Costituzione e ha presentato un'ingiunzione permanente contro l'entrata in vigore della legge. Ma in seguito una corte d'appello ha temporaneamente reintegrato la legge, sostenendo che le elezioni erano troppo a ridosso per apportare dei cambiamenti e la Corte Suprema ha concesso che la legge tornasse in vigore. Il **29 luglio** un giudice della [US District Court for the Western District of Wisconsin](#) ha [annullato](#) diverse leggi elettorali dello Stato approvate negli ultimi anni affermando che “parts of Wisconsin's election regime fail to comply with the constitutional requirement that its elections remain fair and equally open to all qualified electors”.

L'ordinanza della Corte Suprema di fine agosto ben si colloca all'interno della tendenza consolidatasi negli ultimi mesi da parte delle corti statunitensi in materia elettorale.

Una Corte suprema divisa ha [respinto](#) il **31 agosto** la [richiesta della Nord Carolina](#) di permettere allo stato di far entrare in vigore tre delle previsioni della controversa legge elettorale approvata nel 2013. Per sospendere l'esecuzione della sentenza di una corte inferiore che blocca l'entrata in vigore della legge era necessario il voto favorevole di cinque degli otto giudici della Corte Suprema. Il legislatore del North Carolina ha promulgato la legge sulla scia della sentenza della Corte del 2013 nel caso [Shelby County v. Holder](#), che ha annullato la formula federale utilizzata per determinare quali governi statali e locali devono ottenere l'autorizzazione preventiva ad apportare eventuali modifiche alle loro leggi elettorali. Qualora la legge entrasse in vigore questa richiederebbe agli elettori della Nord Carolina di mostrare un documento di identità rilasciato dal governo, comporterebbe la riduzione del numero di giorni per il voto anticipato, l'eliminazione del voto al di fuori del distretto, il divieto di registrazione degli elettori nello stesso giorno del voto, e l'abolizione della pre-registrazione per i giovani elettori. Con l'ordinanza, la Corte si è pronunciata solo sulla richiesta del Nord Carolina per far rispettare le tre disposizioni durante le prossime elezioni di novembre; non entrando nel merito della sentenza della corte inferiore. Lo Stato può ancora chiedere alla Corte Suprema di rivedere la controversia, ma anche qualora la Corte accettasse di

riesaminare il caso, non si pronuncerebbe se non dopo novembre, pertanto, troppo tardi per incidere sulle imminenti elezioni.

## FEDERALISMO

### RICHIESTA DI *IMPEACHMENT* PER OBAMA

Il **19 maggio** il legislative dell'Oklahoma ha approvato una *resolution* con la quale richiede al Congresso di avviare un procedimento di impeachment a carico del Presidente Obama in relazione alla sua direttiva rivolta a garantire la protezione e l'inclusione dei transgender nella legislazione federale concernente i diritti civili. Il legislatore statale ritiene che il Presidente abbia travalicato i poteri costituzionalmente attribuitigli. I membri della Camera dei rappresentanti eletti da questo stato sono invitati, pertanto, a presentare articoli di impeachment contro il presidente degli Stati Uniti, il procuratore generale degli Stati Uniti, il Segretario della Pubblica Istruzione e qualsiasi altro funzionario federale. I diritti delle persone transgender sono un tema al centro del dibattito politico a livello globale, come dimostra la decisione del primo ministro canadese, Justin Trudeau, di introdurre in maggio un disegno di legge che qualora venga approvato vieterebbe la discriminazione transgender, includendola tra i crimini di odio.

### PENA DI MORTE

La *proposition 66* è una delle proposte legislative di iniziativa popolare sui quali gli elettori californiani saranno chiamati ad esprimersi questo novembre. Si tratta di una proposta molto controversa il cui fine è quello di introdurre procedure spicce, niente ritardi né appelli che fanno lievitare i costi della pena capitale, tempi minimi di permanenza nel braccio della morte. Il *Californians for Death Penalty Savings and Reform*, un gruppo di pressione guidato da alcuni avvocati distrettuali e familiari delle vittime ha raccolto un numero di firme sufficienti a svolgere la consultazione sul *Death Penalty Reform and Savings Act of 2016* l'8 novembre. Il **1° luglio** il Segretario di Stato della California ha ufficialmente certificato l'iniziativa assegnandogli il numero 66. Sul fronte opposto rispetto a quello dei sostenitori della *proposition 66* vi è il gruppo "Justice That Works", guidato dall'attore Mike Farrell, convinto abolizionista e attivista per i diritti umani di fama internazionale, attorno al quale si è raccolto un impressionante

numero di politici, capi religiosi, operatori del diritto e artisti a sostegno della *proposition* 62, [The Justice That Works Act of 2016](#).

---

## SECONDO EMENDAMENTO

I temi del controllo delle armi da fuoco e del diritto a portare le armi, garantito dal secondo emendamento, continuano ad essere piuttosto controversi negli Stati Uniti.

In **giugno** il Governatore delle Hawaii David Ige ha firmato una [legge](#) che richiede ai possessori di armi di essere inseriti in un apposito database dell’FBI. Sempre in giugno, la Corte Suprema ha negato il *certiorari* in due casi separati riguardanti i divieti per le armi d’assalto. La corte ha negato gli appelli senza offrire alcun commento, lasciando inalterate le sentenze delle corti inferiori che avevano ritenuto i divieti costituzionalmente legittimi. In risposta alla strage di Orlando nel mese di **giugno**, le Nazioni Unite hanno esortato gli Stati Uniti ad aumentare il controllo sulle armi. E’ in tale contesto che si inserisce la decisione di alcuni legislativi statali di approvare una normativa limitativa del diritto a portare le armi.

Il Governatore della California, Jerry Brown, ha firmato il **1° luglio** [venti disegni di leggi](#) approvati dal legislativo dello Stato, sei dei quali modificano la normativa dello stato in materia di detenzione e uso delle armi da fuoco. I disegni di legge hanno diversi scopi, come ampliare la definizione di “un’arma d’assalto” [AB 1135; SB 880], specificare i termini delle relazioni per il prestito di armi [AB 1511], istituiscono il reato per aver reso false dichiarazioni in merito allo smarrimento o al furto di un’arma da fuoco [AB 1695 testo], definiscono le modalità per l’acquisto di munizioni [SB 1235]. Le leggi giungono dopo mesi di dibattito all’interno dello stato a seguito della sparatoria di San Bernardino.

---

## FORZE DI POLIZIA E USO DELLA FORZA

Il Governatore del Texas, Greg Abbott, ha annunciato il **18 luglio** che intende proporre una legge che preveda pene aggiuntive per i crimini contro gli agenti di polizia. Il [Police Protection Act \(PPA\)](#) estenderà le garanzie previste per i crimini di odio agli ufficiali di polizia e prevedrà l’organizzazione di una campagna educativa a favore dei giovani texani sull’importanza del ruolo svolto dagli ufficiali di polizia all’interno delle comunità cittadine. La proposta del governatore del Texas si inserisce nel contesto di un dibattito nazionale riguardo il ruolo della polizia e l’uso della forza, soprattutto nei confronti dei cittadini afroamericani. Anche altri Stati, tra cui il Nord Carolina e la Louisiana, hanno provveduto

a dotarsi di una legislazione a garanzia degli ufficiali di polizia in servizio, che prevede un inasprimento delle pene per i crimini che li riguardano.

## CONSIDERAZIONI BREVI SULLA RIFORMA DELLA COSTITUZIONE PROMOSSA DAL GOVERNO

di Pietro Giuseppe Grasso \*

Danilo Castellano \*\*

1.  
**F**ra i cultori del diritto pubblico appare diffusa l'attenzione per il disegno di legge costituzionale n. 1429-B Senato, pubblicato in "Gazzetta ufficiale" n. 88 del 16 Aprile di quest'anno 2016, proposto dal Governo, poi approvato dalle Camere del Parlamento, secondo l'art. 138 Cost. È previsto nei mesi prossimi lo svolgimento del referendum confermativo su richiesta di una frazione di elettori. Nel testo di tale disegno di legge è contemplata la riforma integrale della parte seconda della stessa Costituzione, comprendente le regole sul Governo della Repubblica, quindi sull'organizzazione dei pubblici poteri. Fuori dalle pretese di novità sono lasciate le disposizioni concernenti i principi generali, i diritti e i doveri fondamentali, comprese negli articoli da 1 a 54 della medesima carta repubblicana. Chiara riesce quindi l'intenzione di mantenersi nel contesto delle ideologie del costituzionalismo liberaldemocratico, perseguita dai riformatori dell'oggi.

Stando a un insegnamento autorevole, nei Paesi dell'Europa occidentale, per le costituzioni scritte soprattutto importante è stabilire un buon modello di organizzazione, appropriato secondo gli aspetti effettivi di un determinato Paese, posto che la parte concernente i diritti fondamentali permane sostanzialmente comune anche per più ordinamenti.

È da rilevare, in ogni modo, che proprio l'intenzione di mantenere detta continuità, al presente, va incontro a taluni aspetti problematici che non sussistevano nel 1946, allorché fu convocata l'Assemblea costituente. Le concezioni teoriche del passato erano fondate sulla premessa secondo che la costituzione scritta era da ritenere come parte essenziale e primaria dell'ordinamento di uno Stato, conforme ai paradigmi del diritto positivo attuato fra i popoli dell'Europa continentale. In tal senso erano contenute espressioni anche nei testi ufficiali: per esempio, in termini analoghi a quanto già enunciato nello Statuto albertino, alla XVIII delle "Disposizioni finali e transitorie", la Costituzione risulta auto-definita come "legge fondamentale della Repubblica" [italiana]. È appena da ricordare che, nel linguaggio usuale del

---

\* Professore emerito di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Pavia.

\*\* Professore ordinario di Filosofia della politica – Dipartimento di Scienze giuridiche, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Udine, già Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Udine.

1947, la parola repubblica stava a designare una fra le “forme di governo” proprie dello Stato moderno.

Da quanto sopra rilevato consegue che gli insegnamenti e i concetti un tempo riguardati come classici riescono problematici, quando s'intenda riproporli per la comprensione della realtà contemporanea. Lo Stato ha perduto i suoi storici caratteri, presupposti nelle costruzioni teoriche più seguite: nei fatti riuscirebbe improprio parlare di ordinamento affatto indipendente e sovrano, abilitato a provvedere a tutte quante le necessità collettive di un gruppo sociale fisso stabilmente su di un territorio proprio, sotto un comune governo.

Dal decadere di quei caratteri sono derivate le attività rivolte alla formazione di un più esteso ordinamento continentale europeo, adeguato a sostituire gli Stati nelle funzioni necessarie alla convivenza politica di un gruppo sociale numeroso. I disegni di fondare unità politiche di maggior estensione sono però ancora ben lontani dal compimento. Ammesso che in futuro abbiano a seguire itinerari compatibili coi termini della dottrina classica, ai riformatori si proporrebbe il quesito se la futura Costituzione della Repubblica italiana sarà da considerare la legge fondamentale di uno Stato indipendente e sovrano ovvero di uno Stato membro di uno Stato federale, più esteso e comprensivo. Introdurre una costituzione scritta conformata ai canoni del tempo che fu, piuttosto che una soluzione potrebbe pure dimostrarsi fatica inutile, con tutto da ripetere. Anche per il caso torna utile richiamare l'assunto secondo che conoscere il proprio tempo è essenziale a coloro che intendono escogitare paradigmi e strumenti istituzionali adeguati per il presente e per il futuro.

## 2.

Altre difficoltà paiono fatte palesi dall'osservazione storica. Nel corso delle vicende costituzionali dell'Italia unita è dato di registrare eventi piuttosto rari: la caduta per declino interno di due assetti di governo stabiliti, conformati ai principî liberaldemocratici, pure se attuati in due forme istituzionali differenti: il Regno d'Italia, uscito dal Risorgimento, nel 1919; la c.d. “Prima Repubblica”, nell'ultimo decennio del secolo XX. L'epilogo della “Prima Repubblica” fu commentato con tristezza e severità da Norberto Bobbio, critico sull'operato dei governanti.

Importa notare che tali due vicende di decadenza, pure svoltesi sotto forme di governo diverse, avevano avuto svolgimenti simili per carattere. È da ricordare, in proposito, un'osservazione di Francesco Saverio Nitti, secondo la quale, a cambiare costituzione, sono i popoli sconfitti. Ma tale detto non vale per l'Italia del 1922 e del 1990, quando il Paese si era trovato dalla parte dei vincitori, alla conclusione di gravi conflitti, pur in condizioni diverse: la prima guerra mondiale, particolarmente, e poi la c.d. “guerra fredda”. È da rilevare che la dissoluzione di un ordine istituzionale politico, per suo svolgimento interno, già era stata avvertita da Antonio Rosmini, in sede di trattazione filosofica. Per l'Italia appare singolare che la dissoluzione di un assetto politico per vicende interne a un sistema di costituzionalismo fosse stata ripetuta due volte in un periodo di sessant'anni, dopo tanti mutamenti nella vita civile, sociale, economica, culturale, oltreché nelle istituzioni politiche.

Anche per le sommarie considerazioni che precedono è da ritenere che alla disamina analitica dei singoli articoli del disegno di legge costituzionale in esame, torni utile premettere alcuni accenni critici circa gli elementi ideologici e strutturali che informano l'ordine costituzionale che si vorrebbe dare all'Italia per il futuro. Nelle presenti pagine è solo consentito proporre un'esposizione parziale, in connessione a taluni momenti di *continuo* e *discontinuo*, per quanto oggi perseguito e quanto avvenuto sotto l'imperio della c. d. "Prima Repubblica". Si possono quindi addurre talune indicazioni circa gli svolgimenti successivi.

a) Nell'ordine etico culturale, dal quale trae ragion d'essere la costruzione politica repubblicana, permane fondamentale il principio di laicità dello Stato, onde è pervaso ogni aspetto della vita civile.

b) A quella scelta storicamente pare connettersi l'adesione alle ideologie razionalistiche, nella versione costruttivistica, secondo che si pensa che l'organizzazione dei pubblici poteri sia da formare mediante calcoli corrispondenti a schemi prestabiliti da pochi, pur in polemica col passato e con le esperienze ritenute irrazionali e difettose.

c) È poi avvenuto che, contro la proclamazione della sovranità di tutti, il comando effettivo è risultato costantemente gestito da pochi, da gruppi sempre più ristretti; fino a pervenire alla formazione di un ceto di politici di mestiere, di persone che traggono da vivere da remunerazioni di partito o dalle indennità di cariche pubbliche. Ai cittadini comuni è dato solo di scegliere fra gruppi di minoranza, sia pure numerosi almeno qualche volta.

Nelle indicazioni che precedono riesce solo di distinguere tra scelte di ordine ideologico, *sub* a) e b), ed elementi di struttura organica *sub* c). Torna pertanto utile far seguire qualche accenno pure sommario d'illustrazione generale. È poi da verificare, in termini del pari sommari, se con le revisioni del testo, oggi propugnate dal Governo, per i sopra menzionati elementi ideali e strutturali sia prevista, in tutto o in parte, la soppressione ovvero se sia da riscontrare la ricerca d'innovazioni nella continuità delle anteriori premesse storico-spirituali.

### 3.

Prima pare però preferibile dare qualche sommaria notizia circa i profili ideologici e culturali sopra menzionati.

a) Per voto dell'Assemblea costituente fu espressamente respinta una richiesta di mantenere, ancora nel testo nuovo, il principio, già sancito nell'art. 1 dello Statuto albertino, secondo che la religione cattolica, apostolica, romana era da riconoscere come la sola religione ufficiale dello Stato. Nel testo definitivo della carta repubblicana non furono più introdotte disposizioni circa la qualificazione religiosa in materia. È da accogliere quindi l'assunto secondo che un siffatto silenzio, *rectius* la mancanza di professione religiosa, attesta la scelta di laicità, di neutralità religiosa dello Stato: la Repubblica non riconosce alcuna verità assoluta, data da autorità divina, superiore agli uomini, rimane perciò estranea a tutte le confessioni religiose. Come diritto individuale a ciascuno è garantita piena libertà di professione religiosa e sono inoltre garantite libertà di gruppo quanto al culto e alle organizzazioni confessionali, ma come manifestazioni umane, terrene, immanenti, proprie degli individui o delle loro associazioni volontarie. Tale è

la concezione condivisa dalla Corte costituzionale, la quale in più sentenze, in particolare con quella n. 205 dell'anno 2000, ha testualmente riconosciuto il carattere di laicità dell'ordinamento statale. In teoria è da ricordare particolarmente quanto enunciato da uno studioso di fama mondiale, Joseph Weiler, il quale, anche con riferimento esplicito alla nostra Costituzione, aveva dichiarato che il “silenzio” in materia, in essa mantenuto, è da intendersi come decisione per la laicità. È da rilevare che nello stesso ordine di pensiero è dato di discernere riscontri nella dottrina e anche nell'esperienza.

b) Contro la scelta in senso laicista dell'Assemblea costituente, fin dai primi tempi, si erano espressi alcuni cattolici, informati alla lettura dei testi, in cui era stata esposta la dottrina sociale della Chiesa. Da quei cattolici era stato pure avvertito che, per la formazione della Costituzione del 1947 erano state seguite vedute radicalmente razionalistiche, quindi pretese di “costruire” istituzioni, quasi edifici, prodotti astratti d'ingegneria istituzionale, seguendo premesse ideologiche, anziché procedere con cautela, secondo riflessioni storiche e realistiche. I nostri Costituenti avevano riproposto in termini piuttosto conseguenziali indirizzi diffusi nei Paesi dell'Europa centrale durante il primo dopoguerra, poi ripresi nel secondo: allora cominciò la tendenza dei Governi di partito a imporre “costituzioni fatte in serie”, dette anche “razionalizzate”, opera di pochi secondo ideologie e schemi escogitati a priori. Anche le spinte in senso razionalistico si riscontrano nel disegno di legge costituzionale in esame. Anzi, si potrebbero financo notare deduzioni estreme, sia pure con affermazioni inconsuete, come le pretese necessità di dover affrettare la conclusione dei procedimenti parlamentari, con le quali pretese si direbbero dimenticati taluni classici moniti circa i pericoli del moltiplicarsi dei testi legislativi.

c) Anche se con modificazioni di fatto, una continuità si riconosce nei caratteri delle “forze politiche” preposte alla gestione dei pubblici poteri. In argomento torna utile anticipare che si ritiene di fare richiamo alla teoria della “costituzione in senso materiale” come enunciata da Costantino Mortati, in quanto idonea a suggerire qualche elemento di riflessione nella ricerca di comprendere l'esperienza dell'oggi. Si tratta, per altro, di questioni tali che importano qualche più esteso svolgimento a parte.

#### 4.

Ancorché in termini sommarî occorre una disamina specifica circa le questioni attenenti alla gestione politica nel nostro ordine costituzionale. Torna utile ricordare che, in passato, furono anche affacciate ricostruzioni unitarie e sistematiche mediante un'esegesi dei testi costituzionali. Fu proposto di prendere a base l'art. 1 della stessa Costituzione, con la proclamazione della sovranità popolare. Si potrebbero anche formulare critiche ai tentativi di fare valere un'applicazione tutta dogmatica per un testo in cui risulta palese il significato storico ideologico. Ma ciò va lasciato da parte. Piuttosto è da notare come riescano dubbie rappresentazioni sistematiche e uniformi per una compagine complessa, composta di più elementi eterogenei. Sono quindi da ritenere meglio rispondenti al vero descrizioni e classificazioni intese a definire i rapporti tra elementi diversi e pur eterogenei.

Al fine di trarre spiegazioni anche per le questioni in esame, sia consentito richiamare un insegnamento rigoroso, enunciato nel contesto di una trattazione teorica, intesa a descrivere la struttura del nostro “sistema politico”. Come enunciato da Paolo Farneti, nel sistema politico italiano è da distinguere tra tre membra: la società civile; le istituzioni costituzionali e pubbliche; la società politica. Nella prima, oltre la famiglia, vanno annoverate le società e le organizzazioni per le attività economiche, sociali, culturali. Le istituzioni, almeno nelle parti più elevate, sono regolate da norme costituzionali. Nella società politica sono compresi i soggetti che, indipendentemente dalla giurisdizione e dall’amministrazione, si occupano della conquista elettorale e della gestione dei poteri politici.

##### 5.

È da osservare che la summenzionata ricostruzione del sistema politico pare rilevante anche nell’ordine degli studi giuridici. È da ritenere infatti proponibile un confronto con la suddetta teoria della “costituzione in senso materiale”. Com’è noto, per una tale teoria, si riconosce una preminente funzione di diritto costituzionale alla “forza politica”, gruppo ristretto, nei fatti capace di ordinare la comunità sociale compresa nello Stato e renderla operante in vista di un fine politico; almeno di solito, entro i limiti e le regole della costituzione scritta. Sempre secondo l’insegnamento ricordato e come confermato dall’esperienza, le “forze politiche” si manifestano attive per quanto concerne la formazione delle carte costituzionali, la loro attuazione, come anche per le cosiddette “modificazioni tacite”.

##### 6.

Nella presente esposizione torna utile considerare le correlazioni tra i caratteri della società politica e la costituzione scritta; così anche per il passaggio dalla carta del 1947 al disegno di legge costituzionale in esame. Sono infatti da registrare notevoli trasformazioni.

Alla conclusione della seconda guerra mondiale erano presenti nel Paese figure di partiti ben organizzati, sostenuti da frazioni stabili di elettori, pur in misure diverse. Definiti erano gli stessi partiti per le adesioni alle ideologie in quel momento diffuse nell’Europa continentale. È da notare che un grande pensatore come Augusto Del Noce aveva allora proposto l’espressione “carattere filosofico della storia contemporanea”, quasi a denotare la tendenza a fare della politica un susseguirsi di tentativi di mandare ad effetto visioni diverse dell’uomo e della società. Nel proseguire del tempo, gli stessi partiti italiani erano giunti a contrapporsi per l’adesione alle direttrici propugnate dall’una o dall’altra delle due grandi potenze, onde il mondo era diviso in due blocchi ostili.

Si può pensare a una certa rispondenza fra le suddette condizioni storico spirituali e i criteri fondamentali nella concezione della carta costituzionale repubblicana seguiti dall’Assemblea costituente. Determinante fu, per quella concezione, il disegno di consentire la presenza attiva nelle istituzioni pubbliche del maggior numero possibile di forze politiche esistenti nel Paese. Somma si rileva la cura di evitare sopraffazioni e pure un’eccessiva preminenza degli uni contro gli altri. Fu quindi previsto un numero alquanto elevato di organi costituzionali, tanto da favorirne bilanciamenti e freni anche reciproci. Furono poi accresciute le garanzie, a fini di

controlli. È da aggiungere che dalla medesima Assemblea era stata espressa una certa preferenza per il sistema elettorale proporzionale, come più consono alle ragioni proprie del pluralismo ideologico, tanto esaltato nel dopoguerra, pure se non enunciato nelle prescrizioni di grado costituzionale nel senso formale.

Qualche altra considerazione è da farsi al fine di ben comprendere gli aspetti della realtà riconducibili sotto l'espressione "società politica" in parte confrontabile con quella di "costituzione in senso materiale", durante gli anni della cosiddetta "Prima Repubblica". In quegli anni, di fatto, era venuta a determinarsi la formazione di una categoria di professionisti della politica; persone che dedicano, in modo continuativo, gran parte della propria attività all'esercizio di uffici pubblici elettivi, alle organizzazioni di partito, alla propaganda. Importante è poi il fatto che le stesse persone da tali impegni traggono i mezzi per la propria sussistenza. È pure noto che vi sono uomini della società civile, i quali riescono ad accedere a cariche elettive o di partito, come professori, avvocati, medici, imprenditori e altri ancora. Ma si tratta, per lo più, di eccezioni, possibili solo col consenso e col sostegno dei "professionisti".

Con la fine della "guerra fredda" era sopravvenuta anche la decadenza dei partiti, che avevano segnato le origini e la vita della "Prima Repubblica", nell'alternarsi di compromessi e contrapposizioni, anche in dipendenza dalle vicende della stessa "guerra fredda". Com'è noto, la Costituzione era stata frutto di compromesso tra i fautori delle opposte ideologie, liberaldemocratiche e socialcomuniste, rappresentate dai partiti più forti. Ebbero così termine i grandi conflitti sulle visioni del mondo, che avevano segnato il corso del secolo XX: incontestata risultò allora l'accettazione dei principi del costituzionalismo liberaldemocratico. Col venire meno di quei partiti, in condizioni storico spirituali del tutto mutate, anche per la Costituzione del 1947 era divenuto inevitabile il sopravvenire della crisi.

Rimane oggi solo la classe dei politici professionisti, in posizioni di comando, conservata mediante pratiche di cooptazione, poi confermati dalle designazioni elettorali. Cessati gli antecedenti conflitti ideologici, le motivazioni ideali risultano ridotte al minimo. Secondo quanto accennato, come generale è dato di registrare l'accettazione pressoché unanime dei canoni di governo liberaldemocratici, pur se in termini generici e imprecisi. Comune è poi la convinzione della necessità di mantenere le misure di benessere e di consumi già raggiunte. Nuovi motivi di divisioni e contrapposizioni paiono possibili in ragione delle ripartizioni di beni e dei metodi da usare in fatto di politica economica. In dette condizioni sono emersi taluni capi popolo capaci di ottenere un certo consenso elettorale. Intorno ad essi si sono radunati politici di mestiere, pure divisi per gruppi. A confronto del passato paiono accresciute le incertezze e difficoltà nel formare e tenere insieme coalizioni ministeriali.

## 7.

Si potrebbe anche riconoscere il criterio informatore delle novità istituzionali proposte oggi dal Governo come un tentativo di costruire un nuovo edificio politico adeguato alle suaccennate condizioni storico spirituali. In proposito sono da considerare insieme, come momenti di una visione comprensiva, sia il disegno di legge costituzionale *de quo*, sia il testo

della legge ordinaria n. 52 del 2015, sulle elezioni per la Camera dei deputati. In ogni modo, al momento, è solo dato di rilevare premesse generali, possibili presupposti di sviluppi futuri, pur a prescindere da previsioni.

Intenzione principale del legislatore costituzionale del presente pare da discernere in una direttrice del tutto contraria al volere dei costituenti del 1946, orientati a favorire la coesistenza pacifica e pure la cooperazione, per quanto possibile, fra le principali forze politiche operanti nel Paese. All'opposto, prevale oggi l'intento di pervenire alla formazione di una maggioranza "assoluta" in Parlamento pure se con un premio cospicuo a una maggioranza "relativa" del corpo elettorale, così anche con artifici legali: alla mancanza di forza effettiva nel corpo sociale dovrebbe sopperire la forza formale della legge. L'assetto di governo che si mira ad instaurare pare distinto secondo tre indirizzi essenziali: a) il sistema elettorale maggioritario; b) la coesione fra le persone investite di funzioni *lato sensu* di governo; c) la riduzione delle possibilità d'intervento nelle funzioni di governo da parte di organi o soggetti esterni. Tali sono pertanto indicazioni intese a discernere qualche considerazione d'insieme fra gli articoli del disegno di revisione costituzionale *de quo*. Non è consentito pervenire, in questa sede, una compiuta spiegazione in materia e pertanto seguiranno solo brevi cenni circa alcuni aspetti generali.

Anche le regole previste per la riforma del Senato risultano ordinate a garantire la coesione e la stabilità del gruppo professionale, depositario del governo. Nelle ultime stagioni della vecchia partitocrazia era venuta ad affacciarsi la possibilità di discordanza nei voti di fiducia espressi da parte delle due assemblee parlamentari: si trattava di disparità d'indirizzi, all'interno della medesima classe dirigente. Il Senato della Repubblica non esprimeva categorie sociali distinte dalla comune rappresentanza, e pertanto corrispondeva alla figura detta del "doppione inutile". Nell'intenzione dei riformatori dovrebbe venire meno una siffatta occasione di conflitti intestini, essendo tolto alla seconda Camera il potere di "fare crisi" e anche diminuito il potere legislativo. Quanto poi al criterio di designazione dei senatori, sembra ancora più legato di prima alla derivazione di stampa partitocratica: dai Consigli regionali sono scelte persone che presto hanno identificato le proprie sorti con un partito, come i Sindaci e i Consiglieri regionali.

Uno spirito di chiusura è da rilevare nelle tendenze a restringere le possibilità che nella formazione dei pubblici procedimenti abbiano accesso voci esterne agli uffici costituzionali, pure se vive nella società. Così per il referendum legislativo permangono tutte le note difficoltà, posto che la validità è subordinata al fatto che vi sia la partecipazione del cinquanta per cento più uno degli elettori aventi diritto. Ancora quindi è possibile che il Governo si faccia propagandista dell'astensione, come mezzo più facile allo scopo di evitare i disturbi della democrazia diretta. Si prevede anche una procedura più gravosa per gli elettori proponenti, mediante una riduzione nella percentuale dei votanti, quando il referendum sia richiesto da almeno ottocentomila elettori, così che paiono rese più difficili le possibilità di giudizi del corpo elettorale sull'operato dei legislatori.

Incerte e diminuite risultano pure le possibilità di fare pervenire in sedi istituzionali istanze e opinioni della società civile. In particolare, l'iniziativa legislativa popolare nella presentazione

delle leggi verrà consentita a centocinquantamila elettori, in luogo della cifra di cinquantamila stabilita nel 1947, quindi con un notevole aggravamento.

Altra innovazione tanto vantata è la decisione di sopprimere il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, previsto nell'art. 99 dell'ancora vigente Costituzione. Si tratta di un organo reso inutile nella prassi, ma non paiono da trascurarne il significato e le ragioni istituzionali. Era stato voluto un organo collegiale, composto di esperti e di rappresentanti delle categorie economiche produttive e dei lavoratori; assunti a titolari del potere d'iniziativa legislativa e di funzione consultiva del Parlamento e del Governo, in particolare quanto "all'elaborazione della legislazione economica e sociale". Si trattava di uno strumento inteso a fare pervenire, in via ufficiale, voci della società civile ai detentori dei più elevati poteri politici.

## 8.

Dopo quanto sopra rilevato, sia consentito ancora qualche breve cenno sulla considerazione che lo spirito delle riforme *de quibus* pare dato da una tendenza a costituire una sorta di riserva, in modo tale di concentrare l'attribuzione e l'esercizio dei maggiori poteri a favore di una categoria chiusa, stabilita secondo la regola più oligarchica della cooptazione. A dir il vero, almeno per l'Italia, paiono sussistere motivi per discernere una prosecuzione di vicende già presenti nel corso della Prima Repubblica. A taluno potrà sembrare poi giustificato pensare che si tratti di eventi ormai inevitabili nell'evoluzione di molti regimi occidentali. Va notato, per altro, che rimarrebbe pur sempre da riflettere sulle contraddizioni alla ragione essenziale del costituzionalismo, che si rilevano nel disegno di legge costituzionale qui in esame. Merita di ricordare che una tale ragione fu sempre riconosciuta come necessità di porre regole e limitazioni di diritto positivo ai supremi poteri da chiunque esercitati, monarca o maggioranza parlamentare.

Per i motivi sopra enunciati è necessario riflettere a fondo sulla pretesa di una riforma che appare tale da peggiorare i caratteri della Costituzione già in vigore.

LE « BREXIT » :LA FIN DE L'UNION EUROPEENNE OU L'OCCASION D'UN SURSAUT ?

par Maria Rosaria Donnarumma \*

*Sommaire* : 1. Introduction. – 2. Le « chantage » du premier ministre David Cameron. – 3. La faiblesse de l'Europe et l'occasion d'un revirement. – 4. Considérations conclusives. L'« intégration des esprits » contre la myopie des États.

## Introduction

Le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne est désormais une réalité<sup>§</sup>, d'après le résultat du référendum du 23 juin 2016 : 51,9 % des votants en faveur de la sortie<sup>\*\*</sup>, bien qu'avec des écarts parmi les différents territoires, l'Ecosse ayant voté pour le maintien dans l'Union à 62 % et l'Irlande à 55,8%, ce qui attise à nouveau le feu des aspirations à l'indépendance.

Le « chantage » de M. David Cameron à l'Europe, fin 2015, pour arracher des conditions privilégiées supplémentaires à son pays, et les concessions de l'Union en février 2016 n'ont pas arrêté la dérive.

---

\* Professeur des Institutions de droit public et de Droit public avancé.

§ Malgré un délai que le Royaume-Uni, mis en face des énormes problèmes aussi internes que la sortie implique, cherche à reporter même en ce qui concerne la notification au Conseil européen de la décision de retrait, qui est évidemment la première démarche à accomplir pour le début de la procédure aux termes de l'article 50 du traité sur l'Union européenne. M. Cameron, au lendemain du référendum, avait annoncé son intention de démissionner en automne prochain après la désignation, lors du congrès du Parti conservateur, de son successeur, à qui il reviendra de formaliser le retrait et de négocier avec l'Union européenne un accord fixant les modalités du « Brexit ». Mais, suite aux votations des députés du Parti conservateur, Theresa May, ministre de l'Intérieur, étant la seule candidate en lice pour la succession après le désistement de l'autre candidate, Andrea Leadsom, M. Cameron a été obligé d'officialiser sa démission le 13 juillet. Cela ne change rien au long délai de la procédure de retrait, car Theresa May – semble-t-il – a l'intention de déclencher la procédure seulement au début de l'année 2017, afin de mettre au point la stratégie de son pays.

\*\* Surtout le nord de l'Angleterre et le Pays de Galles ont voté en faveur du retrait.

Le Royaume-Uni reprend son orientation isolationniste, bien que nuancée, selon la ligne énoncée par Winston Churchill lors de son discours à Zurich le 19 septembre 1946, prônant la création d'une Europe fédérale, avec le soutien de l'extérieur du Royaume-Uni.

## 1. Le « chantage » du premier ministre David Cameron

Par une lettre du 10 novembre 2015, adressée au président du Conseil européen, M. Cameron avait officialisé les concessions à faire par l'Europe pour essayer de garder le

Royaume-Uni au sein de l'Union, à condition – avait-il précisé dans son discours à l'Institut royal des affaires internationales à Londres – que le maintien en Europe soit « sans la moindre ambiguïté dans notre intérêt national ». Il s'était dit confiant que l'Union aurait accepté et, de plus, par un calcul politique, qui s'est retourné contre lui, il avait décidé d'anticiper le référendum, prévu avant fin 2017<sup>††</sup>, à juin 2016.

Les demandes étaient centrées sur quatre dossiers essentiels : *la compétitivité* (déréglementation supplémentaire du marché commun dans un esprit libéral accentué), *la protection des États hors zone euro* (défense de la place financière de la *City*, en reconnaissant le principe que l'euro n'est pas la monnaie unique de l'Europe et en attribuant à Londres un droit de consultation sur toute mesure contestée), *la souveraineté* (frein au processus d'« une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens »<sup>‡‡</sup>, en prévoyant un mécanisme de veto par une majorité de quinze parlements nationaux opposés à une proposition législative de l'Union, dans l'esprit d'une accentuation du caractère subsidiaire de l'Europe par rapport aux États), *l'immigration* (entorse au principe de non-discrimination et de liberté de circulation des personnes, en niant, entre autres, l'accès aux prestations sociales aux citoyens européens pendant les quatre premières années de séjour au Royaume-Uni).

Comme on le constate, il s'agissait de demandes démesurées, à rebours du projet d'une union politique de l'Europe, et de l'énième « exception » aux règles communautaires sollicitée par le Royaume-Uni, s'ajoutant aux autres clauses d'exemption (hors de la zone euro ; dérogation au

<sup>††</sup> En 2013, dans la perspective des élections législatives de 2015 et afin de soustraire des voix au UKIP (United Kingdom Independence Party) en faveur du Parti conservateur, M. Cameron s'était engagé à organiser un référendum sur un éventuel « Brexit ».

<sup>‡‡</sup> Selon le vœu exprimé par Robert Schuman lors de son célèbre discours du 9 mai 1950 à Paris, dans le salon de l'Horloge du ministère des affaires étrangères, vœu formalisé dans le préambule, § 1, du traité de Rome du 25 mars 1957 et dans les suivants (v. traité sur l'Union européenne, préambule, § 13).

mode de calcul de la contribution financière de chaque membre de l'Union<sup>§§</sup> ; hors du « pacte budgétaire européen »<sup>\*\*\*</sup>, *etc.* ), dont ce pays jouit après son adhésion à la Communauté économique européenne en 1973.

Par ailleurs, dès son arrivée au pouvoir en 2010, le gouvernement de M. Cameron s'est caractérisé par une hostilité accentuée au processus d'intégration européenne et par la défense des prérogatives souveraines de l'État, allant jusqu'à mettre son veto, en décembre 2011, à un projet de réforme du traité de Lisbonne visant à un contrôle plus strict des budgets nationaux<sup>†††</sup>, ainsi qu'en confirmant son intention de procéder à l'abrogation de l'*Human Rights Act*, voté en 1998 sous Tony Blair, qui oblige au respect des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme.

## 1. La faiblesse de l'Europe et l'occasion d'un revirement

Face à la menace de M. Cameron de mener une campagne pour le « Brexit », en cas de refus de ses conditions par les partenaires européens, l'Europe a montré toute sa faiblesse, en accordant, le 19 février 2016, encore une fois un statut spécial au Royaume-Uni, bien qu'en nuancant certaines concessions, d'après un compromis qualifié d'« équitable » par la chancelière allemande Angela Merkel, mais qui risquait, d'un point de vue objectif, de signer la fin de l'Union européenne.

Sans doute, le « Brexit » marque un tournant majeur dans l'histoire de l'Europe, car c'est la première fois qu'un État membre quitte l'Union<sup>‡‡‡</sup>, mais il s'agit de l'apogée d'une involution du projet d'intégration politique progressive de l'Europe, recul déjà dénoncé par l'échec de la tentative de constitutionnalisation de l'Union<sup>§§§</sup> et aggravé par la crise économique et financière.

<sup>§§</sup> « Rabais » obtenu en 1984 dans une situation tout à fait différente de celle actuelle, quand les contributions financières visaient à alimenter surtout la politique agricole commune (PAC). M. Cameron s'est opposé catégoriquement à la réévaluation pour son pays des contributions au budget 2014 de l'Union, bien que l'évolution macro-économique du Royaume-Uni justifiait pleinement la demande de la Commission européenne.

<sup>\*\*\*</sup> Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance, signé à Bruxelles le 2 mars 2012 par 25 États membres et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013.

<sup>†††</sup> Bien que le Royaume-Uni n'était pas directement concerné, étant hors de la zone euro.

<sup>‡‡‡</sup> Les conséquences non seulement politiques, mais aussi sur l'économie réelle de toute la zone Europe sont inévitables, aggravées par l'incertitude qui plane sur les marchés financiers et les entreprises, tant que la procédure aux termes de l'article 50 du traité de l'Union européenne ne sera pas conclue, procédure qui se prolongera – semble-t-il – au-delà de deux ans prévus (art. 50 précité, al. 3).

<sup>§§§</sup> La tentative de donner une constitution à l'Europe n'a pas échoué à cause du résultat négatif des référendums de 2005 en France et en Hollande, qui a été plutôt la conséquence d'une démarche maladroite de l'Europe, mais parce qu'elle a été faussée par un vice de fond (manque de diffusion, avec les étapes et les instruments adéquats, de la culture européeniste parmi les citoyens), ainsi que par le moment choisi et par la forme. A cause du moment choisi, car il aurait été plus sage d'entreprendre la voie de la « constitutionnalisation » avant et non après l'élargissement de l'Union à 25 États membres. A cause de la forme,

La myopie des États, avec les nationalismes jamais battus mais, au contraire, attisés, une économie de plus en plus asservie à la finance, les disparités économiques et sociales entre États membres, le manque de clairvoyance des États en position dominante pour répondre aux crises économiques et financières de certains membres, le défaut de cohésion et de solidarité face au problème des flux migratoires, l'absence d'un leadership politique crédible, tout cela n'a fait qu'alimenter les populismes\*\*\*\* et affaiblir de plus en plus chez les citoyens le sentiment d'« appartenance européenne ».

Le souhait exprimé par Altiero Spinelli et Ernesto Rossi dans le « Manifesto di Ventotene » en 1941, pour la construction d'une Europe fédérale en tant que « troisième voie » contre les erreurs du capitalisme et du communisme, ainsi que le message de Robert Schuman dans son célèbre discours de l'Horloge de 1950, semblent être tombés dans le vide et sans issue.

Mais c'est peut-être le redouté « Brexit », à l'occasion duquel l'Europe une fois de plus a montré sa fragilité et constaté l'inutilité des concessions faites, qui peut déclencher – nous l'espérons – un sursaut de conscience et de dignité et, donc, un changement de cap.

En effet, les premières réactions au vote anglais ont montré non seulement que le retrait de l'Union n'est pas indolore pour un État membre, même si économiquement puissant comme le Royaume-Uni (note de l'agence *Standard and Poor's* dégradant le pays de deux rangs, confirmant la perte de confiance des marchés financiers, chute de la place boursière de Londres, dépréciation de la livre de 12 % par rapport au dollar et de plus de 9 % par rapport à l'euro, une baisse à un niveau jamais vu depuis 1985), mais elles ont aussi confirmé que le sentiment d'appartenance à l'Europe est enraciné dans une partie non négligeable du peuple anglais, allant jusqu'à demander l'organisation d'un nouveau référendum et pousser le gouvernement anglais à essayer de ralentir la procédure de retrait†††.

---

car une constitution doit énoncer seulement les principes, les valeurs, les règles fondamentales de la société politique que l'on veut constituer, en d'autres termes une constitution doit être facilement lisible et évaluable, et ne peut se traduire en un hybridisme de constitution et de traité, dont les clauses sont en général techniques et difficilement accessibles aux non-praticiens.

\*\*\*\* Dont la montée de l'euroscpticisme est une des manifestations principales.

††† Plutôt que tirer avantage du « Brexit », le Parti conservateur en sort déchiré et plein de contradictions tant dans la ligne à suivre, plus ou moins flexible, que dans les candidatures à la succession de David Cameron. Le leader du « Brexit », Boris Johnson, a retiré, le 3 juin, sa candidature ; l'idéologue principal, le ministre de la justice Michael Gove, a été éliminé lors de la votation, le 7 juillet, par les députés conservateurs (seulement 46 voix), au profit de deux femmes, Andrea Leadsom, secrétaire d'État à l'énergie et au changement climatique (84 voix), et Theresa May, ministre de l'intérieur (199 voix). Mais, Andrea Leadsom ayant annoncé son désistement le 11 juillet, Theresa May succède, sans autre délai, à David Cameron, obligé d'anticiper sa démission au 13 juillet. Elle devient ainsi la nouvelle première ministre du Royaume-Uni et la deuxième femme à remplir cette fonction après Margaret Thatcher (1979-1990). La situation n'est pas meilleure dans le Parti travailliste, formellement contre le « Brexit », mais à qui de plus en plus d'électeurs reprochent d'avoir conduit une campagne peu

Ce qui précède devrait inciter l'Europe, si encore un minimum de vision politique de large envergure existe, non seulement à adopter une ligne de fermeté vis-à-vis du Royaume-Uni en ce qui concerne les délais et les conditions du retrait, pour éviter tout risque de raviver des mouvements populistes et eurosceptiques dans d'autres pays membres, mais aussi, et surtout, la pousser à saisir l'occasion d'une prise de conscience et d'une cohésion renouvée parmi les 27 États, afin de réaliser finalement l'« union sans cesse plus étroite entre les peuples européens », toujours réitérée dans les préambules de ses traités.

## 2. Considérations conclusives. L'« intégration des esprits » contre la myopie des États

L'Europe, sera-t-elle à la hauteur du défi historique qui l'attend ? Difficile de prédire.

Pour se faire, il est nécessaire, comme nous l'avons souligné dans une précédente étude<sup>###</sup>, que les États membres tirent les leçons du passé et qu'ils se rendent compte du fait que dans une société mondialisée – au sein de laquelle les colosses asiatiques s'imposeront de plus en plus avec tout leur poids non seulement économique, mais politique aussi, en s'ajoutant à l'interlocuteur traditionnel, les États-Unis, et dans laquelle de nouveaux défis apparaissent et, parmi les plus difficiles, la lutte au djihadisme – ce n'est qu'une Union européenne intégrée politiquement et parlant d'une seule voix sur la scène mondiale qui pourra permettre à l'Europe de jouer à nouveau un rôle dans la politique internationale. Aucun État européen, bien qu'économiquement et culturellement développé et politiquement influent, ne peut nourrir l'illusion de jouer tout seul un rôle efficace.

Une politique qui manque de cohésion non seulement nuit à l'image de l'Europe, mais enlève tout poids et toute chance de succès à des positions autonomes, comme l'expérience des derniers quinze ans l'a confirmé, ce qui a valu à l'Union européenne la qualification d'« un géant économique, mais un nain politique ».

---

convaincante. En ce qui concerne enfin le Parti le plus europhobe, l'UKIP, son leader, Nigel Farage, a annoncé sa démission de la présidence du Parti le 4 juillet, en déclarant sa mission accomplie ; il garde quand même sa place de député européen. La « saga » du post-Brexit ne manque pas de coups de théâtre !

<sup>###</sup> V. DONNARUMMA, M. R., « Intégration européenne et sauvegarde de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de justice et des Cours constitutionnelles », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 84, 2010, p. 719.

Il est indispensable également que des hommes de bonne volonté et des politiciens éclairés (même si la classe politique d'aujourd'hui laisse peu d'espace à l'espoir) diffusent la culture et le sens de l'appartenance à l'Europe, en soulignant aussi les avantages que l'Union européenne offre aux citoyens *uti singuli* par rapport à la plus étroite société étatique.

Une opinion publique renseignée, et donc attentive et active, peut combattre la myopie des États et les pousser à un changement de cap, dont il y a eu un premier exemple, bien que tardif, dans la réaction au « Brexit » d'une partie de la société anglaise.

Il est urgent que des citoyens éclairés réagissent à la montée des populismes et des mouvements réactionnaires, qui risquent d'anéantir les succès atteints en terme de paix stable en Europe et de progrès civil, après la tragédie et les horreurs de la deuxième guerre mondiale, et de faire plonger à nouveau l'Europe dans une période d'obscurantisme.

## RISCRIVERE LE REGOLE DEL GIOCO NECESSITÀ O OPPORTUNISMO? LA NUOVA LEGGE ELETTORALE GRECA E IL DIBATTITO SULLA REVISIONE COSTITUZIONALE

di Giulia Aravantinou Leonidi \*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La nuova legge elettorale. – 3 L’abolizione del premio di maggioranza e la stabilità governativa. – 4. Il futuro della nuova legge elettorale. – 5. Il cammino della riforma costituzionale: reale necessità o diversivo politico?

### 1. Premessa

Nella notte del 21 luglio 2016 il Parlamento di Atene ha approvato con 179 voti favorevoli su 300 §§§§ la nuova legge elettorale n. 4406 “Rappresentanza proporzionale dei partiti politici, allargamento dell’elettorato attivo e altre disposizioni relative all’elezione dei deputati” \*\*\*\*\* che modifica la precedente in senso maggiormente proporzionale.

I dati sul voto in aula restituiscono pienamente il quadro delle divisioni che attraversano le forze politiche in Grecia. La legge è stata approvata in un clima molto politico molto teso ††††. Si sono espressi a favore della nuova legge: Syriza, An.El e l’Unione di Centro. Contrari tutti gli altri partiti, tra cui il Pasok e la Nea Dimokratia che hanno accusato il primo Ministro, Alexis Tsipras, di voler riscrivere le regole del gioco solo per garantire la propria sopravvivenza politica minacciata. Nonostante l’esito positivo del passaggio parlamentare, Tsipras non è riuscito ad ottenere la maggioranza qualificata (200 voti) necessaria a fare entrare in vigore la

\* Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate – Dipartimento di Scienze politiche, Università di Roma “Sapienza”.

§§§§ Il voto si è articolato nel seguente modo:

Articolo 1: 180 sì, 81 no, 20 presenti

Articolo 2: 179 sì, 83 no, 19 presenti

Articolo 3: 163 sì, 101 no, 17 presenti

Articolo 4: 179 sì, 86 no, 16 presenti

Articolo 5: 179 sì, 86 no, 16 presenti

\*\*\*\*\* Il titolo della legge in greco è il seguente «Αναλογική Εκπροσώπηση των πολιτικών κομμάτων, διεύρυνση του δικαιώματος εκλέγειν και άλλες διατάξεις περί εκλογής βουλευτών». La legge è stata pubblicata sulla gazzetta ufficiale il 26 luglio 2016 (Φεκ133 Α’/26.07.2016).

†††† Descrive nel dettaglio le posizioni delle diverse formazioni politiche L. Stavropoulos, Βουλή: Σε βαριά ατμόσφαιρα και με έντονους διαξίρισμούς η κυβέρνηση Τσίπρα έχασε τη μάχη των 200 ψήφων στον εκλογικό νόμο, <http://www.tovima.gr/politics/article/?aid=816096>; (trad. it: Parlamento: In un’atmosfera pesante e tra duri scontri il governo Tsipras ha perso la battaglia dei 200 voti sulla legge elettorale) Κορυφώνεται η κοινοβουλευτική «μάχη» για τον εκλογικό νόμο (trad. it.: Si acuisce la battaglia parlamentare per la legge elettorale) <http://news.in.gr/greece/article/?aid=1500091333>; Sul ruolo dell’opposizione parlamentare nel dibattito parlamentare relativo alla nuova legge elettorale Ο εκλογικός νόμος της κυβέρνησης, η στάση της αντιπολίτευσης (trad. it: La legge elettorale del governo, la posizione dell’opposizione), <http://www.kathimerini.gr/865859/article/epikairothta/politikh/oklogikos-nomos-ths-kyvernshs-h-stash-ths-antipoliteyshs>.

riforma già dalla prossima tornata elettorale ####. L'abbassamento dell'età per il diritto di voto, entrerà in vigore subito, in quanto la Costituzione non prescrive la necessità di maggioranze speciali. Ma il premio di maggioranza sarà abolito solo tra due elezioni, dando il tempo al prossimo Parlamento di abolirlo (ottenendo però almeno i due terzi dei consensi in aula, pari al voto di 200 deputati).

L'approvazione della nuova legge elettorale greca si colloca all'interno del più vasto contesto segnato dall'attivismo di un governo in difficoltà che ha tentato in questi mesi di mettere mano a radicali riforme istituzionali e dall' acceso dibattito sulla riforma della Costituzione che vede i costituzionalisti greci schierarsi apertamente in relazione alle proposte recentemente formalizzate dal governo in carica.

## 2. La nuova legge elettorale

La nuova legge elettorale modifica ed integra le disposizioni della legge 3231/2004, così come modificata dalla legge n. 3636/2008, relativamente all'elezione dei membri della *Βουλή των Ελλήνων* (*il Parlamento greco*). Nelle intenzioni del legislatore vi è quella di conferire un ruolo più incisivo ai cittadini più giovani, maggiormente esposti alle conseguenze della grave crisi economica che ha colpito il Paese, ma anche parte attiva della società greca che ripone in essi la speranza di un superamento dell'attuale momento di difficoltà. Il medesimo ragionamento guida anche la scelta di introdurre un sistema elettorale proporzionale semplice, abolendo il premio di maggioranza di 50 seggi assegnato dalle precedenti disposizioni normative al partito che ottiene la maggioranza dei voti validi §§§§§.

Il disegno di legge è stato presentato in Aula il 5 luglio 2016 dai relatori I. Gkiolas (Syriza) e M. Voridis (Nea Dimokratia) \*\*\*\*\* per conto del Ministero dell'Interno e della Ristrutturazione Amministrativa (*Υπουργείο Εσωτερικών και Διοικητικής Ανασυγκρότησης*). Il disegno di legge è stato sottoposto all'esame della Commissione permanente per la pubblica amministrazione, l'ordine pubblico e la giustizia (*Διαρκής Επιτροπή Δημόσιας Διοίκησης, Δημόσιας Τάξης και Δικαιοσύνης*) che si è riunita tre volte, rispettivamente il 7, il 12 e il 13 luglio. La commissione ha concluso i suoi lavori il 16 luglio e trasmesso il testo all'Aula per l'esame e la votazione †††††

#### Sottolinea la sconfitta politica del governo sul voto sulla nuova legge elettorale G. S. Bourdaras, «*Ασφαιρο*» το όπλο του εκλογικού νόμου, (trad. it.: *Senza pallottola l'arma della legge elettorale*) <http://www.kathimerini.gr/868325/article/epikairothta/politikh/asfairo-to-oplo-toy-eklogikoy-nomoy>.

§§§§§ In questo senso si esprime la relazione esplicativa a firma del Ministro dell'Interno e della ristrutturazione amministrativa, Kouroublis, *Αιτιολογική Έκθεση στο σχέδιο νόμου «Αναλογική εκπροσώπηση των πολιτικών κομμάτων, διεύρυνση του δικαιώματος εκλέγειν και άλλες διατάξεις περί εκλογής Βουλευτών».*

\*\*\*\*\* Βουλή των Ελλήνων Διεύθυνση Νομοθετικού Έργου Εβδομαδιαίο Δελτίο των νομοσχεδίων και των προτάσεων νόμων, που εγκριθούν στη Βουλή για συζήτηση και ψήφιση και κατατέθηκαν μέχρι 15 Ιουλίου 2016. (trad. it.: *Parlamento greco Direzione dei lavori legislativi. Settimanale dei disegni e delle proposte di legge pendenti in Parlamento per la discussione e la votazione e presentato fino al 15 luglio 2016*).

††††† La relazione della Commissione permanente Βουλή των Ελλήνων Περίοδος Ιζ' - Σύνοδος Α' Διαρκής Επιτροπή Δημόσιας Διοίκησης, Δημόσιας Τάξης και Δικαιοσύνης Έκθεση è disponibile sul sito del parlamento greco [http://www.bellenicparliament.gr/UserFiles/7b24652e-78eb-4807-9d68-e9a5d4576eff/a-analog-prakt\\_XPress\\_Hamster\\_temp.pdf](http://www.bellenicparliament.gr/UserFiles/7b24652e-78eb-4807-9d68-e9a5d4576eff/a-analog-prakt_XPress_Hamster_temp.pdf).

In particolare, la legge riconosce il diritto di voto ai cittadini greci che abbiano compiuto il diciassettesimo anno di età (art. 1) e ridefinisce le modalità di assegnazione dei seggi nel territorio e nelle circoscrizioni (articoli 2 e 3). A tal proposito, la legge stabilisce che per l'assegnazione dei seggi, i voti ottenuti da ciascuna formazione partitica sulla totalità del territorio nazionale devono essere moltiplicati per 300 anziché per 250 come previsto dalle precedenti disposizioni normative. Allo stesso tempo si prevede l'abolizione del premio di maggioranza, assegnato al partito che ottiene la maggioranza dei voti validi, con una scelta in controtendenza rispetto a quella operata dal legislatore italiano nel 2015 con l'approvazione della legge n. 52 #####.

Si segnala, inoltre, che la nuova legge elettorale mantiene al 3% la soglia di sbarramento, conservando inalterate le previsioni della previgente normativa. In relazione alla soglia di sbarramento, la giurisprudenza greca ha avuto più volte modo di ribadire che essa non costituisce una violazione del principio dell'uguaglianza del voto poiché “questo limite è fissato in maniera oggettiva e impersonale allo scopo di evitare la frammentazione delle forze politiche”. La previsione di una soglia di sbarramento non è, inoltre, da ritenersi in violazione del “principio della parità di trattamento dei partiti politici e del riconoscimento a questi di pari opportunità, elemento fondamentale della forma di Stato democratica [...], in quanto la determinazione di tale soglia si basa su criteri oggettivi e ragionevoli” #####. La scelta in favore di una soglia di sbarramento ragionevolmente bassa consente, inoltre, di non escludere dalla sede parlamentare formazioni che, seppur minoritarie, sono socialmente presenti ed attive, coadiuvando, tuttavia, il sistema ad operare la sintesi e la riduzione delle domande politiche che si rendono necessarie a garantire lo svolgimento della funzione rappresentativa.

Prima di intentare una prima valutazione della portata della novella normativa appare utile richiamare brevemente alcuni elementi caratteristici del sistema elettorale greco.

In primo luogo si ricorda che la Costituzione della Repubblica di Grecia, a differenza di altre carte fondamentali \*\*\*\*\*, non ha mai costituzionalizzato il sistema elettorale in senso stretto, i

#### L'assegnazione del premio di maggioranza è previsto all' Art.6 §2 §3 della legge v. 3231/2004, così come modificata dall'art. 1 della legge n. 3636/2008.

##### Così si sono espressi la Corte Suprema Speciale e AEΔ 19/2010, E.Δ.Δ.Δ.Δ. 2011, p. 935, A.E.Δ. 11/1994, 13/ 1994, A.E.Δ. 34/1999. In particolare le sentenze del 1994 hanno riguardato la legittimità costituzionale della disposizione di cui all'art. 88 co. 10 del Codice elettorale (art. 3 legge 1907/1990). Sostengono, invece, l'incostituzionalità della soglia di sbarramento, rilevandone in particolare il contrasto con l'art.55 co.1 della Costituzione della Repubblica di Grecia *ex multis* A. Pantelis, *Εγχειρίδιο συνταγματικού δικαίου* (trad. it *Manuale di diritto costituzionale*), 2007<sup>2</sup>, p. 320, A. Raiko, *Συνταγματικό Δίκαιο* (trad. it: *Diritto costituzionale*), Volume 1, 2009, p. 487, K. Chrisogonos, *Συνταγματικό Δίκαιο* (trad. it: *Diritto costituzionale*), 2014, p. 434.

\*\*\*\*\* Nel panorama comparato, diversi sono gli ordinamenti che hanno espressamente previsto in Costituzione il sistema elettorale: Costituzione di Weimar del 1919 (art. 20), Austria (art. 26), Portogallo (art. 155), Spagna (art. 68, comma terzo); Belgio (art. 62, comma secondo); Danimarca (art. 31, comma secondo); Estonia (art. 60, comma primo); Finlandia (art. 25, comma primo); Irlanda (art. 16, comma secondo, § 5); Lettonia (art. 6); Lussemburgo (art. 51, comma quinto); Malta (art. 56, comma primo); Paesi Bassi (art. 53, comma primo); Polonia (art. 96, comma secondo); Repubblica Ceca (art. 18, comma primo); Slovenia (art. 80, comma quinto); Svezia (Cap. III, art. 8, *Instrument of Government*). Attualmente nell'Unione Europea son ben 16 gli ordinamenti che hanno costituzionalizzato il sistema elettorale, arrivando addirittura al punto di prescrivere una determinata formula elettorale, cristallizzando il principio della rappresentanza proporzionale. In Italia, invece, il sistema elettorale non è stato costituzionalizzato. In Assemblea costituente la proposta della costituzionalizzazione del principio proporzionalistico, avanzata da Costantino Mortati, venne bocciata e si decise di evitare qualsiasi richiamo in Costituzione al sistema elettorale in senso stretto. (Sul pensiero del giurista calabrese in merito alla costituzionalizzazione del sistema elettorale

cui elementi costitutivi - il tipo di strutturazione dei modi di scelta, l'ampiezza e il disegno delle circoscrizioni, la formula matematica di trasformazione dei voti in seggi - sono sempre stati regolati con legge ordinaria †††††, offrendo ai governi che avevano la maggioranza assoluta nel Parlamento la possibilità di assicurare la propria stabilità e di permanere al potere modificando il sistema elettorale ‡‡‡‡‡. Il legislatore greco possiede, dunque, una ampia discrezionalità nel determinare il sistema elettorale tenendo conto dei limiti stabiliti dalla consolidata giurisprudenza della Corte Suprema Speciale §§§§§§§, dalle disposizioni costituzionali relative al diritto di voto e ai principi fondamentali dell'ordinamento.

v. F. Bruno, *I giuristi alla Costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, vol. II, *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, a cura di U. de Siervo, Bologna, Il Mulino, 1980, p. 147 e s. Sul dibattito in Assemblea Costituente si v., in particolare, E. Bettinelli, *All'origine della democrazia dei partiti. La formazione del nuovo ordinamento elettorale nel periodo costituente (1944-1948)*, Milano, Edizioni di Comunità, 1982; G. Amato, F. Bruno, *La forma di governo italiana. Dalle idee dei partiti all'Assemblea costituente*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1984. Sul dibattito politico recente in materia elettorale si veda A. Gigliotti, *Sui principi costituzionali in materia elettorale*, in *Rivista AIC* n. 4/2014; F. Lanchester, *Il sistema elettorale in senso stretto dal "Porcellum" all' "Italicum"*, in *Dem. e dir.*, 2015, F. Lanchester, *Dal Porcellum all'Italicum: nuovi collegamenti nuovi orari ma su vecchi binari*, in *Nomos*, 2013, n. 3). A fronte del vasto numero di ordinamenti che in un'ottica garantista hanno previsto un determinato sistema elettorale in costituzione, in maggioranza appartenenti alla famiglia delle formule proporzionali, inferiore è il numero degli ordinamenti di *common law* in cui sia previsto un espresso richiamo in costituzione al sistema elettorale maggioritario uninominale. In argomento si v. A. Gratteri, *In Europa votano così: Costituzioni e sistemi elettorali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*. *Rassegna*, 2012, n. 9.

††††† Delle costituzioni greche, solamente quella del 1925 ha espressamente previsto all'art. 35 co. 1 il sistema elettorale proporzionale. Con la legge n. 3363/1926 è stato introdotto per la prima volta il sistema elettorale proporzionale rafforzato. Per quanto riguarda la previsione di soglie di sbarramento la proporzionale rafforzata prevedeva una clausola di sbarramento per la seconda e la terza distribuzione dei seggi fissata al 17% per i singoli partiti e al 20% per le coalizioni (art. 15 l. n. 1878/1951). Nel 1958 la legge n. 3822 ha innalzato le soglie portandole rispettivamente al 25 e al 30 per cento (art. 6). Nel 1963 è stata operata una distinzione per la fissazione delle soglie tra le coalizioni formate da due partiti e quelle formate da due o più partiti, stabilendo una soglia del 15% per i singoli partiti, del 25% per le coalizioni formate da due partiti e del 30 % per le coalizioni formate da più di due partiti (art. 5 l. n. 4322). Il ritorno della Grecia alla democrazia ha comportato piccole modifiche al sistema elettorale e alle soglie di sbarramento che sono rimaste per lo più invariate, tranne nel caso dei singoli partiti per i quali la soglia è stata innalzata al 17%. Con la legge n. 1516 del 1985 vengono abolite le soglie di sbarramento previste dalla precedente normativa elettorale, tuttavia vengono predisposti altri meccanismi volti ad ostacolare l'accesso delle formazioni minori alla distribuzione dei seggi. La legge del 1985 è stata applicata come prima e unica volta in occasione delle elezioni del 2 giugno del 1985. (In argomento, per un approfondimento ed ulteriori dettagli sulla portata innovativa della legge elettorale del 1985 in lingua italiana si veda V. Perifanaki Rotolo, *La nuova legge elettorale e il comportamento dell'elettorato femminile in Grecia*, in *Il Politico*, vol. 50, n. 4 (dicembre 1985), pp. 669-685. Con la legge n. 1847 /1989 viene ulteriormente accorciata la distanza tra il primo e il secondo partito e favorita la rappresentanza delle altre forze politiche. Principali caratteristiche della legge elettorale del 1989 sono: riduzione del premio di maggioranza e reintroduzione del voto di preferenza precedentemente abolito dalla legge n. 1303 del 1982. Sul sistema elettorale introdotto nel 1989, in lingua italiana, v. V. Perifanaki Rotolo, *Il nuovo sistema elettorale e il voto di preferenza in Grecia*, in *Il Politico* vol. 55, n. 1 (153) (Gennaio-Marzo 1990), pp. 143-166. Sull'abolizione del voto di preferenza nel 182 si v. V. Perifanaki Rotolo, *Considerazioni sulla soppressione del voto di preferenza in Grecia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1984, n. 2, pp. 569 ss. La legge 3231/2004 ha previsto, inoltre, una diversa distribuzione dei seggi ai partiti che hanno superato la soglia di sbarramento del 3 %. Per l'assegnazione dei seggi non vengono conteggiate le schede che non sono nulle. Con la legge di attuazione n. 3434/2006 sono state escluse dal conteggio anche le schede bianche, nonostante la Corte Suprema Speciale nella sentenza n. 12/2005 avesse giudicato incostituzionale l'analoga previsione contenuta nella legge precedente, stabilendo una netta distinzione tra le schede nulle e quelle bianche, ritenute espressione della volontà elettorale. La legge n. 3636/2008 ha modificato la precedente legge del 2004 aumentando il numero di seggi assegnati al partito che ottiene la maggioranza dei voti validi (da 40 a 50). La legge ha, inoltre, contribuito ad inasprire i vincoli ai partiti, affinché non procedano ad alleanze preelettorali in previsione del premio di maggioranza.

‡‡‡‡‡ In proposito si veda la decisione della Corte Suprema Speciale AED 12/1994, *Aqu*, 1994, p. 882.

§§§§§§§ Per quanto concerne la composizione della Corte Suprema Speciale si ricorda che essa è composta dai giudici ordinari superiori, i Presidenti del Consiglio di Stato, della Corte di Cassazione e della Corte dei Conti, di quattro consiglieri di stato e di quattro consiglieri della Corte dei conti scelti per tiraggio a sorte per un mandato di due anni. La Corte è presieduta dal più anziano tra il Presidente del Consiglio di Stato o della Corte di Cassazione. Qualora giungano all'attenzione della Corte questioni che si riferiscono a conflitti di attribuzione la composizione della Corte è integrata da due professori di discipline giuridiche delle facoltà di diritto, estratti a sorte. Le competenze della Corte Suprema Speciale sono definite all'art. 100 della

Una delle più rilevanti novità introdotte dalla revisione del 2001 \*\*\*\*\* è la costituzionalizzazione della procedura per la variazione del sistema elettorale. La novità consiste nella previsione dell'entrata in vigore della legge elettorale successivamente allo svolgimento di due tornate elettorali, a meno che la legge non sia stata approvata dalla maggioranza qualificata dei due terzi del numero totale di membri. In questa ultima ipotesi, la legge che modifica il sistema elettorale in senso stretto si applica immediatamente alle prossime elezioni (articolo 54 co. 1 della Costituzione) ††††††. Si segnala che il sistema elettorale risultante dalla recente riforma è il decimo in ordine di approvazione dal 1926, data in cui è stato abbandonato definitivamente il metodo delle palline quale modalità di espressione del voto ††††††. I rimaneggiamenti del sistema elettorale, più frequenti a partire dagli anni '80, hanno inciso solo marginalmente sulla stabilità governativa del Paese che è stata garantita lungo un trentennio dal carisma politico dei leader dei due principali partiti.

### 3. L'abolizione del premio di maggioranza e la stabilità governativa

La previsione del premio di maggioranza, contenuta nella precedente legge elettorale, non ha corretto l'instabilità governativa che caratterizza la vita istituzionale della Grecia del nuovo millennio.

La legge in vigore dal 2012, è stata utilizzata nel corso delle ultime quattro elezioni politiche – (maggio e giugno del 2012, gennaio e settembre 2015) – in seguito alle quali nessun partito ha ottenuto la maggioranza assoluta ††††††††, nonostante l'assegnazione del premio di maggioranza, richiedendo la stipulazione di alleanze tattiche tra formazioni ideologicamente

---

Costituzione e dalla legge 345/1976. Per ulteriori dettagli sull'estensione delle competenze della Corte v. J. Iliopoulos-Strangas, *Rapport grec pour la Table ronde « Constitution et élections »*, AIJC, 2003, pp. 179 ss.

\*\*\*\*\* Sulla revisione del 2001 v. S. Koutsoubinas, *Η λειτουργία της Βουλής μετά την αναθεώρηση*, (trad. it: *Il funzionamento del Parlamento*) in *To Néο Σύνταγμα*, a cura di D. Tsatsos, Ant. N. Sakkoulas, 2001, pp. 253-261.V. Perifanaki Rotolo, *Cenni sulla revisione della Costituzione greca del 2001*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, pp. 469 ss. S. Koutsoubinas, *Η λειτουργία της Βουλής μετά την αναθεώρηση του Συντάγματος και την τροποποίηση του κανονισμού της Βουλής*, (trad. it: *Il funzionamento del Parlamento dopo la revisione costituzionale e le modifiche al regolamento parlamentare*), in *Πέντε χρόνια μετά τη συνταγματική αναθεώρηση του 2001. Αποτίμηση και προτάσεις για μια νέα συνταγματική μεταρρύθμιση*, (trad. it: *Cinque anni dopo la revisione costituzionale del 2001. Valutazione e proposte per una nuova riforma costituzionale*), a cura di X. Contiades, Ant. N. Sakkoulas, 2006.

†††††† Art. 54. – 1) Il sistema elettorale e le circoscrizioni elettorali sono stabiliti dalla legge in vigore a partire dalle seconde elezioni successive, a meno che non sia previsto che essa entri in vigore immediatamente dopo le prime elezioni successive sulla base di una espressa disposizione votata dall'Assemblea a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti.

2) Il numero dei deputati di ciascuna circoscrizione elettorale è fissato con un decreto del Presidente della Repubblica sulla base della popolazione legale della circoscrizione risultante dall'ultimo censimento. I risultati del censimento sono considerati come pubblicati sulla base dei dati del servizio competente dopo un anno a partire dall'ultimo giorno del suo completamento.

3) Una parte dei componenti della Camera, non superiore al ventesimo del numero complessivo dei deputati, può essere eletta per l'insieme del territorio nazionale in funzione della forza elettorale totale conseguita da ciascun partito nel Paese, così come è prescritto dalla legge.

L'art.54, ed in particolare i commi primo e secondo, sono stati oggetto della revisione costituzionale del 6 aprile 2001 (*Z' Αναθεωρητική Βουλή των Ελλήνων*).

†††††† Per una rassegna storica sui sistemi elettorali in Grecia, v. A. Pantelis, *Τα Ελληνικά Εξλογικά Συστήματα και οι Εξλογες (1926-1985) στον ηλεκτρονικό υπολογιστή*, (trad. it: *I sistemi elettorali greci*); G. Sotirelis, *Σύνταγμα και Εξλογες 1864-1909 Ιδεολογία και πράξη της καθολικής ψηφοφορίας* – Θεμέλιο 1991 (trad. it: *Costituzione e elezioni 1864-1909 Ideologia e prassi del voto*); K. Chrisogonos, *Εξλογικό Σύστημα και Σύνταγμα*, (trad. it: *Sistema elettorale e costituzione*) Αντ. Ν. Σάκκουλας, Αθήνα-Κομοτηνή 1996.

††††††† Prima dell'entrata in vigore nel 2012 della legge il premio di maggioranza (il cd. bonus) era fissato nel numero di 40 seggi.

distanti, pur di poter formare un governo \*\*\*\*\*. Nel 2012 l'allora leader della Nuova democrazia, Antonis Samaras, si è alleato con il Pasok, mentre nel 2015 è stato il leader della sinistra radicale, Alexis Tsipras, a stringere un accordo di governo con i Greci Indipendenti (AN.EL.), formazione della destra nazionalista e xenofoba.

Sebbene i sistemi elettorali siano stati concepiti in modo tale da favorire il primo partito, la stabilità governativa rappresenta una circostanza piuttosto rara per la Grecia, dove la Bouli è stata spesso sciolta prima del termine della legislatura †††††††† e non è inconsueto il fenomeno delle cd. “migrazioni” di parlamentari dai banchi del partito nell'ambito del quale sono stati eletti ad un altro partito ††††††††.

In questo contesto la nuova legge elettorale rappresenta un pegno dato da Tsipras al suo elettorato, in particolare all'ala più radicale. Per molti anni Syriza è stato tra i principali critici del premio di maggioranza, ritenuto il garante del bipartitismo e, quindi, del mantenimento di un potere oligarchico. In un momento in cui i sondaggi riferiscono di una disaffezione alla politica che lambisce i massimi storici, il Primo Ministro coglie l'occasione di distinguersi dai suoi predecessori, modificando un sistema elettorale che lo ha premiato per ben due volte. In assenza della previsione di un premio di maggioranza la costruzione di maggioranze stabili si rende complicata nel contesto politico greco, caratterizzato da una profonda frammentazione. Sarà, pertanto, necessario il ricorso ad ampie coalizioni per le quali non è più sufficiente solo l'accordo tra due partiti, rendendo il raggiungimento dell'obiettivo della stabilità governativa ancora più complesso da realizzare.

L'opposizione, guidata a destra da Kyriakos Mitsotakis, muove al Premier l'accusa di “cinismo politico”, affermando che la nuova legge elettorale giunge al momento più opportuno per trarre il governo fuori dalle sabbie mobili in cui lo hanno gettato i recenti sondaggi, i quali riferiscono dell'avvenuto sorpasso da parte della Nuova democrazia. L'introduzione del proporzionale puro consentirebbe, nell'interpretazione dei partiti dell'opposizione, a Tsipras di godere di un più ampio margine di manovra per garantire la propria permanenza al potere. Rimane, tuttavia, ancora poco chiaro su quali larghe alleanze possa contare Syriza, al momento alleato dei greci indipendenti del partito nazionalista AN.EL., e distante dagli altri partiti della sinistra greca.

#### 4. Il futuro della nuova legge elettorale

\*\*\*\*\* Come è stato sostenuto da Dodd «da formazione di coalizioni partitiche non necessariamente confliggono con la capacità dei governi di durare nel tempo», v. L. C. Dodd, *Coalitions in Parliamentary Government*, Princeton, Princeton University Press 1976. Per quanto riguarda il caso della Grecia, tutti i governi che si sono formati dal 1828 (177), a partire dal governo presieduto da Ioannis Kapodistrias e fino al governo di Alexis Tsipras, solamente dieci sono stati governi di coalizione. Si segnala che negli ultimi vent'anni la tradizione dei governi monocolori ha resistito ad eccezione dei casi dei tre recenti governi (Papadémos (2011–2012), Samarás (2012–2015) Tsipras (2015–)).

†††††††† Bisogna risalire all'epoca dei due governi di Kostas Simitis (1996–2004) per avere delle legislature portate a termine.

†††††††† Sui diritti dei parlamentari v. P. Foundedaki, *Ta δικαιώματα των βουλευτών στο ελληνικό Κοινοβούλιο: Βουλή των βουλευτών ή Βουλή των κοινοβουλευτικών ομάδων; τόμ. Α', Οι θεμελιώδεις αρχές του κοινοβουλευτικού δικαίου*, (trad. it: *I diritti dei deputati nel Parlamento greco: Parlamento dei deputati o Parlamento dei gruppi parlamentari?*), Atene, Sakkoulas, 1993.

Mentre c'è chi già intravede all'orizzonte nuove elezioni politiche, le terze in meno di due anni, alcune precisazioni sono d'obbligo circa l'applicazione della nuova legge elettorale.

La normativa approvata in luglio rischia di rimanere lettera morta. La Costituzione greca prevede, come si è visto, la possibilità di modificare la legge elettorale con la sola maggioranza semplice, pur disponendo che le modifiche entreranno in vigore solo successivamente a due tornate elettorali.

Le prossime elezioni politiche si terranno nel settembre del 2019 e si svolgeranno secondo le modalità previste dalla precedente legge elettorale. Teoricamente, infatti, la legge approvata il 21 luglio 2016 non troverà applicazione prima del settembre 2023, questo perché è stata approvata con una maggioranza di voti inferiore a quella richiesta dall'art. 54 Cost. per l'immediata entrata in vigore. Questa ipotesi potrebbe non verificarsi nel caso in cui la maggioranza risultata vincitrice alle elezioni del 2019 approvi una nuova legge elettorale, questa volta assicurandosi il voto favorevole di almeno 200 deputati, affinché la legge possa entrare in vigore in tempo utile per le elezioni del 2023.

A rafforzare la convinzione che il futuro della legge elettorale, licenziata dal parlamento greco a luglio, sia piuttosto incerto, giungono le dichiarazioni del leader della Nuova democrazia, il principale partito di opposizione, Kyriakos Mitsotakis, il quale si è impegnato pubblicamente a modificare la legge.

Le considerazioni appena svolte inducono a ritenere che la reale portata della nuova legge elettorale sia piuttosto limitata e che si riduca ad un atto simbolico del governo di Alexis Tsipras, dietro al quale si cela una realtà poco rassicurante per la democrazia greca. Le acque tempestose nelle quali si trova a navigare il governo del giovane primo ministro, in seguito al braccio di ferro con i creditori dell'estate del 2015, la capitolazione successivamente all'approvazione del terzo memorandum e lo scontro sempre più aspro con le opposizioni, hanno condotto Alexis Tsipras verso un insolito, ma non inedito – soprattutto se si volge lo sguardo ai governi di altri ordinamenti europei – attivismo riformatore, accompagnato da un certo equilibrismo retorico. La crisi economica e l'austerità hanno alimentato la frammentazione politica e, parallelamente, hanno favorito la crescita delle forze anti-sistema, contribuendo ad amplificare le disfunzioni del democratico-rappresentativo.

L'assegnazione del premio di maggioranza al primo partito non ha rappresentato in questi anni di crisi del sistema politico un'ancora di salvezza, non riuscendo a garantire la governabilità, sancendo, piuttosto, l'arretramento del fattore ideologico nel confronto politico. Naturalmente, il sistema elettorale può essere in determinati contesti il freno o l'acceleratore dell'instabilità governativa, ma non certo la sua causa esclusiva.

Il premio di maggioranza stride con i presupposti proporzionalisti globalmente veicolati dal sistema elettorale e presuppone che il sistema politico abbia natura fondamentale bipartitica, circostanza questa venuta a mancare con la crisi economica, la quale ha determinato la comparsa di diverse nuove formazioni politiche, alternative ai due partiti che hanno dominato la scena politica greca successivamente al ritorno del Paese alla democrazia.

Negli ultimi anni la previsione normativa di un meccanismo considerato di stabilizzazione, quale il premio di maggioranza dei 50 seggi, ha tutt'altro che garantito stabilità governativa favorendo in un contesto politico fortemente disomogeneo, la costituzione di alleanze tattiche tra partiti ideologicamente molto distanti (come nel caso dei due Governi Tsipras 2015, 2015 bis, formati grazie all'alleanza stretta con la destra nazionalista di AN.EL.).

In questa prospettiva, quindi, la scelta di eliminare il "bonus" dei 50 seggi non può che essere apprezzata. Tuttavia, il superamento di tale meccanismo non manca di presentare alcune criticità, considerato il contesto politico greco §§§§§§§§.

Alcuni autorevoli studiosi hanno sostenuto, infatti, che l'introduzione della rappresentanza proporzionale pura, unitamente alla previsione dell'elezione diretta del Capo dello Stato da parte del corpo elettorale, previsione quest'ultima contenuta nella proposta di riforma costituzionale, consentirebbe l'espressione parlamentare di molteplici sensibilità politiche pur non scongiurando il rischio dell'ingovernabilità \*\*\*\*\*.

## 5. Legge elettorale e riforma costituzionale. Il cammino della riforma costituzionale: reale necessità o diversivo politico?

Anche in Grecia, come in Italia, il dibattito sulla nuova legge elettorale si lega a quello relativo alla revisione costituzionale ††††††††.

In seguito alla crisi economica la costituzione greca ha mostrato di possedere un'elevata capacità di adattarsi ai mutamenti, mentre a soccombere è stato il sistema politico, affetto da lungo tempo dai mali endemici del clientelismo e del populismo ††††††††. L'elasticità della Costituzione greca non è valsa, tuttavia, ad allontanare le ipotesi di una sua revisione.

La recente vicenda parlamentare dell'approvazione della nuova legge elettorale ha convinto il Primo Ministro Alexis Tsipras che i tempi per la costituzionalizzazione del sistema proporzionale siano ormai maturi e che la decisione non possa essere ulteriormente procrastinata §§§§§§§§. I nodi centrali attorno ai quali si è sviluppato il dibattito politico e accademico sono essenzialmente: l'istituzione di una Corte costituzionale \*\*\*\*\*.

§§§§§§§§ Tra le peculiarità del sistema politico greco vi è che il consenso viene raccolto dalle personalità politiche piuttosto che dai programmi presentati dai partiti. Tale tendenza ha avuto il suo culmine negli anni '80 del XX secolo grazie al carisma dei leader dei due principali partiti politici, Andreas Papandreu e Kostas Karamanlis.

\*\*\*\*\* I. Drossos, *To éδαφος και ο λόγος για τις συνταγματικές αλλαγές*, (trad. it *Il fondamento e le ragioni per le modifiche costituzionali*), in «Αυγή», 26/6/2016. Secondo l'Autore anche il rafforzamento del ruolo del Presidente della Repubblica e la conseguente creazione di un secondo polo di potere non garantirebbe, infatti, la governabilità.

†††††††† A. Papachelas, *Η αναθεώρηση του Συντάγματος* <http://www.kathimerini.gr/863439/opinion/epikairothta/politikh/h-ana8evrsh-toy-syntagmatos>.

†††††††† Sull'impatto della crisi economica sull'ordinamento greco sia consentito il rinvio a G. Aravantinou Leonidi, *L'impatto della crisi economica sul sistema costituzionale della Repubblica di Grecia*, in *El Impacto De La Crisis Económica en Las Instituciones de La Ue y Los Estados Miembros*, F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte, E. Guillén López et J.-F. Sánchez Barrilao (ss dir.), Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 335-377.

§§§§§§§§ D. Antoniou, *Απλή αναλογική στη συνταγματική αναθεώρηση*, (trad. it: *Proporzionale semplice nella revisione costituzionale*) <http://www.kathimerini.gr/868328/article/epikairothta/politikh/aplb-analogikh-sth-syntagmatikh-ana8evrsh>.

\*\*\*\*\* Contrario all'ipotesi dell'istituzione di una Corte costituzionale K. Mavrias, *Εισήγηση κατά την ημερίδα της 27<sup>ης</sup> Φεβρουαρίου 2013*. L'Autore ritiene che gli sforzi del legislatore dovrebbero rivolgersi piuttosto nella direzione di conferire ulteriori competenze alla già esistente Corte Suprema Speciale. Sull'organizzazione della giustizia in Grecia si vedano: K.

l'introduzione dell'elezione diretta per il Presidente della Repubblica, il rafforzamento del ruolo del Parlamento, il potenziamento degli istituti di democrazia diretta ed infine la costituzionalizzazione del sistema elettorale. Quest'ultima proposta rappresenta un forte elemento di rottura rispetto alle intenzioni dei costituenti greci i quali hanno ritenuto più opportuna la scelta di affidare al legislatore ordinario la determinazione del sistema elettorale.

Prima di entrare nel merito delle proposte formulate dal governo Tsipras, vale la pena richiamare brevemente le disposizioni costituzionali concernenti la revisione.

Il procedimento di revisione costituzionale è descritto dall'art.110 della Costituzione . Il primo limite alla revisione costituzionale si rinviene al primo comma, che sottrae alla revisione costituzionale la forma di governo parlamentare repubblicana<sup>+++++</sup>, a cui seguono quelli

---

Mavrias, Συνταγματικό δίκαιο, Sakkoulas., 2005 (trad. it: *Manuale di diritto costituzionale*); N. Bakopoulou, *Περι Των Αναθεωρητέων Διατάξεων Του Συνταγματος Αναφορικώς προς το Συμβούλιον της Επικρατείας και την Οργάνωσιν της Διοικητικής Δικαιοσύνης* (trad. it: *A proposito delle disposizioni costituzionali relative alla revisione con riferimento al Consiglio di Stato e all'organizzazione della giustizia amministrativa*) Library of Aueb; F. Vegleris, *La Constitution, la loi et les tribunaux en Grèce*, Annales de la Faculté de Droit de Liège, 1967, pp. 437-477. F. Vegleris, *Χαρακτηριστικά του ελληνικού Συμβουλίου της Επικρατείας*, (trad. it: *Caratteri del Consiglio di Stato greco*) Tomo celebrativo del Consiglio di Stato, I, Sakkoulas, 1979, pp. 13-43 (17). G. Ierapetritis, *Το Σύνταγμα και ο δικαστής: Μια αέναη διαλεκτική σχέση. Σκέψεις με αφορμή τις αποφάσεις 3242/2004 και 343/2004 του ΣτΕ για τον «βασικό μέτοχο*, (trad. it: *La Costituzione e le Corti: un rapporto dialettico perpetuo. Pensieri in occasione delle decisioni 3242/2004 e 343/2004 del Consiglio di Stato sul "principale azionista"*), in *Nomiko Vima* 4, 2005 pp. 443 ss. G. Ierapetritis, *Ισορροπία εξουσιών και δικαστικός παρεμβατισμός: Συγκριτικές σκέψεις στη λειτουργία του Ελληνικού Συμβουλίου Επικρατείας και του Ανωτάτου Ομοσπονδιακού Δικαστηρίου των ΗΠΑ*, (trad. it: *Equilibrio di poteri e attivismo giudiziario: pensieri comparativi sul funzionamento del Consiglio di Stato greco e la Corte suprema federale degli Stati Uniti*) in *Τιμητικός Τόμος για τα 75 χρόνια του Συμβουλίου Επικρατείας*, Sakkoulas, Atene-Salonicco, 2004; G. Kassimatis, *Μελέτες. IV, Ειδικά θέματα δικαστικής εξουσίας 1973-1999*, (trad. it.: *Studi. Temi speciali del potere giudiziario 1973-1999*), Sakkoulas, Atene-Kommotini, 2000 τόμος IV/7. [https://e-justice.europa.eu/content\\_ordinary\\_courts-18-EL-it.do](https://e-justice.europa.eu/content_ordinary_courts-18-EL-it.do); V. A. Manidakis, *Fondement et légalité du contrôle juridictionnel des lois en Grèce*, R.I.D.C., 1988/1, pp. 39 ss.

<sup>+++++</sup> Analogamente, la Costituzione italiana sancisce e regola il potere di revisione alla Sezione II del Titolo VI, consentendone l'esercizio nei confronti di ogni norma o parte della Costituzione, tranne che in ordine alla forma repubblicana idealmente e sostanzialmente legata al principio democratico (art. 138-139 Cost. it.). La dottrina si è interrogata sulla possibilità di individuare un procedimento per modificare la forma repubblicana, pur in presenza del limite prescritto dall'art. 139. Costantino Mortati ha dato risposta negativa a tale interrogativo, avendo il procedimento di revisione costituzionale la funzione di mantenere viva nel tempo la Costituzione, adeguandola alle esigenze che vengano in emersione successivamente, essa non potrebbe sovvertire il sistema di principi e valori contrassegnanti l'assetto originario. Sulla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano v. V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, Cedam, 1995; A. Baldassarre, *Il "referendum" costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1994, fasc. 2, pp. 235-260; P. Barile, *La revisione della costituzione*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei e A. Levi, II, Firenze, Barbera, 1950, pp. 465-496; S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004; M. Bignami, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milano, Giuffrè, 1997; A. Cerri, voce *Revisione costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, Treccani, 1991; A. A. Cervati, S. Panunzio, P. Ridola, *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001; A. A. Cervati, *La revisione costituzionale*, in AA. VV., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1997; S. Cicconetti, *La revisione della Costituzione*, Padova, Cedam, 1972; G. Contini, *La revisione costituzionale in Italia*, Milano, Giuffrè, 1971; G. de Vergottini, *Referendum e revisione costituzionale: un'analisi comparativa*, in *Giur. Cost.*, 1994, fasc. 2, pp. 1339-1400; M. Dogliani, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro, J. Luther, Torino, Einaudi, 1996, pp. 253-289; C. Esposito, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Padova, Cedam, 1934, ora in Id., *La validità delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1964 (ristampa inalterata della edizione del 1934); C. Esposito, *Costituzione. Leggi di revisione della costituzione e "altre" leggi costituzionali*, in *Raccolta di scritti in onore di Carlo Arturo Jemolo*, III, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 191-219; P. Faraguna, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità della Costituzione*, Milano, Franco Angeli, 2015; G. Ferri, *Il referendum nella revisione costituzionale*, Padova, Cedam, 2001; M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, Il Mulino, 1998; P. G. Grasso, voce *Potere costituente*, in *Enc. dir.*, XXXIV Milano, Giuffrè, 1985, pp. 642-670; T. Groppi, *Federalismo e Costituzione. La revisione costituzionale negli Stati federali*, Milano, Giuffrè, 2001; F. Lanchester, *Costantino Mortati e la "Legislatura costituente"*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2016 (indirizzato *Atti del Convegno Costantino Mortati: Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Roma - Camera dei Deputati, 14 dicembre 2015, in corso di pubblicazione per i tipi della Giuffrè); C. Lavagna, *Le costituzioni rigide: lezioni tenute nell'a.a. 1963-64*, Roma, Edizioni Ricerche,

posti in relazione agli articoli 2 comma 1, art.4 commi 1, 4 e 7, art.5 commi 1 e 3, art.13 comma 1 e art.26 comma 2 #####.

La forma di governo parlamentare costituisce, pertanto, un principio organizzativo immutabile del sistema costituzionale statale. La necessità della revisione della Costituzione è accertata con una decisione presa dal Parlamento, su proposta di almeno cinquanta deputati ed a maggioranza di tre quinti del numero complessivo dei membri dell'Assemblea, in due scrutini separati da un intervallo di almeno un mese. Le disposizioni da revisionare sono specificatamente determinate da tale decisione. Quando sia stata decisa con la menzionata delibera parlamentare la revisione costituzionale, la successiva Camera dei deputati si pronuncia, nel corso della sua prima sessione, sulle disposizioni da revisionare a maggioranza assoluta del numero complessivo dei suoi membri. Se la proposta di revisionare la Costituzione ottiene la maggioranza del numero complessivo dei deputati, ma non quella dei tre quinti dello stesso numero, come è richiesto al paragrafo 2), la Camera successiva può, nel corso della sua prima sessione, deliberare sulle disposizioni da revisionare; la sua decisione dev'essere presa a maggioranza di tre quinti del numero complessivo dei suoi membri. Ogni revisione delle disposizioni della Costituzione che sia stata votata viene pubblicata nella Gazzetta Ufficiale

---

1964; M. Manetti, *La deroga all'art. 138 Cost. e la mossa del cavallo*, in *Rass. parl.*, 2013 fasc. 4, pp. 771-783; M. L. Mazzoni Honorati, *Il referendum nella procedura di revisione costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1982; F. Modugno, *Revisione costituzionale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, V, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 5184-5198; G. Morbidelli, *Le dinamiche della costituzione*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Reposo, M. Volpi, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 73-118; C. Mortati, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 379-415, ora in Id., *Scritti*, II, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 3-41; A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autorvincoli legislativi*, Padova, Cedam, 2002; A. Pace, *Processi costituenti italiani 1996-1997*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 1127-1149; A. Pace, *I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano ed europeo*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2016 (indirizzato *Atti del Convegno Costantino Mortati: Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Roma - Camera dei Deputati, 14 dicembre 2015, in corso di pubblicazione per i tipi della Giuffrè); S. Panunzio, *Riforma delle istituzioni e partecipazione popolare*, in *Quaderni costituzionali*, 1992 fasc. 3, pp. 551-568; C. Pinelli, *Costituzione rigida e costituzione flessibile nel pensiero dei costituenti italiani*, in *Iustitia*, 1980 fasc. 3, pp. 250-285 (prima parte) e *Iustitia*, 1980 fasc. 4, pp. 335-364 (seconda parte), ora in *Iustitia*, 1981, fasc. 1, pp. 54-89; A. Pizzorusso, *Art. 138*, in *Commentario della Costituzione. Garanzie costituzionali: artt. 134-139*, a cura di G. Branca, Bologna, Roma, Zanichelli, Società editrice del Foro italiano, 1981, pp. 703-728; M. Ruini, *Il referendum popolare e la revisione della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1953. Anche la giurisprudenza ha avuto modo di esprimersi sul tema dei limiti alla revisione costituzionale. In proposito si veda la nota sentenza della Corte Costituzionale n. 1146 del 1988, nella quale i supremi giudici hanno affermato che «La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana».

##### Sulla revisione costituzionale: X. Contiades, *Η συνταγματική αναθεώρηση*, (trad. it: *La revisione costituzionale*) in «Εθνος» 14/6/2016; P. Lazaratos, *Συνταγματική αναθεώρηση και Δημοψήφισμα*, in «Capital.gr», 8/6/2016; G. Katrougalos, *Γιατί νέο Σύνταγμα; Και πώς*, in «Καθημερινή», 19/6/2016; I. Drossos, *Το έδαφος και ο λόγος για τις συνταγματικές αλλαγές*, in «Αυγή», 26/6/2016; P. Foundedaki, *Αναθεώρηση με λιτή διατύπωση, Καθηγήτρια Συνταγματικού Δικαίου στο Τμήμα Πολιτικής Επιστήμης και Ιστορίας, «Καθημερινή», 27/6/2016* X. Contiades, *Εξορθολογισμός της διαδικασίας*, in <http://www.kathimerini.gr/870289/article/epikairothta/politikh/e3or8ologismos-ths-diadikasias>; Sui limiti alla revisione costituzionale v. G. X. Sotirelis, *Ελαστικά και απαρέγκλιτα όρια του άρθρου 110Σ*, <http://www.kathimerini.gr/870291/article/epikairothta/politikh/elastika-kai-aparegklita-oria-toy-ar8roy-110s>; G. Metaxas, *Ιερότητες και αναγκαιότητες*, (trad.: *Sacralità e necessità*) <http://www.kathimerini.gr/870290/article/epikairothta/politikh/ierothtes-kai-anagkaiotetes>.

entro i dieci giorni che seguono il voto da parte della Camera dei deputati ed entra in vigore con una decisione speciale della stessa Camera. Nessuna revisione costituzionale è permessa prima della scadenza di un termine di cinque anni dall'attuazione della revisione precedente.

Le norme prescritte per la revisione costituzionale mirano a preservare il carattere rigido della Costituzione e a garantire la protezione dell'ordinamento. Sovente nel corso della storia della Repubblica di Grecia si è posta l'attenzione sulla complessità del procedimento di revisione, imputando a questo i poco proficui interventi di riforma del legislatore greco, da qui la proposta recente di intervenire sulle disposizioni di cui all'art.110. La proposta ha destato una certa preoccupazione tra i giuristi greci i quali se, da un lato, non rinvencono ostacoli di carattere costituzionale alla modifica del procedimento di revisione, purché venga rispettato e preservato il carattere rigido della Costituzione del 1975, dall'altro, non mancano di manifestare un qualche scetticismo circa la seconda parte della proposta che mira a ridefinire le disposizioni non soggette a revisione di cui al primo comma dell'art.110. E' utile ricordare che l'articolato procedimento di revisione costituisce un tratto distintivo della Costituzione greca rispetto alle costituzioni degli altri ordinamenti europei. Esso recepisce i caratteri peculiari della cultura politica e della storia costituzionale del Paese, per questa ragione qualsiasi intervento che ne preveda modifiche radicali dovrà essere soggetto ad una attenta ponderazione.

Numerose sono state in questi mesi le ipotesi di riforma avanzate rispettivamente da esponenti della maggioranza e dell'opposizione, molte delle quali convergenti nella sostanza.

A pochi giorni dal voto sulla nuova legge elettorale il Primo Ministro greco ha presentato il progetto di revisione costituzionale promosso dal suo governo §§§§§§§§§§.

Facendo continui riferimenti a quella che definisce "la nuova transizione", Alexis Tsipras ha illustrato la riforma costituzionale che si muove sostanzialmente su quelli che vengono definiti cinque "assi": forma di governo, rafforzamento degli istituti di democrazia diretta, rafforzamento dello Stato di diritto, rapporti Stato-Chiesa, diritti sociali.

Per quanto concerne le modifiche relative alla forma di governo, la proposta prevede la costituzionalizzazione del sistema elettorale proporzionale; l'introduzione dell'istituto della sfiducia costruttiva sul modello dell'art. 67 della legge fondamentale tedesca (*Mißtrauen im Bundestag*) \*\*\*\*\*; l'elezione diretta del Capo dello Stato laddove per due volte consecutive non dia alcun esito il voto del Parlamento; il conferimento di nuove competenze al Presidente della Repubblica; la fissazione di un limite ai mandati parlamentari stabilendone il termine massimo in due legislature o in otto anni consecutivi; la formalizzazione della prassi per la quale può essere nominato Primo Ministro solo un membro eletto del Parlamento.

§§§§§§§§§§ D. Antoniou, *Η πρόταση Τσίπρα για τη συνταγματική αναθεώρηση*, (trad.it: *La proposta Tsipras per la revisione costituzionale*), <http://www.kathimerini.gr/868777/article/epikairothta/politikh/h-protash-tsipra-gia-th-syntagmatikh-ana8enrsh>, 25/7/2016.

\*\*\*\*\* Art. 67 GG: «[1] Il Bundestag può esprimere la sfiducia al Cancelliere federale solo se, a maggioranza dei suoi membri, elegga un successore e chieda al Presidente federale la revoca del Cancelliere federale. Il Presidente federale deve dar seguito alla richiesta e nominare la persona eletta. [2] Tra la mozione e la votazione devono intercorrere quarantotto ore». In proposito v. F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn. Introduzione e testi*, Milano, Giuffrè, 2009<sup>2</sup>, p. 322.



politicamente rilevanti non è mai stata più lontana dal realizzarsi a causa dell'intensificarsi della polarizzazione e della tensione tra i partiti che oggi sono protagonisti della vita politica ellenica. Attualmente, pertanto, il raggiungimento di un consenso generale sulla prossima riforma costituzionale non sembra possibile. Il clima avvelenato della politica greca degli ultimi anni, esacerbato dalla gravissima crisi economica e dalle difficoltà manifestate dalla classe politica nel gestirla, rende arduo ipotizzare un dialogo o una collaborazione tra le forze politiche, evidenziando le carenze della cultura costituzionale e politica greca. Spetterebbe a chi detiene oggi la maggioranza nel Paese adottare toni più concilianti così da evitare che il tentativo di riforma scada in un meschino conflitto, perdendo, forse, una opportunità di migliorare il funzionamento delle istituzioni costituzionali.

Cercare la stabilizzazione sistemica attraverso ausili tecnici, modificando il sistema elettorale o revisionando la costituzione, presenta degli evidenti rischi ai quali il sistema politico ellenico, caratterizzato da una scarsa omogeneità, non sembra, per il momento, in grado di esporsi senza incorrere in importanti conseguenze. I più recenti tentativi di revisione costituzionale in Grecia sono stati intrapresi in assenza di un consenso condiviso, da una classe politica dominante pervasa da opportunismo estemporaneo, che nel tentativo di annichilire le opposizioni perde di vista le reali esigenze del Paese, ancora immobilizzato dalla morsa della crisi economica e scarsamente interessato a manomissioni della carta costituzionale mascherate da rafforzamento della partecipazione popolare attraverso un approfondimento degli strumenti della democrazia diretta.

L'ampia portata delle modifiche proposte richiede, dunque, da parte del legislatore greco cautela per evitare il rischio che la revisione della carta fondamentale si riduca ad un mero diversivo politico per garantire la permanenza al potere in assenza di consenso.

[A. BURATTI, La frontiera americana. Una interpretazione costituzionale, Verona, Ombre Corte Edizioni, 2016, pp. 151.](#)

**I**l Volume di Andrea Buratti ha l'obiettivo di leggere la scoperta e l'espansione della "frontiera americana" come esperienza costituente. Il periodo della frontiera americana, in particolare, ha inizio nel 1783 – col Trattato di Parigi che pose fine alla guerra d'Indipendenza – e finisce nel 1868. È stato, questo, un periodo di formazione del diritto americano nel quale la tradizione costituzionale della frontiera ha rappresentato "il principale motivo di sfida, sviluppo e trasformazione della Costituzione di Filadelfia, contribuendo a plasmare l'identità costituzionale americana" (p. 9).

Ammettere questo, tuttavia, non è stato semplice per la cultura giuridica americana poiché ha richiesto la parziale messa in discussione dell'opera dei *Founding Fathers* e del suo valore fondativo: è stato necessario prendere atto, infatti, che "l'esperienza costituente non si è esaurita nel momento della scrittura costituzionale, ma si è dilaniata nell'orizzonte storico, per definirsi attraverso processi di costruzione culturale e sociale della Costituzione" (p. 11).

Nel primo capitolo, in particolare, l'Autore si occupa dell'Ordinanza del Nord Ovest e del progetto costituzionale della frontiera. Durante la guerra d'Indipendenza si sviluppò una riflessione sull'assetto costituzionale da assegnare ai territori occidentali. La riflessione si acui con la fine della guerra e il Trattato di Parigi, che costrinse l'Inghilterra a rinunciare ai suoi possedimenti a ovest degli Appalachi. Tuttavia, nel cedere agli Stati Uniti i territori inglesi, il Trattato di Parigi non aveva considerato i diritti dei nativi americani: gli inglesi, infatti, non avevano riconosciuto i nativi come titolari di un diritto di sovranità sul territorio americano. Venne riconosciuto ai nativi il solo diritto di proprietà sulle terre, cosicché iniziarono ad esserci compravendite coi coloni. In breve tempo, tuttavia, abusi e frodi contribuirono a incrinare i rapporti con gli americani.

Due fattori, in particolare, spingevano verso un'organizzazione giuridica dei territori occidentali: da una parte si volevano distribuire le terre ai combattenti dell'esercito rivoluzionario, senza aggravare la crisi del bilancio confederale; dall'altro lato le comunità così stabilite avrebbero potuto dar vita a Stati autonomi. Sembrava chiaro che "occorreva muoversi con urgenza, altrimenti la colonizzazione delle terre si sarebbe svolta al di fuori di un preciso quadro giuridico, e senza un ritorno economico per la Confederazione" (p. 24).

I lavori iniziarono da un progetto di un comitato guidato da Thomas Jefferson. Si prevedeva la divisione del territorio in 14 Stati. In una fase transitoria questi Stati avrebbero applicato, senza possibilità di modifiche, la Costituzione di uno degli Stati dell'Unione. Una volta raggiunta la popolazione di 20.000 persone avrebbero potuto dotarsi di un governo provvisorio con istituzioni rappresentative elette senza restrizioni di censo e collegate al Congresso confederale (tramite l'invio di un rappresentante senza diritto di voto). Infine, una volta raggiunta la popolosità dello Stato meno popoloso dell'Unione avrebbero potuto chiedere l'ammissione all'Unione stessa in condizioni di parità con gli altri Stati, con gli impegni di condividere il debito, vietare i titoli nobiliari e escludere la schiavitù dal 1800.

Il progetto di Jefferson venne modificato dal Congresso, soprattutto per quanto riguardava i punti su titoli nobiliari e schiavitù. Il 23 aprile 1784 venne ad ogni modo approvata la *Ordinance*. Fu, invece, del 1785 la c.d. *Land Ordinance*: questa rivestì un ruolo decisivo per come venne configurato il modello della proprietà terriera in America, contribuendo “a plasmare il modello sociale della democrazia di frontiera” (p. 28).

Fu, però, l'Ordinanza del Nord Ovest del 1787 il vero atto fondativo di un ordine costituzionale per i territori di frontiera. L'Ordinanza rivedeva la fase transitoria prevista da quella del 1784 e anche il processo che conduceva all'ammissione all'Unione che era regolato da un *Compact* sottoscritto tra gli Stati originari e i popoli e gli Stati di nuova costituzione. I primi due articoli di tale *Compact*, peraltro, prevedevano un vero e proprio *Bill of Rights* della frontiera. Bisogna notare che, nonostante non potesse essere assimilabile ad una Costituzione in senso stretto, l'Ordinanza ha esibito lo stesso un “carattere costituente dell'ordinamento dei territori, rispetto ai quali pretende di stabilirsi come quadro regolativo permanente e progetto di emancipazione democratica coerente con i valori costituzionali della tradizione americana” (p. 33). L'Ordinanza va dunque a pieno titolo annoverata tra i documenti più importanti del decennio costituente, anche per il ruolo che rivestì nella formazione di una cultura costituzionale della frontiera.

Il problema della frontiera, invece, non ebbe un ruolo importante nell'elaborazione della Costituzione federale. La sez. 3 dell'art. IV della Costituzione federale equipara i territori di frontiera con le “*other Properties belonging to the United States*”. Da questo momento la frontiera viene interpretata come “la culla vuota di una grande Nazione” (A. De Tocqueville, *La democrazia in America*, 1835, trad. it. a cura di G. Candeloro, Rizzoli, Milano, 1982). Per quanto riguarda l'annessione dei nuovi Stati, prevalse una maggioranza favorevole ad una annessione agile e venne bocciata la proposta di subordinare l'ammissione di nuovi Stati al consenso di una maggioranza qualificata presso il Congresso federale. Non era stata invece riproposta la clausola “*on an equal footing*” che invece era presente nell'Ordinanza del 1787. Infatti, alcuni premevano per affermare in Costituzione la prevalenza degli Stati originari nella rappresentanza degli organi federali: proposta,

questa, che non venne approvata ma che testimonia “il raffreddamento degli entusiasmi emancipativi prevalenti nei lavori del Congresso confederale a New York al momento dell’adozione dell’Ordinanza del Nord Ovest” (p. 35). Da qui si nota l’indipendenza dei due processi normativi che, infatti, elaborarono “modelli di sviluppo democratico e soluzioni organizzative non sovrapponibili” (p. 36). Queste due tradizioni si svilupparono così in modi distinti per convergere solo alcuni decenni più tardi.

Uno dei primi atti del Congresso confederale che si riunì nel 1789 fu il recepimento, con atto legislativo (il *Northwest Ordinance Act* del 7 agosto 1789) dell’Ordinanza del Nord Ovest. Se nella Nazione era diffusa l’idea che l’Ordinanza rivestisse valore costituzionale, nel dibattito politico l’atteggiamento fu maggiormente fluttuante: da una parte si enfatizzavano alcuni suoi contenuti, anche per far sì che i nuovi Stati derogassero dai suoi contenuti, dall’altra, però, si opponeva la prevalenza della volontà dei legislativi eletti democraticamente e il difetto di vincolatività dell’Ordinanza oltre la fase del governo provvisorio.

Il progetto emancipativo della frontiera subì un brusco cambiamento con la presidenza di Thomas Jefferson (1801-1809). Quest’ultimo, infatti, ebbe la pretesa di sviluppare la nazione americana oltre il Mississippi. L’espansione territoriale, nella sua prospettiva, era lo strumento per preservare il modello economico della piccola proprietà terriera ed evitare così l’addensamento urbano. Era il federalismo, nelle sue intenzioni, il mezzo per espandere la Repubblica su scala continentale. L’imperialismo jeffersoniano ebbe il suo primo risultato nell’acquisto della Louisiana dalla Francia: territorio importantissimo soprattutto a causa del commercio. Il fiume Mississippi, infatti, era la più grande rotta commerciale e tutti i fiumi della frontiera confluivano nel Mississippi e sfociavano nel golfo del Messico a New Orleans. La Francia, tuttavia, non riteneva di poter difendere il resto della Louisiana senza uno sbocco sul Golfo del Messico e così nel maggio del 1803 fu sottoscritto il Trattato. Napoleone ebbe nuove risorse economiche per l’assalto all’Inghilterra e allo stesso tempo rinsaldava il legame con gli Stati Uniti, evitando così un riavvicinamento di questi ultimi con la Gran Bretagna.

L’acquisizione della Louisiana scatenò un grande dibattito che presto arrivò sul campo dell’interpretazione costituzionale. La Costituzione federale, infatti, non prevedeva la possibilità di acquistare nuovi territori e vi furono una serie di oppositori per diverse ragioni. Tuttavia, nella visione jeffersoniana, era il principio federale lo strumento attraverso il quale l’Unione avrebbe da un lato potuto espandersi territorialmente e dall’altro permettere l’autogoverno delle comunità territoriali.

Il Congresso ratificò presto il Trattato, pur senza dirimere tutti i dubbi sulla sua costituzionalità. Su questi intervenne la Corte Suprema che in *Sere v. Pitot* (1810) riconosceva al Governo federale “*the right to acquire and to hold a territory*” e poi ribadiva in

altra sentenza nel 1828 che il Governo ha il potere di acquisire territori sia per conquista sia per Trattato.

Il progetto di Jefferson per la creazione di un “*empire of liberty*” fu portato avanti dalle presidenze di Madison (1809-1817), Monroe (1817-1825) e Adams (1825-1829), dapprima in Florida e poi in Oregon. In Florida, in particolare, la politica americana fu aggressiva e ambigua. Gli Stati Uniti, infatti, occuparono militarmente la regione e al tempo stesso appoggiarono le domande di indipendenza dei coloni americani. Nel 1829 si chiuse la vicenda con la Spagna che cedeva i territori in Florida a fronte di compensazioni economiche. Questo tipo di strategia venne poi riproposta in Texas e in Oregon tanto da divenire preciso indirizzo di governo con la definizione, nel 1823, della c.d. “dottrina Monroe”, volta a impedire che proseguissero le esperienze coloniali europee in America.

Nel terzo capitolo l'Autore inverte la prospettiva e analizza lo sviluppo dell'organizzazione giuridica dei territori della frontiera fino alla loro ammissione all'Unione. Nella prima fase di governo provvisorio il Governatore accentrava su di sé la gran parte dei poteri. Dopo la fase del governo provvisorio vi era la fase del governo territoriale: possibile al raggiungimento della soglia dei 5.000 cittadini maschi, liberi e maggiorenni. In questa fase operava un'assemblea bicamerale elettiva con potere legislativo, eletta ogni due anni con suffragio limitato ai proprietari terrieri. Sebbene, poi, molti poteri del Governatore in questa fase transitavano al legislativo, il Governatore manteneva ancora un potere di veto assoluto, di convocazione e sospensione delle sessioni delle assemblee e di determinazione dei collegi elettorali. Con la presidenza di Jefferson venne abolita la soglia dei 5.000 residenti liberi per iniziare la fase dell'autogoverno. Nello stesso tempo con la legislazione organica si limitavano le prerogative dei Governatori e si stabiliva l'elezione popolare del rappresentante dei territori al Congresso federale. In molti degli *Organics Act* adottati in questa fase si ampliava il diritto di elettorato attivo e passivo. Si ebbero, inoltre, casi di territori organizzati fin dall'inizio con l'autogoverno: dapprima con l'*Alabama Organic Act* del 1817 e poi col *Wisconsin Organic Act* del 1836. Quest'ultimo, in particolare, sostituì la Grande Ordinanza come modello della futura legislazione congressuale.

L'Autore analizza poi l'organizzazione delle corti e la produzione del diritto sostanziale. Per l'ammissione dei nuovi Stati non esisteva una procedura costituzionalmente prescritta, ma solo vincoli generali di valore legislativo e la prassi che si sviluppò al Congresso. Infatti, la Costituzione federale stabiliva che nuovi Stati possono essere ammessi dal Congresso nell'Unione, ma senza dire nulla sul procedimento. Le tecniche furono, invero, molteplici: alcuni Stati sorgevano dai territori di frontiera; altri sorgevano fuori dall'Unione per chiederne poi l'ammissione; altri ancora, infine, nascevano separandosi da Stati già esistenti. Agli inizi del 1800, tuttavia, si affermava una nuova prassi. Nel 1802, infatti, l'Ohio non aveva ancora raggiunto la popolazione di 60.000 residenti richiesta

dall'Ordinanza per l'ammissione a Stato. Il Congresso, però, decise lo stesso di autorizzare la costituzione dell'Ohio in Stato e di convocare la Convenzione costituzionale. Da quel momento si affermava questa nuova prassi: una petizione dal territorio innescava la richiesta di ammissione, incentrata sull'approvazione di una legge di autorizzazione alla costituzione del territorio come Stato (*Enabling Act*), seguita poi dall'elezione di una Convenzione costituzionale. Questa tecnica consentiva al Congresso "di rimodellare i confini statali, prefigurare il procedimento di adozione della Costituzione statale e di condizionare l'ammissione al rispetto di indirizzi politici contenuti nella legislazione ordinaria" (p. 90). Infatti, la legge o la *joint resolution* implicavano un *congressional review* della Costituzione statale per verificare che rispettasse le condizioni imposte. Dagli anni '30, tuttavia, la prassi degli *Enabling Acts* conobbe varie eccezioni e cambiamenti.

Nel quarto capitolo l'Autore analizza dettagliatamente i temi e i protagonisti della democrazia jacksoniana. Senza qui potersi dilungare troppo, basti dire come con la fine della *Early Republic* vi fu un altro momento decisivo della storia costituzionale americana e un importante momento di democratizzazione sotto la spinta del presidente Andrew Jackson e della c.d. *Jacksonian Democracy*. Il secondo *party system* portò temi e forme innovative nella politica americana e le dispute sull'interpretazione costituzionale dell'epoca segnarono profondamente sia l'interpretazione sia le prassi costituzionali. La democrazia jacksoniana nutrì e si fece nutrire dalla frontiera.

In seguito, durante i quattro anni della Presidenza Polk (1845-1849) si completava l'espansione sul continente acquisendo Texas, Oregon e California. In particolare, il Texas venne annesso dopo che dichiarò la sua indipendenza e poi fece richiesta di annessione agli Stati Uniti, nel 1836. Tuttavia la *joint resolution* venne approvata dal Congresso solo nel 1845. In parte diversa l'annessione dell'Oregon: qui, anziché costituire uno Stato indipendente e con una propria Costituzione venne preferito un *Organic Act* seguendo la prassi dei territori di frontiera. Vi era poi l'ulteriore problema delle rivendicazioni del Regno Unito sulla regione. Gli Stati Uniti, tuttavia, fissarono la loro pretesa sulla scoperta allineandosi così ai metodi coloniali. Nel 1846 venne infine sottoscritto il Trattato con l'Inghilterra che divideva a metà la regione. Per quanto riguarda la California, bisogna premettere che i rapporti con il Messico si erano deteriorati dopo i fatti del Texas. Polk chiese al Messico di poter acquistare i territori occidentali dell'Alta California e del New Mexico, ma senza successo. Erano territori non molto abitati ma importanti per gli Stati Uniti soprattutto per lo sbocco sul Pacifico e il porto di San Francisco. Nel 1846 Polk, approfittando di un incidente, dichiarò guerra al Messico. Era la prima volta che gli Stati Uniti combattevano una guerra di conquista. Nel luglio del 1846 la California venne dichiarata territorio militare. Poco dopo, in seguito alla scoperta di giacimenti d'oro, ebbe inizio il Gold Rush, creando non pochi problemi d'ordine pubblico.

La corsa al West di Polk aveva, tuttavia, lasciato dietro di sé divisioni profonde. La conquista dei territori messicani, infatti, aveva radicalizzato il conflitto sull'estensione della schiavitù nella frontiera. Nel sesto e ultimo capitolo del Volume sono dunque analizzate cause e conseguenze della Guerra Civile dalla prospettiva della frontiera.

Alla fine della guerra e nel periodo della *Reconstruction*, con l'unificazione della ferrovia transcontinentale nel 1869, poteva dirsi chiusa definitivamente l'esperienza costituente della frontiera americana.

Nel complesso, quello di Andrea Buratti è un Volume straordinariamente ricco ed interessante, che indaga un periodo della storia americana spesso trascurato dal punto di vista costituzionalistico, ma che è stato invece senza dubbio assolutamente centrale nel creare l'identità costituzionale degli Stati Uniti.

Luca Bartolucci

[P. POMBENI, \*La questione costituzionale in Italia\*, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 376.](#)

**S**i racconta che principe di Talleyrand ammonisse come, in politica, un errore fosse peggio di un delitto. Le ragioni di questa affermazione nascevano dalla convinzione, per la quale, del delitto, si potevano calcolare in anticipo le conseguenze; dell'errore, no. Ma se si sbaglia in buona fede, convinti di raggiungere uno scopo non ignobile, esiste un modo per provare che, almeno in questo, Talleyrand avesse torto: confessarlo e adoperarsi per limitarne gli effetti.

Il personale errore è stato nell'iniziale approccio a questo volume; mentre, il tentativo di ammenda è rappresentato dalla presente recensione. Per quanto riguarda l'errore, questo origina dalla necessaria attività di registrazione delle più recenti pubblicazioni edite in vista dell'imminente appuntamento referendario per la conferma della modifica alla seconda parte della Costituzione, approvata dalla maggioranza assoluta del Parlamento lo scorso 12 aprile. Da ciò, il motivo per il quale, la volontà di intraprendere la lettura de *La questione costituzionale in Italia* avesse come unico fine il suo inserimento all'interno di uno dei due opposti schieramenti di *vademecum*, pro o contro la riforma, attualmente in circolazione. Ma non appena messo in pratica l'intento, ci si è convinti dello sbaglio.

L'opera, a prescindere dallo "scaffale" sul quale la si intende collocare, risulta, non solo preziosa, ma, soprattutto nell'attuale contesa, indispensabile per tutte le posizioni in essa coinvolte. Le ragioni sono facilmente comprensibili: se, da un lato, è già stato osservato da autorevoli studiosi come Giorgio Rebuffa che, da quando è possibile parlare di una reale *democrazia dei moderni*, la trama dei tempi sia stata soggetta a continue rotture, essendo presente in ogni processo d'emersione di nuove fasi politiche un medesimo intento a dimenticare, presentandosi come eccezionale ed unica (e conseguenze di ciò sarebbero riscontrabili nelle sempre maggiori difficoltà contro le quali andrebbero scontrandosi quanti volessero compiere una tessitura della memoria in grado di portare ad una comprensione ed ad una riaffermazione delle ragioni dello stare insieme di una grande comunità); dall'altro, appare evidente una recente ed altrettanto pericolosa tendenza che, ad ogni costo, ed al di là di ogni ragionevole evidenza, riterrebbe possibile rinvenire per ogni posizione coinvolta nei summenzionati processi, un precedente, una tradizione, o una radice. Tali affermazioni, potrebbero essere validamente poste in ogni contesto nazionale; appaiono oggi come ragioni dirimenti alla questione di lungo periodo, per la quale, la vita pubblica italiana sia spesso difficile da decifrare.

Viceversa, quelle offerte da Pombeni sono coordinate certe; ricavate da una puntuale rassegna d'indagini sugli sviluppi dottrinari, sia di singoli istituti giuridici, che di risalenti

chiavi interpretative. Ed è per questo che, a prescindere dal loro essere, o meno, legate al presente, queste, soprattutto per le valutazioni dei cultori del diritto costituzionale, risultano oggi essere assolutamente indispensabili.

Se qualsiasi attività di riforma, al netto delle valutazioni sulla sua maggiore o minore auspicabilità, deve necessariamente essere considerata, sempre e comunque, come una “fatica di Sisifo” (solo all’interno di uno Stato totalitario è difatti possibile credere che la traduzione del suo regime politico, attraverso l’attuazione dei suoi principi generali in specifici istituti positivi, possa essere realizzata, in un dato momento, in maniera completa e definitiva), da ciò consegue che, l’utilizzo dei profili contenutistici dei “momenti costituenti” succedutesi nella storia italiana possa anch’essa contribuire ad una conoscenza organica dei correttivi necessari ad una migliore strutturazione dello Stato (p. 361).

La convinzione che dallo scritto traspare è difatti tale da permettere il ritenere come, per il suo autore, questa conoscenza sia possibile a condizione che, in questa attività di riforma, delle sue norme se ne valorizzi principalmente la funzione dinamica. Solo in questo modo, l’immissione nell’ordinamento di diverse “disposizioni di principio”, da queste stesse norme resa possibile, viene ritenuta in grado di portare ad una sua evoluzione. Data l’esistenza di limiti alla stessa attività di revisione queste costringono quindi a fare riferimento, “all’altra Costituzione”: la Costituzione in senso materiale.

Costituzione in grado di elevare, indipendentemente dalla contrapposizione fra rigidità e flessibilità della stessa, dati di carattere sociologico ad una dimensione precettiva; dati i cui termini di effettività, altrimenti, potrebbero avere (come largamente noto ai giuristi) una loro verifica solo a posteriori.

Se queste valutazioni possono essere validamente utilizzate per il cd. Stato di diritto legislativo, le stesse assumono nel contesto italiano, al passaggio al cd. Stato di diritto costituzionale avvenuto con la Carta del 1948, l’ulteriore significato di strumento ermeneutico per la comprensione delle “strutture portanti dell’impianto programmatico” della stessa. Strutture programmatiche incentrate su: la questione del lavoro (ovvero dell’inserimento del principio lavorista nella costituzione come base per la costruzione del nuovo ordinamento repubblicano, che vedeva, a prescindere dall’assetto istituzionale in vigore, il centro del suo dibattito sul come vivificare il principio meritocratico, contenuto poi nella XIV delle disposizioni transitorie e finali); il ruolo dei partiti; la regolazione dei rapporti tra Stato e Chiesa; la questione delle regioni; l’assetto dei rapporti tra supremi organi costituzionali in relazione alla funzione di indirizzo politico (ovvero come realizzare un reale bilanciamento dei poteri); l’assetto del potere esecutivo (aspetto particolare del precedente punto, ma anche argomento cardine della discussione costituzionalistica sulla cd. limitazione del potere); l’approvazione dei trattati di pace, il “ripudio” della guerra e la limitazione della sovranità inserita poi all’art. 11 per la partecipazione ad organismi internazionali e sovranazionali (p. 235). Strutture che, al netto della considerazione, per la

quale, nell'Assemblea costituente vennero al pettine non tanto contrapposizioni ideologiche, quanto, contrapposizioni di metodo fra «fautori del dirigismo governativo» e «difensori delle libertà delle assemblee rappresentative» (p. 234), poterono essere realizzate principalmente grazie allo “spirito di umiltà minoritaria” nato dal “compromesso efficiente” tra le diverse correnti in essa presenti (p. 147).

Grazie a questa differente prospettiva, Pombeni inizia la sua ricerca con un tentativo di rendere conto dei precedenti storici, riscontrabili già durante il periodo di vigenza del cd. Statuto albertino, di quelle che possono essere definite come le modalità attraverso le quali una fonte giuridica primigenia concretamente si manifesta (pp. 17-53). In questa operazione si crede che la scelta dell'autore possa essere efficacemente ricondotta ad autorevoli modelli del passato. La dimostrazione si ritiene riscontrabile nella condizione che vuole, la stessa, essere funzionale alla realizzazione di una puntuale descrizione del processo di liberazione delle libertà civili dalle anguste strettoie dei diritti soggettivi.

In questo modo, sin da subito, viene tracciato uno dei binari sui quali l'opera è stata sviluppata: la possibile identificazione del concetto di costituzione materiale come direttamente derivante da quello di “potere costituente”. Rapporto di derivazione che lo stesso autore chiarisce successivamente nella descrizione delle posizioni dottrinarie prevalenti all'interno della nuova generazione accademica nata in Italia negli anni Trenta del secolo ventesimo; ed in particolare, nella specificazione del concetto di “permanenza” delle forze di instaurazione di una data “forma di Stato” (pp. 74-9).

Generazione che, per prima, riuscì ad inquadrare con rigore scientifico, pur mantenendola attaccata alla vita delle istituzioni, la consapevolezza di come, da sole, le cd. dottrine della nazione, non fossero sufficienti ad assicurare la summenzionata “permanenza”, data la funzione assegnata loro di mero presupposto all'instaurazione di un nuovo Stato. Secondo Pombeni, autori come Mortati e Crisafulli, furono capaci di arricchire la teoria istituzionalistica di nuovi sviluppi e approfondimenti. Innovazioni tali da permettere di individuare gli ordinamenti nella loro successione, cogliendo in ciò le diverse cesure tra regime e regime. In questo, viene evidenziato come, soprattutto Mortati, nonostante la prevalenza nella dottrina del periodo di una visione “continuistica” tra periodo prefascista e periodo fascista, fosse stato in grado di sottolineare il momento della frattura e della discontinuità ponendo il suo accento sulla forza politica in quanto portatrice, individuatrice ed integratrice dei principi del sistema normativo e dell'indirizzo politico, concepito esso stesso come fonte (p. 75).

Dallo studio di questi autori è quindi possibile evincere che, l'accostamento fra “costituzione materiale” e “potere costituente” derivi dalla constatazione per la quale, se all'interno di un “processo costituente” solo in presenza di una “coscienza costituente del popolo”, è possibile riscontrare l'apparizione di un ordinamento realmente legittimato, il cd. potere costituente non sia altro che una riproposizione della teoria dello Stato legittimo,

attualizzata dall'allora crescente interesse per lo studio delle corrispondenze fra "ordinamento politico" e "coscienza collettiva" (pp. 34 ss.).

Dalla sommatoria delle particolarità sinora riscontrate (accomunabili dal poter essere tutte considerate come differenti modalità attraverso le quali un determinato regime politico traduce i suoi principi, valori ed interessi all'interno di un ordinamento giuridico positivo) la possibilità di trarre un primo giudizio sullo scritto.

La personale impressione è che il suo merito maggiore non sia rinvenibile tanto nella sua capacità di riconoscere l'esistenza dei legami precedentemente richiamati (operazione compiuta già da tempo da indiscussa dottrina), quanto nel modo attraverso il quale a questo risultato perviene; il metodo che Pombeni utilizza in maniera efficace è, difatti, incentrato più sulle eccezioni che sulle regolarità del fenomeno studiato.

A dimostrazione di ciò, possono essere citati gli esempi, presenti nel testo, sul come nel nostro paese vennero superate le sue numerose crisi e fasi di transizione; gli stessi, ancora una volta, rendono manifesta l'impossibilità di inserire un diretto nesso tra l'apparizione del potere costituente (come, ad esempio, avviene durante l'instaurazione di un nuovo Stato) e la formazione di un'Assemblea a ciò vocata. I precedenti offerti sono quindi funzionali alla dimostrazione di come, per questo fenomeno, non siano le regolarità a contare maggiormente, ma, viceversa, i suoi singoli elementi; soprattutto, quando gli stessi sono in grado di rappresentarne le peculiarità. Da questo, la conseguenza per la quale l'attività costituente non possa essere descritta attraverso uno solo dei suoi diversi aspetti. Al contrario, a contare non è come queste possono, ad esempio, essere composte, ma, nella stabilizzazione politica che la loro attività è concretamente in grado di realizzare. La convinzione che muove a questo assunto è quindi tale da rinvenire nella predisposizione alla ricerca di soluzioni ai problemi istituzionali il sostrato materiale e la causa efficiente delle costituzioni; predisposizione, difficilmente fissabile in forme precise, dovendosi continuamente adattare alle diverse situazioni all'interno delle quali essa agisce (pp. 274-5).

I casi attraverso i quali questa "predisposizione" viene rappresentata sono tratti da ambiti tra loro estremamente eterogenei. In questo, si parte da non scontati richiami alla dottrina del secolo diciannovesimo, con autori come il Fazzari, per il quale «pur essendo l'Italia fondata su una base giuridico-politica superiore alla Costituente (i plebisciti), si sarebbe potuta promuovere una assemblea straordinaria a durata limitata (un anno) per affidarle il compito costituente di varare, nel quadro del regime vigente, quelle riforme istituzionali che il parlamento non riusciva ad avviare» (p. 40, spec. nt. 44); per giungere, allo stesso fine, ad una rassegna di biografie dei Primi ministri che, a giudizio dell'autore, con maggiore profitto riuscirono in questa azione stabilizzatrice (ed in questo significativa appare la predilezione espressa per alcuni personaggi, come De Gasperi, al quale viene dedicato l'intero quarto capitolo).

Particolarità nelle modalità di emersione dei richiamati legami che appaiono importanti proprio per la loro capacità di offrire una diversa connotazione di Costituzione materiale. Alle tradizionali concezioni che la vedono come, o, l'insieme delle norme di indirizzo costituzionale, o, l'insieme delle norme che rappresentano uno strumento ermeneutico per la comprensione delle strutture portanti dell'impianto programmatico immaginato come caratteristico di una nuova fase politica, queste sono, difatti, in grado di affiancarne una nuova. Per la stessa, la Costituzione materiale atterrebbe alle norme "materiali" del testo, non a quelle strumentali; difatti, se le seconde tutelano un *iter* di produzioni di accordi, le prime garantiscono la base del contenuto che quegli stessi accordi possono assumere.

Da questa affermazione la conseguenza per la quale, lo scritto, dato il suo venirsi a concentrare principalmente su vicende legate alla storia del potere in Italia, pur possedendo una veste giuridica, abbia, di fatto, una natura ibrida. Sebbene la definizione del concetto giuridico di questo fenomeno dovrebbe imporre come, in questa attività, si debbano prediligere i profili della teoria costituzionale in grado garantirne la sua producibilità, nello scritto di Pombeni trovano spazio anche impostazioni concettualistiche e dogmatiche, incentrate, non solo sulle invarianze e sui problemi propri delle assemblee costituenti, ma su i risultati che le stesse sono in grado di ottenere.

Ma proprio per la particolarità dell'oggetto e per l'autorevolezza degli autori che, nel recente passato, di queste diverse impostazioni furono artefici, la commistione dei due differenti elementi, ovvero, dello studio del "potere costituente" e del "fatto costituente", non rappresenta solo un paradosso, o un'opportunità di arricchimento, ma un'ineludibile condizione.

Infine, venendo agli argomenti trattati negli ultimi due capitoli del libro (pp. 235 ss.), riguardanti le crisi attraversate dall'ordinamento repubblicano tra Referendum, Bicamerali e revisioni costituzionali ex art. 138, e confrontando gli stessi con le posizioni espresse un lustro fa da storici come Martucci, una seconda personale riflessione è emersa dalla lettura di queste pagine. Qualora si volessero confrontare i due momenti storici rappresentati, rispettivamente, dal periodo 1983-1997, e da quello attuale, potrebbe essere lecito porsi un dubbio. Si tratta dell'interrogativo se oggi ci si trovi di fronte ad una terza fase della Storia della costituzione italiana, o se continui una sorta di "onda lunga" della sua Seconda fase. Ovvero, fuor di metafora, se il primo è stato l'epilogo di un certo tipo di storia repubblicana, il secondo avrebbe dovuto, rispetto ad esso, porsi in netta discontinuità. Questa alternativa non sembrerebbe ammettere posizioni terze: o si è di fronte ad una fase nuova, oppure, si sta semplicemente ripetendo il vecchio adagio prodotto dalla prassi parlamentare, per il quale, laddove non si voglia adottare tempestivamente un provvedimento si istituisca immediatamente una commissione per la sua elaborazione; e ciò, malgrado l'apparente attuale concordanza di una pluralità di forze politiche sui cambiamenti da apportare alla Costituzione. Nell'impossibilità di trovare una soluzione

alla questione si pensa che l'unica possibile sia la parziale riformulazione dei suoi termini. Se l'obiettivo, oggi come ieri, è di pervenire a "governi stabili", si è veramente sicuri che nell'analisi delle concause del suo mancato raggiungimento non sia da inserire la pragmatica considerazione per la quale, oggi come ieri, i partiti stessi non vogliono una più efficiente forma di governo? Se ieri questo sospetto era suffragato dalla constatazione di come gli stessi adottassero, per la realizzazione di questo fine, formule senza controllarne tecnicamente le coordinate, oggi, un secondo indizio potrebbe essere rinvenuto nella ferma volontà, espressa ben prima che la votazione dello scorso 12 aprile portasse a questo epilogo, di rimettere la decisione politica sull'esito finale di questo processo di revisione costituzionale al Referendum. Se due indizi fanno una prova di quello che sicuramente non è necessario provare è la tendenza di lungo periodo per la quale nel nostro paese i soggetti politicamente rilevanti siano restii a chiare assunzioni di responsabilità che non coinvolgano, in maniera contingente, singoli personalismi.

In conclusione, si ritiene che, opponendosi alle tendenze precedentemente riscontrate, questa opera sia in grado di offrire un rilevante contributo alla formazione oggi di una reale coscienza costituente, ricordandoci, ancora una volta ed in frangente tanto difficile, il principale presupposto affinché nel clima spirituale di un paese si manifesti un reale sovraccitamento della vitalità popolare. Presupposto per il quale, la libertà o è la libertà di pensarla diversamente o non è niente; possibile solo in presenza della ferma volontà che le istituzioni politiche e costituzionali siano, prima di tutto, campi in cui sia possibile sviluppare un'educazione alla libertà nata da una corretta conoscenza del proprio comune passato.

Simone Ferraro

[A. SADDY, Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas, Rio de Janeiro, Editore Lumen Juris, 2015, pp. 225.](#)

**L**a discussione sulla fine dell'epoca moderna e sul fenomeno del postmoderno è espressione di un desiderio di comprensione della specificità della nostra epoca storica e della nostra autocomprensione, e sono parecchi decenni che

discussioni di varia cultura fanno capo al tema generalissimo che prende nome dalla cosiddetta fine modernità.

Se già il prefisso «post» comporta delle differenze interpretative, il conflitto delle interpretazioni si acuisce in riferimento al secondo termine, la «modernità», e perciò diventa essenziale capire quale modernità è intenzionata dal postmoderno poiché di tale modernità la postmodernità vuole essere il superamento e l'avvento di una nuova condizione.

L'Autore del libro *«Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas»*, il Prof. André Saddy, analizza appunto questo rapporto tra modernità e postmodernità – dove vi sono elementi sia di continuità sia di rottura e discontinuità –, e nella parte centrale della ricerca viene tratteggiata la posizione del sub-sistema della Pubblica Amministrazione. Egli stabilisce un parallelismo tra il rapporto modernità-postmodernità e quello capitalismo-globalizzazione, osservando come il secondo termine di ogni rapporto non è in netta opposizione con il primo; cioè, non ne implica un rovesciamento, ma trova in esso le proprie origini.

Saddy cerca di introdurre i lettori nella comprensione di nuovi parametri di riferimento, rappresentati dall'evoluzione che spetta alla complessità sociale, ormai al limite del disordine; allo sviluppo tecnologico, da sempre refrattario ai controlli; al mercato divenuto più aggressivo e, per contro, meno governabile; il tutto nel contesto di una globalizzazione fattasi più pervasiva, avvolgente e tendenzialmente spersonalizzante.

Egli propone di pensare la condizione attuale come in profonda crisi di mutazione, dove si trovano, da un lato, le tradizionali categorie ordinatrici del pensiero giuridico, con le sue corrispondenti sintesi unitarie, che sembravano conquiste certe e sicure della scienza giuridica, e, dall'altro lato, un persistente movimento di destrutturazione che ha

iniziato ad attraversare lo stesso ordine giuridico, ormai esposto ad una moltiplicazione, frammentazione, differenziazione e dispersione dei luoghi della produzione giuridica.

Una delle spiegazioni di questo fenomeno sta nel fatto che la società passa da un livello di complessità, che rendeva possibile l'integrazione continua individuo-società, ad un livello di complessità crescente con rischio di ipercomplessità, rispetto all'estensione dei campi di interesse/competenza dello Stato, al ruolo dello Stato e al rapporto fra istituzioni e cittadini, al moltiplicarsi di enti, strutture e articolazioni dei sistemi burocratici, a fronte dell'aumento di esigenze e richieste provenienti dall'ambiente e dalle imprese.

Un esempio adatto a illustrare quest'analisi, secondo Saddy, è costituito dall'interpretazione delle caratteristiche dello Stato moderno. La democrazia e la buona *governance* sono ormai fondate sul diritto dei cittadini di essere pubblicamente coinvolti, consultati e ascoltati attraverso un processo decisionale aperto e inclusivo, dove le autorità devono raccogliere un'ampia varietà di pareri da utilizzare come fondamento di azioni politiche basate su elementi oggettivi per delineare l'interesse pubblico.

La specificità dell'idea di Stato, cosiddetto, non si riferisce solamente al rapporto tra individuo e pubblico, ma anche al suo rapporto con le forze sociali. Con l'affermazione dello Stato democratico, il privato – dismesse le vesti di suddito e indossate quelle di cittadino – diviene così parte di un rapporto che legittima la sua pretesa a che il soggetto pubblico tenga conto dei suoi interessi e delle sue reali necessità all'interno delle società moderne.

Secondo Saddy, l'organizzazione non può più prescindere, pena la perdita di un vero dialogo con il cittadino, dall'ispirare la propria azione e legittimazione a regole che non consistono soltanto in norme di legge ma anche in regole etiche e principi in grado di spezzare la lontananza tra il cittadino e l'Amministrazione. Infatti, allo Stato democratico è ben noto il rapido processo attraverso cui la legislazione è divenuta un insieme di regole e di statuti di gruppi specifici, dacché la tutela della posizione dell'individuo ha iniziato a svolgersi e realizzarsi mediante il negoziato con le autorità pubbliche.

Nel quadro di un processo che vede progressivamente ridursi le aree del diritto con corrispondente allargamento degli spazi di un diritto extralegislativo prodotto dall'autonomia sociale, l'Autore afferma che un ruolo importante è ricoperto dai codici deontologici dei gruppi professionali, dove la formazione negoziale del diritto è divenuta fattore unificante delle regole che le aggregazioni si danno parallelamente a quelle stabilite dal diritto pubblico, e che si pongono o come regolamenti interni di associazioni, o come

regolamenti predisposti da fonti esterne a cui volontariamente i singoli individui o gli enti si assoggettano, o come regolamenti negoziati tra esponenti delle categorie interessate, titolari di interessi confliggenti.

Questa progressiva rilevanza di una vera e propria esperienza giuridica alternativa di fonte negoziale è indicativa del fatto che la struttura legale si rivela, per la sua rigidità e i suoi limiti strutturali, spesso inadeguata rispetto alle complesse domande di regole flessibili e di governo poste da un mercato e da una società sempre più articolati. Si pensi, ad esempio, all'emersione di nuovi rischi che richiedono speciali cautele tecniche; il progresso scientifico e tecnologico che, in un difficile dialogo con l'etica, provoca un alto tasso di obsolescenza delle leggi; la difficoltà di trovare strumenti adeguati a tutelare i valori fondamentali messi a repentaglio dalla tecnica e dalla sua altissima potenzialità lesiva, che concorre nel minare alla radice l'attitudine della legge a guidare esclusivamente le scelte amministrative e testimonia al contempo la crisi del principio di legalità.

Un altro aspetto da segnalare è che il perdurante tentativo di aumentare i limiti al potere statale implica una rivalutazione delle caratteristiche dei moderni Stati democratici e pluralisti e una ridefinizione della forma di Stato costituzionale di diritto. Ciò accade perché con l'aumento dei compiti dello Stato si sono sviluppate organizzazioni – semi-private o private – aventi il fine di supportare o di sostituire lo Stato stesso nell'adempimento di tali compiti. Si osserva, dunque, che l'eterogeneità delle volontà costituisce un elemento tale da non escludere l'ammissibilità di un incontro di volontà, ma piuttosto suggerisce un diverso criterio di collegamento che consiste nel porre il modello consensuale come strumento idoneo a indurre il soddisfacimento, insieme agli interessi privati, anche di interessi pubblici. Ne consegue che, in tal modo, l'Amministrazione consente la realizzazione dell'interesse privato purché ciò avvenga nel rispetto di modelli che valgano a garantire anche la soddisfazione di altri interessi pubblici o privati.

Dall'altra parte, e con forza nella recente letteratura sociologica e quella filosofica-politica, l'Autore afferma di ritenere necessario, per uno sviluppo conforme alle esigenze dei cittadini, l'apporto di un'etica pubblica che regoli le condotte dei singoli e dei responsabili delle agenzie pubbliche a livello di vita associata, perché la necessità di ispirarsi a regole etiche è una risposta all'attuale e innegabile crisi della reputazione delle istituzioni presso l'opinione pubblica. Ciò potrebbe incidere sull'evoluzione del sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio del potere discrezionale della Pubblica Amministrazione, individuando l'oggetto del processo non tanto nel formale atto impugnato quanto nella pretesa sostanziale fatta valere in giudizio.

Secondo Saddy, ciò sarebbe possibile grazie all'affinamento delle tecniche del sindacato sulla discrezionalità amministrativa, ad esempio, attraverso le figure sintomatiche dell'eccesso di potere e dell'applicabilità del principio di proporzionalità. Si segnala che per l'etica, le norme non sottendono doveri, ma forniscono riferimenti sociali che non devono essere superati se non con estrema attenzione.

In altri termini, l'etica concorre a sviluppare la «lucidità» sulle motivazioni ad agire; al discernimento sulle conseguenze delle decisioni e delle azioni; alla capacità di presentare in maniera ragionevole le scelte effettuate; alla capacità di dialogare con gli altri per analizzare la posta in gioco e prendere le decisioni e organizzare la loro realizzazione; insomma, agli atteggiamenti indispensabili a questo dialogo, centrati sul rispetto delle persone e il riconoscimento del loro valore. Si può osservare che la «morale» riporta al discorso giuridico. Dopo alcuni decenni di incertezza e di istintivo rifiuto si assiste ai nostri giorni ad un'insistente domanda etica, ciò perché il diritto dipende dall'etica *ratione materiae*, per il suo contenuto sociale e non per la sua forma logica.

Questo studio sul rapporto tra società e Stato, come realizzato dal Prof. André Saddy, è importante per una buona comprensione della razionalità e delle dinamiche sociali, politiche ed economiche degli ultimi anni, che motivano il declino di una giuridicità tutta governata dallo Stato. Di ciò si sono resi ben conto i teorici del realismo giuridico che hanno contestato l'idea di una «purezza» del diritto rispetto ai fatti e agli atti sociali, recuperando una dimensione realistica del fenomeno giuridico che trova nella dimensione fattuale il suo presupposto giuridico e i sintomi della sua trasformazione.

Amaury Silveira Martins

[E. BINDI - M. PERINI, Il Capo dello Stato: notaio o sovrano?, Torino, G. Giappichelli, 2016, pp. 187.](#)

**I**l volume oggetto di questa disamina è il frutto di un confronto tra gli autori Elena Bindi e Mario Perini, nato con l'obiettivo precipuo di indagare sull'organo attivo e di controllo della forma di governo parlamentare italiana qual è il Capo dello Stato, a partire dal sistema monarchico per giungere alle fasi acute di crisi sistemica che hanno richiesto un suo intervento diretto. Fondamentale e necessario, pur in un ordinamento differente, appare il richiamo agli albori sabaudi, al fine di comprendere *tout court* ruolo e poteri attribuiti al Presidente della Repubblica.

Nel primo capitolo, infatti, si procede ad analizzare in maniera concisa la figura e le attribuzioni del Capo dello Stato sin dalla promulgazione della Carta ottriata dello Statuto albertino, nel fermento della dinamica delle forme di stato (monarchia assoluta - monarchia costituzionale) e di governo della penisola italiana. E' in tali momenti che questi costituisce, seppur idealmente, l'elemento unificante dell'assetto costituzionale.

Importante passaggio, nella sua aspirazione chiarificatrice, è quello in cui sono riprese ed argomentate entrambe le dottrine principali dell'organo garante dell'assetto istituzionale: sovrano delineato sulla base del modello inglese e corona con funzioni di mera garanzia.

Il colpo di stato del 28 ottobre 1922, che porterà all'instaurazione del regime autoritario fascista, viene letto sempre in considerazione delle funzioni del Capo dello Stato, non tanto come figura priva di poteri intercettati dal governo parlamentare, quanto piuttosto in qualità di garante del funzionamento istituzionale che inizialmente rimane un passo indietro, ma è sempre pronto ad esercitare i suoi poteri in maniera effettiva.

E' solo in un secondo momento, ossia con il rafforzamento del regime, che il Re diviene un "osservatore dei meccanismi istituzionali". Appare doveroso precisare che, se da un lato, nell'arco del regime fascista alcune limitazioni indeboliscono ruolo e funzioni del Sovrano, dall'altro talune previsioni normative rafforzano alcuni aspetti della Corona, prima tra tutti l'inviolabilità del Sovrano derivante dalla eclissi del Parlamento e del rapporto fiduciario di questa istituzione con il Governo (legge n. 2263). Ciò si manifesta in maniera preponderante con gli accadimenti del 1943, ossia con la revoca a Mussolini (cui ne segue l'arresto) e la nomina del Generale Badoglio a Capo del Governo. Nondimeno, lo stesso Capo dello Stato abbandona il ruolo meramente notarile degli anni precedenti e si riappropria di poteri effettivi.

Con la fine del regime emerge una tensione, a primo impatto, contraddittoria: se da una parte si manifesta un filo di continuità nel passaggio dalla Monarchia alla Repubblica per quanto riguarda alcune norme, previsioni costituzionali e convenzioni costituzionali, dall'altra vengono meno altri aspetti qualificanti del ventennio.

Il susseguirsi di numerosi accadimenti, che hanno luogo a partire dal settembre 1943 (dallo sbarco degli alleati al patto di Salerno), segnano una fase di importanza epocale anche per quanto riguarda le funzioni dell'organo *ivi* trattato: si registra la trasmigrazione verso la piena e concreta affermazione della responsabilità giuridica del Capo dello Stato e le limitazioni dei poteri che gli sono propri, senza che però possa essere prevista la loro scomparsa. "(...) *da elemento caratterizzante la forma di stato a uno, inter pares, degli organi della nuova forma di governo*" (cit. pag. 25). Non più quindi un Capo dello Stato come Monarca della forma di governo parlamentare pura, ma un organo eletto dalla rappresentanza politica del popolo – con quorum particolarmente ampi – e detentore di poteri in grado di condizionare, in futuro, l'indirizzo politico.

Nel secondo capitolo l'autrice Bindi si concentra sul dibattito in sede Costituente e sull'ambiguità della figura presidenziale. Nonostante le diverse correnti espresse dai partiti, spesso attestatesi su posizioni diametralmente opposte, si è riusciti a trovare un bilanciamento tra principi generali fondanti e condivisi. La nuova Carta costituzionale è stata dunque il frutto di una mediazione tra le diverse istanze (liberale, cattolica, socialista e marxista) che hanno trovato un punto in comune: la necessità di distanziarsi sia dalla precedente esperienza fascista, sia da quella liberale (responsabile di aver posto le basi per la radicalizzazione del modello autoritario). L'obiettivo agognato è stato quello di garantire stabilità ed efficienza e scongiurare il riproporsi del totalitarismo. In tal senso, proficua risulta essere la riproposizione dei momenti salienti della fase costituente, in particolar modo per quanto attiene il superamento dell'esigenza di stabilizzazione dell'esecutivo e la volontà di concentrarsi sul ruolo del Capo dello Stato.

In un contesto politico oramai mutato rispetto al periodo in cui è stato presentato l'o.d.g. Perassi, la discussione si focalizza successivamente sugli elementi caratterizzanti il Presidente della Repubblica, relativamente non solo alle modalità di elezione – che hanno generato non pochi conflitti –, ma anche per quanto riguarda i poteri di nomina-scioglimento e della soggezione dei suoi atti all'istituto della controfirma. A tal ragione, l'autrice svolge un'indagine ricostruttiva del contesto politico-istituzionale che ha portato alle previsioni inserite nella Costituzione e che tutt'oggi pongono la dottrina su posizioni antagoniste.

Proprio la figura del Capo dello Stato, cui sono attribuiti differenti poteri (intermediazione politica, influenza, garanzia e controllo), viene dunque ad essere delineata come quella di garante nell'arco di una forma di governo parlamentare, in costante

tensione tra due anime, allora preconizzate dallo stesso Egidio Tosato: da un lato quella di custode della Costituzione, dall'altro quella di potere neutro e di garanzia.

Nel capitolo terzo Perini si addentra nei meandri della prima Repubblica, con l'obiettivo di comprendere le figure presidenziali che si sono succedute, ognuna di esse calata nel contesto politico-istituzionale di quegli anni. E' la fase in cui centrale è il sistema dei partiti e lo stesso Parlamento, i quali, forti della loro posizione di vertice, causano quella che viene definita come "ibernazione" o meglio "sterilizzazione" dei poteri e del ruolo spettante in capo al Presidente. Questi, in più occasioni – come nel caso di Einaudi, caratterizzato da una personalità schiva e neutrale – *"pare quasi un notaio, che agisce per garantire la Costituzione e il riparto delle funzioni da essa fissate, senza esercitare alcun potere politico attivo, ma al più controbilanciando quelli di Parlamento e Governo"* (cit. pag. 63).

Di contro, nel periodo successivo comincia ad emergere un ruolo presidenziale autonomo e diverso dal modello precedente, letto non solo in considerazione della vitalità politica italiana di quegli anni (instabilità governativa, moltiplicazione dei partiti, etc.), ma anche in chiave internazionalistica. Entrambe le contingenze si riflettono sul ruolo assunto dal Capo dello Stato, il quale nel corso di alcuni avvenimenti istituzionali rilevanti si sveste dell'aura notarile per intervenire in più occasioni ed in maniera più decisa sugli organi di indirizzo politico (come nel caso di Gronchi, caratterizzato da una forte personalità).

Il quadro istituzionale, che si dirige nei due decenni successivi verso il consociativismo, viene sinteticamente e opportunamente descritto in considerazione di taluni episodi che rendono concorde la dottrina sulla tesi della centralità parlamentare, che si ripercuote irrimediabilmente sulle Presidenze Segni e Saragat, le cui rispettive provenienze politiche vengono *"quasi del tutto neutralizzate dalla soverchiante influenza esercitata dai partiti e dalla loro loro istituzione "il Parlamento"*. (cit. pag. 84), nonostante i tentativi di razionalizzazione – *rectius* sconfinamenti nell'indirizzo politico – cui più volte gli stessi Presidenti hanno fatto ricorso.

Nondimeno la fase successiva, a sua volta articolata in tre sottofasi (la prima fase di transizione tra il 1979 e il 1981, la seconda caratterizzata dall'artificiale equilibrio del pentapartito tra il 1981 e il 1992 e la terza dalla crisi endemica del sistema politico e sociale tra il 1992 e il 1994) è caratterizzata da repentini cambiamenti. In questo arco temporale le tre Presidenze – Pertini, Cossiga, Scalfaro – mostrano *"quanto multiforme possa essere il ruolo svolto da quest'organo, solo abbozzato dalla Carta"* (cit. pag. 97). Difatti, accanto al ruolo di garante del circuito di indirizzo politico fino allora conosciuto, emergono preponderanti e si consolidano ulteriori due sfaccettature di estrema rilevanza: il ruolo di organo decidente e quello di supplente nei momenti di crisi.

Nel quarto capitolo si procede ad analizzare come i cambiamenti registratisi sia a livello internazionale – il crollo dell'Urss e l'avvio dell'integrazione europea –, sia a livello

nazionale – tangentopoli ed il mutamento del sistema elettorale che questo fenomeno ha innescato – abbiano inaugurato una nuova fase. La profonda crisi sistemica degli inizi degli anni Novanta, che ha comportato la riforma della legislazione elettorale indirizzandola verso la cd. democrazia maggioritaria ed il contestuale venir meno di uno degli elementi fondamentali dell'ordinamento repubblicano, ha inciso fortemente sul ruolo e sui poteri del Capo dello Stato che si sono delineati *"attraverso convenzioni stabilizzatrici delle norme costituzionali, le quali tuttavia potevano valere in presenza del medesimo assetto politico ed istituzionale e che venivano meno a seguito di una legge elettorale assai diversa dalla precedente"* (cit. pag. 112).

In questo contesto, la presidenza di Oscar Luigi Scalfaro è ritenuta un esempio calzante e confacente: in più occasioni egli ha dimostrato il suo carattere deciso, mettendo da parte tanto il ruolo di notaio quanto quello di custode, vestendo i panni di magistrato imparziale negli anni della difficile transizione del sistema verso il bipolarismo.

La presidenza Ciampi, invece, viene letta come inserita oramai nella logica maggioritaria e dunque indirizzata verso un ridimensionamento dei poteri, in particolar modo per quanto riguarda la formazione degli esecutivi. Questo perché la nuova legge elettorale avrebbe consentito una chiara definizione dei vincitori a seguito dell'esito delle competizioni elettorali. In tal modo, il leader della coalizione vincente avrebbe rivestito l'incarico di capo del Governo, riducendo la discrezionalità del Presidente della Repubblica nella scelta (benché, come doverosamente evidenziato, non sussista alcun obbligo giuridico, quanto piuttosto, se nel caso, prevalgano ragioni di opportunità politica) e consentendo una discrezionalità di più ampio respiro in ordine alla compagine governativa. Cionondimeno, i poteri del Presidente vengono da questi esercitati in maniera più incisiva nel caso di crisi di governo ed è proprio in tali momenti che diviene più pertinente la metafora della fisarmonica. Lo stesso Ciampi, che nel discorso tenuto in occasione del suo insediamento ha affermato la volontà di incidere il meno possibile sul sistema delle relazioni politiche, preventivando dunque l'assunzione di una posizione maggiormente defilata, ha prediletto il ricorso a poteri di *moral suasion*.

Nonostante i buoni propositi, ossia quello di atteggiarsi a garante dell'unità nazionale, è stato costretto in alcune occasioni a ricorrere a posizioni interventiste opportunamente riportate. *"I momenti di conflittualità sia nei confronti della maggioranza e in particolare del Presidente del Consiglio, sia nei confronti dell'opposizione non hanno infatti impedito al Capo dello Stato di svolgere un duplice ruolo sia di contropotere nei riguardi di una maggioranza prepotente verso l'opposizione, sia di potere di influenza sul circuito dell'indirizzo politico in modo da legittimare una maggioranza parlamentare cui non bastava, per essere credibile, la sola investitura elettorale"*(cit. pag. 130)

Con la fine della presidenza Ciampi si aprono nuovi scenari. Il sistema politico è fortemente frammentato e le coalizioni esistenti, attestatesi su posizioni conflittuali, chiedono a gran voce un Presidente di derivazione politica. L'elezione di Giorgio Napolitano al soglio presidenziale – anche se eletto da un solo schieramento – inaugura

una nuova fase. Egli viene dipinto come il Presidente di tutti, dal momento che è colui che assicura il sistema politico-parlamentare dinnanzi alla crisi sovrachianta e totalizzante che travolge la penisola a partire dal 2007 e investe diversi ambiti: economico, sociale ed istituzionale.

Egli assiste e contribuisce al rafforzamento dell'ottica bipolare del sistema, svolge un ruolo di garante nei momenti di crisi degli Esecutivi. Non mancano occasioni in cui fa ricorso a strumenti formali attraverso cui esprime perplessità in ordine ad alcuni disegni di legge deficitari di buona tecnica legislativa (tra tutti sono ricordati i casi della legge in materia di pubblica sicurezza, della legge sugli incentivi e del lodo Alfano).

Proprio la crisi ha rappresentato un momento importante nella storia della Repubblica ed in particolare nei riguardi della figura presidenziale. Il Capo dello Stato si è trovato costretto non solo ad una sovraesposizione, ma anche a svestirsi dei panni del garante imparziale, ricorrendo a poteri di impulso e di stimolo dinnanzi all'inerzia delle altre istituzioni.

Nel capitolo conclusivo viene fornita un'importante chiave di lettura: si ritiene che siano le crisi di governo e delle singole istituzioni succedutesi nel corso della I Repubblica ad aver consentito da un lato ad inaugurare prassi presidenziali, dall'altro all'emersione del ruolo autonomo dello stesso Presidente, consentendo di affrontare il periodo di crisi senza fratture eccessivamente profonde. *"(...) il Presidente della Repubblica non ha agito come un reggitore dello Stato sostituendosi ai legittimi titolari dell'indirizzo politico, attraverso poteri sostanzialmente extra ordinem, ma non ha fatto altro che utilizzare i poteri formalmente ad esso attribuiti dall'ordinamento, secondo prassi innovative o, molto più spesso, già da tempo note, anche se in forma embrionale o solo abbozzata"* (cit. pag.154).

Sebbene la crisi non possa dirsi totalmente superata, benché il segnale di ripresa parrebbe vicino, Napolitano, nell'arco del suo novennato, viene descritto come colui che è stato in grado di guidare il sistema verso l'autorigenerazione ed è stato riconosciuto da molteplici parti il suo ruolo salvifico, finalizzato esclusivamente a garantire un principio fondamentale, quale quello della *salus rei publicae suprema lex esto*.

Il volume si conclude con il ritorno ad una presidenza notarile qual è quella di Sergio Mattarella, che sta attualmente mantenendo un profilo più contenuto e coerente con le caratteristiche di funzionamento monistiche tipiche della formula parlamentare, in ragione delle quali l'ordinamento costituzionale sembrerebbe fare ritorno, e che trova riscontro negli atti da lui sinora compiuti. Non essendo possibile prevedere cosa il futuro potrà riservare, soprattutto in considerazione della tanto auspicata riforma costituzionale, attualmente in attesa per il referendum di novembre, si rimane con un interrogativo circa il ruolo che il Capo dello Stato sarà chiamato ad assumere nei prossimi anni. Le valutazioni

potranno essere fatte solamente a seguito delle contingenze politico-istituzionali e delle prassi dell'attuale presidenza.

Giuliaserena Stegher

[N. LUPO - G. PICCIRILLI \(a cura di\), Legge elettorale e riforma costituzionale: procedure parlamentari «sotto stress», Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 350.](#)

**I**l volume redatto da Lupo e Piccirilli analizza la legge elettorale e la riforma costituzionale attraverso le opinioni di studiosi, ricercatori e funzionari di Camera e Senato. Il volume si concentra soprattutto sulle procedure seguite in questa XVII Legislatura per l'approvazione sia della riforma costituzionale che della legge elettorale.

Gli Autori suddividono il libro in tre parti. La prima parte riguarda l'approvazione della legge n. 52 del 2015 sul sistema elettorale della Camera dei deputati, in questa parte gli Autori si avvalgono dei contributi di Piero Gambale, Luigi Ciaurro, Renato Ibrido ed Eduardo Gianfrancesco per spiegarci i passaggi dell'approvazione della riforma elettorale sia alla Camera che al Senato. La seconda parte del volume analizza il disegno di legge di revisione costituzionale e le modalità della sua approvazione attraverso i contributi di Federica Fabbrizzi, Giovanni Piccirilli e le riflessioni di Giacomo Lasorella e di Salvatore Curreri. La terza, e ultima parte, in cui gli Autori suddividono il volume, attraverso i contributi di Gianclaudio De Cesare e Luca Bartolucci, affronta il problema dei regolamenti parlamentari e il ruolo svolto dalle Giunte per il regolamento.

Prima di giungere al cuore del libro, gli Autori attraverso un'esplicita introduzione, analizzano i percorsi politici e non, che - a partire dall'inizio della XVII Legislatura- hanno caratterizzato l'approvazione della legge elettorale e della riforma costituzionale. Una prima analisi degli Autori si sofferma su quanto sia sorprendente il fatto che in una Legislatura come quella attuale, caratterizzata da una *impasse* dovuta alle vicissitudini politiche si sia riusciti ad approvare riforme così complesse, risultato ancora più sorprendente se si pensa che “le procedure legislative di Camera e Senato erano – e sono tuttora – disciplinate da regolamenti risalenti, nel loro impianto, al 1971 e, per le modifiche più recenti di un certo respiro, al 1997 alla Camera e al 1988 al Senato” (cfr. p. 23).

Continuando nella trattazione dei percorsi che hanno portato all'approvazione della legge elettorale e della riforma costituzionale, i due Autori, come già accennato, si soffermano sulla mancata revisione dei regolamenti parlamentari, spiegando attraverso esempi concreti, quali siano le mancanze oggi presenti nei regolamenti per un adeguato funzionamento delle due Camere. Si soffermano, inoltre, anche sul ruolo dei due Presidenti, neofiti della politica, che si sono trovati ad affrontare diverse difficoltà per far funzionare i procedimenti parlamentari, “si pensi alla Camera, alla c.d. «ghigliottina»

applicata – per la prima volta, dopo numerose minacce mai concretizzatesi in precedenza e presentata con il più morbido nome di «tagliola» - nel procedimento di conversione del decreto-legge n. 133 del 2013. E al Senato, alle modalità di votazione sulla decadenza di Berlusconi da senatore, in assenza di un disposto regolamentare specifico” (cfr. p. 33). Attraverso questa lunga introduzione, piena di esempi concreti, gli Autori ci spiegano il perché “le procedure parlamentari, in questi primi tre anni della XVII Legislatura, siano state poste intensamente e ripetutamente «sotto stress» (cfr. p. 48).

La prima parte di questo volume, come già anticipato in precedenza, si occupa dell’approvazione della legge elettorale per la Camera dei deputati, attraverso il contributo di Renato Ibrido che analizza l’approvazione della legge elettorale alla Camera dei deputati e in che modo questa abbia messo «sotto stress» le procedure parlamentari. L’analisi dell’iter dell’Italicum presso la Camera dei deputati parte da due questioni procedurali che potenzialmente potrebbero integrare una violazione del regolamento parlamentare: la prima riguarda le votazioni avvenute presso la Commissione competente in materia, la seconda “è rappresentata dalla posizione alla Camera della questione di fiducia sulle pregiudiziali e sugli articoli dell’Italicum” (cfr. p. 74). Il contributo di Ibrido, nell’espone l’approvazione dell’Italicum alla Camera, si conclude con la descrizione di come “nel caso dell’Italicum l’obiettivo della riforma sia stato conseguito dalle forze di maggioranza attraverso il ricorso ad una serie di espedienti procedurali i quali, pur non essendo formalmente vietati dal regolamento, hanno segnalato una retrocessione rispetto ad alcune garanzie di partecipazione ai lavori parlamentari” (cfr. p. 80).

Il secondo contributo mediante il quale Lupo e Piccirilli ricostruiscono l’iter della legge elettorale e dello stress alle quali sono state sottoposte le procedure parlamentari, è quello di Piero Gambale.

Gambale apre il suo contributo attraverso quella che lui definisce “falsa partenza” (cfr. p. 93) a causa delle difficoltà che il provvedimento trovò in prima lettura nella Commissione affari costituzionali del Senato. Gambale osserva come snodo principale nell’approvazione della riforma elettorale al Senato l’approvazione dell’emendamento n. 01.103, il quale “ha posto una serie di questioni, tutte di assoluto rilievo per il diritto parlamentare: dalla sua ammissibilità, in particolare con riferimento alle prescrizioni dell’art. 72 Cost., alla sua portata normativa (non meramente espositiva ma predeterminativa), per finire agli effetti derivanti dalla sua approvazione e, finanche, dalla sua reiezione (cfr. p. 97). A conclusione del proprio contributo, Gambale analizza come per l’approvazione della riforma costituzionale e soprattutto della riforma elettorale si sia creato un nuovo modus operandi che lui definisce a “forte conduzione governativa” (cfr. p. 98), e come questo modo di operare soprattutto al Senato, e soprattutto nell’approvazione dell’emendamento Esposito (dal nome del Senatore che ha proposto

l'emendamento) abbia determinato numerosi momenti di stress alle procedure parlamentari, sfruttando le asimmetrie presenti nei regolamenti di Camera e Senato.

La riflessione sulla riforma delle legge elettorale continua con i contributi di Luigi Ciaurro ed Eduardo Gianfrancesco.

Ciaurro individua tre “paratie argomentative, a loro volta articolatesi per coppie dialettiche” (cfr. p. 106), che hanno caratterizzato l'iter di approvazione della riforma elettorale. Ciaurro nel suo contributo analizza cinque “fattispecie concrete verificatesi in entrambi i rami del parlamento: l'ordine del giorno preliminare in sede referente; la mancata conclusione della sede referente; l'emendamento permissivo omnibus; la sostituzione ad rem di dieci componenti della Commissione affari costituzionali della Camera; la posizione della questione di fiducia, ovvero tutte quelle fattispecie che in qualche modo hanno posto sotto stress per procedure parlamentari. Ciaurro conclude sostenendo che le cinque vicende da lui analizzate “non hanno rappresentato vere e proprie violazioni procedimentali evidenti” (cfr. p. 125), ma “tuttavia nel loro insieme queste plurime forzature e/o anomalie procedurali danno il senso di una nuova legge elettorale approvata in modo costituzionalmente inopportuno, ancorché non manifestamente illegittimo” (cfr. p. 126).

L'analisi della riforma elettorale in questa prima parte si conclude con il contributo di Eduardo Gianfrancesco.

Gianfrancesco nell'aprire la sua analisi sostiene come “risulta calzante l'immagine dello stress delle procedure parlamentari, se non di un vero e proprio «logoramento» di non pochi istituti che disciplinano tradizionalmente la vita delle Assemblee legislative e dell'ordinamento parlamentare nel suo complesso” (cfr. p. 133). Entrando nello specifico dell'analisi effettuata da Gianfrancesco e ripresa dagli Autori, si osserva come l'Autore analizzi il ruolo dei Presidenti d'Assemblea, i quali in alcune occasioni, nell'approvazione della riforma elettorale, hanno deciso di non decidere, rimettendo la decisione nelle mani dell'aula e di fatto provocando uno stress alle procedure parlamentari.

Gli Autori, aprono la seconda parte, quella dedicata all'approvazione della riforma costituzionale, attraverso il contributo di Federica Fabbrizzi.

La Fabbrizzi nella sua analisi individua quelli che sono, a suo parere, i soggetti che attraverso il loro agire, in una fase delicata come quella di approvazione della riforma costituzionale che ha sottoposto ad un notevole «stress» le procedure parlamentari, ci danno “indicazioni sullo stato dei rapporti tra poteri e dunque sulla forma di governo” (cfr. p. 161). La Fabbrizzi compie in primis un'attenta analisi del ruolo che ha ricoperto il Presidente d'Assemblea, prosegue in seguito con il ruolo predominante che il governo ha assunto, per finire a quello dei gruppi parlamentari. Per la Fabbrizzi, infine, “venendo agli aspetti procedurali, gli elementi di criticità che sono emersi contribuiscono ancora una

volta a ribadire la necessità di intervenire su alcuni nodi che sono, peraltro, ormai noti da tempo. Essi riguardano, da un lato, il funzionamento delle Camere, tema al quale vanno ricondotte tanto le problematiche relative alla figura del Presidente d'Assemblea quanto quelle riguardanti la disciplina dei gruppi parlamentari, e, dall'altro, i rapporti tra le Camere e il governo" (cfr. p. 176).

Il contributo di Piccirilli si sposta sull'intreccio intercorso tra la riforma costituzionale e la riforma elettorale e su quella che lui chiama "pseudoquestione di fiducia", ovvero, sin dall'inizio il destino delle riforme è stato legato a quello del Governo e della maggioranza che lo sostiene. L'Autore fa riferimento alla «pseudoquestione di fiducia» in quanto "l'approvazione della revisione costituzionale era ritenuta necessaria ai fini della sopravvivenza del governo, ma non assistita (per scelta o necessità) da garanzie procedurali concrete o speciali, quali ad esempio quelle tipiche della questione di fiducia propriamente detta, di cui agli artt. 116 del regolamento della Camera e 161 del regolamento del Senato, che ne avrebbero costituito la dimensione procedurale definita al fine di assicurare l'approvazione di un testo normativo determinato" (cfr. p. 184). A questo punto Piccirilli individua due insiemi nei quali raggruppare le soluzioni procedurali utilizzate per superare lo stress decisionale, il metodo dell'elusione e quello dell'evasione delle procedure parlamentari. Nei paragrafi successivi l'Autore analizza nello specifico i vari strumenti utilizzati che hanno permesso l'approvazione della riforma costituzionale, a conclusione del suo contributo, sottolinea come, se pure nella correttezza dei regolamenti parlamentari, si sia giunti, attraverso pratiche di elusione e di evasione delle procedure parlamentari all'approvazione della riforma costituzionale, pratiche utilizzate nel tentativo di disinnescare "quello stress che costituisce una caratteristica immanente al procedimento di revisione costituzionale in generale e al procedimento di revisione costituzionale analizzato in particolare" (cfr. p. 213).

Curreri analizza l'approvazione della riforma costituzionale sotto il profilo del "ruolo dei regolamenti parlamentari e degli organi preposti al loro rispetto, nella prospettiva, ormai improcrastinabile di una loro revisione" (cfr. p. 216).

In particolare l'Autore analizza come vicissitudini quali la sostituzione in Commissione di alcuni elementi della maggioranza, la gestione dell'abnorme numero di emendamenti presentati o la mancata convocazione della giunta per il regolamento al Senato, abbia portato le procedure parlamentari sotto stress.

Gli Autori affidano la conclusione di questa seconda parte, alle analisi di Giacomo Lasorella, il quale concentra i suoi studi sul fattore tempo, e sull'utilizzo che di questi hanno fatto i gruppi di maggioranza e di opposizione, mettendo di fatto sotto stress le procedure parlamentari.

L'ultima parte del volume si sofferma sui regolamenti parlamentari e sul ruolo svolto dalle giunte per il regolamento e l'analisi di tali aspetti viene affidata ai contributi di Luca Bartolucci e Claudio De Cesare.

Bartolucci si concentra sul ruolo che hanno avuto o meglio non hanno avuto le giunte per il regolamento di Camera e Senato nell'approvazione della riforma elettorale e della riforma costituzionale. L'Autore nel suo contributo analizza in maniera minuziosa i casi in cui le giunte per il regolamento sono state convocate e quando invece no, e soprattutto in quali passaggi delle due riforme le giunte andavano coinvolte maggiormente nelle decisioni assunte dai Presidenti d'Assemblea, in modo da rafforzare la giuridicità del diritto parlamentare. La sua attenzione si sposta dunque sulle cause che hanno portato a un mancato coinvolgimento delle Giunte, infatti, "lo scarso coinvolgimento delle Giunte per il regolamento – in alcuni momenti del percorso delle riforme istituzionali – sembra potersi spiegare in tal modo: il mancato utilizzo delle Giunte è stato uno dei metodi utilizzati dalla maggioranza per facilitare l'approvazione delle riforme istituzionali. Infatti, le Giunte (soprattutto quella del Senato) non sarebbero probabilmente state di ausilio alla risoluzione – nella direzione desiderata dalla maggioranza – dei casi che si sono via via presentati" (cfr. p. 300). Questa considerazione scaturisce dalla composizione delle Giunte, soprattutto al Senato, che ha portato a una sua mancata convocazione anche alla luce del fatto che qualora avesse dato un parere diverso, sull'interpretazione del regolamento, da quello del Presidente d'Assemblea avrebbe indebolito la decisione di quest'ultimo, andando ad attenuare la giuridicità del diritto parlamentare.

Claudio De Cesare nella sua analisi nota come nell'approvazione delle riforme istituzionali si sia creato "un clima esasperato per il dibattito, che ha messo a dura prova le regole del confronto parlamentare, con la conseguenza ulteriore di obbligare la maggioranza a richiamare prassi e interpretazioni regolamentari estreme per contrapporre all'ostruzionismo estremo sviluppato sul piano politico, tecnico e materiale" (cfr. p. 316). Infine l'Autore nel suo contributo nota come in questa legislatura diverse volte i Presidenti d'Assemblea abbiano fatto ricorso al regolamento dell'altra Camera, qualora l'hanno ritenuto opportuno, andando così a creare un riaccostamento fra le due discipline regolamentari.

Le conclusioni di questo volume vengono affidate alle parole di Andrea Manzella, il quale individua e analizza alcuni dei fattori che hanno portato le procedure parlamentari sotto stress. Nel suo complesso il volume si presenta, attraverso i contributi che lo caratterizzano, come un'attenta analisi di quelle che sono state le criticità procedurali con le quali gli attori politici si sono dovuti confrontare in questa legislatura. Gli Autori quindi affrontano la problematica dei regolamenti parlamentari, i quali ormai- inadeguati sotto alcuni aspetti- necessitano di una attenta revisione.

Giuseppe Storsillo

[G. GUZZETTA, Italia, si cambia. Identikit della riforma costituzionale, Rubettino, 2016, pp. 201.](#)

**I**l volume approfondisce alcune delle più rilevanti questioni affrontate dalla riforma costituzionale, seguendo il motto di Luigi Einaudi secondo il quale si debba conoscere prima di deliberare (in questo caso attraverso il referendum).

La prima parte del libro è dedicata a una ricostruzione delle questioni che hanno caratterizzato, dal punto di vista del funzionamento delle istituzioni e del sistema politico, la vita nazionale e la Costituzione vivente. Una storia complessa di passi avanti e arretramenti, che l'autore ripercorre partendo dalla Repubblica del '46, nata fragile sia per motivi endogeni, come i forti conflitti ideologici e sociali che la attraversavano, che esogeni, per la sua collocazione sulla frontiera dell'incipiente Guerra fredda; anche per questo essa fu caratterizzata da partiti forti e istituzioni deboli, come conseguenza di precise scelte compiute in assemblea costituente su forma di Governo e bicameralismo che determineranno in seguito, combinate con altri fattori, impotenza decisionale e degenerazioni. Vengono dunque ripercorse alcune delle più significative tappe della prima Repubblica - dai tentativi riformisti di De Gasperi alla riflessione sulla "terza fase" di Moro - , le degenerazioni degli anni '80, l'avvento della seconda Repubblica tra continuità e rotture fino al Governo Renzi e alla sua riforma elettorale. Quello che emerge dall'analisi è che "la seconda Repubblica non ha voluto, fino all'attuale riforma, fare i conti con se stessa adeguando l'assetto formale delle istituzioni alla realtà che si è venuta imponendo", ma ha preferito accettare un processo di dissociazione della prassi rispetto a una disciplina costituzionale non più adeguata alla democrazia maggioritaria nel frattempo affermatasi. Un capitolo è dedicato al "metodo costituente" seguito dai partiti e dalle personalità politiche dell'epoca; l'autore nota il realismo dei costituenti, unito alla consapevolezza dell'imprevedibilità dell'evoluzione successiva. In quest'ottica, l'autore conclude che "un approccio rispettoso della prospettiva riformatrice dovrebbe far proprio l'atteggiamento antidogmatico del costituente e accostarsi all'ipotesi di riforma della Carta in modo laico e realista".

Nella seconda parte del libro si passa all'identikit della riforma costituzionale. L'analisi è divisa in tre parti: la forma di Stato e il nuovo regionalismo, orientato verso una forma più collaborativa; il Parlamento come crocevia tra forma di Stato e forma di governo; infine, le innovazioni nella forma di governo. Molto apprezzabile lo sforzo di obiettività dell'autore, che non manca di sottolineare criticità per ciascuna delle questioni affrontate.

Il volume contiene anche delle utili appendici con l'elenco delle competenze per tipologia di procedimento legislativo, l'elenco delle competenze legislative di Stato e Regioni e il testo a fronte della Costituzione prima e dopo la riforma.

In conclusione di tale analisi, l'autore afferma che nella riforma in discussione le luci superano le ombre e che la situazione istituzionale che si determinerebbe sarebbe preferibile rispetto a quella attuale, permettendo al nostro sistema di allinearsi ai modelli più diffusi nelle democrazie avanzate; ciò anche in virtù della considerazione che i margini di ulteriore adattamento della Costituzione del 1948 sono ormai esauriti. In questo quadro, molto importanti saranno le norme di attuazione, che potrebbero migliorare le parti più problematiche della riforma.

Ma sarà soprattutto il modo in cui l'opinione pubblica e gli attori politici interpreteranno le trasformazioni istituzionali a decretare se l'Italia si sta indirizzando verso il superamento di quella che Guzzetta definisce una "Repubblica transitoria" e dalle sue chiavi narrative: la retorica dell'eccezione, della provvisorietà e dell'emergenza, la retorica paternalistica, quella unanimistica e quella palingenetica. Operazioni retoriche che l'autore analizza lucidamente e che sono facilmente rintracciabili anche nel dibattito attualmente in corso sulla riforma; anche per questo è importante concentrarsi in modo antidogmatico sui contenuti della riforma, soppesando i "pro" e i "contra". La lettura del libro di Guzzetta fornisce sicuramente utili spunti a tale scopo.

Valentina Tonti

DOSSIER: La Corte Costituzionale ed i ricorsi anti-Italicum

**Ord. (Atto di promovimento) n. 69 del 2016 \***

**Ord. (Atto di promovimento) n. 163 del 2016 \*\***

**SOMMARIO**

1. [Legge 6 maggio 2015, n. 52. Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati](#)
2. [Tribunale di Messina ord. n. 69 del 17/24.2.2016](#)
3. [Tribunale di Torino ord. n. 163 del 05/07/2016](#)
- 3.1. [Memoria per pubblica udienza del 4 ottobre 2016 nel procedimento n. 163/2016 Reg. ord. nell'interesse degli avvocati on. Felice C. Besostri e Angelo Iannaccone del Foro di Milano](#)
4. [Tribunale di Milano causa R.G. n. 37567/2016 \\*\\*\\*](#)
- 4.1. [Atto di citazione presentato presso il Tribunale di Milano nella causa R.G. n. 37567/2016](#)
5. [Memoria conclusionale nell'interesse dell'interventore ad adiuvandum avv. Felice C. Besostri presentata presso il Tribunale di Milano nella causa R.G. n.°80217/09](#)
- 5.1. [Atto di intervento ad adiuvandum dell'Avv. Felice C. Besostri presentata presso il Tribunale di Milano nella causa R.G. n.°80217/09](#)
6. [Elenco dei ricorsi depositati nei tribunali ordinari contro la Legge 6 maggio 2015, n. 52 \(in ordine cronologico di deposito\)](#)
7. [Corte Costituzionale, Ufficio Stampa, Rinvio a nuovo ruolo delle questioni riguardanti l'Italicum \(19 settembre 2016\)](#)

**1. LEGGE 6 maggio 2015, n. 52. Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati**

\* [Reg. ord. n. 69 del 2016](#) pubbl. su G.U. del 06/04/2016 n. 14, in seguito all'ordinanza del Tribunale di Messina 17/24.2.2016, dichiarativa della rilevanza e della non manifesta infondatezza delle "questioni di costituzionalità sollevate nel giudizio, tutte incidenti sulle modalità di esercizio della sovranità popolare". L'Udienza pubblica è stata fissata al 4 ottobre 2016 ed avrà come Relatore il giudice Nicolò Zanon.

\*\* [Reg. ord. n. 163 del 2016](#) pubbl. su G.U. del 27/07/2016 n. 30, in seguito all'ordinanza del Tribunale di Torino del 05/07/2016. L'Udienza pubblica è stata fissata al 4 ottobre 2016 ed avrà come Relatore il giudice Nicolò Zanon

\*\*\* RICORSO DEPOSITATO IL 6.11.2015 N.R.G. 64293/15, Sezione 1<sup>^</sup> Giudice assegnatario: Flamini udienza fissata 22.3.2016: concesso termine al 30.4.2016 per note rinviato ad udienza 25.5.2016. Il Giudice con l'ordinanza 21.6.2016 ha dichiarato inammissibile l'azione proposta per mancanza di interesse ad agire in capo ai ricorrenti ed ha compensato integralmente le spese di lite per la novità della questione trattata (prima del ricorso ex art. 702 bis – promosso nell'ambito dell'iniziativa "avvocati antitalikum" – è stato avviato giudizio con atto di citazione notificato il 23.6.2015 da Zecca + altri, recante N.R.G. 41364/2015 assegnato al Giudice Flamini. All'udienza del 3.3.2016, precisate le conclusioni, il Giudice ha trattenuto la causa in decisione. Con sentenza N. 3708 del 22.3.2016 il Giudice ha dichiarato inammissibile la domanda degli attori per carenza di interesse ad agire). Fonte: <https://coordinamentodemocraziaconstituzionale.net>.

LEGGE 6 maggio 2015, n. 52

Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati.  
(15G00066)

Vigente al: 10-9-2016

La Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica hanno approvato;

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA  
Promulga

la seguente legge:

Art. 1

Elezione della Camera dei deputati

1. La presente legge, mediante le necessarie modificazioni al testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati e le altre disposizioni in diretta correlazione con le medesime modificazioni, stabilisce:
- le liste dei candidati sono presentate in 20 circoscrizioni elettorali suddivise nell'insieme in 100 collegi plurinominali, fatti salvi i collegi uninominali nelle circoscrizioni Valle d'Aosta/Vallee d'Aoste e Trentino-Alto Adige/Südtirol, per le quali sono previste disposizioni particolari;
  - in ciascuna lista i candidati sono presentati in ordine alternato per sesso; i capolista dello stesso sesso non eccedono il 60 per cento del totale in ogni circoscrizione; nessuno può essere candidato in più collegi, neppure di altra circoscrizione, salvo i capolista nel limite di dieci collegi;
  - l'elettore può esprimere fino a due preferenze, per candidati di sesso diverso tra quelli che non sono capolista;
  - i seggi sono attribuiti su base nazionale con il metodo dei quozienti interi e dei più alti resti;
  - accedono alla ripartizione dei seggi le liste che ottengono, su base nazionale, almeno il 3 per cento dei voti validi, salvo quanto stabilito ai sensi della lettera a);
  - sono attribuiti comunque 340 seggi alla lista che ottiene, su base nazionale, almeno il 40 per cento dei voti validi o, in mancanza, a quella che prevale in un turno di ballottaggio tra le due con il maggior numero di voti, esclusa ogni forma di collegamento tra liste o di apparentamento tra i due turni di votazione;
  - sono proclamati eletti, fino a concorrenza dei seggi che spettano a ciascuna lista in ogni circoscrizione, dapprima i capolista nei collegi, quindi i candidati che hanno ottenuto il maggior numero di preferenze;
  - i collegi elettorali sono determinati con decreto legislativo da emanare entro il termine e secondo i principi e i criteri direttivi stabiliti dalla presente legge;
  - la Camera dei deputati è eletta secondo le disposizioni della presente legge a decorrere dal 1° luglio 2016.

Art. 2

Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati

1. L'articolo 1 del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati, di cui al [decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361](#), e successive modificazioni, di seguito denominato «[decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#)», è sostituito dal seguente:
- «Art. 1. - 1. La Camera dei deputati è eletta a suffragio universale, con voto diretto ed eguale, libero e segreto, attribuito a liste di candidati concorrenti in collegi plurinominali.
2. Il territorio nazionale è diviso nelle circoscrizioni elettorali indicate nella tabella A allegata al presente testo unico. Per la presentazione delle candidature e per l'assegnazione dei seggi ai candidati, ciascuna circoscrizione è ripartita in collegi plurinominali. Salvi i seggi assegnati alla circoscrizione Estero e fermo quanto disposto dall'articolo 2, l'assegnazione dei seggi alle liste nel territorio nazionale è effettuata dall'Ufficio centrale nazionale, a norma degli articoli 77 e 83, con l'eventuale attribuzione di un premio di maggioranza, a seguito del primo turno di votazione qualora una lista abbia conseguito un numero di voti validi pari almeno al 40 per cento del totale nazionale, ovvero a seguito di un turno di ballottaggio ai sensi dell'articolo 83».

2. All'[articolo 2 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), e successive modificazioni, e' aggiunto, in fine, il seguente comma:

«1-bis. La circoscrizione Trentino-Alto Adige/Südtirol e' costituita in otto collegi uninominali determinati ai sensi dell'[articolo 7 della legge 4 agosto 1993, n. 277](#). La restante quota di seggi spettante alla circoscrizione e' attribuita con il metodo del recupero proporzionale, secondo le norme contenute nel titolo VI del presente testo unico».

3. L'[articolo 3 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#) e' sostituito dal seguente:

«Art. 3. - 1. L'assegnazione del numero dei seggi alle singole circoscrizioni di cui alla tabella A allegata al presente testo unico, e' effettuata, sulla base dei risultati dell'ultimo censimento generale della popolazione, riportati dalla piu' recente pubblicazione ufficiale dell'Istituto nazionale di statistica, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno, da emanare contestualmente al decreto di convocazione dei comizi.

2. Con il medesimo decreto del Presidente della Repubblica di cui al comma 1 e' determinato, per ciascuna circoscrizione, il numero di seggi da attribuire nei collegi plurinominali sulla base dei risultati dell'ultimo censimento generale della popolazione, riportati dalla piu' recente pubblicazione ufficiale dell'Istituto nazionale di statistica.

3. Salvo quanto disposto dall'articolo 2, i seggi spettanti a ciascuna circoscrizione ai sensi del comma 1 del presente articolo sono assegnati in collegi plurinominali, nei quali e' assegnato un numero di seggi non inferiore a tre e non superiore a nove».

4. All'[articolo 4 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), e successive modificazioni, il comma 2 e' sostituito dal seguente:

«2. Ogni elettore dispone di un voto per la scelta della lista, da esprimere su un'unica scheda recante il contrassegno di ciascuna lista e il nominativo del candidato capolista. Puo' altresì esprimere uno o due voti di preferenza, scrivendo il nominativo del candidato o dei candidati nelle apposite linee orizzontali. In caso di espressione della seconda preferenza, a pena di nullità della medesima preferenza, l'elettore deve scegliere un candidato di sesso diverso rispetto al primo».

5. All'[articolo 11 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#) e' aggiunto, in fine, il seguente comma: «Il decreto stabilisce che l'eventuale ballottaggio dovra' tenersi nella seconda domenica successiva a quella di convocazione dei comizi».

6. L'[articolo 13 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#) e' sostituito dal seguente:

«Art. 13. - 1. Presso la Corte d'appello o il Tribunale nella cui giurisdizione e' il comune capoluogo della regione e' costituito, entro tre giorni dalla pubblicazione del decreto di convocazione dei comizi, l'Ufficio centrale circoscrizionale, composto da tre magistrati, dei quali uno con funzioni di presidente, scelti dal Presidente della Corte d'appello o del Tribunale».

7. All'[articolo 14, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) dopo le parole: «liste di candidati» sono inserite le seguenti: «nei collegi plurinominali»;

b) dopo le parole: «il Ministero dell'interno» sono inserite le seguenti: «il proprio statuto di cui all'[articolo 3 del decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149](#), convertito, con modificazioni, dalla [legge 21 febbraio 2014, n. 13](#), e»;

c) le parole: «le liste medesime nelle singole circoscrizioni» sono sostituite dalle seguenti: «le liste medesime nei singoli collegi plurinominali».

8. L'[articolo 14-bis del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#) e' sostituito dal seguente:

«Art. 14-bis. - 1. Contestualmente al deposito del contrassegno di cui all'articolo 14, i partiti o i gruppi politici organizzati che si candidano a governare depositano il programma elettorale nel quale dichiarano il nome e cognome della persona da loro indicata come capo della forza politica. Restano ferme le prerogative spettanti al Presidente della Repubblica previste dall'[articolo 92, secondo comma, della Costituzione](#).

2. Gli adempimenti di cui al comma 1 sono effettuati dai soggetti di cui all'articolo 15, primo comma».

9. All'[articolo 17, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), e successive modificazioni, le parole: «della lista dei candidati» sono sostituite dalle seguenti: «delle liste di candidati nei collegi plurinominali della circoscrizione».

10. All'[articolo 18-bis del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il primo periodo del comma 1 e' sostituito dal seguente: «La presentazione delle liste di candidati per l'attribuzione dei seggi nei collegi plurinominali deve essere sottoscritta da almeno 1.500 e da non piu' di 2.000 elettori iscritti nelle liste elettorali di comuni compresi nei medesimi collegi o, in caso di collegi compresi in un unico comune, iscritti nelle sezioni elettorali di tali collegi»;

b) al comma 2, il secondo periodo e' soppresso;

c) il comma 3 e' sostituito dal seguente:

«3. Ogni lista, all'atto della presentazione, e' composta da un candidato capolista e da un elenco di candidati, presentati secondo un ordine numerico. La lista e' formata da un numero di candidati pari almeno alla meta' del numero dei seggi assegnati al collegio plurinominali e non superiore al numero dei seggi assegnati al collegio plurinominali. A pena di inammissibilita', nel complesso delle candidature circoscrizionali di ciascuna lista nessuno dei due sessi puo' essere rappresentato in misura superiore al 50 per cento, con arrotondamento all'unita' superiore, e nella successione interna delle liste nei collegi plurinominali i candidati sono collocati in lista secondo un ordine alternato di genere. A pena di inammissibilita' della lista, nel numero complessivo dei candidati capolista nei collegi di ciascuna circoscrizione non puo' esservi piu' del 60 per cento di candidati dello stesso sesso, con arrotondamento all'unita' piu' prossima»;

d) dopo il comma 3 e' aggiunto il seguente:

«3-bis. Salvo quanto previsto dal comma 3, alla lista e' allegato un elenco di quattro candidati supplenti, due di sesso maschile e due di sesso femminile».

11. All'[articolo 19, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), e successive modificazioni, il primo periodo e' sostituito dal seguente: «A pena di nullita' dell'elezione nessun candidato puo' essere incluso in liste con diversi contrassegni nello stesso o in altro collegio plurinominale e un candidato puo' essere incluso in liste con il medesimo contrassegno, in una o piu' circoscrizioni, solo se capolista e fino ad un massimo di dieci collegi plurinominali».

12. Al [primo comma dell'articolo 20 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), e successive modificazioni, le parole: «Le liste dei candidati» sono sostituite dalle seguenti: «Le liste dei candidati nei collegi plurinominali» e le parole: «indicati nella Tabella A, allegata al presente testo unico,» sono sostituite dalle seguenti: «del capoluogo della regione».

13. All'[articolo 21, secondo comma, del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), e successive modificazioni, le parole: «della lista dei candidati presentata» sono sostituite dalle seguenti: «delle liste di candidati nei collegi plurinominali presentate».

14. All'[articolo 22, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al numero 3), le parole da: «riduce al limite prescritto» fino alla fine del numero sono sostituite dalle seguenti: «riduce al limite prescritto le liste contenenti un numero di candidati superiore a quello stabilito al comma 3 dell'articolo 18-bis, cancellando gli ultimi nomi, e dichiara non valide le liste contenenti un numero di candidati inferiore a quello stabilito al comma 3 dell'articolo 18-bis e quelle che non presentano i requisiti di cui al terzo e al quarto periodo del medesimo comma»;

b) dopo il numero 6) sono aggiunti i seguenti:

«6-bis) comunica i nomi dei candidati di ciascuna lista all'Ufficio centrale nazionale, il quale verifica la sussistenza dei requisiti di cui all'articolo 19 e comunica eventuali irregolarita' agli Uffici centrali circoscrizionali, che procedono per le eventuali modifiche nel modo seguente:

a) nel caso in cui risultino comunque rispettate le disposizioni di cui all'articolo 18-bis, comma 3, inserendo in coda alle liste dei candidati i candidati dello stesso sesso presenti nell'elenco dei candidati supplenti di cui all'articolo 18-bis, comma 3-bis;

b) nel caso in cui, procedendo ai sensi della lettera a), non risultino rispettate le disposizioni di cui all'articolo 18-bis, comma 3, inserendo nei posti rimasti vacanti nelle liste i candidati dello stesso sesso presenti nell'elenco dei candidati supplenti di cui all'articolo 18-bis, comma 3-bis;

6-ter) a seguito di eventuale rinuncia alla candidatura, delle verifiche di cui al presente articolo ai fini del rispetto dei criteri di cui all'articolo 18-bis e di ulteriori verifiche prescritte dalla legge, procede all'eventuale modifica della composizione delle liste dei candidati nei collegi plurinominali nel modo seguente:

a) nel caso in cui risultino comunque rispettate le disposizioni di cui all'articolo 18-bis, comma 3, inserendo in coda alle liste dei candidati i candidati dello stesso sesso presenti nell'elenco dei candidati supplenti di cui all'articolo 18-bis, comma 3-bis;

b) nel caso in cui, procedendo ai sensi della lettera a), non risultino rispettate le disposizioni di cui all'articolo 18-bis, comma 3, inserendo nei posti rimasti vacanti nelle liste i candidati dello stesso sesso presenti nell'elenco dei candidati supplenti di cui all'articolo 18-bis, comma 3-bis».

15. All'[articolo 24 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al numero 2), primo periodo, le parole da: «alle coalizioni e alle liste non collegate» fino alla fine del periodo sono sostituite dalle seguenti: «alle liste e ai relativi contrassegni»;

b) al numero 2), secondo periodo, le parole: «e sui manifesti» sono sostituite dalle seguenti: «e, unitamente ai nominativi dei candidati nell'ordine numerico di cui all'articolo 18-bis, comma 3, sui manifesti»;

c) al numero 4), le parole: «alla prefettura capoluogo della circoscrizione» sono sostituite dalle seguenti: «alla prefettura del comune capoluogo di regione»;

d) al numero 5), primo periodo, le parole: «della prefettura capoluogo della circoscrizione» sono sostituite dalle seguenti: «della prefettura del comune capoluogo di regione» e le parole: «dei comuni della circoscrizione» sono sostituite dalle seguenti: «dei comuni inclusi nei collegi plurinominali».

16. All'[articolo 30, numero 4\), del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), e successive modificazioni, le parole: «liste dei candidati della circoscrizione» sono sostituite dalle seguenti: «liste dei candidati del collegio plurinominale».

17. All'[articolo 31 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il comma 1 e' sostituito dal seguente:

«1. Le schede sono di carta consistente, sono fornite a cura del Ministero dell'interno con le caratteristiche essenziali del modello descritto nelle tabelle A-bis e A-ter allegate al presente testo unico e, secondo le disposizioni di cui all'articolo 24, riproducono in fac simile i contrassegni di tutte le liste regolarmente presentate inseriti al centro di appositi rettangoli»;

b) il comma 2 e' sostituito dal seguente:

«2. Sulle schede l'ordine delle liste e' stabilito con sorteggio secondo le disposizioni di cui all'articolo 24. I contrassegni devono essere riprodotti sulle schede con il diametro di centimetri tre. Sulle schede sono altresì riportati, accanto a ciascun contrassegno di lista, a sinistra, il cognome e il nome del relativo candidato capolista nel

collegio plurinominale. A destra del contrassegno sono riportate due linee orizzontali per l'espressione, rispettivamente, della prima e della seconda preferenza»;

c) dopo il comma 2 e' aggiunto il seguente:

«2-bis. In caso di svolgimento del ballottaggio, nella scheda unica nazionale sono riprodotti in due distinti rettangoli i contrassegni delle liste ammesse al ballottaggio. L'ordine delle liste ammesse al ballottaggio e' stabilito con sorteggio da effettuare presso l'Ufficio centrale nazionale».

18. Il [primo comma dell'articolo 48 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#) e' sostituito dal seguente:

«Il presidente, gli scrutatori e il segretario del seggio votano, previa esibizione della tessera elettorale, nella sezione presso la quale esercitano il loro ufficio, anche se siano iscritti come elettori in altra sezione o in altro comune. I rappresentanti delle liste votano, previa presentazione della tessera elettorale, nella sezione presso la quale esercitano le loro funzioni purché siano elettori del collegio plurinominale. I candidati possono votare in una qualsiasi delle sezioni del collegio plurinominale, dove sono proposti, presentando la tessera elettorale. Votano, inoltre, nella sezione presso la quale esercitano il loro ufficio, anche se risultino iscritti come elettori in altra sezione o in qualsiasi altro comune del territorio nazionale, gli ufficiali e gli agenti della forza pubblica in servizio di ordine pubblico, previa presentazione della tessera elettorale».

19. All'[articolo 53, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), e successive modificazioni, le parole: «sezione elettorale nella cui circoscrizione» sono sostituite dalle seguenti: «sezione elettorale nel cui collegio plurinominale».

20. All'[articolo 58, secondo comma, del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), e successive modificazioni, il primo periodo e' sostituito dai seguenti: «L'elettore, senza che sia avvicinato da alcuno, esprime il voto tracciando con la matita, sulla scheda, un segno, comunque apposto, sul rettangolo contenente il contrassegno della lista prescelta. Può anche esprimere uno o due voti di preferenza, scrivendo il nominativo del candidato prescelto, o quelli dei candidati prescelti, sulle apposite linee orizzontali».

21. Dopo l'[articolo 59 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), e' inserito il seguente:

«Art. 59-bis. - 1. Se l'elettore traccia un segno sul nominativo del candidato capolista, senza tracciare un segno sul contrassegno della lista medesima, si intende che abbia votato per la lista stessa.

2. Se l'elettore traccia un segno su una linea posta a destra del contrassegno, senza tracciare un segno sul contrassegno della lista medesima, si intende che abbia votato per la lista stessa.

3. Se l'elettore esprime uno o due voti di preferenza, senza tracciare un segno sul contrassegno della lista medesima, si intende che abbia votato anche per la lista stessa.

4. Se l'elettore traccia un segno sul contrassegno di una lista e scrive il nominativo di uno o più candidati sulle linee orizzontali poste a destra del contrassegno di altra lista o di altre liste, il voto e' nullo.

5. Se l'elettore traccia un segno sul contrassegno di una lista e sul nominativo del candidato capolista di altra lista, il voto e' nullo.

6. Ogni altro modo di espressione del voto, difforme dalle disposizioni di cui all'articolo 58, secondo comma, e al presente articolo, ne determina la nullità nel caso in cui sia manifesta l'intenzione di annullare la scheda o di rendere riconoscibile il voto».

22. All'[articolo 68 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 3, nel terzo periodo, dopo le parole: «a cui e' stato attribuito il voto» sono aggiunte le seguenti: «e il cognome del candidato o dei candidati cui e' attribuita la preferenza» e, nel quarto periodo, dopo le parole: «dei voti di ciascuna lista» sono aggiunte le seguenti: «e dei voti di preferenza»;

b) al comma 3-bis, primo periodo, dopo le parole: «i voti di lista» sono aggiunte le seguenti: «e i voti di preferenza».

23. All'[articolo 71 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al primo comma, numero 2), dopo le parole: «dei voti di lista» sono inserite le seguenti: «e dei voti di preferenza»;

b) al secondo comma, dopo le parole: «per le singole liste» sono inserite le seguenti: «e per i singoli candidati».

24. All'[articolo 77, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), i numeri 1) e 2) sono sostituiti dai seguenti:

«1) determina la cifra elettorale di collegio di ciascuna lista. Tale cifra e' data dalla somma dei voti validi conseguiti dalla lista stessa nelle singole sezioni elettorali del collegio plurinominale;

2) determina la cifra elettorale circoscrizionale di ciascuna lista. Tale cifra e' data dalla somma delle cifre elettorali di collegio della lista stessa;

3) determina il totale dei voti validi della circoscrizione. Tale totale e' dato dalla somma delle cifre elettorali circoscrizionali di tutte le liste;

4) determina la cifra elettorale individuale di ciascun candidato nel collegio plurinominale. Tale cifra e' data dalla somma dei voti validi di preferenza a lui attribuiti come primo e come secondo voto di preferenza nelle singole sezioni elettorali del collegio;

5) per ciascun collegio plurinominale, determina la graduatoria dei candidati di ciascuna lista sulla base delle rispettive cifre individuali. A parità di cifre individuali, prevale l'ordine di presentazione nella lista;

6) comunica all'Ufficio centrale nazionale, a mezzo di estratto del verbale, la cifra elettorale circoscrizionale di cui al numero 2), nonché, ai fini di cui all'articolo 83, comma 1, numero 3), il totale dei voti validi della circoscrizione di cui al numero 3)».

4. Ai fini della distribuzione nelle singole circoscrizioni dei seggi assegnati alle liste ammesse al riparto ai sensi dei commi 2 e 3, l'Ufficio procede ai sensi del comma 1, numero 8). A tale fine, in luogo del quoziente elettorale nazionale, utilizza il quoziente elettorale nazionale di maggioranza di cui al comma 2 per la lista che ha ottenuto il maggior numero di voti validi e il quoziente elettorale nazionale di minoranza di cui al comma 3 per le altre liste.
5. Qualora la verifica di cui al comma 1, numero 5), abbia dato esito negativo, si procede ad un turno di ballottaggio fra le liste che abbiano ottenuto al primo turno le due maggiori cifre elettorali nazionali e che abbiano i requisiti di cui al comma 1, numero 3). Alla lista che ha ottenuto il maggior numero di voti validi al turno di ballottaggio l'Ufficio assegna 340 seggi. L'Ufficio procede poi a ripartire proporzionalmente i restanti seggi tra le altre liste di cui al comma 1, numero 3), ai sensi del comma 3. L'Ufficio procede quindi all'assegnazione dei seggi ai sensi del comma 4.
6. I voti espressi nelle circoscrizioni Trentino-Alto Adige/Südtirol e Valle d'Aosta/Vallee d'Aoste sono calcolati: per la determinazione delle cifre elettorali nazionali delle liste ai fini del raggiungimento delle soglie di cui al comma 1, numero 3); per l'individuazione della lista che ha ottenuto la maggiore cifra elettorale nazionale ovvero delle liste ammesse all'eventuale ballottaggio; ai fini del conseguimento della percentuale di cui al comma 1, numero 5). Essi non concorrono alla ripartizione dei seggi assegnati nella restante parte del territorio nazionale.
7. L'Ufficio centrale nazionale comunica ai singoli Uffici centrali circoscrizionali il numero dei seggi assegnati a ciascuna lista.
8. Di tutte le operazioni dell'Ufficio centrale nazionale viene redatto, in duplice esemplare, apposito verbale: un esemplare e' rimesso alla Segreteria generale della Camera dei deputati, la quale ne rilascia ricevuta; un altro esemplare e' depositato presso la cancelleria della Corte di cassazione.
- Art. 83-bis. - 1. L'Ufficio centrale circoscrizionale, ricevute da parte dell'Ufficio centrale nazionale le comunicazioni di cui all'articolo 83, comma 7, procede all'attribuzione nei singoli collegi plurinominali dei seggi spettanti alle liste:
- 1) qualora i seggi siano stati assegnati alle liste con attribuzione del premio di maggioranza, determina ai fini della ripartizione il quoziente elettorale circoscrizionale della lista di maggioranza e il quoziente elettorale circoscrizionale delle liste di minoranza. Per determinare ciascuno dei quozienti, divide il totale delle cifre elettorali circoscrizionali della lista di maggioranza e del gruppo di liste di minoranza per il totale dei seggi rispettivamente loro assegnati nella circoscrizione e trascura la parte frazionaria del risultato;
  - 2) nel caso in cui sia stato assegnato il premio di maggioranza, divide, per ciascun collegio plurinomiale, la cifra elettorale della lista maggioritaria per il quoziente elettorale di maggioranza determinato ai sensi del numero 1), ottenendo così l'indice relativo ai seggi da attribuire nel collegio plurinomiale alla lista maggioritaria. Analogamente, per le altre liste cui spettano seggi nella circoscrizione, divide il totale delle cifre elettorali di collegio per il quoziente elettorale di minoranza determinato ai sensi del numero 1), ottenendo così l'indice relativo ai seggi da attribuire nel collegio al gruppo di liste di minoranza. Quindi, moltiplica ciascuno degli indici suddetti per il numero dei seggi assegnati al collegio e divide il prodotto per la somma di tutti gli indici. La parte intera dei quozienti di attribuzione così ottenuti rappresenta il numero dei seggi da attribuire nel collegio alla lista di maggioranza e al gruppo di liste di minoranza. I seggi che rimangono ancora da attribuire sono rispettivamente assegnati alla lista di maggioranza o al gruppo di liste di minoranza per i quali le parti decimali dei quozienti di attribuzione siano maggiori e, in caso di parità, alle liste che abbiano conseguito la maggiore cifra elettorale circoscrizionale; a parità di quest'ultima, si procede a sorteggio;
  - 3) successivamente l'Ufficio accerta se il numero dei seggi assegnati in tutti i collegi alla lista di maggioranza e al gruppo di liste di minoranza corrisponda al numero dei seggi complessivamente determinato dall'Ufficio centrale nazionale. In caso negativo, alla lista di maggioranza o al gruppo di liste di minoranza che abbia seggi eccedenti sottrae i seggi nei collegi nei quali i seggi stessi sono stati ottenuti con le parti decimali dei quozienti di attribuzione, secondo il loro ordine crescente, e li assegna, nei medesimi collegi, alla lista di maggioranza o al gruppo di liste di minoranza deficitario;
  - 4) l'Ufficio procede quindi all'attribuzione nei singoli collegi dei seggi spettanti alle liste del gruppo di liste di minoranza. A tale fine, determina il quoziente di collegio del gruppo di liste di minoranza dividendo il totale delle cifre elettorali di collegio delle liste che compongono il gruppo per il numero dei seggi assegnati al gruppo stesso nel collegio. Nell'effettuare tale divisione non tiene conto dell'eventuale parte frazionaria del quoziente. Divide quindi la cifra elettorale di collegio di ciascuna lista del gruppo per tale quoziente di collegio. La parte intera del quoziente così ottenuto rappresenta il numero dei seggi da assegnare a ciascuna lista. I seggi che rimangono ancora da attribuire sono assegnati alle liste seguendo la graduatoria decrescente delle parti decimali dei quozienti così ottenuti; in caso di parità, sono attribuiti alle liste con la maggiore cifra elettorale circoscrizionale; a parità di quest'ultima, si procede a sorteggio. Successivamente l'Ufficio accerta se il numero dei seggi assegnati in tutti i collegi a ciascuna lista corrisponda al numero di seggi ad essa attribuito nella circoscrizione dall'Ufficio centrale nazionale. In caso negativo, determina la lista che ha il maggior numero di seggi eccedentari e, a parità di questi, la lista che tra queste ha ottenuto il seggio eccedentario con la minore parte decimale del quoziente; sottrae quindi il seggio a tale lista nel collegio in cui e' stato ottenuto con la minore parte decimale dei quozienti di attribuzione e lo assegna alla lista deficitaria che ha il maggior numero di seggi deficitari e, a parità di questi, alla lista che tra queste ha la maggiore parte decimale del quoziente che non ha dato luogo alla assegnazione di seggio; il seggio e' assegnato alla lista deficitaria nel collegio plurinomiale in cui essa ha la maggiore parte decimale del quoziente di attribuzione non utilizzata; ripete quindi, in successione, tali operazioni sino alla assegnazione di tutti i seggi eccedentari alle liste deficitarie;
  - 5) qualora l'Ufficio centrale nazionale abbia assegnato i seggi alle liste senza attribuire il premio di maggioranza, l'Ufficio centrale circoscrizionale procede all'attribuzione dei seggi nei collegi plurinominali considerando singolarmente

ciascuna lista, con le medesime modalita' stabilite al numero 4) per l'attribuzione dei seggi alle liste del gruppo di liste di minoranza.

2. Di tutte le operazioni dell'Ufficio centrale circoscrizionale viene redatto, in duplice esemplare, apposito verbale: un esemplare e' rimesso alla Segreteria generale della Camera dei deputati, la quale ne rilascia ricevuta; un altro esemplare e' depositato presso la cancelleria della Corte di cassazione».

26. L'[articolo 84 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#) e' sostituito dal seguente:

«Art. 84. - 1. Al termine delle operazioni di cui all'articolo 83-bis, l'Ufficio centrale circoscrizionale proclama eletti in ciascun collegio, nei limiti dei seggi ai quali ciascuna lista ha diritto, i candidati compresi nella lista medesima, a partire dal candidato capolista e successivamente in ragione del numero di preferenze ottenute da ciascun candidato, in ordine decrescente.

2. Qualora una lista abbia esaurito il numero dei candidati presentati in un collegio plurinomiale e non sia quindi possibile attribuire tutti i seggi ad essa spettanti in quel collegio, l'Ufficio centrale circoscrizionale assegna i seggi alla lista negli altri collegi plurinomiali della stessa circoscrizione in cui la stessa lista abbia la maggiore parte decimale del quoziente non utilizzata, a partire dal candidato capolista e successivamente in ragione del numero di preferenze ottenute da ciascun candidato, in ordine decrescente. Qualora al termine di detta operazione residuino ancora seggi da assegnare alla lista, questi le sono attribuiti negli altri collegi plurinomiali della stessa circoscrizione in cui la stessa lista abbia la maggiore parte decimale del quoziente gia' utilizzata, a partire dal candidato capolista e successivamente in ragione del numero di preferenze ottenute da ciascun candidato, in ordine decrescente.

3. Qualora, al termine delle operazioni di cui al comma 2, residuino ancora seggi da assegnare alla lista, l'Ufficio centrale nazionale, previa apposita comunicazione dell'Ufficio centrale circoscrizionale, individua la circoscrizione in cui la lista abbia la maggiore parte decimale del quoziente non utilizzata e procede a sua volta ad apposita comunicazione all'Ufficio centrale circoscrizionale competente. L'Ufficio centrale circoscrizionale provvede all'assegnazione dei seggi ai sensi del comma 2.

4. Nell'effettuare le operazioni di cui ai commi 2 e 3, in caso di parita' della parte decimale del quoziente, si procede mediante sorteggio.

5. Dell'avvenuta proclamazione il presidente dell'Ufficio centrale circoscrizionale invia attestato ai deputati proclamati e ne da' immediata notizia alla Segreteria generale della Camera dei deputati nonche' alle singole prefetture-uffici territoriali del Governo, che la portano a conoscenza del pubblico».

27. All'[articolo 85, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), e successive modificazioni, la parola: «circoscrizioni» e' sostituita dalle seguenti: «collegi plurinomiali» e la parola: «circoscrizione» e' sostituita dalle seguenti: «collegio plurinomiale».

28. All'[articolo 86 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il comma 1 e' sostituito dal seguente:

«1. Il seggio che rimanga vacante per qualsiasi causa, anche sopravvenuta, e' attribuito, nell'ambito del medesimo collegio plurinomiale, al candidato non eletto che abbia ottenuto il maggior numero di preferenze»;

b) il comma 3 e' sostituito dai seguenti:

«3. Nel caso in cui rimanga vacante un seggio dei collegi uninomiali delle circoscrizioni Valle d'Aosta/Vallee d'Aoste e Trentino-Alto Adige/Südtirol si procede ad elezioni suppletive.

3-bis. Nel caso in cui rimanga vacante un seggio attribuito nella circoscrizione Trentino-Alto Adige/Südtirol con metodo proporzionale, il seggio e' attribuito, nell'ambito della medesima circoscrizione, al candidato che, nella medesima lista, segue immediatamente l'ultimo degli eletti nell'ordine progressivo di lista».

29. La rubrica del [titolo VI del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#) e' sostituita dalla seguente: «Disposizioni speciali per le circoscrizioni Valle d'Aosta/Vallee d'Aoste e Trentino-Alto Adige/Südtirol».

30. All'[articolo 92 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#) sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al primo comma, dopo il numero 1) e' inserito il seguente:

«1-bis) i voti espressi nel collegio della Valle d'Aosta/Vallee d'Aoste sono computati dall'Ufficio centrale nazionale nella determinazione della cifra elettorale nazionale di ciascuna lista quando questa concorre alla determinazione del numero di voti considerato come soglia di accesso alla ripartizione dei seggi e alla determinazione della lista che ha ottenuto la maggiore cifra elettorale nazionale. Dei voti espressi nel collegio della Valle d'Aosta/Vallee d'Aoste non si tiene conto ai fini dell'attribuzione dei seggi nelle altre circoscrizioni. Il seggio attribuito nel collegio della Valle d'Aosta/Vallee d'Aoste e' computato nel numero dei seggi ottenuti dalla lista che ha ottenuto la maggiore cifra elettorale nazionale quando il candidato nel collegio uninominale e' contraddistinto dal medesimo contrassegno di quella lista o quando tale lista e' collegata al candidato proclamato eletto»;

b) al primo comma, dopo il numero 2) e' inserito il seguente:

«2-bis) le liste di cui all'articolo 14 presentano candidati, ad esse collegati, nel collegio uninominale. Alla presentazione delle candidature nel collegio uninominale della Valle d'Aosta/Vallee d'Aoste si applicano le disposizioni di cui all'articolo 93-bis, comma 3, primo, secondo, terzo, quarto, quinto e sesto periodo, nonche' le disposizioni di cui ai commi 4 e 6 del medesimo articolo»;

c) al primo comma, il numero 4) e' sostituito dal seguente:

«4) la votazione ha luogo con scheda stampata a cura del Ministero dell'interno, secondo il modello stabilito dall'articolo 93-ter, comma 1»;

d) il secondo e il terzo comma sono sostituiti dal seguente:



«L'elettore esprime un voto unico, tracciando un unico segno sul contrassegno della lista prescelta. Il voto espresso in favore della lista o di una delle liste cui e' collegato il candidato nel collegio uninominale e' espresso anche in favore del candidato nel collegio uninominale. Il voto espresso contrassegnando il nominativo del candidato nel collegio uninominale e' un voto espresso anche in favore della lista cui questi e' collegato quando il candidato e' collegato ad una sola lista. Il voto espresso contrassegnando il nominativo del candidato nel collegio uninominale collegato a piu' liste e' voto valido in favore del candidato medesimo ma non e' attribuito ad alcuna delle liste cui questi e' collegato».

31. All'[articolo 93 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#) sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al primo comma, le parole: «Ufficio centrale elettorale» sono sostituite dalle seguenti: «Ufficio centrale circoscrizionale»;

b) dopo il primo comma e' inserito il seguente:

«L'Ufficio centrale circoscrizionale procede, con l'assistenza del cancelliere, alle seguenti operazioni:

a) effettua lo spoglio delle schede inviate dalle sezioni;

b) somma i voti ottenuti da ciascuna lista e, correlativamente, i voti di ciascun candidato nelle singole sezioni, come risultano dai verbali;

c) determina la cifra elettorale di ciascun candidato nel collegio uninominale. Tale cifra e' data dalla somma dei voti validi ottenuti dalla lista o dalle liste cui questi e' collegato e dei voti attribuiti al candidato ai sensi dell'articolo 92, secondo comma, ultimo periodo. Determina la cifra elettorale circoscrizionale di ciascuna lista. Tale cifra e' data dalla somma dei voti validi conseguiti dalla stessa nelle singole sezioni elettorali della circoscrizione. L'Ufficio centrale circoscrizionale comunica all'Ufficio centrale nazionale, a mezzo di estratto del verbale, il nominativo del candidato eletto, con indicazione della lista o delle liste alle quali e' collegato, il totale dei voti validi conseguiti da ciascuna lista di cui all'articolo 14 e il totale dei voti validi nel collegio nonche' i seggi provvisoriamente assegnati con le modalita' di cui all'articolo 93-quater, comma 6, secondo, terzo, quarto e quinto periodo. La scheda per il ballottaggio e' la medesima con la quale la votazione si svolge sull'intero territorio nazionale »;

c) al secondo comma, sono aggiunte, infine, le seguenti parole: «, anche se non collegato ad una lista ammessa ai sensi dell'articolo 83, comma 1, numero 3)».

32. Nel [titolo VI del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), dopo l'articolo 93 sono aggiunti i seguenti:

«Art. 93-bis. - 1. L'elezione nei collegi uninominali e nelle liste proporzionali della circoscrizione Trentino-Alto Adige/Südtirol e' disciplinata dalle disposizioni dei precedenti articoli, in quanto applicabili, con le modificazioni e integrazioni di cui al presente titolo. I candidati concorrenti nei collegi uninominali sono eletti con metodo maggioritario; i seggi da assegnare con metodo proporzionale sono attribuiti con le modalita' di cui all'articolo 93-quater, commi 4, 5, 6 e 7. I voti espressi nella circoscrizione Trentino-Alto Adige/Südtirol sono computati dall'Ufficio centrale nazionale nella determinazione della cifra elettorale nazionale di ciascuna lista quando questa concorre alla determinazione del numero di voti considerato come soglia di accesso alla ripartizione dei seggi e alla determinazione della lista che ha ottenuto la maggiore cifra elettorale nazionale. L'Ufficio centrale nazionale non tiene conto della quota parte dei voti espressi nella circoscrizione Trentino-Alto Adige/Südtirol nelle operazioni di calcolo effettuate per l'attribuzione dei seggi nelle altre circoscrizioni. I seggi attribuiti nella circoscrizione Trentino-Alto Adige/Südtirol sono computati nel numero dei seggi ottenuti dalla lista che ha ottenuto la maggiore cifra elettorale nazionale, quando il candidato nel collegio uninominale e' contraddistinto dal medesimo contrassegno di quella lista ovvero quando tale lista e' collegata in un collegio uninominale ad un candidato proclamato eletto.

2. Con il decreto di cui all'articolo 3 e' determinato il numero dei seggi spettanti alla regione Trentino-Alto Adige/Südtirol non assegnati nei collegi uninominali.

3. La presentazione delle candidature nei collegi uninominali e' fatta per singoli candidati i quali si collegano a una o piu' liste di cui all'articolo 1, comma 2, presentate ai sensi del comma 7 del presente articolo, cui gli stessi aderiscono con l'accettazione della candidatura. La dichiarazione di collegamento deve essere accompagnata dall'accettazione scritta del rappresentante, di cui all'articolo 17, incaricato di effettuare il deposito della lista a cui il candidato nel collegio uninominale si collega, attestante la conoscenza degli eventuali collegamenti con altre liste. Nella scheda elettorale il nome ed il cognome del candidato sono accompagnati dal contrassegno presentato ai sensi dell'articolo 14 dalla lista cui egli e' collegato. Nell'ipotesi di collegamento con piu' liste, il nome ed il cognome del candidato sono accompagnati dal contrassegno di ciascuna delle liste cui egli e' collegato. Il candidato nel collegio uninominale indica, nella dichiarazione di collegamento, il contrassegno o i contrassegni che accompagnano il suo nome e il suo cognome sulla scheda elettorale. Qualora piu' liste dichiarino di presentare la medesima candidatura in uno o piu' collegi uninominali le stesse dichiarano congiuntamente i contrassegni che nella scheda elettorale accompagnano il nome ed il cognome del candidato. Nessun candidato puo' accettare la candidatura in piu' di un collegio uninominale o in piu' di una lista circoscrizionale. La candidatura della stessa persona in piu' di un collegio uninominale o in piu' di una lista circoscrizionale e' nulla. E' nulla la candidatura in una lista circoscrizionale di un candidato presente in un collegio uninominale.

4. Per ogni candidato nei collegi uninominali devono essere indicati il cognome, il nome, il luogo e la data di nascita, il collegio uninominale per il quale viene presentato e il contrassegno o i contrassegni, tra quelli depositati presso il Ministero dell'Interno, con cui si intende contraddistinguerlo, nonche' la lista o le liste alle quali il candidato si collega per i fini di cui all'articolo 93-ter, comma 2. Ciascun candidato nel collegio uninominale e' contraddistinto dal contrassegno di una lista o di piu' liste presentate per l'attribuzione dei seggi in ragione proporzionale. Per le donne candidate puo' essere indicato il solo cognome o puo' essere aggiunto il cognome del marito. La dichiarazione di



presentazione dei candidati nei collegi uninominali deve contenere l'indicazione dei nominativi di due delegati effettivi e di due supplenti.

5. La dichiarazione di presentazione dei singoli candidati nei collegi uninominali deve essere sottoscritta da non meno di 500 e da non più di 1.000 elettori iscritti nelle liste elettorali di comuni compresi nel collegio o, in caso di collegi compresi in un unico comune, iscritti nelle sezioni elettorali di tali collegi. In caso di scioglimento della Camera dei deputati che ne anticipi la scadenza di oltre centoventi giorni, il numero delle sottoscrizioni è ridotto alla metà. Le sottoscrizioni devono essere autenticate da uno dei soggetti di cui all'[articolo 14 della legge 21 marzo 1990, n. 53](#), e successive modificazioni.

6. La candidatura deve essere accettata con dichiarazione firmata e autenticata da un sindaco, da un notaio o da uno dei soggetti di cui all'[articolo 14 della legge 21 marzo 1990, n. 53](#), e successive modificazioni. Per i cittadini residenti all'estero l'autenticazione della firma deve essere richiesta ad un ufficio diplomatico o consolare. L'accettazione della candidatura deve essere accompagnata da apposita dichiarazione dalla quale risulti che il candidato non ha accettato candidature in altri collegi né in altra circoscrizione.

7. I partiti o i gruppi politici organizzati, che intendono presentare liste circoscrizionali che concorrono all'assegnazione dei seggi in ragione proporzionale, devono collegarsi ad una candidatura in uno o più collegi uninominali. All'atto della presentazione della lista i presentatori indicano il contrassegno della lista, la denominazione del partito o del gruppo politico organizzato che la presenta, nonché il contrassegno ovvero i contrassegni delle candidature uninominali cui la lista è collegata. Nessuna lista può essere collegata a più di una candidatura nel medesimo collegio uninominale. La dichiarazione di presentazione delle liste circoscrizionali che concorrono all'assegnazione dei seggi in ragione proporzionale deve essere sottoscritta da almeno 2.500 e da non più di 3.000 elettori iscritti nelle liste elettorali dei comuni compresi nella circoscrizione. Ciascuna lista deve comprendere un numero di candidati non inferiore a due terzi e non superiore al numero dei seggi di cui al comma 2. In caso di scioglimento della Camera dei deputati che ne anticipi la scadenza di oltre centoventi giorni, il numero delle sottoscrizioni della lista è ridotto della metà.

8. La presentazione delle liste circoscrizionali e delle candidature nei collegi uninominali è effettuata ai sensi dell'articolo 20 presso la cancelleria della Corte d'appello di Trento.

Art. 93-ter. - 1. Per ciascun collegio uninominale, la scheda per la votazione reca in un riquadro il contrassegno della lista circoscrizionale con accanto, sulla destra, il nome e il cognome del rispettivo candidato nel collegio uninominale. I contrassegni delle liste circoscrizionali e i relativi riquadri sono posti in successione dall'alto in basso e da sinistra a destra secondo l'ordine stabilito con il sorteggio di cui all'articolo 24. Qualora più liste circoscrizionali abbiano dichiarato di collegarsi al medesimo candidato nel collegio uninominale, i rispettivi contrassegni sono posti nella parte sinistra di un medesimo riquadro, in successione dall'alto in basso secondo l'ordine del citato sorteggio, e nella parte destra del medesimo riquadro, in posizione intermedia dall'alto in basso, sono posti il cognome e il nome del candidato a queste collegato.

2. L'elettore esprime un voto unico, tracciando un unico segno sul contrassegno della lista circoscrizionale prescelta. Il voto espresso in favore della lista ovvero di una delle liste cui è collegato il candidato nel collegio uninominale è espresso anche in favore del candidato nel collegio uninominale. Il voto espresso contrassegnando il nominativo del candidato nel collegio uninominale è un voto espresso anche in favore della lista cui questi è collegato, quando il candidato è collegato ad una sola lista circoscrizionale. Il voto espresso contrassegnando il nominativo del candidato nel collegio uninominale collegato a più liste circoscrizionali è voto valido in favore del candidato medesimo ma non è attribuito ad alcuna delle liste cui questi è collegato.

3. La scheda per il ballottaggio è la medesima con la quale la votazione si svolge sull'intero territorio nazionale.

Art. 93-quater. - 1. L'Ufficio centrale circoscrizionale procede, con l'assistenza del cancelliere, alle seguenti operazioni:

- a) effettua lo spoglio delle schede eventualmente inviate dalle sezioni;
- b) somma i voti ottenuti da ciascun candidato nelle singole sezioni, come risultano dai verbali;
- c) determina la cifra elettorale circoscrizionale di ciascuna lista. Tale cifra è data dalla somma dei voti validi ottenuti, nelle modalità di cui all'articolo 93-ter, comma 2, nei collegi uninominali dai candidati collegati con la lista ai sensi dell'articolo 93-bis;
- d) determina la cifra individuale ottenuta da ciascun candidato nel collegio uninominale. Tale cifra è data dalla somma dei voti validi ottenuti dalla lista ovvero dalle liste cui il candidato è collegato e dei voti validi a lui attribuiti ai sensi dell'articolo 93-ter, comma 2, quando il medesimo voto non sia stato attribuito ad alcuna delle liste a lui collegate.

2. Il presidente dell'Ufficio centrale circoscrizionale, in conformità ai risultati accertati, proclama eletto per ciascun collegio il candidato che ha ottenuto la maggiore cifra elettorale individuale, anche se non collegato ad una lista ammessa ai sensi dell'articolo 83, comma 1, numero 3). In caso di parità di voti, è proclamato eletto il candidato più anziano di età.

3. Ai fini delle determinazioni di cui all'articolo 83, comma 1, numero 3), l'Ufficio centrale circoscrizionale comunica all'Ufficio centrale nazionale, a mezzo di estratto del verbale, la cifra elettorale di ciascuna lista circoscrizionale, il totale dei voti validi nella circoscrizione e, per ciascuna lista cui sono collegati, il numero dei candidati nel collegio uninominale proclamati eletti ai sensi del comma 2.

4. L'attribuzione dei seggi da assegnare con metodo proporzionale è fatta dall'Ufficio centrale circoscrizionale in conformità con le determinazioni assunte dall'Ufficio centrale nazionale ai sensi dell'articolo 83, comma 1, numero 7), ovvero comma 2, o ancora a seguito dello svolgimento del ballottaggio.

5. Per l'attribuzione dei seggi in ragione proporzionale, l'Ufficio centrale circoscrizionale determina per ciascuna delle liste ammesse la cifra elettorale con la quale essa concorre all'assegnazione di quei seggi. Tale cifra è data dal totale

dei voti validi ad essa attribuiti ai sensi del comma 1, lettera c), detratto, per ciascun collegio uninominale in cui è stato eletto ai sensi del comma 2 un candidato collegato alla medesima lista, un numero di voti pari a quello conseguito dal candidato immediatamente successivo per numero di voti, aumentati dell'unità, e, comunque, non inferiore al 25 per cento dei voti validamente espressi nel medesimo collegio, sempreché tale cifra non risulti superiore alla percentuale ottenuta dal candidato eletto. Qualora il candidato eletto sia collegato a più liste di candidati, la detrazione avviene pro quota in misura proporzionale alla somma dei voti ottenuti da ciascuna delle liste suddette nell'ambito territoriale del collegio.

6. Qualora l'Ufficio centrale nazionale determini l'attribuzione dei seggi ai sensi dell'articolo 83, comma 1, numero 7), l'Ufficio centrale circoscrizionale, ricevutane comunicazione, procede alla ripartizione dei seggi da attribuire alle liste di cui all'articolo 83, comma 1, numero 3). A tale fine, per ciascuna di tali liste, divide le rispettive cifre elettorali, come determinate ai sensi del comma 5, successivamente per uno, due, tre ... sino alla concorrenza del numero dei deputati da eleggere e sceglie, fra i quozienti così ottenuti, i più alti in numero eguale ai deputati da eleggere, disponendoli in una graduatoria decrescente. I seggi sono assegnati alle liste in corrispondenza ai quozienti compresi in questa graduatoria. A parità di quoziente, il seggio è attribuito alla lista che ha ottenuto la minore cifra elettorale. Se ad una lista spettano più seggi di quanti sono i suoi candidati, i seggi eccedenti sono distribuiti secondo l'ordine della graduatoria di quoziente. L'Ufficio centrale circoscrizionale proclama eletti, in corrispondenza ai seggi attribuiti ad ogni lista, i candidati della lista medesima secondo l'ordine in cui essi si succedono.

7. Qualora l'Ufficio centrale nazionale determini l'attribuzione dei seggi ai sensi dell'articolo 83, comma 2, ovvero a seguito dell'esito del ballottaggio, l'Ufficio centrale circoscrizionale, ricevutane comunicazione, assegna due terzi dei seggi di cui all'articolo 93-bis, comma 2, alla lista che ha conseguito la maggiore cifra elettorale nazionale, ovvero ha ottenuto il maggior numero di voti nel turno di ballottaggio, e i seggi restanti alle altre liste ammesse. Procede quindi a ripartire con le modalità di cui al comma 6 i seggi assegnati alle altre liste ammesse. L'Ufficio centrale circoscrizionale proclama eletti, in corrispondenza ai seggi attribuiti ad ogni lista, i candidati della lista medesima secondo l'ordine in cui essi si succedono: I seggi assegnati alla lista che ha conseguito la maggiore cifra elettorale nazionale sono computati nel numero dei seggi ottenuti dalla medesima lista a livello nazionale».

33. La tabella A, allegata al [decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), è sostituita dalla tabella A di cui all'Allegato 1 alla presente legge.

34. Le tabelle A-bis e A-ter, allegate al [decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), sono sostituite dalle tabelle A-bis e A-ter di cui all'Allegato 2 alla presente legge.

35. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano per le elezioni della Camera dei deputati a decorrere dal 1° luglio 2016.

36. Per le prime elezioni successive alla data di entrata in vigore della presente legge, le disposizioni di cui al [comma 2, primo periodo, dell'articolo 18-bis del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), e successive modificazioni, si applicano anche ai partiti o ai gruppi politici costituiti in gruppo parlamentare in almeno una delle due Camere al 1° gennaio 2014.

37. Alla [legge 27 dicembre 2001, n. 459](#), sono apportate le seguenti modificazioni:

a) dopo l'articolo 4 è inserito il seguente:

«Art. 4-bis. - 1. Possono votare per corrispondenza nella circoscrizione Estero, previa opzione valida per un'unica consultazione elettorale, i cittadini italiani che, per motivi di lavoro, studio o cure mediche, si trovano, per un periodo di almeno tre mesi nel quale ricade la data di svolgimento della medesima consultazione elettorale, in un Paese estero in cui non sono anagraficamente residenti ai sensi della [legge 27 ottobre 1988, n. 470](#). Con le stesse modalità possono votare i familiari conviventi con i cittadini di cui al primo periodo.

2. L'opzione di cui al comma 1, redatta su carta libera, sottoscritta dall'elettore e corredata di copia di valido documento di identità, deve pervenire al comune di iscrizione elettorale entro i dieci giorni successivi alla data di pubblicazione del decreto di convocazione dei comizi elettorali. La richiesta è revocabile entro il medesimo termine ed è valida per un'unica consultazione. Essa deve contenere l'indirizzo postale al quale inviare il plico elettorale e una dichiarazione attestante il possesso dei requisiti di cui al comma 1, resa ai sensi degli articoli 46 e 47 del testo unico di cui al [decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445](#). L'elettore residente all'estero deve contestualmente revocare l'opzione eventualmente espressa ai sensi dell'articolo 1.

3. Ricevuta la comunicazione di opzione di cui al comma 2, il comune trasmette immediatamente in via informatica al Ministero dell'interno le generalità e l'indirizzo all'estero degli elettori che hanno esercitato l'opzione di cui al comma 1, annotandola sulle liste sezionali. Entro il ventottesimo giorno antecedente la data di svolgimento della consultazione elettorale, il Ministero dell'interno comunica l'elenco dei suddetti elettori al Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale per la trasmissione agli uffici consolari competenti, che inseriscono i nominativi degli elettori in elenchi speciali finalizzati a garantire l'esercizio del voto per corrispondenza nella circoscrizione Estero con le modalità previste dalla presente legge.

4. Le schede votate per corrispondenza dagli elettori di cui al presente articolo sono scrutinate congiuntamente a quelle degli elettori di cui all'articolo 1, comma 2.

5. Per gli elettori appartenenti alle Forze armate ed alle Forze di polizia temporaneamente all'estero nello svolgimento di missioni internazionali, sono definite, in considerazione delle particolari situazioni locali e di intesa tra il Ministero della difesa e i Ministeri degli affari esteri e della cooperazione internazionale e dell'interno, le modalità tecnico-organizzative di formazione dei plichi, del recapito agli elettori e della raccolta dei plichi stessi a cura del Ministero della difesa. Tali intese regolano l'esercizio del diritto di voto degli elettori di cui al presente comma anche nel caso previsto dall'articolo 20, comma 1-bis.

6. Nel caso previsto dall'articolo 20, comma 1-bis, gli uffici consolari consentono l'esercizio del voto agli elettori di cui all'[articolo 1, comma 9, lettera b\), della legge 27 ottobre 1988, n. 470](#), con modalita' definite d'intesa tra il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale e il Ministero dell'interno»;

b) all'articolo 12:

1) al comma 3, le parole: «che non hanno esercitato l'opzione di cui all'articolo 1, comma 3,» sono sostituite dalle seguenti: «ammessi al voto per corrispondenza ai sensi della presente legge»;

2) al comma 5, le parole: «, all'elettore che si presenti personalmente,» sono soppresse;

3) al comma 7, le parole: «alla comunicazione del numero degli elettori della circoscrizione consolare che non hanno esercitato l'opzione di cui all'articolo 1, comma 3» sono sostituite dalle seguenti: «agli elenchi degli elettori ammessi al voto per corrispondenza ai sensi della presente legge»;

c) all'articolo 13, comma 1, le parole:

«residenti all'estero che non abbiano esercitato l'opzione di cui all'articolo 1, comma 3» sono sostituite dalle seguenti: «ammessi al voto per corrispondenza ai sensi della presente legge»;

d) all'articolo 14, comma 2, le parole: «dell'elenco di cui al comma 1 dell'articolo 5» sono sostituite dalle seguenti: «degli elenchi di cui all'articolo 12, comma 7»;

e) l'articolo 19 e' abrogato;

f) all'articolo 20:

1) dopo il comma 1 e' inserito il seguente:

«1-bis. Fatto salvo quanto disposto dal comma 5 dell'articolo 4-bis, non e' ammesso il voto per corrispondenza negli Stati con cui l'Italia non intrattiene relazioni diplomatiche, nonche' negli Stati nei quali la situazione politica o sociale non garantisce neanche temporaneamente che l'esercizio del voto per corrispondenza si svolga in condizioni di eguaglianza, di liberta' e di segretezza, ovvero che nessun pregiudizio possa derivare per il posto di lavoro e per i diritti individuali degli elettori e degli altri cittadini italiani in conseguenza della loro partecipazione a tutte le attivita' previste dalla presente legge»;

2) al comma 2, le parole da: «in cui non vi sono» fino a: «all'articolo 19, comma 4» sono sostituite dalle seguenti: «di cui al comma 1-bis».

38. Sono abrogati l'articolo 1, comma 1, lettera g), e l'articolo 9 del regolamento di cui al [decreto del Presidente della Repubblica 2 aprile 2003, n. 104](#).

#### Art. 3

Ulteriori modifiche al [decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#)

1. Al [decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 42, primo comma, le parole: «, salva la possibilita' di assicurare un accesso separato alle donne» sono soppresse;

b) all'articolo 58, secondo comma, le parole: «inumidendone la parte gommata» sono soppresse;

c) all'articolo 67, primo comma, numero 2), le parole: «al Pretore del mandamento, il quale» sono sostituite dalle seguenti: «, per il tramite del comune, al Tribunale o alla sezione distaccata del Tribunale competente, che»;

d) all'articolo 67, primo comma, numero 3), le parole: «al Pretore del mandamento» sono sostituite dalle seguenti: «, per il tramite del comune, al Tribunale o alla sezione distaccata del Tribunale competente, che ne rilascia ricevuta».

#### Art. 4

Delega al Governo per la determinazione dei collegi plurinominali

1. Il Governo e' delegato ad adottare, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, ai sensi dell'[articolo 14 della legge 23 agosto 1988, n. 400](#), un decreto legislativo per la determinazione dei collegi plurinominali nell'ambito di ciascuna circoscrizione di cui alla tabella A allegata al [decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), come sostituita dalla presente legge, sulla base dei seguenti principi e criteri direttivi:

a) salvo quanto stabilito per le circoscrizioni Valle d'Aosta/Vallee d'Aoste e Trentino-Alto Adige/Südtirol ai sensi dell'[articolo 2 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), come modificato dalla presente legge, nelle restanti circoscrizioni del territorio nazionale per l'elezione della Camera dei deputati sono costituiti 100 collegi plurinominali. La circoscrizione Molise e' costituita in un unico collegio plurinominali;

b) i collegi plurinominali sono costituiti in ciascuna circoscrizione in numero determinato con il metodo dei quozienti interi e dei piu' alti resti in proporzione al numero di seggi ad essa assegnati secondo la ripartizione effettuata ai sensi dell'[articolo 56 della Costituzione](#). La popolazione di ciascun collegio puo' scostarsi dalla media della popolazione dei collegi della circoscrizione di non oltre il 20 per cento in eccesso o in difetto;

c) sono garantite la coerenza del bacino territoriale di ciascun collegio e, di norma, la sua omogeneita' economico-sociale e delle caratteristiche storico-culturali, nonche' la continuita' del territorio di ciascun collegio, salvo il caso in cui il territorio stesso comprenda porzioni insulari. I collegi, di norma, non possono dividere il territorio comunale, salvo il caso dei comuni che, per le loro dimensioni demografiche, comprendano al loro interno piu' collegi. In quest'ultimo caso, ove possibile, il comune deve essere suddiviso in collegi formati mediante l'accorpamento dei territori dei collegi uninominali stabiliti dal [decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 536](#), per l'elezione della Camera

dei deputati. Nelle zone in cui siano presenti minoranze linguistiche riconosciute, la delimitazione dei collegi, anche in deroga ai principi e ai criteri indicati nella presente lettera, deve tenere conto dell'esigenza di agevolare la loro inclusione nel minor numero possibile di collegi;

d) sulla base di quanto stabilito dall'[articolo 3, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957](#), come sostituito dall'articolo 2, comma 3, della presente legge, ciascun collegio plurinomiale corrisponde di norma all'estensione territoriale di una provincia, come delimitata alla data di entrata in vigore della presente legge, o e' determinato per accorpamento di province diverse, purché contermini; nel caso di province di dimensione estesa, i collegi sono definiti mediante accorpamento dei territori dei collegi uninominali stabiliti dal [decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 536](#), per l'elezione della Camera dei deputati, escludendo, ove presenti, i comuni compresi in altra provincia;

e) qualora non sia altrimenti possibile rispettare il criterio della continuita' territoriale di cui alla lettera c), il territorio del collegio puo' essere determinato anche in deroga al principio dell'accorpamento dei territori dei collegi uninominali stabiliti dal [decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 536](#), e, in subordine, al criterio direttivo di cui alla lettera d) riferito all'estensione territoriale della provincia;

f) nella circoscrizione Trentino-Alto Adige/Südtirol sono determinati, in base ai principi e criteri direttivi enunciati all'[articolo 7 della legge 4 agosto 1993, n. 277](#), otto collegi uninominali assicurando che il territorio di nessun collegio sia compreso in piu' di una circoscrizione provinciale;

g) nella circoscrizione Friuli Venezia Giulia uno dei collegi plurinominali e' costituito in modo da favorire l'accesso alla rappresentanza dei candidati espressione della minoranza linguistica slovena, ai sensi dell'[articolo 26 della legge 23 febbraio 2001, n. 38](#).

2. Ai fini della predisposizione dello schema del decreto legislativo di cui al comma 1, il Governo si avvale di una Commissione composta dal presidente dell'Istituto nazionale di statistica, che la presiede, e da dieci esperti in materia attinente ai compiti che la Commissione e' chiamata a svolgere, senza oneri aggiuntivi.

3. Lo schema del decreto legislativo di cui al comma 1 e' trasmesso alle Camere entro quarantacinque giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, ai fini dell'espressione del parere da parte delle Commissioni permanenti competenti per materia entro venticinque giorni dalla ricezione dello schema. Qualora il decreto non fosse conforme al parere parlamentare, il Governo, contemporaneamente alla pubblicazione del decreto, deve inviare al Parlamento una relazione contenente adeguata motivazione.

4. Si prescinde dal parere di cui al comma 3 qualora non sia espresso entro i termini assegnati.

La presente legge, munita del sigillo dello Stato, sara' inserita nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. E' fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge dello Stato.  
Data a Roma, addi' 6 maggio 2015

MATTARELLA

Renzi, Presidente del Consiglio dei ministri

Visto, il Guardasigilli: Orlando  
Allegato 1  
(articolo 2, comma 33)

« TABELLA A  
(articolo 1, comma 2)

#### CIRCOSCRIZIONI ELETTORALI

Sede dell'Ufficio  
Circoscrizione centrale  
circoscrizionale

- 1) Piemonte Torino
- 2) Valle d'Aosta/Vallee d'Aoste Aosta
- 3) Lombardia Milano
- 4) Trentino-Alto Adige/Südtirol Trento
- 5) Veneto Venezia
- 6) Friuli Venezia Giulia Trieste
- 7) Liguria Genova
- 8) Emilia-Romagna Bologna
- 9) Toscana Firenze
- 10) Umbria Perugia
- 11) Marche Ancona

- 12) Lazio Roma
- 13) Abruzzo L'Aquila
- 14) Molise Campobasso
- 15) Campania Napoli
- 16) Puglia Bari
- 17) Basilicata Potenza
- 18) Calabria Catanzaro
- 19) Sicilia Palermo
- 20) Sardegna Cagliari ».

Allegato 2  
(articolo 2, comma 34)

« Tabella A-bis  
(articolo 31, comma 1)

MODELLO DELLA PARTE INTERNA DELLA SCHEDA DI VOTAZIONE PER  
LA ELEZIONE DELLA CAMERA DEI DEPUTATI

Parte di provvedimento in formato grafico

Tabella A-ter  
(articolo 31, comma 1)

MODELLO DELLA PARTE ESTERNA DELLA SCHEDA DI VOTAZIONE PER LA ELEZIONE  
DEI CANDIDATI ALLA CAMERA DEI DEPUTATI NEI COLLEGI PLURINOMINALI

Parte di provvedimento in formato grafico  
».

fonte: <http://www.normattiva.it/>

2. [\*Tribunale di Messina ord. n. 69 del 17/24.2.2016\*](#)

## N. 69 ORDINANZA (Atto di promovimento) 17 febbraio 2016

Ordinanza del 17 febbraio 2016 del Tribunale di Messina nel procedimento civile promosso da Palumbo Vincenzo ed altri contro Presidenza del Consiglio dei ministri e Ministero dell'interno.

Elezioni - Elezioni della Camera dei deputati - Lista dei candidati - Attribuzione dei seggi - Soglia di sbarramento.

- Legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati), artt. 1, lett. a), d) ed e); d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati), artt. 83, commi primo, secondo, terzo, quarto e quinto, e 84, comma secondo, come sostituiti dall'art. 2, commi 25 e 26, della legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati).

Elezioni - Elezioni della Camera dei deputati - Premio di maggioranza.

- Legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati), art. 1, lett. f); d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati), artt. 1, comma secondo, e 83, commi primo, secondo, terzo, quarto e quinto, come modificati dall'art. 2, commi 1 e 25, della legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati).

Elezioni - Elezioni della Camera dei deputati - Proclamazione degli eletti - Blocco misto delle liste e delle candidature - Impossibilita' per gli elettori di scelta diretta dei deputati.

- Legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati), art. 1, lett. g); d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati), artt. 18-bis, comma terzo, primo periodo, 19, comma primo, primo periodo, e 84, comma primo, come modificati dall'art. 2, commi 10, lett. c), 11 e 26, della legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati).

Elezioni - Elezioni del Senato della Repubblica - Soglia di sbarramento in misura piu' elevata di quella prevista per la Camera dei deputati.

- Decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533 (Testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione del Senato della Repubblica), artt. 16, comma 1, lett. b), come novellato dall'art. 4, comma 7, della legge 21 dicembre 2005, n. 270 (Modifiche alle norme per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica).

Elezioni - Elezioni della Camera dei deputati - Applicazione delle disposizioni concernenti l'elezione della Camera dei Deputati dal 1° luglio 2016.

- Legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati), art. 2, comma 35.

(GU n.14 del 6-4-2016)

## TRIBUNALE DI MESSINA

Collegio per le cause in materia di diritti elettorali

Il Tribunale di Messina, Collegio per le cause in materia di diritti elettorali, composto dai magistrati:

- 1) dott. Giuseppe Minutoli, Presidente rel.;
- 2) dott. Antonino Orifici, Giudice;
- 3) dott. Giuseppe Bonfiglio, Giudice;

Esaminati gli atti della causa n. 6316/2015 R.G., sul ricorso ex art. 702-bis c.p.c., avente ad oggetto "diritti di elettorato attivo e passivo", proposto da Palumbo Vincenzo, Magaudda Tommaso, Ugdulena Francesca, Magaudda Giuseppe, Cotroleo Girolamo, D'Uva Francesco, Gembillo Giuseppe Rocco, Magaudda Paolo Maria, Rao Giuseppe, Villarosa Alessio, Zafarana Valentina, rappresentati e difesi, per procura in calce al ricorso dagli avv. Vincenzo Palumbo, Tommaso Magaudda, Francesca Ugdulena, Giuseppe Magaudda, ricorrenti;

Contro Presidenza del Consiglio dei ministri e Ministero dell'Interno, rappresentati e difesi ex lege dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Messina, resistenti;

In esito all'udienza del 12 febbraio 2016, ha pronunciato la seguente ordinanza:

1. Il thema decidendum.

Con ricorso proposto nelle forme dell'art. 702-bis c.p.c., depositato in data 24 novembre 2015, i ricorrenti, premesso di essere cittadini italiani iscritti nelle liste elettorali del Comune di Messina, hanno chiesto a questo Tribunale di:

a) riconoscere e dichiarare il loro diritto soggettivo di elettorato, per partecipare personalmente, liberamente e direttamente, in un sistema istituzionale di democrazia parlamentare, con metodo democratico ed in condizioni di liberta' ed eguaglianza, alla vita politica della Nazione, nel legittimo esercizio della loro quota di sovranita' popolare, cosi' come previsto e garantito dagli artt. 1, 2, 3, 24, 48, 49, 51, 56, 71, 92, 111, 113, 117, 138 Cost. e dagli artt. 13 CEDU (Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo), 3 Protocollo Cedu, entrambi ratificati in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848;

b) di riconoscere e dichiarare che l'applicazione della legge elettorale 6 maggio 2015, n. 52 ("disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati"), con riguardo alle norme via via citate nel ricorso (oltre che degli artt. 16 e 17 della legge n. 533/1993 in tema di elezioni del Senato), risulta gravemente lesiva dei loro diritti come sopra indicati, ponendosi in contrasto con le superiori disposizioni costituzionali;

c) conseguentemente, in via incidentale, ai sensi dell'art. 23, legge 11 marzo 1953, n. 87, ritenuta la rilevanza, e non manifesta infondatezza delle questioni di legittimita' costituzionale dedotte, disporre la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

Si e' costituita l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Messina per la Presidenza del Consiglio dei ministri e il Ministero dell'interno, contestando in toto le domande avversarie.

2. Sulla riserva di collegialita'.

Ritiene il Collegio che la questione prospettata in giudizio (attinente in sostanza ai diritti politici connessi a quel particolare status della persona che inerisce alla qualita' di cittadino-elettore) rientri tra le ipotesi per le quali e' prescritta la composizione collegiale del tribunale, ai sensi dell'art. 50-bis c.p.c.: infatti, si tratta di causa nella quale "e' obbligatorio l'intervento del pubblico ministero" (co. 1, n. 1), a norma dell'art. 70, comma 1, n. 1 c.p.c., secondo cui "Il pubblico ministero deve intervenire, a pena di nullita' rilevabile d'ufficio: (...) 3) nelle cause riguardanti lo stato e la capacita' delle persone; (...) 5) negli altri casi previsti dalla legge".

Del resto, lo stesso art. 70 prevede come necessario l'intervento del pubblico ministero anche "(...) 5) negli altri casi previsti dalla legge". E per questo aspetto, tenendo conto della normativa prevista per le azioni popolari e le controversie in materia di eleggibilita', decadenza e incompatibilita' nelle elezioni comunali, provinciali e regionali (art. 22. d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150) e di quella per le elezioni del Parlamento europeo (legge 24 gennaio 1979, n. 18 e successive modificazioni), puo' ritenersi che sia un principio di sistema che il pubblico ministero debba intervenire nelle cause in materia di diritti elettorali, tanto piu' laddove - come nel caso in esame - si discuta dei sistemi attraverso i quali vengono formate le supreme assemblee rappresentative del potere legislativo nazionale e in cui e' di tutta evidenza l'esigenza di tutela dell'interesse pubblico sotteso.



Non potendo la procedura semplificata prevista dall'art. 702-bis c.p.c., quanto alla mera articolazione sommaria del rito, scelta dai ricorrenti, incidere sulla riserva di collegialità in esame, che opera sul piano della capacità e composizione del giudice, ne deriva dunque che la pronuncia sull'azione in esame compete al Collegio, nella formazione prevista dalle tabelle di quest'Ufficio per le cause in materia di diritti elettorali.

3. Sulla eccezione di inammissibilità dell'azione perché proposta al di fuori di una determinata consultazione elettorale.

3.1 - L'Avvocatura erariale ha eccepito preliminarmente che l'azione sarebbe inammissibile, in assenza di una condizione di attuale esistenza dell'attivato diritto di elettorato attivo, derivandone la carenza dell'interesse ad agire, non essendo state ancora indette le elezioni politiche e non ricorrendo una prossima competizione elettorale nella quale esercitare il diritto di voto che si intenderebbe leso dalle censurate norme di legge, le quali, peraltro, entreranno in vigore dal 1° luglio 2016. Ne deriverebbe l'irrilevanza delle dedotte questioni di legittimità costituzionale, per impossibilità di accesso diretto degli istanti alla Corte costituzionale con riferimento ad una legge non immediatamente applicabile neppure in astratto.

3.2 - A giudizio del Collegio, anche alla luce delle controdeduzioni svolte dai ricorrenti con la memoria autorizzata, va condiviso l'orientamento giurisprudenziale per il quale "l'espressione del voto - attraverso cui si manifestano la sovranità popolare e la stessa dignità dell'uomo - rappresenta l'oggetto di un diritto inviolabile e "permanente", il cui esercizio da parte dei cittadini può avvenire in qualunque momento e deve esplicarsi secondo modalità conformi alla Costituzione, sicché uno stato di incertezza al riguardo ne determina un pregiudizio concreto, come tale idoneo a giustificare la sussistenza, in capo ad essi, dell'interesse ad agire per ottenerne la rimozione in carenza di ulteriori rimedi, direttamente utilizzabili con analogo efficacia, per la tutela giurisdizionale di quel fondamentale diritto" (Cass. 17 maggio 2013, n. 12060).

Ora, se è vero che la superiore statuizione dei giudici di legittimità ha riguardato un ricorso proposto da un cittadino elettore in relazione ad elezioni per la Camera dei Deputati e per il Senato della Repubblica che si erano già svolte, e' altresì vero che gli stessi (espressamente riferendosi anche a future consultazioni elettorali) hanno significativamente evidenziato - con iter argomentativo che si condivide integralmente e che va applicato anche alla fattispecie in esame - che:

a) la (indagine sulla) meritevolezza dell'interesse non costituisce un parametro valutativo richiesto a norma dell'art. 100 c.p.c., (a differenza di quanto previsto in materia negoziale dall'art. 1322, comma 2, c.c.);

b) ai fini della proponibilità delle azioni di mero accertamento (ammesso che quella proposta sia realmente tale, potendosi in verità avvicinare all'archetipo delle azioni costitutive o di accertamento-costitutive), "è sufficiente l'esistenza di uno stato di dubbio o incertezza oggettiva sull'esatta portata dei diritti e degli obblighi scaturenti da un rapporto giuridico di fonte negoziale o anche legale, in quanto tale idonea a provocare un ingiusto pregiudizio non evitabile se non per il tramite del richiesto accertamento giudiziale della concreta volontà della legge, senza che sia necessaria l'attualità della lesione di un diritto (v. Cass. n. 13556 e n. 4496/2008, n. 1952/1976, n. 2209/1966)";

c) "l'espressione del voto - attraverso la quale si manifestano la sovranità popolare (art. 1, comma 2, Cost.) e la stessa dignità dell'uomo - costituisce oggetto di un diritto inviolabile (artt. 2, 48, 56 e 58 Cost., art. 3, prot. 1 CEDU) e "permanente" dei cittadini, i quali possono essere chiamati ad esercitarlo in qualunque momento e devono poterlo esercitare in modo conforme a Costituzione. Lo stato di incertezza al riguardo è fonte di un pregiudizio concreto e ciò è sufficiente per giustificare la meritevolezza dell'interesse ad agire";

d) infine, subordinare la proponibilità di azioni come

quella in esame (attinente, come detto, a diritti politici fondamentali della persona quale elettore, con riguardo al diritto di elettorato attivo) "al maturare di tempi indefiniti o al verificarsi di condizioni non previste dalla legge (come, ad esempio, la convocazione dei comizi elettorali) implicherebbe una lesione dei parametri costituzionali (art. 24, e art. 113, comma 2) della effettività e tempestività della tutela giurisdizionale".

Peraltro, la Corte costituzionale, con la sentenza 13 gennaio 2014, n. 1 (pronunciando sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Suprema Corte remittente prima citata), ha statuito l'ammissibilità di una questione relativa a "normativa elettorale non conforme ai principi costituzionali, indipendentemente da atti applicativi della stessa, in quanto già l'incertezza sulla portata del diritto costituisce una lesione giuridicamente rilevante"; ha, quindi, aggiunto che "l'esigenza di garantire il principio di costituzionalità rende imprescindibile affermare il sindacato di questa Corte - che «deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico» (sentenza n. 387 del 1996) - anche sulle leggi, come quelle relative alle elezioni della Camera e del Senato, «che più difficilmente verrebbero per altra via ad essa sottoposte» (sentenze n. 384 del 1991 e n. 226 del 1976)", essendo necessario tutelare "l'esigenza che non siano sottratte al sindacato di costituzionalità le leggi, quali quelle concernenti le elezioni della Camera e del Senato, che definiscono le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo e che quindi non possono essere immuni da quel sindacato".

3.3 - Ne' in contrario varrebbe invocare - come ha inteso fare l'Avvocatura dello Stato - la più recente Corte Cost. 15 giugno 2015, n. 110 che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, primo comma, numeri 1-bis) e 2), della legge 24 gennaio 1979, n. 18 (Elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia) relativa a future consultazioni, giungendo a conclusioni diverse da Corte Cost. n. 1/2014, in applicazione degli stessi criteri ivi elaborati in tema di pregiudizialità e rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale.

Infatti, nell'invocata pronuncia i giudici delle leggi espressamente hanno osservato come la questione sollevata con riferimento alla normativa per l'elezione dei membri italiani del Parlamento europeo (oggetto di quel vaglio di legittimità) si differenzia per un profilo determinante - attinente al diverso regime del controllo giurisdizionale sulla relativa vicenda elettorale - da quella inerente le elezioni del Parlamento nazionale (decisa con la citata sentenza n. 1 del 2014), posto che:

a) nell'ipotesi delle elezioni per il Parlamento nazionale (caso deciso nel 2014), il controllo dei risultati elettorali è sottratto al giudice comune ed è rimesso dall'art. 66 Cost. alle Camere di appartenenza degli eletti, «quale unica eccezione al sistema generale di tutela giurisdizionale in materia di elezioni» (sentenze n. 259/2009 e n. 113/1993): di conseguenza, il vulnus che si lamenta arrecato a un diritto fondamentale, quale è il diritto di voto, da una normativa elettorale che si sospetti costituzionalmente illegittima non potrebbe essere eliminato attraverso lo strumento del giudizio incidentale successivo;

b) al contrario, la legge che disciplina l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia (caso deciso nel 2015) non può ritenersi - come invece è stato affermato dalla legge elettorale per la Camera e il Senato - ricadente in quella «zona franca», sottratta al sindacato costituzionale, che questa Corte ha ritenuto di non poter tollerare, in nome dello stesso principio di costituzionalità: infatti, "le vicende elettorali relative all'elezione dei membri italiani del Parlamento europeo, a differenza di quelle relative all'elezione del Parlamento nazionale, possono essere sottoposte agli ordinari rimedi giurisdizionali, nel cui ambito può svolgersi ogni accertamento relativo alla tutela del diritto di voto e può essere sollevata incidentalmente la questione di costituzionalità delle norme che lo disciplinano".

3.4 - In conclusione, l'azione in esame, proposta da cittadini

elettori, titolari, quindi, del diritto di elettorato attivo (v. certificati elettorali prodotti) e, conseguentemente, legittimati ad, agire secondo quanto prima evidenziato, e' ammissibile in astratto, dovendosi quindi passare alla verifica dei presupposti della rilevanza e non manifesta infondatezza delle questioni di legittimita' costituzionale prospettate dai ricorrenti.

4. Sulla rilevanza delle questioni prospettate.

Va premesso che, nell'ambito del giudizio preliminare di filtro affidato al giudice a quo per l'accesso alla giurisdizione della Corte costituzionale ai sensi dell'art. 23, legge 11 marzo 1953, n. 87, il requisito della rilevanza della questione di legittimita' costituzionale sollevata esprime - come opportunamente osservato in dottrina - l'indissolubile suo legame con l'esercizio della funzione giurisdizionale, potendo il giudice delle leggi essere investito soltanto di questioni relative a norme legislative di cui il giudice a quo debba necessariamente fare applicazione ai fini della definizione del giudizio dinanzi a lui pendente.

Cio' posto, il merito del presente giudizio, cosi' come delineato in ricorso, e' costituito dall'accertamento del diritto soggettivo dei ricorrenti, costituzionalmente tutelato, di esercitare l'elettorato attivo conformemente ai principi della Carta fondamentale e sovranazionale, con metodo democratico e in un sistema istituzionale di democrazia parlamentare, assertivamente pregiudicato dal nuovo sistema elettorale introdotto con la legge 6 maggio 2015, n. 52.

Sussiste, di conseguenza, la rilevanza delle questioni di legittimita' sollevate: infatti, la risoluzione delle stesse (ove venga riconosciuta anche la non manifesta infondatezza) e' con tutta evidenza strumentale e pregiudiziale alla verifica del *petitum* richiesto, coincidente con l'accertamento della portata del diritto di voto, ritenuta incerta a causa delle norme censurate.

Non osta a tale valutazione la circostanza che la dedotta incostituzionalita' di una o piu' norme di legge costituisca l'unico motivo di ricorso innanzi al giudice a quo, ogni qualvolta sia individuabile nel giudizio principale un *petitum* separato e distinto dalla questione di legittimita' costituzionale, sul quale il giudice rimettente sia chiamato a pronunciarsi" (Corte cost. n. 4/2000; Corte cost. n. 59/1957). Al riguardo, non puo' non richiamarsi quanto gia' statuito dal giudice di legittimita', secondo cui, premesso che "vi sono leggi che creano in maniera immediata restrizioni dei poteri o doveri in capo a determinati soggetti, in tali casi l'azione di accertamento puo' rappresentare l'unica strada percorribile per la tutela giurisdizionale di diritti fondamentali di cui, altrimenti, non sarebbe possibile una tutela ugualmente efficace e diretta" (Cass. n. 12060/2013 cit.).

Va aggiunto che l'esistenza nel nostro ordinamento di un filtro per l'accesso alla Corte costituzionale (costituito dal giudizio di rilevanza della questione di costituzionalita' rispetto alla definizione di un giudizio comune) non puo' tradursi, a pena di incostituzionalita' della legge n. 87/1953, "in un ostacolo che precluda quell'accesso qualora si debba rimuovere un'effettiva e concreta lesione di valori costituzionali primari": ne consegue che "fallace sarebbe quindi l'obiezione (...) secondo cui l'eventuale pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale verrebbe a consumare ex se la tutela richiesta al giudice remittente, nella successiva fase del giudizio principale, con l'effetto di escludere l'incidentalita' del giudizio costituzionale. Infatti, il giudizio sulla rilevanza va fatto nel momento in cui il dubbio di costituzionalita' e' posto, dalla cui dimostrata fondatezza (per effetto della sentenza della Corte costituzionale) e' possibile avere solo una conferma e non certo una smentita della correttezza di quel giudizio sulla rilevanza".

Puo', quindi, concludersi sul punto che la proposta questione di legittimita' costituzionale non esaurisce la controversia di merito, che ha una portata piu' ampia, in quanto il *petitum* oggetto del giudizio principale e' costituito dalla pronuncia di accertamento del diritto costituzionalmente tutelato, in ipotesi condizionata dalla decisione delle sollevate questioni di legittimita' costituzionale, in quanto residuerebbe la verifica delle altre condizioni da cui la

legge fa dipendere il riconoscimento del diritto di voto; non v'e' neppure coincidenza (sul piano fattuale e giuridico) tra il dispositivo della sentenza costituzionale e quello della sentenza che definisce il giudizio di merito, la quale ultima, accertata l'avvenuta lesione del diritto azionato, lo ripristina nella pienezza della sua espansione, seppure per il tramite della sentenza costituzionale (Cassa n. 12060/2013): infatti, la rimozione del pregiudizio lamentato dagli attori, frutto di una (gia' avvenuta) modificazione della realta' giuridica, resa incerta da una normativa elettorale in ipotesi incostituzionale, necessita di un'attivita' ulteriore, giuridica e materiale, ad opera del giudice di merito, che consenta ai cittadini elettori di esercitare realmente il diritto di voto in modo pieno e in sintonia con i valori costituzionali (un'attivita' diversa e successiva rispetto all'eventuale accoglimento delle questioni di legittimita' costituzionale), indispensabile per accertare il contenuto del diritto dell'attore (in tal senso, v. in motivazione, Corte cost. n. 1/2014, cit., secondo cui le sollevate questioni di legittimita' costituzionale sono ammissibili, anche in linea con l'esigenza che non siano sottratte al sindacato di costituzionalita' le leggi, quali quelle concernenti le elezioni della Camera e del Senato, che definiscono le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo e che quindi non possono essere immuni da quel sindacato).

Va poi ricordato che l'ammissibilita' dell'azione introdotta avanti al giudice ordinario non collide con la competenza riservata alle Camere tramite le rispettive Giunte parlamentari (art. 66 Cost.), la quale non interferisce con la giurisdizione del giudice naturale dei diritti fondamentali e dei diritti politici in particolare, che e' il giudice ordinario (Cass. n. 12060/2013).

5. I singoli motivi di ricorso. Il primo motivo: la violazione delle norme costituzionali in tema di formazione delle leggi.

5.1 - Affermata in via generale (per le superiori considerazioni) la sussistenza del requisito preliminare della rilevanza delle questioni prospettate (salva la concreta verifica per ciascuna di esse), occorre esaminare i singoli motivi di ricorso, per accertare l'ulteriore requisito previsto dall'art. 23, legge n. 87/1953 per l'accesso alla Corte costituzionale e, cioe', la non manifesta infondatezza dei motivi stessi, intesa quale delibazione (non della probabile incostituzionalita', ma) della mera esistenza del dubbio di costituzionalita' della norma impugnata, senza la possibilita' di una risoluzione della questione sul piano interpretativo.

Non puo' sottacersi in proposito che il giudice a quo non ha il compito di sindacare la legittimita' delle norme censurate, ma, appunto, di verificare che i rilievi sollevati non siano palesemente pretestuosi o del tutto privi di fondamento.

5.2 - Premesso che la violazione delle norme strumentali per il processo formativo della legge e' suscettibile di sindacato costituzionale (Corte cost. n. 3/1957; Corte cost. n. 9/1959), la prima questione sollevata concerne l'asserita violazione dell'art. 72, comma 1 e 4, Cost. (secondo cui la procedura normale - da adottare per le leggi elettorali - prevede che il disegno di legge sia esaminato in commissione e poi dalla Camera o dal Senato, che l'approva articolo per articolo), posto che il d.d.l. unificato A.C. 3-B-Bis e' stato approvato senza la preventiva votazione delle commissioni in sede referente e dopo che il governo aveva posto la questione di fiducia, senza emendamenti ed articoli aggiuntivi, sugli artt. 1, 2 e 4, con voto finale di fiducia il 4 maggio 2015, con unica votazione a scrutinio palese cumulativamente per tutti e tre gli articoli in questione.

Ritiene il Tribunale che la questione - certamente rilevante nel giudizio di merito - sia manifestamente infondata, non emergendo in atti elementi idonei ad introdurre dubbi di incostituzionalita'.

Infatti, dai documenti prodotti dai ricorrenti e legittimamente utilizzabili in questa sede processuale, anche alla luce delle contrarie eccezioni e deduzioni dell'Avvocatura erariale, non risulta dimostrata la dedotta violazione della procedura ordinaria prescritta per le leggi elettorali dall'art. 72 Cost., non emergendo per tabulas che, a seguito della proposizione dal parte del Governo della

questione di fiducia, sia stata omessa la votazione articolo per articolo, previo esame in commissione. Peraltro, gli ulteriori profili prospettati (come quelli inerenti il c.d. Lodo Lotti del 1980, attinente alle disposizioni regolamentari della Camera) non appaiono rilevanti per la questione in esame.

6. Il quarto e il quinto motivo: il vulnus ai principi della rappresentanza democratica: il premio di maggioranza, la mancanza di soglia minima per il ballottaggio, la clausola di sbarramento, i criteri di calcolo delle soglie.

6.1 - Per ragioni di coerenza sistematica nell'esposizione, e' opportuno esaminare a questo punto il quarto ed il quinto motivo di ricorso, con i quali si deduce la violazione degli artt. 1, comma 1 e 2; 3, comma 1 e 2; 48, comma 2; 49; 51, comm 1; 56, comma 1 Cost. e art. 3 protocollo CEDU ad opera delle norme denunciate (artt. 1, lett. f) legge n. 52/2015; 1, comma 2 e 83, comma 1, 2, 3, 4 e 5, d.p.r. n. 361/1957, come modificati dall'art. 2, comma 1 e 25, legge n. 52/2015), nella parte in cui - ledendo i principi della rappresentanza democratica, della sovranita' popolare, della pari dignita' e dell'eguale capacita' politica ed elettorale:

a) fanno scattare il premio di maggioranza (con attribuzione di 340 seggi alla Camera) alla lista che ha superato la soglia del 40% dei voti al primo turno di votazione ovvero, in mancanza, alla lista che abbia comunque vinto il ballottaggio tra le prime due liste del primo turno;

b) non prevedono alcuna soglia minima di votanti e di voti validi per accedere al ballottaggio;

c) escludono dall'attribuzione dei seggi le liste che non hanno superato la soglia del 3% dei voti validi;

d) computano nel calcolo delle predette soglie anche i voti espressi nelle circoscrizioni Trentino Alto Adige e Valle d'Aosta, pur se gli stessi non concorrono alla ripartizione dei seggi assegnati al di fuori delle rispettive Regioni.

In particolare, i ricorrenti evidenziano tra l'altro che l'esigenza di assicurare la governabilita' non possa essere attuata a discapito del principio del pluralismo politico, essendo indispensabile perseguire un certo grado di ragionevolezza nei meccanismi legislativi che tramutino i voti in seggi, soprattutto laddove, come nella legge censurata, si utilizzino cumulativamente e non alternativamente gli strumenti del premio di maggioranza e della soglia di sbarramento, le quali ultime escludono dalla rappresentativita' parlamentare larghe fasce di elettori, con effetti nefasti sulla liberta' ed eguaglianza del voto.

6.2 - Il Tribunale non ignora il dibattito, soprattutto dottrinale, seguito alle sentenze n. 1/2014 e n. 110/2015 della Consulta ed alla emanazione della legge qui sospettata di incostituzionalita', nel contesto del raggiungimento di quel necessario equilibrio tra l'obiettivo - costituzionalmente legittimo - di assicurare da un lato la stabilita' del governo del Paese e la rapidita' dei processi decisionali (v., in motivazione, Corte cost. n. 1/2014) e dall'altro i principi della rappresentativita', nella consapevolezza - evidenziata da illustri studiosi - che "rappresentativita' e governabilita' sono contenuti fondamentali del principio democratico e che vanno garantite e temperate non solo tramite la legge elettorale, ma nel contesto dell'intero sistema che caratterizza la forma dello Stato e di governo".

6.3 - Cio' posto, ed iniziando ad esaminare i plurimi e complessi profili dedotti con il motivo di ricorso in questione, e' noto che la piu' volte citata Corte cost. n. 1/2014 non ha ritenuto incostituzionale ex se la previsione di un premio di maggioranza, avendo invece censurato l'art. 83, comma 1, n. 5, e comma 2, del d.P.R. n. 361 del 1957, come modificata dalla legge n. 270/2005, solo in quanto non imponeva, ai fini dell'attribuzione del premio di maggioranza, il raggiungimento di una soglia minima di voti alla lista (o coalizione di liste) di maggioranza relativa dei voti: in tal modo assegnando automaticamente un numero anche molto elevato di seggi ad una formazione che aveva conseguito una percentuale pur molto ridotta di suffragi e realizzando di conseguenza un'illimitata compressione della rappresentativita' dell'assemblea parlamentare, incompatibile con i principi costituzionali in base ai quali le

assemblee parlamentari sono sedi esclusive della rappresentanza politica nazionale (art. 67 Cost.).

In motivazione, i giudici delle leggi osservano come "l'Assemblea Costituente, «pur manifestando, con l'approvazione di un ordine del giorno, il favore per il sistema proporzionale nell'elezione dei membri della Camera dei deputati, non intese irrigidire questa materia sul piano normativo, costituzionalizzando una scelta proporzionalistica o disponendo formalmente in ordine ai sistemi elettorali, «la configurazione dei quali resta affidata alla legge ordinaria», posto che, peraltro, la «determinazione delle formule e dei sistemi elettorali costituisce un ambito nel quale si esprime con un massimo di evidenza la politicita' della scelta legislativa» (sentenza n. 242 del 2012; ordinanza n. 260 del 2002; sentenza n. 107 del 1996)". Ne' potrebbe ritenersi vulnerato da una legge elettorale maggioritaria il principio costituzionale di eguaglianza del voto, che "esige che l'esercizio dell'elettorato attivo avvenga in condizione di parita', in quanto «ciascun voto contribuisce potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi» (sentenza n. 43 del 1961), ma «non si estende [...] al risultato concreto della manifestazione di volonta' dell'elettore [...] che dipende [...] esclusivamente dal sistema che il legislatore ordinario, non avendo la Costituzione disposto al riguardo, ha adottato per le elezioni politiche e amministrative, in relazione alle mutevoli esigenze che si ricollegano alle consultazioni popolari» (sentenza n. 43 del 1961)".

In definitiva (avverte Corte cost. n. 1/2014) "il sistema elettorale (...) e' sempre censurabile in sede di giudizio di costituzionalita' quando risulti manifestamente irragionevole", soprattutto in presenza di un meccanismo premiale che, in astratto, potrebbe essere "foriero di una eccessiva sovrarappresentazione della lista di maggioranza relativa, in quanto consente ad una lista che abbia ottenuto un numero di voti anche relativamente esiguo di acquisire la maggioranza assoluta dei seggi. In tal modo si puo' verificare in concreto una distorsione fra voti espressi ed attribuzione di seggi che, pur essendo presente in qualsiasi sistema elettorale, nella specie assume una misura tale da comprometterne la compatibilita' con il principio di eguaglianza del voto".

In tale contesto, appare necessario che venga affidato al vaglio di costituzionalita' il giudizio "se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalita' di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra piu' misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi".

6.4 - Sulla base delle superiori premesse in diritto, occorre verificare se la normativa censurata (nella parte in cui fa scattare il premio di maggioranza, con attribuzione di 340 seggi alla Camera su 630 totali, alla lista che ha superato la soglia del 40% dei voti al primo turno di votazione ovvero, in mancanza, alla lista che abbia comunque vinto il ballottaggio tra le prime due liste del primo turno) possa sollevare un minimo dubbio di conformita' al principio fondamentale di eguaglianza del voto (art. 48, secondo comma, Cost.), che richiede che ciascun voto contribuisca potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi (Corte cost. n. 43/1961).

Tenendo conto di quanto evidenziato prima in punto di diritto, non potrebbe dubitarsi in astratto (nel contesto del giudizio di non manifesta infondatezza) della conformita' alla Costituzione della previsione di un premio di maggioranza alla lista che ottenga la percentuale prescritta del 40% dei voti al primo turno: a giudizio del Tribunale, infatti, si tratta di una soglia che non appare irragionevole, nell'ambito della discrezionalita' politica del legislatore, perche' ne' esigua (e, quindi, potenzialmente idonea a falsare eccessivamente il rapporto tra voti e rappresentanza) ne' lontana dalla maggioranza assoluta (e, pertanto, difficilmente raggiungibile), si' da non rendere intollerabile la c.d. disproporzionalita' tra voti espressi e seggi attribuiti.

Tuttavia, anche alla luce del significativamente oscillante dibattito che la dottrina costituzionalistica sta sviluppando sul

tema, la circostanza che non venga previsto un necessario rapporto tra voti ottenuti rispetto non già ai voti validi, ma al complesso degli aventi diritto al voto (una sorta di quorum di votanti), unitamente al fatto che il premio di maggioranza operi anche in caso di ballottaggio (che andrebbe comunque considerato come nuova votazione tra due sole liste, diversa dalla precedente, nella quale è necessario che la lista vincente prenda almeno il 50,01% dei voti rispetto alla lista concorrente) e che vi sia la clausola di sbarramento al 3% (che verrà esaminata di qui a poco), fa sorgere il dubbio della non manifesta infondatezza della questione sollevata (certamente rilevante rispetto alla res iudicanda del giudizio di merito), nella misura in cui - quel premio di maggioranza, come acutamente osservato, in dottrina, finirebbe con il "liberare le decisioni della più forte minoranza da ogni controllo dell'elettorato". Senza dimenticare che, essendo nella riforma costituzionale solo la Camera espressione diretta della rappresentatività popolare, il principio maggioritario non può che essere adeguatamente contenuto.

6.5 - Quanto al profilo della clausola di sbarramento (essendo previsto che ciascuna lista superi almeno il 3% dei voti validi), osserva il Tribunale (condividendo quanto evidenziato in altra autorevole sede) che di per sé la sua previsione obbedisce a criteri aventi elevato tasso di discrezionalità ed opportunità politica, nel contesto dell'esigenza di tutelare la governabilità, evitando un'eccessiva frammentazione del voto (e delle opposizioni), e che la percentuale in questione non è né troppo bassa (si' da essere di fatto irrilevante) né eccessivamente elevata (tale, cioè, da penalizzare troppo il principio della eguaglianza del voto). Non a caso Corte cost. n. 193/2015 (in tema di legge regionale della Lombardia, che esclude le liste provinciali il cui gruppo abbia ottenuto nell'intera Regione meno del 3 per cento dei voti, se non è collegato a un candidato Presidente che abbia conseguito almeno il 5 per cento) ha affermato che la previsione di soglie di sbarramento e delle relative modalità di applicazione sono tipiche manifestazioni della discrezionalità del legislatore che intenda evitare la frammentazione della rappresentanza politica e contribuire alla governabilità.

Tuttavia, la sua previsione (che in ipotesi tende a privilegiare i partiti più forti, anche di opposizione) va valutata nell'ambito dell'intero sistema che delinea i criteri di selezione della rappresentanza politica alla Camera: ne consegue che, richiamando quanto prima affermato circa il premio di maggioranza (a sua volta tendente a sovra-rappresentare il partito con più voti) la questione di legittimità sollevata - certamente rilevante rispetto al giudizio di merito introdotto dai ricorrenti - non appare manifestamente infondata nella concatenazione delle motivazioni addotte.

6.6 - Il profilo di incostituzionalità prospettato con riguardo al calcolo delle predette soglie anche con i voti espressi nelle circoscrizioni Trentino Alto Adige e Valle d'Aosta, pur se gli stessi non concorrono alla ripartizione dei seggi assegnati al di fuori delle rispettive Regioni, appare manifestamente infondato anche in relazione alla genericità delle motivazioni addotte.

7. Secondo motivo: la violazione del principio di sovranità popolare e del principio di rappresentatività, con surrettizia trasformazione della costituzione, al di fuori del meccanismo dell'art. 138 Cost.

Ritiene il Tribunale che sia manifestamente infondata la questione (dedotta con il secondo motivo di ricorso, qui esaminato) concernente l'asserita violazione degli artt. 1, comm 1 e 2, 117, comma 1, e 138 Cost., nonché dell'art. 3 Protocollo CEDU nel senso prospettato dai ricorrenti, secondo cui il complesso delle modifiche alla legislazione elettorale qui censurate (artt. 1, 2 e 4, legge n. 52/2015) e, quindi, il c.d. premio di maggioranza, consentirà alla lista vincente di concentrare nelle sue mani anche il potere di revisionare la Costituzione, trasformandola da rigida (secondo l'originario disegno dei costituenti) in uno strumento flessibile, a disposizione di qualsiasi partito che risulti occasionalmente maggioritario in Parlamento, pur essendo minoritario nel Paese: ciò in palese violazione dei principi di democraticità della Repubblica e di sovranità popolare espressi dalle norme costituzionali prima

indicate.

Infatti, la superiore argomentazione, per il vero, sembra provare troppo, potendosi applicare anche - a legislazione previgente - in caso di coalizioni che comunque raggiungano il quorum previsto dall'art. 138 Cost. (approvazione delle leggi di revisione della Costituzione e delle altre leggi costituzionali in doppia lettura e a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera nella seconda votazione); ed inoltre, non tiene conto del fatto che (anche a voler prescindere dalla considerazione che la Corte Costituzionale, nella citata sentenza n. 1/2014 non ha escluso per nulla - anzi, richiedendola - la possibilita' di prevedere una soglia minima di consensi per far operare il meccanismo del premio di maggioranza) il principio di sovranita' popolare ritenuto pregiudicato dalla norma censurata e' comunque fatto salvo dalla perdurante previsione della procedura di referendum confermativo, quale ulteriore garanzia del procedimento di revisione costituzionale.

8. Terzo motivo: il vulnus al principio della rappresentativita' territoriale e del voto diretto.

Sostengono i ricorrenti che la nuova normativa (in particolare gli artt. 1, lett. a), d) ed e) della legge n. 52/2015; l'art. 83, comma 1-5, e 84, comma 2 e 4, d.p.r. n. 361/1957, come sostituiti rispettivamente dall'art. 2, comma 25 e 26, legge n. 52/2015), partendo (a differenza di quella pregressa) dalla distribuzione nazionale per approdare a quella circoscrizionale, dia rilevanza al comportamento degli elettori svincolato dal riferimento ad un ambito territoriale, in violazione del principio del voto diretto, con specifico riferimento all'art. 56, comma 1 e 4, Cost., che esprime la necessita' che i deputati siano rappresentativi dell'elettorato del territorio nel quale gli elettori di riferimento sono chiamati a votare.

La normativa del 2015, prevede la suddivisione del territorio nazionale in 20 circoscrizioni elettorali, suddivise in 100 collegi plurinominali (fatti salvi i collegi uninominali nelle circoscrizioni Valle d'Aosta e Trentino Alto Adige) e, nel contesto di un complesso meccanismo di calcolo da parte dell'Ufficio centrale nazionale, nel caso in cui una lista abbia esaurito in una circoscrizione il numero dei candidati potenzialmente eleggibili, i seggi spettanti a quella circoscrizione "carente" vengono trasferiti ad altra circoscrizione in cui vi siano candidati "eccedentari", eleggibili in virtu' del trasferimento di seggi.

La questione prospettata, pur nella complessita' tecnica del meccanismo elettorale, appare non manifestamente infondata (oltre che certamente rilevante al fine di accertare l'ambito del diritto di elettorato attivo dei ricorrenti), poiche', pur trattandosi di scelte di politica legislativa che, se non palesemente irragionevoli, non possono formare oggetto di sindacato di costituzionalita', intercetta il dubbio che venga leso il criterio di rappresentativita' territoriale che l'art. 56 Cost. (pur senza prevedere l'elezione a base regionale ex art. 57 per il Senato) delinea con riguardo al rapporto tra i seggi da distribuire e la popolazione di ogni circoscrizione. In effetti, la farraginosita' della normativa censurata (ampiamente esposta nel ricorso), che sembra consentire, ad esempio, la traslazione dei voti utili per l'elezione da una circoscrizione (che risulti carente di candidati) ad un'altra (che risulti eccedentaria), ai sensi dell'art. 2, comma 26, legge n. 52/2015, rende, allora, necessario l'invocato sindacato di costituzionalita', al fine di verificare se la scelta legislativa collida con il principio di rappresentativita' e responsabilita' dell'eletto rispetto agli elettori che lo hanno espresso.

9. Sesto motivo: impossibilita' di scegliere direttamente e liberamente i deputati.

I ricorrenti censurano gli artt. 1, lett. g), legge n. 52/2015, 18-bis, comma 3, primo periodo, d.p.r. n. 361/1957, come modificato dall'art. 2, comma 10, lett. c), legge n. 52/2015, art. 19, comma 1, primo periodo, d.p.r. n. 361/1957, sostituito dall'art. 2, comma 11, legge n. 52/2015, 84, comma 1, d.p.r. n. 361/1957, modificato dall'art. 2, comma 26, legge n. 52/2015, in quanto, prevedendo il c.d. blocco misto delle liste e delle candidature, la composizione delle stesse liste (un candidato bloccato e gli altri liberi), la

possibilita' per un candidato di essere in piu' liste in un massimo di dieci collegi plurinominali diversi, la scelta dei candidati eletti, partendo dal primo (il capolista bloccato) e poi proseguendo con gli altri, in ragioni dei voti ottenuti, essi violerebbero gli artt. 1, comma 1 e 2; 2; 48, comma 2; 51, comma 1; 56, comma 1 e 4 Cost.: cio' in quanto con tale sistema la grande maggioranza dei deputati (almeno i 100 capilista del partito risultato maggioritario e tutti i 278 deputati dei partiti minoritari) verra' automaticamente eletta senza essere passata attraverso il vaglio preferenziale degli elettori, ai quali restera' certamente la delusione di vedere che anche molti dei capilista, magari localmente apprezzati, finiranno per trasmigrare altrove, lasciando il posto a primi dei non eletti, graditi solo al capolista rinunziante o al leader del suo partito. Peraltro, i capilista possono candidarsi in dieci collegi, cosi' realizzando un'insopportabile disparita' di trattamento rispetto agli altri.

Cio' premesso, alla luce delle eccezioni dell'Avvocatura dello Stato, va ricordato che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 1/2014, ha dichiarato l'illegittimita' costituzionale delle norme della legge elettorale precedente (art. 4, comma 2, del d.P.R. n. 361 del 1957 e, in via consequenziale, art. 59, comma 1, del medesimo d.P.R., nonche' art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 533 del 1993), in quanto le liste bloccate ivi previste, non consentendo all'elettore di esprimere alcuna preferenza al fine di determinare l'elezione, ma solo di scegliere una lista di partito, cui era rimessa la designazione e la collocazione in lista di tutti i candidati, avrebbero reso il voto sostanzialmente "indiretto", e, quindi, ne' libero, ne' personale, in violazione dell'art. 48, secondo comma, Cost.: in tal modo, essendo "un voto per la scelta della lista", quelle norme "escludono ogni facolta' dell'elettore di incidere sull'elezione dei propri rappresentanti, la quale dipende, oltre che, ovviamente, dal numero dei seggi ottenuti dalla lista di appartenenza, dall'ordine di presentazione dei candidati nella stessa, ordine di presentazione che e' sostanzialmente deciso dai partiti. La scelta dell'elettore, in altri termini, si traduce in un voto di preferenza esclusivamente per la lista, che - in quanto presentata in circoscrizioni elettorali molto ampie, come si e' rilevato - contiene un numero assai elevato di candidati, che puo' corrispondere all'intero numero dei seggi assegnati alla circoscrizione, e li rende, di conseguenza, difficilmente conoscibili dall'elettore stesso. Una simile disciplina priva l'elettore di ogni margine di scelta dei propri rappresentanti, scelta che e' totalmente rimessa ai partiti". Cio' in quanto "il cittadino e' chiamato a determinare l'elezione di tutti i deputati e di tutti senatori, votando un elenco spesso assai lungo (nelle circoscrizioni piu' popolose) di candidati, che difficilmente conosce" (...) individuati sulla base di scelte operate dai partiti, che si riflettono nell'ordine di presentazione, si' che anche l'aspettativa relativa all'elezione in riferimento allo stesso ordine di lista puo' essere delusa, tenuto conto della possibilita' di candidature multiple e della facolta' dell'eletto di optare per altre circoscrizioni sulla base delle indicazioni del partito."

Tenuto conto di tali principi (avendo in sostanza il Giudice delle leggi censurato la scelta bloccata della totalita' degli eletti), occorre verificare se le nuove norme abbiano rispettato il dictum della Corte ovvero se sussistano dubbi sulla non manifesta infondatezza della questione di costituzionalita' prospettata.

Cio' posto, osserva il Tribunale che la legge censurata - nell'ambito dei cento collegi previsti sul territorio nazionale - prevede da un lato liste bloccate solo per una parte dei seggi (i 100 capilista) e dall'altro circoscrizioni elettorali relativamente piccole, introducendo, come e' stato notato, un sistema misto, in parte blindato ed in parte preferenziale. Di per se', quindi, le norme potrebbero considerarsi coerenti con le indicazioni della Corte costituzionale. Tuttavia, in ambiti connotati da un'ampia discrezionalita' legislativa, quale quello in esame, la stessa ha avuto modo di sottolineare la necessita' di «operare il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti tenendo conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti» (ancora C.

Cost. n. 1/2014, nonché n. 1130/1988).

Pertanto, (e questo rileva ai fini del giudizio di non manifesta infondatezza), residua il dubbio - manifestato in dottrina e che questo Tribunale condivide - che possa concretamente realizzarsi per le forze di opposizione (rectius: minoritarie) un effetto distorsivo dovuto alla rappresentanza parlamentare largamente dominata da capilista bloccati, pur se con il correttivo della multicandidatura, ma con possibilità che il voto in tali casi sia sostanzialmente "indiretto", e, quindi, ne' libero, ne' personale, in violazione dell'art. 48, secondo comma, Cost.

Sotto tale profilo, la questione sollevata - certamente rilevante per il giudizio di merito - merita di essere sottoposta al sindacato del giudice delle leggi.

10. Settimo motivo: violazione del diritto di elettorato passivo ed attivo per possibile sfioramento del plenum della Camera dei deputati.

I ricorrenti deducono che l'art. 83, comma 3, d.p.r. n. 361/1957, come modificato dall'art. 2, comma 25, legge n. 52/2015, e' in contrasto con l'art. 56, comma 2, Cost. (oltreche' con gli artt. 3 e 51, comma 1, Cost.), nella parte in cui consente - per il meccanismo descritto in ricorso - la possibilità di proclamare eletti un numero di deputati superiore a quello di 630 costituzionalmente previsto e cioe' da 631 a 639, per effetto della mancata precisazione che i seggi gia' assegnati con diverso sistema nelle regioni della Val d'Aosta e del Trentino Alto Adige non vanno computati nei seggi da assegnare alle minoranze.

Il motivo e' manifestamente infondato, poiche' - al di la' di eventuali imprecisioni della norma - il comma 6 dello stesso articolo (nonche' l'art. 92, comma 1-bis) si preoccupa di chiarire che i voti espressi in quelle due regioni non concorrono alla ripartizione dei seggi assegnati nella restante parte del territorio nazionale: sicche' e' tutto da dimostrare che sia possibile eleggere un numero di deputati superiore al tetto prescritto dalla Costituzione.

Ad abundantiam, va rilevato come l'asserita illegittimita' costituzionale del novellato art. 83, comma 3, possa, invero, essere risolta in via ermeneutica, sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata, ossia assumendo che proprio il secondo comma dell'art. 56 Cost. valga ad escludere che si possa superare per effetto della legge elettorale il numero di componenti della Camera dei deputati fissato nella Carta costituzionale.

Ne consegue come, seguendo tale impostazione, la normativa vada interpretata ritenendo che in caso di elezione nei collegi di tali due regioni di deputati di liste diverse da quella premiata, questi siano da computare in riduzione ulteriore della quota di seggi da ripartire tra le liste minoritarie nazionali.

11. Ottavo motivo: indizione di un secondo turno di ballottaggio anche quando la lista maggioritaria, pur non superando la soglia del 40% dei voti validi, abbia comunque conseguito almeno 340 seggi.

Con il motivo in esame i ricorrenti paventano la violazione da parte dell'art. 83, comma 1, n. 7, d.p.r. n. 361/1957, come modificato dall'art. 2, comma 25, legge n. 52/2015, degli artt. 3, 51, comma 1 Cost., nella parte in cui prevede comunque il ballottaggio se nessuna lista ha ottenuto al primo turno il 40% dei voti validi, pur se la stessa abbia gia' ottenuto n. 340 seggi.

Premesso che gli stessi ricorrenti evidenziano che si tratterebbe comunque di un caso limite, la questione sollevata appare manifestamente infondata, poiche', proprio partendo dall'invocata Corte cost. n. 1/2014, la previsione di un premio di maggioranza alla sola lista che al primo turno ottenga almeno il 40% dei voti (dovendosi in caso contrario procedersi al ballottaggio) costituisce una scelta politica del legislatore per nulla irragionevole, rispetto alla quale l'eventualita' paventata in ricorso non appare inficiare i principi costituzionali che si intendono tutelare.

Peraltro, la piena conformita' al principio stabilito dal giudicato costituzionale e' da rinvenire nella stessa ratio dello svolgimento del secondo turno per il premio di maggioranza. Avendo l'elettore scelto al primo turno il proprio rappresentante, il secondo turno svolge in concreto la funzione di coagulare il consenso elettorale su una precisa indicazione di governo, realizzando la massima estrinsecazione del diritto di elettorato passivo.

12. Nono motivo: il vulnus alle prerogative del Presidente della Repubblica.

I ricorrenti deducono che l'art. 14-bis, d.p.r. n. 361/1957, come sostituito dall'art. 2, comma 8, legge n. 52/2015, violi l'art. 92, comma 2, Cost. e il loro diritto a partecipare alla vita politica della Repubblica in un sistema di democrazia parlamentare, laddove prevede che "contestualmente al deposito del contrassegno di cui all'articolo 14, i partiti o i gruppi politici organizzati che si candidano a governare depositano il programma elettorale nel quale dichiarano il nome e cognome della persona da loro indicata come capo della forza politica (...)" a cura di persona munita di "mandato da parte del presidente o del segretario del partito o del gruppo politico organizzato": in tal modo verrebbero lese le prerogative del Capo dello Stato, posto che il leader di quello che sarà il primo partito assommerà in sé il potere di nominare la maggior parte dei deputati e, contemporaneamente, di godere di una impropria investitura popolare quale capo del Governo, senza che il Presidente della Repubblica possa disattendere la proposta, a pena di una crisi istituzionale, comportando la novella una surrettizia trasformazione della Repubblica da "parlamentare" a "presidenziale".

Il motivo è manifestamente infondato, in quanto, a tacer d'altro (ricordando le prassi invalse nella c.d. Prima e Seconda Repubblica), l'inciso (contenuto nella norma contestata) secondo cui "restano ferme le prerogative spettanti al Presidente della Repubblica previste dall'art. 92, comma 2, Cost. del Capo dello Stato" costituisce un presidio formale di tutela dei poteri della più alta carica dello Stato, come peraltro affermato espressamente da Cass. n. 12060/2013 in merito ad analoga censura sollevata in quella sede, sicché nessun vincolo (diverso da quelli consolidatisi nella prassi costituzionale) potrebbe derivare dalla indicazione del capo della forza politica di maggioranza.

13. Decimo motivo: violazione del diritto di associarsi liberamente in partiti e per accedere in condizioni di eguaglianza alle cariche elettive.

Il motivo in esame attiene all'asserita violazione degli artt. 3, 49 e 51, comma 1, Cost. ad opera dell'art. 18-bis d.p.r. n. 361/1957, come modificato dall'art. 2, comma 10, lett. b), e comma 36, legge n. 52/2015, nella parte in cui vengono introdotte forme di ostacolo alla nascita e all'affermarsi di nuove forme politiche, attraverso sbarramenti alla presentazione delle liste in sede circoscrizionale ovvero in collegi plurinominali (numero di firme tra 1.500 e 2.000 elettori), che, invece, per irragionevole privilegio, non si applicheranno non solo ai partiti o gruppi politici costituiti in gruppo parlamentare in entrambe le camere all'inizio della legislatura in corso al momento della convocazione dei comizi (secondo la normativa in vigore sino al 30 giugno 2016) ma anche, per le prime elezioni successive alla data di entrata in vigore della legge, ai partiti o ai gruppi politici costituiti in gruppo parlamentare in almeno una delle due Camere al 1° gennaio 2014, oltre che ai partiti rappresentativi di minoranze linguistiche che abbiano conseguito almeno un seggio alle ultime elezioni.

In sostanza, secondo la prospettazione dei ricorrenti, il privilegio (dell'esclusione della necessità delle firme) se da un lato penalizzerebbe in maniera eccessiva le nuove formazioni politiche (costrette a raccogliere un numero ritenuto alto di sottoscrizioni), dall'altro viene esteso irragionevolmente:

a) anche a soggetti politici già presenti nella legislatura, sulla base di una data (1° gennaio 2014) del tutto arbitraria;

b) ad alcune soltanto delle minoranze linguistiche del Paese (Val d'Aosta e Trentino Alto Adige) escludendo la più grande minoranza presente in Italia, quella sarda, riconosciuta dall'art. 2, legge n. 482/1999).

La questione appare manifestamente infondata, dovendosi condividere le eccezioni dell'Avvocatura dello Stato.

Infatti, per ciò che concerne il primo profilo, la scelta del legislatore di chiedere alle nuove formazioni politiche di dimostrare un minimo di consenso popolare rispetto a chi è già passato attraverso il vaglio delle elezioni non appare per nulla irragionevole, restando affidata alla discrezionalità dello stesso

legislatore anche l'individuazione di un discrimine temporale.

Quanto al secondo profilo (quello delle minoranze), la questione non appare rilevante nel giudizio in questione, promosso da cittadini elettori iscritti nelle liste elettorali del Comune di Messina, ed a tacere di ogni questione relativa alla particolare rilevanza e tutela che le minoranze linguistiche delle regioni Val d'Aosta e Trentino Alto Adige (e provincia di Bolzano) risultano avere nei rispettivi Statuti speciali rispetto alle altre regioni aventi medesimo regime di specialità (come lo stesso Friuli o la minoranza albanese in Sicilia o Calabria e così via).

14. Undicesimo motivo: violazione del diritto dei ricorrenti di agire in giudizio per la tutela dei loro diritti in materia di atti preliminari e successivi alle elezioni politiche.

Con il motivo in esame i ricorrenti lamentano l'asserita violazione degli artt. 3, 24, 49, 51, 111, comma 1 e 2, 113, comma 1 e 2, Cost. e 13 CEDU ad opera della mancata attuazione, con il c.d. codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010) della delega prevista dall'art. 44, comma 1, legge 18 giugno 2009, n. 69, per quanto concerne il contenzioso elettorale nazionale: ne deriverebbe che una lista esclusa dalla competizione elettorale non avrebbe possibilità di ricorrere in giudizio, dovendosi accontentare di esperire le inutili procedure presso le commissioni elettorali, che sono organi essenzialmente amministrativi.

La questione è manifestamente infondata, poiché, anche a tacere del fatto che involge la previsione della c.d. autodichia prevista dall'art. 66 Cost., rientra nella discrezionalità del potere legislativo prevedere forme ulteriori e diverse di tutela, senza che ne derivi, a legislazione invariata, un inammissibile vuoto di tutela (Cass. ord. 15 febbraio 2013, n. 3731, secondo cui "le sopravvenute disposizioni del codice del processo amministrativo (emanato con d.lgs. n. 104 del 2010) in tema di contenzioso sulle operazioni elettorali, ed in particolare gli artt. 126 e 129 del cit. codice che, rispettivamente, fissano la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella materia e disciplinano la tutela anticipata avverso gli atti di esclusione dai procedimenti elettorali preparatori, lungi dall'implicare l'attrazione nell'ambito della suaccennata giurisdizione di controversie attinenti alla fase preparatoria delle elezioni politiche nazionali, confermano come il legislatore abbia inteso escludere da quell'ambito simili controversie; infatti, le citate disposizioni sono state emanate dal Governo in attuazione della legge n. 69 del 2009, art. 44, con cui al medesimo Governo, delegato a provvedere al riordino del processo amministrativo sul contenzioso elettorale, era stata data espressamente la facoltà d'introdurre la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti gli atti del procedimento preparatorio per l'elezione delle due Camere del Parlamento: delega, tuttavia, non esercitata su questo punto, avendo il Governo deciso di disciplinare solo il contenzioso elettorale riguardante le consultazioni amministrative, quelle regionali e quelle europee, ed avendo invece, quanto alle elezioni politiche nazionali, espressamente motivato nella relazione accompagnatoria al decreto delegato la propria scelta di non innovare la situazione preesistente, tenuto conto dei vincoli temporali posti dal citato art. 61 Cost.; a questa scelta non è verosimilmente estranea neppure la considerazione che, pur se nella veste formale di organo amministrativo, l'Ufficio elettorale centrale, per la sua stessa composizione e per la sua collocazione, sul piano sostanziale offre un livello di tutela per molti versi già equiparabile, nell'ambito della fase preparatoria delle elezioni, a quello di una vera e propria tutela giurisdizionale").

15. Dodicesimo motivo: irragionevolezza delle soglie di accesso al Senato.

Ancora, i ricorrenti censurano la previsione delle soglie di sbarramento previste in misura più elevata per elezioni del Senato rispetto a quelle della Camera dall'art. 16, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 533/1993, novellato dall'art. 4, comma 7, legge n. 207/2005 e dall'art. 17, in base ai quali, in ciascun ambito regionale, per poter accedere alla ripartizione dei seggi le coalizioni di liste debbono raggiungere almeno il 20% dei voti validi; le singole liste

facenti parte delle stesse coalizioni debbono conseguire almeno il 3% dei voti validi, mentre le liste non coalizzate devono conseguire almeno l'8% dei voti validi. Cio' premesso, essi sostengono che le superiori previsioni appaiono irragionevolmente diverse rispetto alla Camera dei deputati, pregiudicando l'obiettivo della governabilita', per la possibilita' del raggiungimento di maggioranze diverse nei due rami del Parlamento, in tal modo ponendosi in contrasto con gli artt. 1, 3, 48, comma 2, 49 e 51 Cost. e rendendo comunque piu' difficile l'elezione al Senato, con irragionevole compressione del diritto di elettorato passivo.

La questione appare non manifestamente infondata.

Gia' la Corte costituzionale, con la sentenza n. 1/2014, nel dichiarare l'illegittimita' costituzionale dell'art. 17, commi 2 e 4, del d.lgs. n. 533 del 1993 (che disciplina il premio di maggioranza per le elezioni del Senato della Repubblica, prevedendo che l'Ufficio elettorale regionale, qualora la coalizione di liste o la singola lista, che abbiano ottenuto il maggior numero di voti validi espressi nell'ambito della circoscrizione, non abbiano conseguito almeno il 55 per cento dei seggi assegnati alla regione, assegni alle medesime un numero di seggi ulteriore necessario per raggiungere il 55 per cento dei seggi assegnati alla regione) ha osservato che, nonostante rientri nella discrezionalita' delle scelte politiche riservate al legislatore ordinario differenziare i sistemi elettorali dei due rami del Parlamento, essa ha tuttavia il dovere di verificare se la disciplina legislativa violi manifestamente i principi di proporzionalita' e ragionevolezza e, pertanto, sia lesiva degli artt. 1, secondo comma, 3, 48, secondo comma, e 67 Cost.

E' cio' che puo' sospettarsi nel caso in esame, nella misura in cui la palese diversita' di sistema elettorale, favorendo la formazione di maggioranze parlamentari non coincidenti, pur in presenza di una distribuzione del voto sostanzialmente omogenea tra i due rami del Parlamento, "rischia di compromettere sia il funzionamento della forma di governo parlamentare delineata dalla Costituzione repubblicana, nella quale il Governo deve avere la fiducia delle due Camere (art. 94, primo comma, Cost.), sia l'esercizio della funzione legislativa, che l'art. 70 Cost. attribuisce collettivamente alla Camera ed al Senato" (in motivazione la predetta sentenza) e, in definitiva, rischia di vanificare il risultato che si intende conseguire con un'adeguata stabilita' della maggioranza parlamentare e del governo.

16. Tredicesimo motivo: irragionevole applicazione della nuova normativa elettorale per la Camera a Costituzione vigente per il Senato.

I ricorrenti, per ultimo, si dolgono che l'art. 2, comma 35, legge n. 52/2015 (secondo cui le disposizioni di cui al presente articolo si applicano per le elezioni della Camera dei deputati a decorrere dal 1° luglio 2016) si ponga in contrasto con gli artt. 1, 3, 48, comma 1, 49, 51, comma 1, 56, comma 1 Cost., nella misura in cui, in caso di nuove elezioni a legislazione elettorale del Senato invariata (pur essendo in itinere la riforma costituzionale di questo ramo del Parlamento), si produrrebbe una situazione di palese ingovernabilita', per la coesistenza di due diverse maggioranze. La dedotta incostituzionalita' discenderebbe dalla mancata previsione del differimento dell'entrata in vigore della legge n. 52/2015 al momento in cui verra' attuata la riforma costituzionale indicata.

Anche tale questione (che pur involge scelte di carattere politico rientranti nella responsabilita' del legislatore che sfuggono al sindacato di costituzionalita', non apparendo irragionevoli due sistemi elettorali parzialmente diversi per rami del Parlamento che hanno differenti composizioni e caratteristiche, pur nell'attuale sistema di bicameralismo perfetto), non e' manifestamente infondata, essendo anche rilevante per la decisione del presente giudizio, tenuto conto delle osservazioni svolte con riguardo al dodicesimo motivo.

17. Conclusioni.

In conclusione, ritenute manifestamente infondate le questioni prospettate ai motivi nn. 1, 2, 7, 8, 9, 10 ed 11, sono rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di costituzionalita' sollevate nel giudizio, tutte incidenti sulle modalita' di esercizio

della sovranità popolare, aventi ad oggetto:

1. gli artt. 1, lett. a), d) ed e) della legge n. 52/2015; l'art. 83, comma 1-5, e 84, comma 2 e 4, d.p.r. n. 361/1957, come sostituiti rispettivamente dall'art. 2, comma 25 e 26, legge n. 52/2015, per violazione dell'art. 56, comma 1 e 4, Cost.

2. gli artt. 1, lett. f) legge n. 52/2015; 1, comma 2 e 83, comma 1, 2, 3, 4 e 5, d.p.r. n. 361/1957, come modificati dall'art. 2, comma 1 e 25, legge n. 52/2015), per violazione degli artt. 1, comma 1 e 2; 3, comma 1 e 2; 48, comma 2; 49; 51, comma 1; 56, comma 1 Cost. e art. 3 protocollo CEDU;

3. gli artt. 1, lett. g), legge n. 52/2015, 18-bis, comma 3, primo periodo d.p.r. n. 361/1957, come modificato dall'art. 2, comma 10, lett. c), legge n. 52/2015, art. 19, comma 1, primo periodo d.p.r. n. 361/1957, sostituito dall'art. 2, comma 11, legge n. 52/2015, 84, comma 1, d.p.r. n. 361/1957, modificato dall'art. 2, comma 26 legge n. 52/2015, per violazione degli artt. 1, comma 1 e 2; 2; 48, comma 2; 51, comma 1; 56, comma 1 e 4 Cost.

4. gli artt. 16, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 533/1993, novellato dall'art. 4, comma 7, legge n. 207/2005 e dall'art. 17, per violazione degli artt. 1, 3, 48, comma 2, 49 e 51 Cost.

5. l'art. 2, comma 35, legge n. 52/2015 per violazione degli artt. 1, 3, 48, comma 1, 49, 51, comma 1, 56, comma 1 Cost.

Non si ravvisa l'esigenza di pubblicazione del dispositivo dell'ordinanza su quotidiani nazionali, come richiesto dai ricorrenti.

P. Q. M.

Il Tribunale di Messina, pronunciando sul ricorso ex art. 702-bis c.p.c. iscritto al n. 6316/2015 R.G.;

1. Dichiarò rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di costituzionalità sollevate dai ricorrenti, aventi ad oggetto:

a) gli artt. 1, lett. a), d) ed e) della legge n. 52/2015; l'art. 83, comma 1-5, e 84, comma 2 e 4, d.p.r. n. 361/1957, come sostituiti rispettivamente dall'art. 2, comma 25 e 26, legge n. 52/2015, in relazione all'art. 56, comma 1 e 4, Cost.

b) gli artt. 1, lett. f), legge n. 52/2015; 1, comma 2 e 83, comma 1, 2, 3, 4 e 5, d.p.r. n. 361/1957, come modificati dall'art. 2, comma 1 e 25, legge n. 52/2015), in relazione agli artt. 1, comma 1 e 2; 3, comma 1 e 2; 48, comma 2; 49; 51, comma 1; 56, comma 1 Cost. e art. 3 protocollo CEDU;

c) gli artt. 1, lett. g) legge n. 52/2015, 18-bis, comma 3, primo periodo, d.p.r. n. 361/1957, come modificato dall'art. 2, comma 10, lett. c) legge n. 52/2015, art. 19, comma 1, primo periodo d.p.r. n. 361/1957, sostituito dall'art. 2, comma 11, legge n. 52/2015, 84, comma 1, d.p.r. n. 361/1957, modificato dall'art. 2, comma 26, legge n. 52/2015, in relazione agli artt. 1, comma 1 e 2; 2; 48, comma 2; 51, comma 1; 56, comma 1 e 4 Cost.;

d) gli artt. 16, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 533/1993, novellato dall'art. 4, comma 7, legge n. 207/2005 e dall'art. 17, in relazione agli artt. 1, 3, 48, comma 2, 49 e 51 Cost.

e) l'art. 2, comma 35, legge n. 52/2015 in relazione agli artt. 1, 3, 48, comma 1, 49, 51, comma 1, 56, comma 1 Cost.;

2. Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

3. Sospende il giudizio in corso;

4. Manda alla cancelleria:

a) di notificare la presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri nonché di darne comunicazione al Presidente del Senato della Repubblica ed al Presidente della Camera dei Deputati;

b) di notificare la medesima ordinanza alle parti del presente giudizio, compreso il Pubblico Ministero;

c) di trasmettere gli atti, comprensivi della documentazione attestante il perfezionamento delle prescritte comunicazioni e notificazioni, alla Corte Costituzionale.

Così deciso in Messina, nella camera di consiglio del

Tribunale, collegio per le cause elettorali, in data 17 febbraio 2016.

Il Presidente est.: Giuseppe Minutoli

fonte: <http://www.gazzettaufficiale.it/>

3. [\*Tribunale di Torino ord. n. 163 del 05/07/2016\*](#)

## N. 163 ORDINANZA (Atto di promovimento) 5 luglio 2016

Ordinanza del 5 luglio 2016 del Tribunale di Torino nel procedimento civile promosso da Ciotti Luigi Pio e altri contro Presidente del Consiglio dei ministri e Ministro dell'interno.

Elezioni - Disposizioni in materia di elezioni della Camera dei deputati (c.d. "Italicum") - Premio di maggioranza - Attribuzione di 340 seggi alla lista che ottiene, su base nazionale, almeno il 40 per cento dei voti validi o, in mancanza, il maggior numero di voti validi al ballottaggio - Ripartizione proporzionale ed assegnazione dei seggi tra le restanti liste.

- Legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati), artt. 1, comma 1, lett. f) e 2, comma 25, [sostitutivo dell'] art. 83, in relazione al novellato comma 5 [, del Decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati)].

Elezioni - Disposizioni in materia di elezioni della Camera dei deputati (c.d. "Italicum") - Previsione per il deputato eletto in piu' collegi plurinominali dell'obbligo di dichiarare al Presidente della Camera, entro otto giorni dalla proclamazione, il collegio plurinominale prescelto e, in caso di mancata opzione, previsione del sorteggio.

- Decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati), art. 85, come modificato dall'art. 2, comma 27, della legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati).

(GU n.30 del 27-7-2016 )

TRIBUNALE ORDINARIO DI TORINO  
Prima Sezione Civile

Nella causa civile iscritta al n. r.g. 27796/2015 promossa da:  
Ciotti Luigi Pio, codice fiscale CTPLG45P10G642I, con l'Avv. Lamacchia Roberto;  
D'Orsi Angelo, codice fiscale DRSNGL47A01G834Z, con l'Avv. Lenti Ennio;  
Novelli Diego, codice fiscale NVLDGI31E22L219D, con l'Avv. Lenti Ennio;  
Alfonzi Daniela, codice fiscale LFNNDL57B46L219K, con l'Avv. Lenti Ennio;  
Caputo Antonio, codice fiscale CPTNTN49R12E033R, con l'Avv. Lenti Ennio;  
Bruzzone Emanuele, codice fiscale BRZMNL48T10A479X, con l'Avv. Lenti Ennio;  
Naggi Giovanni Pietro Enrico, codice fiscale NGGGNN41D28L219A, con l'Avv. Lenti Ennio;  
Ortona Guido, codice fiscale RTNGDU47C16L750V, con l'Avv. Lenti Ennio;  
Dogliani Mario, codice fiscale DGLMRA46L06L219F, con l'Avv. Lenti Ennio;  
Cottino Gastone, codice fiscale CTTGTN25B08L219I, con l'Avv. Lenti Ennio;  
Pallante Francesco, codice fiscale PLLFNC72E07L219Y, con l'Avv. Lenti Ennio;  
Pepino Livio, codice fiscale PPNLVI44T12B720R, con l'Avv. Lenti Ennio;  
Revelli Marco, codice fiscale RVLNRC47T03D205J, con l'Avv. Lenti Ennio;

Dadone Fabiana, codice fiscale DDNFBN84B52D205Y, con l'Avv. Lenti Ennio;  
 Brunazzi Marco, codice fiscale BRNMRC42A26L219W, con l'Avv. Lenti Ennio;  
 Algostino Alessandra, codice fiscale LGSLSN70T69L219Y, con l'Avv. Lenti Ennio;  
 Di Giovine Alfonso, codice fiscale DGVLSN43A15E716G, con l'Avv. Lenti Ennio,  
 attore  
 contro Presidente del Consiglio dei Ministri pro-tempore, C.F., con l'Avv. Avvocatura dello Stato Torino, Ministro dell'interno pro-tempore, C.F., con l'Avv. Avvocatura dello Stato Torino, convenuto.

Il Giudice dott. Maria Cristina Contini, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 23 marzo 2016, ha pronunciato la seguente ordinanza:

#### In fatto

I ricorrenti hanno convenuto in giudizio avanti al Tribunale di Torino, nelle forme di cui agli articoli 702-bis e ss. c.p.c., il Presidente del Consiglio dei ministri pro-tempore e il Ministro dell'interno pro-tempore chiedendo che venga accertato il diritto di «votare conformemente alla Costituzione» lamentando la lesione di tale diritto ad opera di specifiche norme della legge elettorale n. 52 del 6 maggio 2015 (il c.d. Italicum) che hanno sostituito o modificato il decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 30 marzo 1957 e le residue norme della legge elettorale n. 270/2005 che aveva modificato il Testo Unico per l'elezione del Senato della Repubblica, approvato con decreto legislativo n. 533 del 20 dicembre 1993.

Hanno precisato di essere tutti cittadini italiani iscritti alle liste elettorali e quindi legittimati a far valere il diritto allo svolgimento di un procedimento elettorale regolare tale intendendosi quello che rispetta i diritti garantiti dalla Costituzione e in particolare il diritto di voto definito dall'art. 48 secondo comma a mente del quale «il voto è personale ed eguale, libero e segreto».

In ordine alla possibilità di introdurre la domanda di accertamento di cui sopra nelle forme del rito sommario hanno specificato che oggetto della domanda era soltanto l'accertamento della violazione del loro diritto di votare secondo i dettami della Costituzione qualora si fosse andati al voto con applicazione delle disposizioni sospettate di illegittimità costituzionale.

Non è stata invece proposta alcuna domanda inerente lo «status» di elettore di ciascuno dei ricorrenti, con conseguente sussidiarietà dell'azione così presentata ex art. 50-ter c.p.c., la cui decisione era attribuita in via generale al Tribunale in composizione monocratica per la quale era possibile adottare il rito sommario.

Sempre in via preliminare i ricorrenti hanno argomentato in ordine alla sussistenza del loro attuale interesse ad agire tenuto conto del disposto dell'art. 1, comma I lettera c) della legge n. 52/2015 che dispone: «la Camera dei deputati è eletta secondo le disposizioni della presente legge a decorrere dal 1° luglio 2016» evidenziando che la legge è stata promulgata ed è entrata in vigore e, inoltre, con la promulgazione del decreto legislativo 7 agosto 2015, n. 122, la legge ha avuto parziale attuazione, con la suddivisione dell'Italia in circoscrizioni e collegi.

In forza dell'art. 2, comma 36 della legge n. 52/2016, le disposizioni ritenute lesive del proprio diritto di voto avrebbero trovato applicazione in occasione delle «prime elezioni successive alla data di entrata in vigore della presente legge».

Dunque i ricorrenti evidenziano che le prossime elezioni per il rinnovo del Parlamento saranno regolate da tali disposizioni e che sussiste il loro interesse attuale a vederne accertata la contrarietà a Costituzione, prima ancora che vengano indette elezioni dato che la semplice entrata in vigore del testo di legge contestato comportava di per sé la lesione del diritto di voto.

Indicate specificamente le norme di legge e i parametri

costituzionali ritenuti violati hanno concluso in via preliminare per l'accertamento della violazione del loro diritto di voto, previa rimessione delle questioni così sollevate alla Corte costituzionale.

La Presidenza del Consiglio dei ministri e il Ministero dell'interno si sono costituiti concludendo per l'infondatezza del ricorso.

Hanno eccepito la carenza di interesse ad agire ex art. 100 codice di procedura civile in quanto la nuova legge elettorale non era ancora entrata in vigore, essendo applicabile a decorrere dal 1° luglio 2016 e non potendosi, pertanto postulare che una norma di legge non entrata in vigore possa ledere un diritto.

Nel merito hanno eccepito che tutte le censure di costituzionalità erano manifestamente infondate, posto che, in estrema sintesi la nuova legge elettorale per l'elezione della Camera di deputati:

- Realizza l'obiettivo (costituzionalmente rilevante) della governabilità ed efficienza decisionale con riduzione del numero delle formazioni politiche in Parlamento (con la soglia di accesso al 3% e con l'attribuzione di un premio di maggioranza alla sola lista e non alle coalizioni);

- La legge n. 52/2016 è in stretta correlazione con la modifica del bicameralismo perfetto ed ha lo scopo di evitare il rischio di differenti maggioranze nei due rami del Parlamento.

Sentite le parti all'udienza del 23 marzo 2016 il Giudice si è riservato di provvedere.

#### In diritto

La corretta instaurazione del giudizio nelle forme di cui agli artt. 702-bis e ss. codice di procedura civile e la sua decidibilità da parte del Tribunale in composizione monocratica, ex art. 50-ter c.p.c..

I ricorrenti hanno esposto chiaramente di voler proporre un'azione finalizzata all'accertamento della portata del loro diritto di voto, ritenuta incerta e comunque soggetta a limitazioni a causa delle disposizioni introdotte con la legge n. 52/2016 e di volerne ottenere la riespansione quantomeno con la reviviscenza delle disposizioni vigenti a seguito dalla emanazione della sentenza della Corte costituzionale n. 1/2014.

È chiaramente esposto nel ricorso introduttivo che i ricorrenti intendono proporre la medesima azione di accertamento proposta nel procedimento nel corso del quale erano state sollevate dalla Corte di cassazione, con ordinanza 17 maggio 2013, le questioni di legittimità costituzionale che avevano portato alla sentenza della Corte costituzionale n. 1/2014 con cui era stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 83, comma 1, n. 5 e comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361 (approvazione del Testo Unico delle leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei deputati, dell'art. 17, commi 2 e 4 del decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533 (Testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione del Senato della Repubblica) e degli articoli 4, comma 2 e 59 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957 e dell'art. 14 comma 1, del decreto legislativo n. 533 del 1993 nella parte in cui non consentono all'elettore di esprimere una preferenza per i candidati.

Le norme adottate dal legislatore dopo tale declaratoria di incostituzionalità, con la legge n. 52/2016 non vengono ritenute lesive, invece, dello status di elettore di cui ciascuno dei ricorrenti si afferma titolare e che non ritengono in sé violato dalle disposizioni contenute nella legge in questione che, invece, viene ritenuta pregiudizievole del pieno esercizio del diritto di voto.

Non trattandosi quindi di azione avente ad oggetto l'accertamento della esistenza, inesistenza o di limiti alle prerogative che discendono dallo status di elettore, essa non ricade nell'ipotesi di cui all'art. 50-bis n. 1 codice di procedura civile che riserva al Collegio la decisione delle cause nelle quali sia obbligatoria la partecipazione del P.M..

Non rientrando la presente controversia, per le questioni

prospettate, in nessuna delle altre ipotesi di c.d. riserva di collegialità, essa è senz'altro decidibile dal Tribunale in composizione monocratica, secondo la clausola generale contenuta nell'art. 50-ter codice di procedura civile e, per questo, deve ritenersi correttamente instaurata nelle forme di cui all'art. 702-bis c.p.c., come chiaramente previsto dal primo comma della norma in questione.

L'interesse ad agire

La parte convenuta ha contestato l'interesse ex art. 100 codice di procedura civile dei ricorrenti, in considerazione del fatto che la legge n. 52/2015 non sarebbe entrata in vigore, essendo applicabile a decorrere dal 1° luglio 2016.

L'eccezione non è fondata.

La legge n. 52/2015 è entrata in vigore, ossia ha assunto forza di legge dello Stato, a far data dal 23 maggio 2015, data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale Serie generale n. 105 dell'8 maggio 2015.

È stata esclusivamente differita la sua applicabilità, prevista, per le disposizioni di cui all'art. 2, a partire dal 1° luglio 2016 (come disposto dall'art. 2 comma 36).

Gli attori lamentano quindi l'incertezza, nei termini che si sono esposti, della reale portata del loro diritto di voto come conformato da un corpus di norme già in vigore e la cui applicabilità, benché differita al prossimo mese di luglio, non è discutibile, trattandosi di disposizioni che, già in vigore, regoleranno certamente la prossima competizione elettorale per il rinnovo della Camera dei deputati.

Sussiste quindi, ed è attuale, l'interesse dei ricorrenti ad ottenere la pronuncia di accertamento di cui si è detto prima ancora che la legge sia applicata, ossia prima ancora che vengano convocati i comizi elettorali.

Sul punto è condivisibile l'argomentazione svolta dalla parte ricorrente secondo cui vi è interesse a tale accertamento anche e - soprattutto - prima della competizione elettorale, in quanto una volta emesso il decreto di convocazione dei comizi elettorali, non vi sarebbe più uno spazio di tutela effettiva per l'elettore che non potrebbe ottenere pronunce giurisdizionali che incidano sulle elezioni, anche se svolte sulla base di norme poi dichiarate incostituzionali (tale è appunto la situazione che si è verificata nel giudizio che ha portato alla citata sentenza n. 1/2014).

La sentenza n. 8878/2014 emessa dalla Corte di cassazione dopo la sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale conferma che l'eventuale accertamento della lesione del diritto di voto come conseguenza della ritenuta illegittimità costituzionale di alcune norme elettorali non può che portare ad un ripristino futuro della pienezza di tale diritto, non potendo tale accertamento toccare gli esiti delle elezioni che si erano tenute sotto la vigenza delle norme dichiarate incostituzionali (si veda la sentenza n. 8878/2014 prodotta dalla parte ricorrente).

La rilevanza

La valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità impone al giudice di verificare se sussista un collegamento giuridico tra la norma sospettata di non essere conforme a Costituzione e la domanda su cui il giudice è chiamato a decidere.

Deve in sostanza sussistere un rapporto di pregiudizialità necessaria tra la questione di legittimità costituzionale sollevata in un determinato giudizio e la sua decisione.

Occorre quindi chiedersi se, nel presente caso, l'eventuale accoglimento delle questioni di costituzionalità prospettate dai ricorrenti possa avere effetti nella presente controversia.

Ritiene il Giudice che la risposta debba essere affermativa.

Come insegna la Corte di cassazione, sezione I, ordinanza 17 maggio 2013, n. 12060 l'azione che, come quella promossa dagli odierni ricorrenti, è volta a soddisfare non tanto l'esigenza di «sapere ... di non poter esercitare (nelle prossime elezioni) il diritto fondamentale di voto in modo conforme a Costituzione, ma ... di rimuovere un pregiudizio che invero non è dato da una mera situazione di incertezza ma da una (già avvenuta) modificazione della realtà giuridica che postula di essere rimossa mediante



un'attività ulteriore, giuridica e materiale, che consenta ai cittadini elettori di esercitare realmente il diritto di voto in modo pieno e in sintonia con i valori costituzionali» non è un'azione di mero accertamento, ha ad oggetto una questione non astratta né ipotetica ed essa non si risolve, in sé considerata, in «una mera richiesta di un parere legale al giudice».

È infatti individuabile una autonomia tra il dispositivo della sentenza costituzionale e quello della sentenza che dovrebbe definire il giudizio di merito, posto che quest'ultima dovrebbe accertare l'avvenuta lesione del diritto azionato e dovrebbe, in ipotesi di accoglimento della questione di costituzionalità, ripristinare tale diritto «nella pienezza della sua espansione, seppure per il tramite della sentenza costituzionale» con l'eliminazione dall'ordinamento delle norme ritenute lesive della posizione giuridica fatta valere dai ricorrenti, di elettori che intendono esercitare il loro diritto di voto in conformità ai precetti costituzionali.

Come statuito dalla Corte costituzionale con sentenza n. 59 del 1957 «la circostanza che la dedotta incostituzionalità di una o più norme legislative costituisca l'unico motivo di ricorso innanzi al giudice a quo non impedisce di considerare sussistente il requisito della rilevanza, ogni qualvolta sia individuabile nel giudizio principale un petitum separato e distinto dalla questione (o dalle questioni) di legittimità costituzionale sul quale il giudice rimettente sia chiamato a pronunciarsi».

Deve pertanto escludersi, anche nel presente caso, che la proposta questione di costituzionalità esaurisca in sé ogni aspetto della controversia di merito, per le ragioni esposte in identico caso nella citata ordinanza della Corte di cassazione ed essa pertanto deve dirsi dotata di quel vincolo di pregiudizialità costituzionale necessaria che la rende rilevante ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 23 legge 11 marzo 1953 n. 87 a mente del quale «l'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale ... emette ordinanza con la quale ... dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso».

La legge n. 52/2015 e la riforma costituzionale: individuazione del corretto parametro di valutazione della conformità a Costituzione della legge elettorale

È noto che il Parlamento ha approvato (in prima deliberazione al Senato nella seduta del 13 ottobre 2015 e dalla Camera nella seduta dell'11 gennaio 2016 e, in seconda deliberazione, dal Senato nella seduta del 20 gennaio 2016 e dalla Camera nella seduta del 12 aprile 2016) un testo di legge di riforma costituzionale.

Il testo non è entrato in vigore essendo sottoposto a referendum, ex art. 138 Costituzione, la cui data non è stata ancora fissata e che dovrebbe, comunque, tenersi entro l'autunno del 2016.

La riforma costituzionale attualmente in itinere prevede, per quanto di rilievo nel presente procedimento, il superamento del c.d. bicameralismo perfetto con l'adozione di un bicameralismo «differenziato» che conferma l'articolazione del Parlamento in due rami, la Camera dei deputati e il Senato, ma che nel nuovo assetto avranno composizione diversa e funzioni in gran parte non coincidenti e, in particolare, non parteciperanno più in modo paritario alla funzione legislativa.

È previsto che la Camera dei deputati che «rappresenta la Nazione» sarà titolare del rapporto fiduciario con il Governo, oltre che della funzione di indirizzo politico e di controllo dell'operato del Governo e manterrà la titolarità della «produzione» legislativa.

I componenti della Camera saranno eletti con il sistema previsto dalla legge n. 52/2015.

Il Senato sarà invece, la camera di rappresentanza degli enti territoriali, con funzioni di raccordo tra lo Stato e gli altri enti costitutivi della Repubblica, oltre che con l'Unione europea, e non avrà più, salvo alcune specifiche materie, una potestà legislativa.

È prevista l'eliminazione dell'elezione di questa Camera a suffragio universale e diretto: sarà infatti composto da 95



senatori, rappresentanti delle istituzioni territoriali e 5 senatori di nomina Presidenziale, i primi saranno eletti in secondo grado dai consigli regionali tra i propri membri e, nella misura di uno per ciascuno, tra i sindaci dei comuni nei rispettivi territori.

Il disegno di riforma costituzionale mantiene il sistema bicamerale perfetto in sede di produzione legislativa solo in via residuale, per determinate categorie di leggi, previste espressamente dalla Costituzione.

L'evidente strumentalità della nuova legge elettorale rispetto al previsto, ma non ancora attuato, quadro di riforme istituzionali a livello costituzionale, dato che appunto si limita a disciplinare le regole per l'elezione della Camera dei deputati, ha indotto pressoché tutti i commentatori, ed anche i ricorrenti, a valutarne la tenuta Costituzionale non solo sulla base del testo della Carta fondamentale oggi vigente, ma anche e soprattutto in base all'assetto istituzionale che risulterà dalla (eventuale) entrata in vigore del disegno di riforma.

Viene infatti evidenziato che in un sistema come quello sopra delineato, il legislatore dovrebbe tenere conto, in modo ancora più attento, del rispetto della sovranità e rappresentatività popolare espressi attraverso il diritto di voto, rispetto alle esigenze di governabilità, essendo ormai la sola Camera dei deputati ad essere rappresentativa della Nazione in quanto l'unica eletta direttamente e a suffragio universale.

Osserva il Tribunale che tali condivisibili valutazioni non potranno, nel presente procedimento, assumere rilievo quali parametri di verifica di conformità alla Costituzione delle norme censurate dai ricorrenti, in relazione al diritto di voto come delineato dall'art. 48 Costituzione, per l'evidente ragione che non è possibile, oggi, prendere in considerazione un testo della Costituzione non ancora in vigore e la cui entrata in vigore è, inoltre, solo eventuale, dipendendo essa dall'esito del referendum costituzionale di cui si è detto.

Per tali ragioni non verranno esaminate né prese comunque in considerazione le argomentazioni svolte dai ricorrenti e dalla dottrina che ha dibattuto su questi temi, dell'eventuale conformità a Costituzione della legge n. 52/2015 nelle parti censurate, rispetto a un testo della Costituzione non attualmente in vigore.

Le singole censure di illegittimità costituzionale sollevate dai ricorrenti.

La parte ricorrente denuncia l'illegittimità costituzionale di diverse disposizioni della legge elettorale n. 52 del 6 maggio 2015 in relazione a più articoli della Carta costituzionale.

Dette censure sono articolate in tredici motivi che saranno esaminati in modo analitico e separato (ad eccezione dei motivi 4 e 12, nonché 10 e 13, che saranno, invece, esaminati «a coppie», per ragioni di chiarezza), incominciando da quelli che il Tribunale ritiene essere manifestamente infondati (n.ri 1, 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10, 11, 12 e 13), per trattare infine i motivi 6 e 8, rispetto ai quali il dubbio di illegittimità non appare manifestamente infondato.

Con il primo motivo, i ricorrenti lamentano che la legge n. 52/2015 sia stata approvata con una procedura diversa da quella imposta, per la legge elettorale, dalla Carta costituzionale all'art. 74 comma 4.

La censura dei ricorrenti secondo cui l'approvazione della legge n. 52/2015, alla Camera, con l'adozione da parte del Governo della «questione di fiducia» ex art. 116 Regolamento parlamentare violerebbe la procedura di formazione della legge elettorale prevista dall'art. 72 commi 1 e 4 Costituzione appare manifestamente infondata.

I ricorrenti muovono dal presupposto che la procedura di approvazione della legge con «riserva di assemblea» prevista dalla norma costituzionale citata sia, nella sostanza, incompatibile con la procedura prevista dall'art. 116 Regolamento parlamentare nell'ipotesi (non regolata direttamente, né espressamente prevista dalla Costituzione) che il Governo ponga «la questione di fiducia» sulla procedura di approvazione di una legge sottoposta all'esame del Parlamento quando questa legge, per la materia che è destinata a



regolare, sia una «legge elettorale», intendendosi per tale quella che, come la legge n. 52/2015, detta le regole per la configurazione del sistema elettorale, ossia individua le «formule dei sistemi elettorali» (cit. Sentenza Corte costituzionale 1/2014) attraverso le quali si stabilisce in via generale in che modo «ciascun voto contribuisce ... alla formazione degli organi elettivi» (stessa sentenza).

Tale asserita incompatibilità non appare sussistere, per le ragioni che seguono.

L'art. 72 prevede, al primo comma che: «ogni disegno di legge, presentato a una Camera e, secondo le norme del suo regolamento, esaminato da una commissione e poi dalla Camera stessa, che lo approva articolo per articolo e con votazione finale»; al terzo comma prevede che: «può altresì stabilire in quali casi e forme l'esame e l'approvazione dei disegni di legge sono deferiti a commissioni anche permanenti, composte in modo da rispecchiare la proporzione dei gruppi parlamentari. Anche in tali casi, fino al momento della sua approvazione definitiva, il disegno di legge è rimesso alla Camera se il governo o un decimo dei componenti della Camera o un quinto della Commissione richiedono che sia discusso o votato dalla Camera stessa oppure che sia sottoposto alla sua approvazione finale con sole dichiarazioni di voto ...».

Il quarto comma prevede che: «la procedura normale di esame e di approvazione diretta da parte della Camera è sempre adottata per i disegni di legge in materia costituzionale ed elettorale ...».

Ritengono i ricorrenti che per la legge elettorale non possano essere adottate procedure diverse da quella definita «normale» dall'art. 72 Costituzione che prevede l'esame diretto del testo da parte della Camera, con approvazione articolo per articolo e votazione finale.

La procedura speciale prevista dall'art. 116 Regolamento della Camera, in quando si discosterebbe da tale paradigma, non potrebbe essere applicata per la formazione della legge elettorale, non avendo il Governo, in questo caso, la corrispondente prerogativa.

È noto che per gli articoli 1, 2 e 4 della legge n. 52/2015 il Governo ha effettivamente posto la «questione di fiducia» così adottando, alla Camera, la procedura prevista dal Regolamento parlamentare art. 116 comma IV che prevede, quanto alla procedura per il «mantenimento di un articolo», che la votazione avvenga sul singolo articolo «dopo che tutti gli emendamenti sono stati illustrati» e che, in caso di approvazione «gli emendamenti stessi si intendono respinti».

Secondo la medesima disposizione, quando venga posta «la questione di fiducia» la votazione avviene per appello nominale, con facoltà per un solo deputato per ciascun gruppo di rendere dichiarazioni di voto.

L'art. 116 Regolamento della Camera non indica, al quarto comma, la legge elettorale tra le materie per le quali viene espressamente esclusa la possibilità di adottare la descritta procedura di voto (ossia per le quali il Governo non può porre la «questione di fiducia»).

L'art. 49 dello stesso Regolamento prevede, invece, che sulle leggi elettorali (così come su altri «argomenti») la votazione debba avvenire a scrutinio segreto ma solo se ne venga fatta esplicita richiesta.

L'art. 24 comma 12 stesso Regolamento prevede inoltre che quando un progetto di legge debba essere votato a scrutinio segreto non possa essere oggetto di contingentamento dei tempi (salvo diversa unanime delibera della Conferenza dei capigruppo).

Le norme regolamentari citate devono essere lette congiuntamente e, dal loro combinato disposto, si ricava, per quanto concerne il voto di approvazione alla Camera di una legge elettorale, che il Governo può porre la questione di fiducia, e quindi ricorrere alla speciale procedura di voto indicata dall'art. 116 del Regolamento per la quale, tuttavia, può essere richiesta (ma deve appunto esserlo) la votazione a scrutinio segreto, invece che per appello nominale, con conseguente divieto, in tal caso, di contingentamento dei tempi di discussione.

Questa procedura non si discosta, in termini sostanziali, dalla

c.d. procedura «normale» prevista dall'art. 72 commi 1 e 4 Costituzione.

Infatti la procedura c.d. «normale» di cui al primo comma prescrive che la votazione avvenga «articolo per articolo e con votazione finale» ed essa consiste in una riserva all'assemblea dell'esame diretto e della approvazione del testo di legge la cui ratio è quella di assicurare che su certi argomenti vi sia ampia e piena partecipazione alla formazione della legge anche da parte delle minoranze.

Tale riserva di assemblea, nella sostanza, viene assicurata anche dalla procedura di cui al citato art. 116 comma IV del Regolamento parlamentare in quanto esso prevede che si proceda, come è in effetti avvenuto, all'esame del singolo articolo e degli emendamenti, con votazione sul singolo articolo (con decadenza automatica degli emendamenti solo in caso di voto favorevole all'articolo).

Con il secondo motivo la parte ricorrente censura gli articoli 1, comma 1 lettera f) nella parte in cui prevede che «sono attribuiti comunque 340 seggi alla lista che ottiene, su base nazionale, almeno il 40% dei voti validi» e 2 comma 25 capoverso «art. 83» con particolare riferimento ai commi: 1 numeri 5 e 6, 2, 3 e 4 in relazione agli articoli 1 comma secondo e 61 Costituzione.

Le norme prevedono, molto in sintesi, che vengono attribuiti «comunque 340 seggi» (il c.d. premio di maggioranza) alla lista che ottiene, su base nazionale, almeno il 40% dei voti validi.

Ne viene censurata l'irrazionalità in quanto nulla viene disposto per regolare l'ipotesi in cui due liste raggiungano, nella stessa tornata elettorale, «almeno il 40% dei voti validi» con conseguente diritto, per ciascuna di esse, di vedersi attribuire il premio di maggioranza, cosa però non possibile, non potendosi attribuire un numero di seggi superiore a quello massimo e immutabile previsto dalla Costituzione.

La parte ricorrente sostiene che in tale ipotesi la questione non potrebbe essere risolta in via interpretativa senza violare comunque le stesse disposizioni di legge in quanto:

- Sarebbe assurdo e irrazionale interpretare la norma non attribuendo a nessuna delle due liste la vittoria e, quindi il premio di maggioranza;

- Sarebbe arbitrario attribuire il premio di maggioranza alla lista che risultasse vincente anche per un solo voto (in quanto nulla prevede la legge);

- Sarebbe arbitrario e non conforme alla legge indire il turno di ballottaggio in presenza di due liste che hanno superato lo sbarramento del 40% (essendo invece il ballottaggio previsto solo in caso di mancato raggiungimento di questa soglia).

La questione, come posta, è manifestamente infondata.

Si deve anzitutto osservare che la parte ricorrente muove da un presupposto non condivisibile e non conforme ai generali canoni interpretativi di una disposizione normativa.

Infatti viene censurato, per irrazionalità, l'art. 1 comma 1 lettera f) nella sola parte in cui prevede: «la presente legge, mediante le necessarie modificazioni al testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei deputati e le altre disposizioni in diretta correlazione con le medesime modificazioni stabilisce: ... sono attribuiti comunque 340 seggi alla lista che ottiene, su base nazionale almeno il 40% dei voti validi ...».

In realtà la norma prosegue prevedendo che: «o, in mancanza, a quella che prevale in un turno di ballottaggio tra le due con il maggior numero di voti, esclusa ogni forma di collegamento tra liste o di apparentamento tra i due turni di votazione».

L'interprete deve quindi farsi carico, prima di tutto, di verificare se il testo normativo possa essere interpretato in modo da ricavare la norma che regola il caso apparentemente non disciplinato e solo ove ciò non risultasse possibile potrebbe effettivamente essere sospettata di non conformità a Costituzione secondo il canone della razionalità (argomento ex articoli 1363 codice civile 1367 codice civile anche con una finalità conservativa, come previsto dall'art. 1369 c.c., oltre che in base al generale dovere del Giudice di individuare, tra le varie opzioni possibili, l'interpretazione che risulti conforme alla Costituzione).

L'art. 1 lettera f) legge n. 52/2015, letta per intero, indica che la soglia di «almeno» il 40% e' quella che consente l'attribuzione del premio di maggioranza, in presenza della quale e' escluso il ricorso al turno di ballottaggio.

Tuttavia la medesima disposizione contiene un criterio di indubbio carattere generale, che e' quello della prevalenza della lista che ha ottenuto il maggior numero di voti.

Tale criterio e' menzionato espressamente per identificare il vincitore del premio di maggioranza al turno di ballottaggio ma esso e' certamente utilizzabile, proprio per la sua valenza generale, nell'ipotesi prevista dai ricorrenti, ossia del superamento da parte di due liste dello sbarramento del 40%.

In tal caso la norma non potrebbe che essere interpretata ritenendo che debba essere considerata vincitrice, con diritto di accedere al premio di maggioranza, quella tra le due liste che abbia ottenuto, rispetto all'altra, il maggior numero di voti.

Non si vede, per contro, quale sia l'ostacolo a questa interpretazione, pure presa in considerazione dalla parte ricorrente, che del tutto apoditticamente, afferma che si tratterebbe di ipotesi «non prevista» (quella, teorica, di prevalenza di una lista sull'altra, anche per un solo voto).

La ratio della disposizione e' infatti quella di attribuire il premio di maggioranza (a fini di stabilita' e di «governabilita'») alla lista o gruppo di liste collegate (l'apparentamento e il collegamento tra liste e' infatti espressamente vietato per il solo turno di ballottaggio) che abbia ottenuto piu' voti.

E' allora corretto e conforme alla Costituzione interpretare la disposizione, leggendola nella sua totalita', nel senso che essa prevede che in caso in cui due liste raggiungano la soglia del 40% al primo turno, il premio di maggioranza debba essere attribuito alla lista che, cosi' come previsto per il turno di ballottaggio, ottenga un numero di voti superiore rispetto all'altra.

Si deve del resto osservare che la verifica del raggiungimento della soglia del 40% viene effettuata sulla base della cifra elettorale nazionale raggiunta da ciascuna lista (v. art. 2 comma 25 (contenente la riformulazione dell'art. 83 del decreto Presidente della Repubblica n. 361/1957), dato che viene ottenuto dalla «somma delle cifre elettorali circoscrizionali conseguite nelle singole circoscrizioni dalle liste aventi il medesimo contrassegno», ma e' ben possibile che si tratti di liste che, in termini assoluti, hanno ricevuto un differente numero di voti (espressi e validi, evidentemente).

Con il terzo motivo si censurano gli articoli: 1 comma 1 lettera f, 2 comma 25 capoverso «art. 83» numeri 5 e 6, commi 2 e 5; capoverso «art. 83-bis» commi 1, numeri 1, 2 e 3 e 4 della legge n. 52/215 in relazione agli articoli 1, 3, 48, 49, 51 e 67 della Costituzione.

I ricorrenti prendono in considerazione la possibilita' che, in presenza di una forte dispersione del voto verso liste che non raggiungano la soglia del 3%, si verifichi il caso che una lista ottenga 340 seggi al primo turno, ma che non raggiunga la percentuale del 40%.

Si sostiene che, in questo caso, non si potrebbe attribuire il premio di maggioranza (per difetto del presupposto del raggiungimento di una soglia di almeno il 40%) e ne' si potrebbe applicare la norma di «salvaguardia» prevista dall'art. 83 comma 1, n. 7) che consente di mantenere ferma l'attribuzione dei 340 seggi conquistati al primo turno costringendo tale lista, oggettivamente maggioritaria, al ballottaggio.

Si produrrebbe allora l'effetto - irragionevole e contraddittorio rispetto ai fini dichiarati dal legislatore - di costringere una lista che ha gia' la maggioranza dei seggi a confrontarsi al ballottaggio con la seconda lista per numero di voti.

L'irragionevolezza e la contraddittorieta' denunciate dai ricorrenti, inoltre, sarebbero ancor piu' evidenti qualora, all'esito del suddetto ballottaggio, risultasse vincente la lista che al primo turno aveva preso meno voti dell'altra.

Anche questo motivo appare manifestamente infondato essendo basato su una interpretazione non conforme al dettato normativa.

L'art. 83, comma 1 numeri 3, 4, 5, 6 e 7 prevede che l'ufficio centrale nazionale, dopo avere determinato la cifra elettorale nazionale di ciascuna lista, procede al riparto dei seggi tra le liste che abbiano conseguito sul piano nazionale almeno il 3% dei voti validi espressi e le liste rappresentative delle minoranze linguistiche, ottenendo così il «quoziente elettorale nazionale».

Con la divisione della cifra elettorale nazionale per il quoziente ottenendo così il numero di seggi da attribuire a ciascuna lista.

Effettuata tale operazione, verifica se la lista con maggiore cifra elettorale abbia raggiunto il 40% dei voti validi espressi (ipotesi prevista dal n. 5) e verifica se tale lista abbia ottenuto almeno 340 seggi e, qualora una lista abbia ottenuto 340 seggi «resta ferma l'attribuzione dei seggi» effettuata in base al n. 4.

La norma indica quindi che, nel caso in cui una lista al primo turno non abbia raggiunto il 40% dei voti, calcolato ai sensi del n. 2 del nuovo testo dell'art. 83 decreto del Presidente della Repubblica n. 361/1957 (che è il comma 25 dell'art. 2 legge n. 52/2015) ma abbia conseguito «almeno 340 seggi» (avendo così la maggioranza) dei seggi alla Camera, tale attribuzione viene mantenuta ferma (in base appunto al n. 7 dell'art. 83), il che significa che essa non viene messa in discussione per il fatto di non avere raggiunto anche la soglia del 40% dei voti validi.

Questo significa, non apparendo altrimenti la disposizione citata avere un significato, che in tale ipotesi la lista o coalizione di liste che abbia ottenuto tale risultato, non è costretta ad andare al ballottaggio.

In sostanza le norme in esame, lette nel loro insieme, indicano che il premio di maggioranza debba essere attribuito alla lista che raggiunga il 40% dei voti validi espressi (ovvero, in caso di parità, a quella che abbia ottenuto il 40% e il numero di voti più alto in termini assoluti) ma che non abbia anche conseguito 340 seggi.

Se però una lista, pur al di sotto della soglia del 40% ha ottenuto comunque 340 seggi, non vi sarà necessità di costringerla al ballottaggio in quanto il risultato che il legislatore ha inteso conseguire con il premio di maggioranza, al primo o al secondo turno, è stato già raggiunto in via diretta da una delle liste in competizione.

Vanno quindi disattese le censure proposte dai ricorrenti che muovono dal presupposto che si ritiene errato e non sostenibile con una adeguata interpretazione delle norme, secondo cui il mantenimento della attribuzione dei 340 seggi ottenuto direttamente da una lista sarebbe soggetto all'ulteriore requisito del raggiungimento anche della soglia del 40% dovendosi, in tal caso andare necessariamente al ballottaggio per attribuire il premio di maggioranza.

Si ritiene, per tutte le ragioni che si sono in precedenza esposte, che l'interpretazione offerta dalla parte ricorrente, estremamente formalistica, condurrebbe ad una applicazione irrazionale delle citate disposizioni, che finirebbe per disattendere il risultato dei voti espressi e favorirebbe l'applicazione di un meccanismo correttivo in vista della governabilità, quale è appunto l'attribuzione del premio di maggioranza, in un caso in cui di tale correttivo non vi è necessità.

Con il quarto motivo viene censurata l'illegittimità costituzionale degli articoli 1 e 2 legge n. 52/2015 per violazione dell'art. 138 della Costituzione.

Con il dodicesimo motivo viene censurata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 comma 8 legge n. 52/2015 e degli articoli 14 e 14-bis decreto del Presidente della Repubblica n. 361/1957 per violazione dell'art. 92 Costituzione.

I due motivi vengono accorpati.

Con il quarto motivo i ricorrenti espongono le ragioni per le quali, in generale, si debba ritenere incompatibile l'impianto complessivo della legge elettorale in esame «con la forma di governo parlamentare vigente in Italia a norma di Costituzione» dato che, secondo le nuove disposizioni elettorali il Presidente del Consiglio dei ministri verrebbe «eletto» - da un punto di vista sostanziale, non formale, in via diretta contestualmente al Parlamento, con

conseguente svuotamento delle prerogative del Presidente della Repubblica in materia.

Affermano infatti che: «con un premio di maggioranza attribuito ad una sola lista vincente, con indicazione sulla scheda del Capo di quella stessa lista e seguito di un ballottaggio, le dette prerogative del Presidente della Repubblica risultano sostanzialmente annichilite. Si è di fronte, nei fatti a una quasi elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, circostanza che necessariamente produce un mutamento della forma di governo, da parlamentare ad un premierato assoluto tendenzialmente presidenzialistico, ma senza i contrappesi della forma di governo presidenziale classica (USA)», con conseguente surrettizio mutamento della forma di governo, aggirando la procedura prevista dall'art. 138 Costituzione.

Con il dodicesimo motivo si sottolinea che l'indicazione della «persona da loro indicata come capo della forza politica», specialmente in caso di ricorso al turno di ballottaggio comporta, in sostanza, un mutamento della forma di governo da parlamentare a presidenziale in quanto il «programma elettorale» di cui al comma 1 dell'art. 14-bis decreto del Presidente della Repubblica n. 361/1957 non è altro se non il programma del partito che quella lista (o coalizione di liste) esprime.

Pertanto in caso di attribuzione del premio di maggioranza in sede di ballottaggio (al quale non possono accedere coalizioni di liste, ma solo le due liste risultate vincitrici al primo turno) la pretesa di affermare, come fa il primo comma del nuovo art. 14-bis, che «restano ferme le prerogative spettanti al Presidente della Repubblica previste dall'art. 92 secondo comma della Costituzione» sarebbe una vacua formalità, essendo stato, in realtà, completamente svuotata tale prerogativa, non potendo far altro, il Capo dello Stato, se non prendere atto del risultato del primo turno ovvero del ballottaggio.

Osserva il Tribunale, prima di esaminare nel merito la censura, che i motivi come configurati appaiono di dubbia rilevanza.

Infatti le questioni così sollevate, a differenza delle altre (per le quali valgono le generali considerazioni sulla rilevanza che si sono svolte in precedenza) non attengono al modo in cui viene esercitato il voto rispetto al parametro costituzionale di uguaglianza e libertà posto dall'art. 48 secondo comma della Costituzione, riguardando invece l'asserita restrizione, o meglio eliminazione, di una prerogativa attribuita dalla Costituzione al Presidente della Repubblica che secondo il disegno costituzionale vigente - viene esercitata solo dopo che il corpo elettorale si è espresso: L'art. 92 comma II prevede che: «il Presidente della Repubblica nomina il Presidente del Consiglio dei ministri e, su proposta di questo, i Ministri».

Non si comprende come l'eventuale violazione del disposto dell'art. 92 Costituzione, anche letto in relazione all'art. 138 Costituzione, possa, nella presente controversia, tradursi in una restrizione del diritto di voto che è la posizione soggettiva che i ricorrenti assumono essere stata lesa dalle norme in esame e rispetto alla quale viene chiesta tutela avanti a questo Tribunale.

Al contrario, ne viene prospettato un eccessivo ampliamento, là dove, secondo i ricorrenti, viene attribuito al corpo elettorale il potere di nomina diretta del Presidente del Consiglio dei ministri.

A prescindere da ogni valutazione in ordine alle conseguenze che una simile disposizione possa avere sulla «forma di governo», non appare apprezzabile la violazione, da parte delle disposizioni censurate, delle prerogative assicurate all'elettore dall'art. 48 Costituzione.

Ma anche ritenendo che rientri nella definizione di voto «uguale» e «libero» il diritto dell'elettore di esprimere un voto i cui effetti siano prevedibilmente limitati alla scelta dei rappresentanti della Camera, senza che ad esso e al suo esito siano collegabili effetti diretti sul potere di nomina attribuito al Presidente della Repubblica, le censure svolte dai ricorrenti appaiono manifestamente infondate.

Si osserva, inoltre, che benché con il dodicesimo motivo si censuri espressamente la non conformità a Costituzione anche

dell'art. 14 decreto del Presidente della Repubblica n. 361/1957, di esso e del suo contenuto non viene fatta menzione nei ritenuti motivi di illegittimità Costituzionale, interamente dedicati al primo comma dell'art. 14-bis del medesimo decreto del Presidente della Repubblica, introdotto con la legge n. 52/2015.

La norma in questione, inoltre, inserita nel Titolo III del decreto del Presidente della Repubblica dedicato al «procedimento elettorale preparatorio» regola le modalità di deposito, presso il Ministero dell'interno, dello statuto e dei simboli che i partiti politici o i gruppi politici organizzati intendono presentare nei collegi.

Tale disposizione non contiene norme che incidano di per sé sulla determinazione del voto in uscita rispetto al voto in entrata e non pare pertanto neppure idonea a ledere, per gli aspetti prospettati dai ricorrenti, il loro diritto di voto nel senso di cui si è detto in precedenza.

Il suo inserimento nel dodicesimo motivo deve allora essere ricondotto a un mero errore materiale.

In ogni caso di essa non si terra' conto nell'analisi dei motivi quarto e dodicesimo, in quanto neppure i ricorrenti si dolgono in modo specifico del suo contenuto.

La censura cade, invece, sull'art. 1 lettera f (premio di maggioranza) letto in combinazione con l'art. 2 nella parte in cui modifica l'art. 14-bis primo comma nella parte in cui prevede che, contestualmente al contrassegno, i partiti o i gruppi organizzati che si candidano a governare devono depositare il programma elettorale nel quale «dichiarano il nome e cognome della persona da loro indicata come capo della forza politica» con la precisazione che «restano ferme le prerogative spettanti al Presidente della Repubblica previste dall'art. 92 secondo comma, della Costituzione».

Ricordano i ricorrenti che questa norma deve essere considerata insieme alle disposizioni che attribuiscono il premio di maggioranza (al primo turno o al ballottaggio) in forza delle quali all'esito del voto c'è necessariamente una lista vincitrice, anche qualora non abbia ottenuto la maggioranza dei voti potendo, anzi, attribuirsi la vittoria sulla base di percentuali di consenso anche di molto inferiori al 40%.

In questo caso, per effetto della preventiva indicazione del capo della forza politica che tale lista incarna, vi sarebbe una automatica «designazione» del Presidente del Consiglio dei ministri.

Cio' comporterebbe una sostanziale privazione del potere di nomina attribuito al Capo dello Stato dall'art. 92 con conseguente surrettizio mutamento della forma di governo, senza tuttavia il rispetto della procedura di revisione di cui all'art. 138 Costituzione.

Tale rilievo, ad avviso dei ricorrenti, dimostrerebbe ulteriormente l'avvenuta violazione dell'art. 72 commi primo e quarto Costituzione, in sede di approvazione della legge n. 52/2015 per mancato rispetto delle procedure normali di formazione della legge elettorale laddove contiene in sé la modifica di norme costituzionali.

Si deve obiettare che non vi sono effettivi margini per dubitare della violazione delle prerogative del Capo dello Stato ad opera delle norme sopra citate, lette in combinazione tra loro, non solo per l'espressa salvaguardia di esse che si ricava dall'inciso «restano ferme ... » (che pare addirittura ultronea, dato che non potrebbe una norma di rango inferiore modificare la norma costituzionale che viene riconfermata).

Infatti, oltre a quanto già evidenziato sul medesimo tema dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 23/2011, non vi è nelle norme sospettate di illegittimità costituzionale alcuna disposizione testuale dalla quale si possa far discendere l'esistenza di un vincolo derivante dall'indicazione del capo della «forza politica» alla quale si riferisce o si ispira la lista che viene depositata (art. 14-bis primo comma) e che poi risulti vincitrice e il potere di nomina del Presidente del Consiglio da parte del Capo dello Stato.

Si deve inoltre considerare che la prerogativa del Presidente della Repubblica di cui si discute è, sulla base dello stesso attuale disegno costituzionale, intrinsecamente connessa al risultato

della competizione elettorale posto che, ferma restando l'assenza di vincoli formali nella scelta del Presidente del Consiglio dei ministri, la nomina così effettuata costituisce un atto di un procedimento complesso, dato che il Presidente del Consiglio così nominato potrà insediarsi, con il Governo, solo dopo e se avrà ottenuto la fiducia delle due Camere (art. 94 Cost.).

Questo significa che il potere di nomina non può che essere esercitato tenendo conto necessariamente del risultato elettorale, dovendo il nominato confrontarsi con il gradimento del Parlamento, indubbiamente influenzato dalla sua composizione, quale risultata dall'indicazione del corpo elettorale.

Sulla base delle norme censurate, che in nulla mutano tale disegno (quanto alla necessità della fiducia del Parlamento e alla necessità che il Presidente del Consiglio venga scelto tenendo conto della concreta possibilità di ottenere tale fiducia dal Parlamento), l'unico dato certo da esse ricavabile è che la lista vincitrice ha già indicato colui o colei che - verosimilmente - in quanto capo della corrispondente forza politica, verrà indicato al Capo dello Stato come futuro Presidente del Consiglio in sede di consultazioni.

Non vi è, nelle norme in esame, alcun automatismo che imponga, invece, al Presidente della Repubblica di nominare alla Presidenza del Consiglio proprio la persona indicata come capo della forza politica della lista vincitrice.

Anche in caso di vittoria al primo o al secondo turno di una sola lista, il Capo dello Stato, in sede di nomina ex art. 92 II comma Costituzione potrà e dovrà tenere conto di tutte le variabili pertinenti quali, ad esempio, le eventuali cause di ineleggibilità sopravvenute o l'esistenza di gravi ragioni di opportunità in presenza delle quali il Presidente della Repubblica ben potrebbe, senza incorrere in alcuna violazione della legge elettorale, chiedere alla forza politica vincente l'indicazione di un nome alternativo o lui stesso individuare un'altra soluzione.

Per tutte queste ragioni i motivi quarto e dodicesimo appaiono irrilevanti ovvero manifestamente infondati.

Con il quinto motivo si censurano gli articoli:

1 lettera f), 2 commi 1 e 25 capoverso «art. 83» legge n. 52/2015 (ossia il nuovo testo dell'art. 83 decreto del Presidente della Repubblica n. 361/1957) in relazione agli articoli 1, 3, 48 comma II, 51, 56 comma I e 122, 2 Costituzione.

I ricorrenti, in sintesi, denunciano la non conformità a Costituzione di tali disposizioni nella parte in cui prevedono di attribuire il c.d. premio di maggioranza (attribuzione di 340 seggi) alla lista che abbia ottenuto, su base nazionale, almeno il 40% dei voti validi e al contempo stabiliscono una soglia di accesso minima del 3% di voti validi per accedere alla distribuzione dei seggi.

La combinazione di tali meccanismi produrrebbe effetti irragionevolmente distorsivi dell'uguaglianza del voto, in quanto si finirebbe con l'attribuire irrazionalmente il premio di maggioranza e verrebbero lesi anche i principi di rappresentanza democratica e di divieto di mandato imperativo.

Sarebbe, infatti, sproporzionato attribuire il premio di maggioranza, pari a oltre il 14% dei voti validi, a una lista che non ha ottenuto la maggioranza dei consensi senza neppure tenere conto del fatto che la lista premiata abbia conquistato seggi nella circoscrizione estero fino al numero di 12.

A sostegno della tesi della assoluta irrazionalità delle disposizioni in esame i ricorrenti richiamano quanto statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 1/2014 che, quanto al parametro che anche il legislatore deve rispettare, ha ricordato che l'obiettivo, certamente di rilievo costituzionale, che è quello di garantire, con le norme che disegnano il sistema elettorale, la stabilità di Governo e l'efficienza dei processi decisionali nell'ambito parlamentare, non è tale da giustificare qualsiasi sacrificio di altri interessi e valori che pure hanno rilievo costituzionale.

In quella occasione la Corte aveva ritenuto che la funzione rappresentativa dell'assemblea parlamentare, così come l'uguaglianza del diritto di voto, pur potendo subire delle limitazioni in vista di quel valore, dovrebbero essere sacrificati nella misura minima

possibile, per non incorrere in una profonda e inammissibile alterazione tra il voto espresso e la rappresentazione che di esso si da nella composizione assembleare.

Ritiene il Tribunale che il motivo sia manifestamente infondato, tenuto conto del tenore delle disposizioni censurate e anche alla luce dei principi dettati dalla citata sentenza della Corte costituzionale.

Le norme in esame in fatti stabiliscono, a differenza di quelle dichiarate illegittime dalla sentenza in questione, che il premio di maggioranza non sia svincolato dal raggiungimento di una soglia minima di consenso elettorale.

Tale soglia, come osservato da coloro che hanno preso parte al dibattito dottrinario seguito alla approvazione della legge, non e' - in termini assoluti - cosi' bassa da essere ragionevole, rappresentando il 40% dei consensi che la lista (o la coalizione di liste) al primo turno deve conquistare con il raggiungimento della cifra nazionale piu' alta che si calcola sulla base dei voti validi espressi.

La dottrina che si e' specificamente occupata di verificare, in concreto, se le norme della legge n. 52/2015 che attribuiscono il premio di maggioranza alla lista che abbia ottenuto il 40% dei voti validi espressi, presenti i medesimi sintomi di irrazionalita' che avevano caratterizzato le disposizioni previgenti ha escluso, conti alla mano, che si possa ipotizzare una eccessiva distorsione tra il voto espresso e la sua rappresentazione in termini di seggi attribuiti, in virtu' del premio di maggioranza, ad una lista che non ha ottenuto la maggioranza dei voti validi espressi dagli elettori.

Si deve infatti muovere dall'insegnamento della sentenza n. 1/2014 a mente della quale: «.... l'Assemblea Costituente "pur manifestando, con l'approvazione di un ordine del giorno, il favore per il sistema proporzionale nell'elezione dei membri della Camera dei deputati, non intese irrigidire questa materia sul piano normativo, costituzionalizzando una scelta proporzionalistica o disponendo formalmente in ordine ai sistemi elettorali, la configurazione dei quali resta affidata alla legge ordinaria" ... pertanto la determinazione delle formule e dei sistemi elettorali costituisce un ambito nel quale si esprime con un massimo di evidenza la politicita' della scelta legislativa ... il principio costituzionale di eguaglianza del voto ... esige che l'esercizio dell'elettorato attivo avvenga in condizione di parita', in quanto "ciascun voto contribuisce potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi" ... ma "non si estende ... al risultato concreto della manifestazione di volonta' dell'elettore ... che dipende esclusivamente dal sistema che il legislatore ordinario, non avendo la Costituzione disposto al riguardo, ha adottato per le elezioni politiche e amministrative, in relazione alle mutevoli esigenze che si ricollegano alle consultazioni elettorali. Non c'e', in altri termini, un modello di sistema elettorale imposto dalla Carta costituzionale in quanto quest'ultima lascia alla discrezionalita' del legislatore la scelta del sistema che ritenga piu' idoneo ed efficace in considerazione del contesto storico. Il sistema elettorale, tuttavia, pur costituendo espressione dell'ampia discrezionalita' legislativa non e' esente da controllo, essendo sempre censurabile in sede di giudizio di costituzionalita' quando risultati manifestamente irragionevoli».

In questa logica, anche un sistema maggioritario, in se' considerato, e' conforme alla Costituzione purché il legislatore non superi il parametro della ragionevolezza, adottando disposizioni che evitino una eccessiva sovra rappresentazione della lista alla quale viene attribuito il premio di maggioranza, cosa che produrrebbe un'eccessiva distorsione tra voti espressi e attribuzione dei seggi, il che comporterebbe un'effettiva lesione del principio di uguaglianza del voto.

L'adozione di norme che prevedono, a certe condizioni, l'attribuzione di un premio di maggioranza, pur comportando inevitabilmente una sovra rappresentazione di una lista (che non aveva la maggioranza, ma la ottiene grazie al «premio») e una corrispettiva limitazione del principio di uguaglianza del voto, non possono di per se' essere ritenute incostituzionali se si mantengono

all'interno di un criterio di ragionevolezza che la Corte verifica sulla base del c.d. «test di proporzionalità».

Questo test verifica se la norma censurata, come configurata dal legislatore e secondo le modalità di applicazione stabilite sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra misure più appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi».

Come indicato dalla dottrina che tale specifico tema ha affrontato, si può allora senz'altro muovere da una definizione di voto «uguale» (ossia conforme a una Costituzione che contempla il modello elettorale maggioritario) per cui è tale quel voto che contribuisce in modo «uguale» alla formazione degli organi elettivi.

Risponde a tale definizione il voto unico in entrata.

Non vi sono dubbi sul fatto che le norme di cui si discute prevedano voti «unici» in entrata (non essendo prevista la possibilità di voti multipli: un voto che vale più di 1, ovvero voti plurimi: aventi diritto al voto che lo possono esercitare più di una volta nella stessa tornata).

È voto «uguale», secondo questa definizione, anche quello che «in uscita» non abbia un identico peso sul risultato concreto della votazione, dovendosi diversamente ipotizzare che la Costituzione che lo prevede non contempli un sistema elettorale maggioritario, ma solo sistemi privi di qualunque correttivo di questo voto anche in uscita, il che non è nel nostro sistema, come appunto chiarito dalla Corte costituzionale.

Il limite costituzionale è dato, in questo caso, dalla adozione di sistemi che limitano ragionevolmente tale inevitabile distorsione (insita in ogni sistema maggioritario che preveda l'attribuzione di un premio di maggioranza) e, sempre sulla scorta dei principi di ragionevolezza ricavabili dalla citata decisione della Corte costituzionale, si può senz'altro assumere come parametro di valutazione dell'entità della distorsione il peso che in uscita ha il voto unico in entrata.

Si può sicuramente dire di essere in presenza di una eccessiva distorsione di rappresentatività del voto, quando il voto unico in entrata, espresso dagli elettori a favore della coalizione vincente, destinata a ricevere il premio di maggioranza, finisca per valere più del doppio rispetto ai voti espressi dagli elettori a favore delle altre liste o coalizioni di liste, destinate ad essere escluse dal premio di maggioranza.

I costituzionalisti che hanno commentato la sentenza n. 1/2014 hanno, infatti, condivisibilmente evidenziato che la Corte, quando ha affermato che gli effetti del premio di maggioranza non possono distorcere eccessivamente l'esito del voto, ha evidentemente voluto dire che la vittoria conseguita con il premio di maggioranza deve, per essere razionale e non eccessivamente distorsiva dei risultati del voto, dipendere più dal numero di voti ottenuti che dal premio di maggioranza il cui peso, in sostanza, non può essere maggiore del peso del consenso che quella lista (o coalizione di liste) si è conquistato attraverso le urne.

Traducendo in formule questo principio, è necessario che il sistema elettorale sia tale da mantenere un rapporto quantitativo tra il valore del voto individuale in entrata espresso a favore di chi si vede attribuito il premio di maggioranza e quello espresso a favore di chi da tale premio resta escluso in misura sempre inferiore a 2.

In sostanza l'attribuzione del premio di maggioranza non può comportare che il voto unico dato dall'elettore alla coalizione vincente valga o «pesi» più di due voti.

L'art. 1 lettera f) legge n. 52/2015 prevede che vengano attribuiti 340 seggi (ossia il 55% del totale di 618 seggi, cui si devono aggiungere i 12 seggi riservati alla Circostrizione estero) alla lista che ottiene, su base nazionale, almeno il 40% dei voti validi, con attribuzione in via automatica di un premio del 15% a fronte del conseguimento del 40% dei voti validi di lista.

Questo significa che la percentuale di distorsione del voto espresso a favore della lista vincitrice è pari a 1,375, dato che il 55% dei seggi viene attribuito a chi ha ottenuto il 40% dei voti.

Invece il voto «perdente» ha un coefficiente di sotto

rappresentazione pari allo 0,75, dato che il restante 45% dei seggi viene distribuito a chi si è aggiudicato il restante 60% dei voti validi.

Il voto unico in entrata a favore della lista vincitrice per effetto del premio di maggioranza viene effettivamente sovra rappresentato, come lamentano i ricorrenti, ma non in modo tale da vanificare un effettivo rapporto di rappresentatività tra seggi conseguiti in base ai voti espressi e quelli conseguiti per effetto del premio di maggioranza.

Si ritiene pertanto che il test di ragionevolezza previsto dalla Corte nella sentenza n. 1/2104 sia positivamente superato dalle norme censurate che, per tutte le ragioni esposte, non possono dirsi distorcere in modo eccessivo, in «uscita» l'uguaglianza del voto unico e uguale espresso in «entrata».

Con il settimo motivo i ricorrenti censurano gli articoli:

1 lettera b) per le parole «... salvo i capilista nel limite di 10 collegi» c) per le parole «... dapprima i capilista nei collegi, quindi ...»; 2 comma 26 capoverso «art. 84» comma 1 per le parole «... a partire dal candidato capolista ...» e comma 2 per le parole «... a partire dal candidato capolista» della legge n. 52/2015 nonché dell'art. 59-bis commi da 1 a 3 decreto del Presidente della Repubblica n. 361/2015 come novellato dall'art. 2 comma 21 legge n. 52/2015.

In relazione agli articoli: 2, 48 II comma, 51 primo comma e 67 Costituzione.

Le disposizioni citate vengono ritenute non conformi a Costituzione in quanto consentono solo a determinate categorie di candidati, scelti dai partiti senza alcuna forma di controllo esterno o di trasparenza del relativo procedimento, di essere eletti prescindendo completamente dall'esistenza di una indicazione di voto in loro favore da parte degli elettori.

Si tratta dei candidati ai quali la forza politica che presenta una lista alle elezioni della Camera attribuisce la posizione di «capo lista», consentendo all'elettore di esprimere «sino a due preferenze per candidati di sesso diverso tra quelli che non sono capilista».

Le stesse disposizioni consentono inoltre, in via eccezionale, ai soli candidati che siano anche «capi lista» di candidarsi simultaneamente in più collegi, fino al limite massimo di 10.

Il nuovo testo dell'art. 59-bis del decreto del Presidente della Repubblica n. 361/57 ai commi da 1 a 3 stabilisce:

al comma 1 che il voto espresso a favore del capo lista (cioè con il segno di voto tracciato sul nominativo del candidato capo lista) senza tracciare un segno sul contrassegno della lista, valga come voto a favore della lista, al comma 2 che se l'elettore traccia un segno su una linea posta a destra del contrassegno senza tracciare un segno sul contrassegno della lista medesima si intende che abbia votato per la lista stessa;

al comma 3 che se l'elettore esprime uno o due voti di preferenza, senza tracciare un segno sul contrassegno della lista medesima, si intende che abbia votato anche per la lista medesima.

I capi lista, inoltre, per effetto delle disposizioni contenute nell'art. 2 comma 26 (ossia il nuovo testo dell'art. 84 decreto del Presidente della Repubblica n. 361/1957) si vedono attribuire per primi (in precedenza cioè sugli altri candidati della stessa lista ma in posizione successiva alla prima) i seggi che la lista da loro capeggiata si è conquistata, conteggiati secondo quanto previsto dall'art. 83-bis stesso decreto.

Sostengono i ricorrenti che queste disposizioni, esattamente come aveva fatto la legge n. 270/2005, privano di libertà l'elettore, dato che il descritto meccanismo dei c.d. «capilista bloccati» consentirebbe ai partiti di scegliere, prescindendo completamente dalla volontà espressa dall'elettore, circa 300 deputati e richiamano sul punto le motivazioni con cui la Corte costituzionale, con la sentenza n. 1/2014 aveva dichiarato illegittime le disposizioni della precedente legge elettorale che non consentivano agli elettori di esprimere preferenze e che inoltre imponeva loro la scelta di un elenco bloccato di candidati e che pertanto alteravano per l'intero complesso dei parlamentari il rapporto di rappresentanza

tra elettori ed eletti.

Il motivo è manifestamente infondato.

Prima di esaminarlo si deve rilevare che non è chiara la ragione di sospetta illegittimità costituzionale dell'art. 59-bis decreto del Presidente della Repubblica n. 361/57 II comma, dato che la norma in esso contenuta si limita a contenere indicazioni volte a rendere inequivoco che il voto espresso con una certa modalità (voto espresso con un segno tracciato «su una linea posta a destra del contrassegno, senza tracciare un segno sul contrassegno della lista medesima») deve intendersi come voto validamente espresso in favore della lista.

Tale disposizione non regola in via diretta e speciale lo «statuto» dei capi lista, questione che, invece, i ricorrenti sostengono sia stata regolata dal legislatore in modo lesivo del loro diritto di voto uguale e libero.

Di tale disposizione non si tratta pertanto conto nell'esame del motivo.

Nel merito si deve, anzitutto, escludere che il principio affermato con la citata sentenza n. 1/2014 possa essere trasposto, tal quale, alle disposizioni della legge n. 52/2015 in quanto esse hanno sostanzialmente modificato il sistema delle liste previsto dalla legge previgente.

Nel sistema precedente non era possibile esprimere nessuna preferenza e l'elettore era costretto a votare in blocco per una lista relativamente lunga di candidati, sicché per effetto delle candidature multiple (previste anche dalla legge precedente) e della possibilità per l'eletto in più di un collegio di optare «per altre circoscrizioni sulla base delle indicazioni di partito», veniva alterata in modo serio la stessa possibilità di ipotizzare che si costituissero realmente un rapporto di rappresentanza tra elettori ed eletti.

Diversa è, obiettivamente, la condizione di voto delineata, per questi profili, dalla legge n. 52/2015 in quanto l'art. 14-bis lettera c) prevede che «ogni lista, all'atto della presentazione, composta da un candidato capolista e da un elenco di candidati, presentati secondo un ordine numerico. La lista è formata da un numero di candidati pari almeno alla metà del numero dei seggi assegnati al collegio plurinominale e non superiore al numero dei seggi assegnati al collegio plurinominale...» il che comporta la possibilità di presentare liste relativamente «corte», con specifiche ulteriori disposizioni volte a salvaguardare la parità di genere nell'accesso alle cariche elettive.

Come previsto, inoltre, dall'art. 2 comma 21 legge n. 52/2015 (testo dell'art. 59-bis decreto del Presidente della Repubblica n. 361/1957) l'elettore può esprimere fino a due preferenze, mentre l'eventuale preferenza espressa per il capolista, senza segno sul contrassegno della lista, vale come voto a favore della lista stessa.

Il complesso delle disposizioni censurate non esclude pertanto l'esistenza di un effettivo rapporto di rappresentanza tra elettori ed eletti, proprio in quanto è previsto, a differenza della legge precedente, che si possano esprimere fino a due preferenze.

Queste preferenze non sono in assoluto vanificate dal meccanismo dei c.d. «capilista bloccati» che permette la loro elezione per primi rispetto ai candidati che li seguono in lista dato che in caso di candidature plurime, il capolista dovrà poi optare per un solo collegio, così dando luogo alla elezione del candidato non capolista negli altri collegi (la norma che regola tale meccanismo di opzione sarà esaminata a parte, in quanto oggetto di un autonomo motivo di censura).

Non è chiaro in che modo i ricorrenti siano giunti a determinare il numero di 300 candidati che con il descritto sistema i partiti riuscirebbero, secondo quanto prospettato, a «imporre» agli elettori a prescindere dalla loro volontà.

L'effetto distorsivo lamentato dai ricorrenti da un punto di vista numerico, non è pertanto evidente, risultando oscuro il criterio con cui è stato determinato.

La dottrina che si è occupata di verificare l'impatto che il meccanismo dei capilista bloccati potrà avere sulla composizione della Camera eletta con le disposizioni in esame, ha evidenziato che

le norme citate saranno destinate a condizionare maggiormente l'accesso alla carica di deputato per i candidati espressi dai partiti minori dato che, evidentemente, maggiore è il numero di seggi che una lista si è aggiudicata e minore è il numero di capilista eletti, specie se quella lista avrà utilizzato nella massima estensione la possibilità delle candidature multiple, mentre è certamente inversa la situazione dei candidati espressi da liste di minoranza, dato che minore sarà il numero di seggi disponibile, con una prevedibile maggiore concentrazione di capilista eletti.

Si deve inoltre osservare che la facoltà accordata ai partiti, di consentire, con il sistema delle candidature bloccate, l'elezione di alcuni candidati, come sottolineato dalla dottrina, non può essere considerata del tutto priva di giustificazione, in quanto consente non solo, come prospettato dai ricorrenti, di operare candidature «calate dall'alto» attraverso procedimenti di selezione non trasparenti e comunque non prestabiliti dalla legge, ma anche di consentire, in questo modo, l'accesso alle cariche pubbliche a soggetti che, pur potendo dare il loro importante contributo alla vita parlamentare, potrebbero non essere, per la loro estrazione e formazione, particolarmente adatti a contendersi i voti in campagna elettorale (ad esempio come si potrebbe ipotizzare in presenza di candidature espresse dal mondo del mondo accademico o dell'arte, prive però di esperienza politica militante).

Inoltre queste candidature sono pur sempre, attraverso il voto di lista, sottoposte alla scelta degli elettori.

È insita una certa, ma non irragionevole, distorsione del voto in un sistema che, come quello in esame, contempli una speciale categoria di candidati (i capilista) che possono essere eletti grazie al solo voto di lista, e le cui possibilità di elezione vengono rafforzate con la possibilità di estendere territorialmente la candidatura.

Per tali ragioni le censure di non conformità alla Costituzione prospettate dai ricorrenti con riferimento alle disposizioni in esame devono dirsi manifestamente infondate.

I ricorrenti concludono evidenziando inoltre che: «i candidati capilista e gli altri non concorrono alle cariche elettive in condizione di uguaglianza, con lesione dell'art. 51 comma 1 Costituzione».

Appare evidente però che sotto questo profilo la questione prospettata è priva di rilevanza in quanto, come più volte si è ricordato, essi lamentano la restrizione del loro diritto di voto attivo, non già delle eventuali restrizioni che derivano, dalle disposizioni censurate, all'esercizio del diritto di elettorato passivo, tutelato appunto dall'art. 51 comma 1 Costituzione.

Con il nono motivo viene censurata l'illegittimità costituzionale degli articoli 2 comma 25 legge n. 25/2015, 83 comma 3 decreto del Presidente della Repubblica n. 361/1957 per violazione dell'art. 56 comma II Costituzione, articoli 2 commi 29, 30, 31 e 32 legge n. 52/2015 in relazione agli articoli 3, 48 e 51 Costituzione oltre che dell'art. 1 comma 1 lettera f) legge n. 52/2015 nella parte in cui non prevede l'esclusione dalla partecipazione al voto al turno di ballottaggio gli elettori della Regione Valle d'Aosta e Trentino Alto-Adige in relazione all'art. 3 Costituzione.

Tale disposizione non è menzionata dai ricorrenti, ma si evince dal contenuto del nono motivo, il cui contenuto si articola in tre distinte questioni, espresse per la verità in modo assai sintetico.

Anzitutto, secondo i ricorrenti, il procedimento di ripartizione dei seggi disciplinato dalle sopra indicate disposizioni sarebbe consegnato in modo tale da condurre, in concreto, a una possibile attribuzione di un numero di seggi superiore al numero totale fissato dalla Costituzione (630).

Questo potrebbe infatti verificarsi, secondo quanto prospettato, nel caso in cui, per i nove collegi uninominali attribuiti a VDA e TAA (rispettivamente 1 + 8) siano proclamati vincitori candidati espressione di liste risultate minoritarie su base nazionale.

Il motivo, come articolato, è manifestamente infondato.

L'argomentazione dei ricorrenti, infatti, non tiene conto del dato insuperabile costituito dal numero massimo di 630 deputati, compresi i 12 della Circostrizione estero indicato nella norma

costituzionale che si assume violata e del fatto che, per questo, il dato numerico in questione costituisce il canone ermeneutico che non può non guidare l'analisi delle disposizioni della legge n. 52/2015.

Nelle norme sospettate di illegittimità costituzionale non vi è un espresso riferimento al numero di seggi che a seguito dei conteggi debba essere attribuito alle liste che partecipano alla loro distribuzione.

Questo comporta che, come evidenziato dalla dottrina che si è occupata di questo aspetto della nuova legge elettorale, le norme dettate in ordine al modo in cui si deve operare il conteggio della quota dei seggi da ripartire tra le liste minoritarie su base nazionale, debbano necessariamente essere interpretate in conformità al ricordato precetto Costituzionale e quindi, nel caso prospettato dai ricorrenti, che i seggi attribuiti a tali liste siano da computare in riduzione ulteriore della quota di seggi da ripartire tra le liste minoritarie nazionali, al fine di evitare di dover proclamare eletti ulteriori deputati (eletti nei collegi di VDA e TAA) fino a superare il limite di 630 deputati.

La seconda parte del motivo censura l'asserita irrazionalità delle previsioni dettate per il solo TAA nella parte in cui stabiliscono, solo per i voti espressi dagli abitanti di questa regione, che l'attribuzione dei corrispondenti seggi avvenga con la «previsione di 8 collegi uninominali e 3 deputati di recupero proporzionale», ipotesi non prevista per nessun'altra regione italiana, neppure per le altre regioni a statuto speciale e non giustificabile neppure dalla presenza di una minoranza linguistica riconosciuta (per quanto riguarda la VDA, i ricorrenti riconoscono che «la riserva di collegi uninominali» per quella regione costituisce una «soluzione obbligata»).

Anche per questa parte il motivo appare manifestamente infondato.

Infatti la scelta del legislatore di dotare la regione TAA di una peculiare modalità di attribuzione dei seggi trova fondamento razionale nel fatto che la regione TAA è costituita da due Province Autonome in una delle quali (Trentino Alto Adige) la porzione di popolazione di lingua germanofona e ladina costituisce sì una minoranza linguistica a livello nazionale ma che è, al contempo, rilevante maggioranza all'interno del corrispondente territorio.

Secondo la dottrina, questa particolare conformazione etnico-linguistica della regione implica la necessità di garantire, in particolare in Alto Adige, la giusta rappresentanza alla minoranza nazionale di lingua tedesca, e contemporaneamente anche alla minoranza locale di lingua italiana, nel quadro di una legge elettorale con premio nazionale di maggioranza.

In tale quadro di particolare complessità (unica fra le venti circoscrizioni elettorali del Paese), si può senz'altro affermare che il c.d. «recupero proporzionale» concorra ad evitare che chi è minoranza linguistica in quel territorio non trovi alcuna rappresentazione.

Non si rileva pertanto alcuna evidente violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 ed anche di uguaglianza del voto di cui agli articoli 48 e 51 Costituzione.

Con la terza parte del motivo i ricorrenti censurano le disposizioni della legge n. 52/2015 nella parte in cui consentono (ossia non vietano espressamente) agli elettori delle regioni Valle d'Aosta e TAA di partecipare all'eventuale turno di ballottaggio nonostante essi eleggano tutti i loro rappresentanti al primo turno, in modo indipendente dall'esito del voto su base nazionale (sotto il profilo del conseguimento già al primo turno del premio di maggioranza).

Si ritiene che tale sia, infatti, il contenuto del motivo in esame così espresso dai ricorrenti: «Gli elettori di VDA e TAA eleggono i loro rappresentanti al primo turno ... ma hanno il privilegio di partecipare al secondo turno di ballottaggio per decidere come debbano essere governati gli altri italiani».

Il denunciato «privilegio» che avrebbero gli elettori di questi due collegi, di disporre di un «primo voto» tale da determinare con precisione il risultato elettorale locale e di un «secondo voto» finalizzato all'attribuzione del premio di maggioranza sul piano nazionale, non tiene però conto delle misure di carattere

compensativo che il legislatore ha avuto cura di introdurre.

Il rilievo sul piano nazionale dei voti espressi dagli elettori del VDA e del TAA e', infatti, compensato dalla previsione secondo la quale i seggi guadagnati in quelle due circoscrizioni da candidati collegati ad una lista che abbia vinto il premio di maggioranza sono scomputati dal traguardo dei 340 seggi.

Con il decimo motivo si censura l'illegittimita' costituzionale degli articoli 1, comma 1) lettera a), e) e i) e art. 2 commi 1, 2, 3, 4, 5, 25 capoverso «art. 83» commi 1 numeri 3, 6, 29, 30, 31 e 32 della legge n. 52/2105 in relazione agli articoli 1, 2, 3, 6, 10, 11, 48, 49, 51, 117 comma II lettera f) Costituzione nella parte in cui non tutelano in modo effettivo e attivo le altre minoranze linguistiche riconosciute (diverse cioe' da quelle francofone e germanofone e ladine residenti in VDA e TAA) per le quali non sono previste disposizioni specifiche idonee a dare effettiva rappresentativita' agli elettori appartenenti a tali minoranze.

Ritengono infatti i ricorrenti che la disposizione di cui all'art. 83 comma 1 numero 3 a mente della quale l'Ufficio elettorale nazionale: «individua quindi le liste che abbiano conseguito sul piano nazionale almeno il 3 per cento dei voti validi espressi e le liste rappresentative di minoranze linguistiche riconosciute, presentate esclusivamente in una regione ad autonomia speciale il cui statuto preveda una particolare tutela di tali minoranze linguistiche che abbiano conseguito almeno il 20% dei voti validi espressi nella regione medesima», non sia idonea a superare tale mancanza di effettiva tutela in quanto il descritto peculiare sistema di conteggio dei voti si applicherebbe solo per le liste che siano espressione di minoranze linguistiche che risiedano in regioni a statuto speciale e solo a condizione che il relativo statuto ne preveda in modo specifico una particolare tutela.

Verrebbero conseguentemente esclusi da tale speciale sistema di conteggio tutti gli elettori che abbiano votato per liste espressione di minoranze linguistiche (riconosciute) presentate in regioni non ad autonomia speciale, ovvero in quelle regioni ad autonomia speciale che nulla prevedano sul punto, sicche' forse solo la minoranza linguistica slovena residente in Friuli Venezia-Giulia sarebbe tutelata dal combinato disposto delle disposizioni statutarie regionali e dal citato art. 83 primo comma n. 3) legge n. 25/2015.

Con il tredicesimo motivo viene censurata l'illegittimita' costituzionale della TABELLA A approvata dall'art. 1 decreto legislativo n. 122/2015 per violazione dell'art. 76 Costituzione e dell'art. 4 della legge n. 52/2015 per violazione degli articoli 1, 2, 3, 6, 48, 49 e 51 Costituzione.

L'art. 4 legge n. 52/2015 contiene una delega al Governo per la «determinazione dei collegi plurinominali», da adottare entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore della legge stessa, secondo i criteri dettati dalle lettere da a) a g) dell'art. 4.

La delega e' stata attuata con il decreto legislativo n. 122/2015 che ha individuato i confini «geografici» di detti collegi, contenuti nella Tabella A approvata con l'art. 1 del decreto in questione.

Lamentano i ricorrenti che nel dare attuazione alla delega il Governo avrebbe disatteso (ossia non applicato) i criteri di cui alle lettere c) (ultimo periodo) e g) con violazione, quindi, della delega.

La mappa dei collegi plurinominali che si ricava dalla Tabella A, inoltre, non solo violerebbe la delega, ma produrrebbe anche una violazione del principio di tutela delle minoranze linguistiche.

Molto in sintesi, secondo quanto prospettato, sarebbero stati separati comuni caratterizzati dalla presenza di determinate minoranze linguistiche, con l'effetto pratico di «annacquare» il peso del voto in uscita (cio' avverrebbe, in particolare, per la minoranza di lingua slovena, nonostante il riconoscimento da parte della Regione ad autonomia speciale), tenuto conto della soglia di sbarramento posto dall'art. 83 primo comma n. 3 che le liste rappresentative di minoranze linguistiche devono superare per concorrere alla ripartizione dei seggi alla Camera.

I motivi decimo e tredicesimo, in quanto vertono sul comune argomento della distorsione del voto in uscita dovuto alle norme dettate per la tutela delle minoranze linguistiche in sede

elettorale, devono essere esaminati congiuntamente.

Tali motivi appaiono, anzitutto, privi di rilevanza ed essi sono, in ogni caso manifestamente infondati per come prospettati.

La rilevanza

Come si è accennato i ricorrenti lamentano la restrizione del loro diritto di voto secondo i parametri della uguaglianza e libertà, che sarebbe stato ingiustamente compresso da molte norme della legge n. 52/2015 sospettate di essere non conformi alla Costituzione.

Nessuno dei ricorrenti afferma di appartenere a una minoranza linguistica riconosciuta dalla legge e nessuno di loro è residente in FVG ovvero nella Regione Sardegna (dal complesso dei motivi emerge, infatti, che i ricorrenti riconoscono la correttezza delle disposizioni che agevolano le minoranze linguistiche insediate in VDA e TAA, mentre lamentano l'irragionevolezza delle norme che vanificano il riconoscimento operato a livello di statuto speciale dalla regione Friuli in favore della minoranza slovena e l'irragionevolezza delle norme che non attribuiscono alcun correttivo al voto espresso in favore delle liste che siano espressione di minoranze linguistiche riconosciute dalla legge nelle regioni a statuto ordinario e nella regione Sardegna il cui statuto speciale nulla prevede sul punto).

Si legge, alla pag. 92 del ricorso, a conclusione della illustrazione delle ragioni per le quali il nuovo disegno dei collegi plurinominali comporterebbe nei fatti in una consapevole distorsione del voto espresso in favore delle liste rappresentative di tali minoranze: «... le minoranze linguistiche riconosciute e tutelate dalla legge n. 482/1999 sono state suddivise in due collegi in Piemonte, Puglia e Calabria. Le considerazioni che precedono vengono qui richiamate dai ricorrenti anche se non specifiche della Regione di appartenenza dei ricorrenti. In ogni caso, vale il principio per cui la violazione di norme costituzionali in materia elettorale, anche se non produttiva di conseguenze dirette sull'esercizio del diritto dei ricorrenti al voto uguale e libero diretto, lede, pur sempre e per tutti gli elettori/elettrici - in via mediata - il diritto ad un voto conforme a costituzione. Il principio di tutela delle minoranze linguistiche di cui all'art. 6 Cost. rappresenta il superamento delle concezioni nazionalistiche dello stato ottocentesco e si situa ad un punto di incontro con altri principi fondamentali: quello pluralistico ex art. 2 Cost. e quello di uguaglianza ex art. 3 Cost. Ne consegue che la violazione della norma costituzionale di tutela delle minoranze linguistiche si qualifica direttamente e contemporaneamente come violazione degli articoli 2 e 3 Cost. non solo con riferimento diretto agli appartenenti a dette minoranze linguistiche ma pure con riferimento, seppur mediato, a tutti gli elettori ...».

Si osserva che i ricorrenti sono tutti residenti in Piemonte sicché appare poco spiegabile l'affermazione secondo cui l'accorpamento di collegi plurinominali che ha interessato anche le minoranze linguistiche riconosciute e insediate in Piemonte, sarebbe un fatto che non interessa la regione nella quale risiedono i ricorrenti.

Nonostante questa affermazione contraddittoria i due motivi evidenziano, come riconosciuto in sostanza dalla stessa parte ricorrente, l'assenza di una violazione diretta del diritto di voto da ciascuno espresso per effetto delle norme censurate con i motivi in esame.

La prospettata restrizione del voto a causa della sostanziale impossibilità, che deriverebbe dalle nuove disposizioni dettate dalla legge n. 52/2015 (e decreti attuativi), di raggiungere per le liste espressione di minoranze linguistiche diverse da quelle presentate in VDA e TAA di raggiungere la soglia di accesso del 3% (in quanto calcolata su base nazionale) ovvero del 20% per la sola minoranza slovena, ma sulla base di un disegno dei collegi plurinominali fortemente penalizzante per tale minoranza) non riguarderebbe pertanto in via diretta la posizione giuridica fatta valere dai ricorrenti nel presente giudizio.

I ricorrenti manifestano, non a caso, in relazione alle norme censurate con i motivi in esame, un interesse mediato e quindi di mero fatto, ad ottenere un giudizio di legittimità costituzionale di

norme che tutelano interessi costituzionali dei quali essi non sono titolari ma solo portatori quali cittadini italiani, e non quali elettori interessati dalla applicazione proprio delle disposizioni censurate.

E' allora evidente che le norme in questione non sono rilevanti ai fini della decisione della presente controversia, basata sulla asserita restrizione del diritto di voto spettante ai ricorrenti quali «semplici» cittadini e non quali elettori che sono anche appartenenti a minoranze linguistiche riconosciute dalla legge che esprimono un voto in una regione non a Statuto speciale.

Le disposizioni censurate non potranno, per questo, trovare applicazione diretta nella presente controversia, non contenendo il paradigma in relazione al quale si valuterà l'ampiezza e l'uguaglianza del diritto di voto da loro espressa, ferma restando l'esistenza di un generico interesse (che però non può trovare tutela giurisdizionale e quindi non può condurre all'invio delle norme sospettate di illegittimità alla Corte costituzionale) al rispetto, quali cittadini italiani, delle minoranze linguistiche anche qualora ad esse non si appartenga.

La manifesta infondatezza di entrambi i motivi

Quando anche si ritenesse, invece, che il diritto fatto valere dai ricorrenti alla espressione di un voto uguale e libero, ricomprenda anche l'interesse ad esprimerlo con le restrizioni che da esso possono derivare (in uscita) dalla necessaria adozione di norme speciali che tutelano interessi di rilievo costituzionale, quali le norme dettate a tutela del voto espresso dagli appartenenti a minoranze linguistiche, entrambi i motivi, per come prospettati, sono manifestamente infondati.

Il decimo motivo muove dal presupposto, che non può dirsi condivisibile, proprio alla luce del parametro generale di uguaglianza (art. 3 Costituzione) che tutte le minoranze linguistiche del Paese - per tali intendendosi quelle formalmente riconosciute dalla legge n. 482/99 debbano necessariamente trovare rappresentanza in Parlamento (nella specie alla Camera), a prescindere dalla loro consistenza numerica rispetto al territorio nel quale sono insediate e che costituisce la base per il conteggio dei voti al fine di attribuire i seggi alla Camera.

Si deve considerare che, in linea generale, e' principio ragionevole che un determinato gruppo di cittadini che appartenga a una minoranza riconosciuta (come appunto gli appartenenti alle minoranze linguistiche) per avere una propria rappresentatività elettorale debba necessariamente avere una determinata consistenza numerica rapportata al territorio in cui detta minoranza e' insediata (v. anche in generale quanto disposto dall'art. 56 IV comma Costituzione).

Diversamente, attribuendo cioè una rappresentatività elettorale che di tale dato non tenga conto (che cioè non determini con criteri appropriati il «peso» in uscita espresso da questo gruppo di cittadini) si avrebbe il prevedibile e irrazionale effetto di attribuire al voto espresso dal cittadino che a tale minoranza appartiene un valore superiore a 2 o comunque nettamente superiore a 1, ossia al valore numerico che deve essere attribuito a un voto «uguale».

Gli stessi ricorrenti riconoscono che vi sono nel nostro Paese minoranze linguistiche insediate in determinati territori la cui consistenza numerica e' estremamente esigua.

Qualora venisse adottato un criterio che, con gli opportuni correttivi, consentisse a ciascuna minoranza linguistica riconosciuta di esprimere un proprio rappresentante in Parlamento, sarebbe evidente l'alterazione del peso del voto in uscita espresso dagli appartenenti a tale gruppo linguistico rispetto a quello espresso da un «normale» elettore, tale da superare di gran lunga il rapporto di ragionevole correzione del voto in entrata uguale a 1 con il voto in uscita uguale a 1.

Questo implica che non necessariamente l'assenza di appositi contrappesi correttivi per favorire la rappresentanza degli appartenenti alle minoranze linguistiche costituisce violazione dei precetti costituzionali volti alla tutela delle minoranze, essendo rinvenibili le ragioni per le quali tale correzione, in certi casi,

porterebbe a una eccessiva e irragionevole sovra rappresentazione del voto degli esponenti di tali minoranze.

Gli stessi ricorrenti, pur ricordando che vi sono alcuni specifici casi in cui alcune minoranze linguistiche godono di un simile strumento di correzione, non si fanno carico di indicare in modo oggettivo per quali ragioni i rappresentanti delle minoranze linguistiche da essi menzionate, in particolare quelli insediati nella Regione Piemonte, avrebbero in concreto una consistenza numerica significativa.

Si deve infatti rilevare che nei casi previsti dalle norme censurate (minoranze linguistiche presenti in VDA e TAA oltre che la minoranza slovena per il caso del Friuli) gli appartenenti a tali gruppi linguistici nei territori di riferimento rappresentano un numero significativo della popolazione lì insediata tale da essere in sostanza la maggioranza.

Rispetto a questi gruppi (specie VDA e TAA) senza un adeguato correttivo del voto da loro espresso, vi sarebbe in effetti una non ragionevole distorsione tra il voto in entrata e il voto in uscita per quel gruppo di elettori, in maggioranza nel territorio che costituisce il collegio elettorale ma che mai potrebbe rappresentare tale propria condizione a livello nazionale.

E' però indubbio che non tutte le minoranze linguistiche riconosciute presenti in Italia abbiano tale peculiare condizione e i ricorrenti non indicano quali tra esse soffrano di una irragionevole sotto rappresentazione a causa delle norme elettorali censurate.

Non appare allora di dubbia costituzionalità la disposizione contenuta nell'art. 83 comma 1, n. 3 che prevede che l'ufficio centrale nazionale, nell'individuazione la soglia di accesso da parte delle liste rappresentative di minoranze linguistiche ne tiene conto esclusivamente nelle regioni ad autonomia speciale il cui statuto preveda una particolare tutela di tali minoranze linguistiche e non, evidentemente, nelle regioni ad autonomia speciale che tale tutela non prevedano (come ad esempio il caso dello Statuto della Regione Sardegna, menzionato dalla parte ricorrente) e nelle regioni a statuto «ordinario» nelle quali siano insediate minoranze linguistiche riconosciute dalla legge n. 482/99.

Per le ragioni appena esposte deve in conclusione escludersi l'irrazionalità di norme che tale correttivo non attribuiscono alle liste per il solo fatto di essere espressione di una minoranza linguistica.

Con l'undicesimo motivo i ricorrenti censurano gli articoli 2 comma 10 e comma 36 legge n. 52/2015 e 18-bis commi 1 e 2 (?) in relazione agli articoli 3, 48, 49 e 51 Costituzione, nonché 24, 113 Costituzione e 13 CEDU.

I ricorrenti lamentano infatti che in modo del tutto irragionevole i nuovi soggetti politici che intendono partecipare alla competizione elettorale, per poter presentare le loro liste devono munirsi di un numero di firme di elettori iscritti nelle liste elettorali (di comuni compresi nei Collegi nei quali si intende partecipare) ricompreso tra 1.500 e 2 mila firme ovvero, in caso di scioglimento della Camera di deputati prima di 120 giorni, da un numero pari alla metà delle firme richieste in via ordinaria.

Invece nessuna sottoscrizione e' richiesta per i partiti e gruppi politici costituiti in gruppo parlamentare in entrambe le Camere all'inizio della legislatura in corso al momento della convocazione dei Comizi, ovvero per i partiti o gruppi politici che abbiano effettuato le dichiarazioni di collegamento di cui all'art. 14-bis (a condizione che il collegamento venga fatto con due partiti o gruppi politici che abbiano conseguito almeno un seggio in occasione delle ultime elezioni per il Parlamento europeo).

Il tutto con l'adozione di criteri di esenzione disomogenei e contraddittori rispetto allo scopo dichiarato di garantire la governabilità.

Come emerge dalle motivazioni esposte a sostegno del motivo in esame, i ricorrenti evidenziano che le disposizioni censurate lederebbero il diritto dei partiti alle pari opportunità nelle competizioni elettorali in violazione degli articoli 3, 48, 49 e 51 della Costituzione e lamentano inoltre l'assenza di un «giusto processo» (o meglio di un rimedio effettivo ex art. 113 C.E.D.U.) che

consenta ai partiti esclusi per insufficienza di firme di ottenere tutela giurisdizionale con ulteriore violazione degli articoli 24 e 113 Costituzione, atteso che il Governo, nuovamente violando l'art. 76 Costituzione, non aveva attuato i principi contenuti nella legge delega n. 69/2009 art. 44 comma 2 lettera b) che avrebbe consentito l'impugnazione delle operazioni elettorali preparatorie, tra le quali le ammissioni e le esclusioni di liste per il Parlamento.

Tale effettiva tutela non sarebbe oggi garantita dalla «abnorme estensione dell'autodichia ex art. 66 Costituzione» che tale competenza attribuisce attualmente alla Camera.

Il motivo e' privo di rilevanza e comunque manifestamente infondato nel merito.

Sulla rilevanza appare sufficiente osservare che le disposizioni censurate pongono - piu' che limiti - alcune condizioni per la legittima presentazione delle liste che intendono partecipare alla competizione elettorale.

L'eventuale lesione che da tali disposizioni deriverebbe riguarderebbe, proprio per come prospettata, la lesione del diritto di elettorato passivo, subita dai gruppi di cittadini che a causa delle disposizioni censurate non potrebbero presentare se non entro i limiti individuati dal legislatore, liste legittimate alla partecipazione elettorale e quindi alla raccolta di voti validi.

Gli odierni ricorrenti, pero', hanno adito questo Tribunale facendo valere la loro posizione di elettori attivi, il cui diritto ad esprimere, nei termini piu' volte ricordati, un voto uguale e libero sarebbe stato violato dalla legge n. 52/2015.

Non viene fatta invece valere la posizione di cittadini che aspirano alla presentazione di liste che a causa delle disposizioni censurate verrebbero illegittimamente (ossia irragionevolmente) pregiudicati nel diritto di partecipare alla competizione elettorale.

Ancora una volta, quindi, le norme in esame produrrebbero, al piu', una violazione mediata del diritto di voto attivo, dato che esse non precluderebbero ne' l'esercizio del diritto di voto in quanto tale ne' ne distorcerebbero il risultato in uscita per effetto di meccanismi di conteggio, ma ne limiterebbero la possibilita' di scelta, riducendo l'ampiezza dell'offerta elettorale, non potendosi esprimere il voto se non per le liste che riescano a soddisfare tutti i criteri di ammissibilita' richiesti dalle norme della cui legittimita' si dubita.

Il motivo e', comunque, manifestamente infondato.

Esso infatti muove dal presupposto, non condivisibile in quanto apodittico, secondo cui sarebbe in se' irragionevole porre qualsiasi limitazione in sede di presentazione delle liste che possono contendersi il voto.

Il diritto dei cittadini di aggregarsi in gruppi che esprimono liste che aspirano a raccogliere le preferenze degli elettori ben puo' subire limitazioni ragionevoli in vista di un altro valore di rango costituzionale, quale e' quello della governabilita' che, per quanto attiene l'adozione delle regole che disciplinano le modalita' di presentazione delle liste elettorali, ben puo' avere lo scopo di evitare, a monte, una eccessiva frammentazione del voto che deriverebbe, appunto, da un sistema di regole che consentisse un accesso illimitato e indiscriminato di qualsiasi gruppo alla competizione elettorale.

I criteri individuati dal legislatore del 2015 non appaiono in se' irragionevoli ne' appaiono irragionevoli i criteri che distinguono tra liste che devono legittimarsi con l'acquisizione di un certo numero di firme e liste che ne sono esentate.

La raccolta delle firme e' infatti un criterio pertinente, in quanto espressione di radicamento del gruppo nella societa' civile, e non e' pertanto arbitrario adottare criteri di selezione «dal basso» ossia rimessa a cittadini «selezionatori» che poi saranno (come i ricorrenti) gli elettori attivi, dei gruppi legittimati a partecipare alla competizione.

La soglia numerica minima di firme indicata dal legislatore in termini assoluti non viene in se' censurata dai ricorrenti, e non puo' dirsi in se' abnorme o comunque tale da ostacolare in modo serio l'accesso alla competizione elettorale.

Neppure puo' dirsi irragionevole l'adozione dei criteri in

presenza dei quali le liste vengono invece esentate, trattandosi di criteri che si fondano su una preesistente legittimazione dovuta al voto validamente espresso precedentemente in loro favore e che ne ha consentito l'accesso alla Camera nazionale ovvero al Parlamento europeo.

Appare inoltre manifestamente infondata la pretesa dei ricorrenti di censurare le norme in esame sulla base della asserita illegittimità (questa è in sostanza la valutazione che viene espressa dai ricorrenti in relazione all'art. 66 della Costituzione) di una norma costituzionale che fino ad oggi avrebbe, in estrema sintesi, consentito di privare i partiti o i movimenti che intendono partecipare alla competizione elettorale di avere un effettivo rimedio giurisdizionale in caso di non ammissione delle loro liste nella fase preparatoria della competizione.

Con il sesto motivo vengono censurati: l'art. 1, comma 1 lettera f); art. 2 commi 1, 25 capoverso «art. 83» della legge n. 52/2015 e 93 comma 2 n. 5 decreto del Presidente della Repubblica n. 361/1957 relativamente al turno di ballottaggio in relazione agli articoli 1, 3, 48 II comma, 49, 51, 56 commi I e IV 67 Costituzione e art. 3 del Protocollo addizionale CEDU nella parte in cui disciplinano il turno di ballottaggio e l'attribuzione, all'esito del premio di maggioranza.

Ritengono i ricorrenti che il meccanismo di attribuzione del premio di maggioranza al secondo turno di ballottaggio tra liste, violi il principio di ragionevolezza e di uguaglianza del voto in quanto consente l'attribuzione del premio con modalità che, senza adeguati correttivi, rischiano di premiare in modo abnorme una forza politica addirittura in modo inversamente proporzionale al grado di consenso ricevuto.

L'effetto fortemente e irragionevolmente distorsivo del voto espresso sarebbe dovuto al fatto che:

- le disposizioni in esame attribuiscono il premio di maggioranza sulla base dei voti validi espressi nel turno, senza porre un correttivo quale, ad esempio, il raggiungimento di un quorum minimo al primo turno, con la conseguenza che potrebbe risultare vincitrice al ballottaggio una lista che in termini assoluti (per voti espressi in suo favore) è in realtà minoritaria;

- il voto dei cittadini che avesse scelto la lista di minoranza (tale al primo turno) finirebbe, con l'esito del secondo turno, ad esprimere un voto di valore più che doppio rispetto al voto espresso dai cittadini che avessero, invece, votato altre liste (nel ricorso viene fatto l'esempio della lista che va al ballottaggio avendo ottenuto, al primo turno, il 25% dei voti, e che vincerebbe il turno di ballottaggio ottenendo 186 seggi di «premio» che le farebbero conseguire il 54% dei deputati; in tale situazione le altre liste, che rappresenterebbero il 75% dei voti validi espressi nella competizione, si vedrebbe attribuita la restante quota minoritaria di seggi, pari a 278).

Il che comporterebbe la violazione del principio di uguaglianza del voto e di rappresentatività democratica dell'assemblea eletta con tale sistema.

Si ritiene non manifestamente infondato il motivo nei termini che seguono.

Come i ricorrenti ricordano, il legislatore, nel determinare i modi con i quali attribuire il premio di maggioranza deve operare in modo tale da contemperare in modo ragionevole i due contrapposti interessi di pari rilievo costituzionale che sono il principio di rappresentatività e il principio di governabilità.

Conseguentemente, provvedendo sul testo della legge n. 270/2005, la Corte costituzionale ha statuito che: «il meccanismo di attribuzione del premio di maggioranza prefigurato dalle norme censurate, inserite nel sistema proporzionale introdotto con la legge n. 270/2005, in quanto combinato con l'assenza di una ragionevole soglia di voti minima per competere all'assegnazione del premio è pertanto tale da determinare un'alterazione del circuito democratico definito dalla Costituzione, basato sul principio fondamentale di uguaglianza (art. 48 comma II, Cost.). Esso infatti pur non vincolando il legislatore ordinario alla scelta di un determinato sistema, esige che ciascun voto contribuisca potenzialmente e con

pari efficacia alla funzione degli organi elettivi ... ».

La dottrina ha ritenuto che il principio così espresso abbia portato all'individuazione di un limite costituzionalmente necessario per la legittima attribuzione del premio di maggioranza, dal quale il legislatore non può prescindere in sede di adozione di una legge elettorale che intenda garantire la governabilità attraverso questo specifico meccanismo.

Tale limite intrinseco dovrebbe imporre al legislatore di adottare, in tali casi, tutti i correttivi necessari ad assicurare che il premio di maggioranza (che consiste nella attribuzione del numero di seggi necessario a raggiungere, secondo la legge n. 52/2015, il 55% dei seggi alla Camera) vada attribuito alla formazione che tale limite ha almeno raggiunto, se non superato.

Il quadro complessivo della legge n. 52/2015 prevede che la governabilità sia garantita, nel caso in cui nessuna delle liste che partecipano alla competizione elettorale si aggiudichi la maggioranza dei seggi alla Camera, con l'attribuzione del premio di maggioranza alla formazione che abbia raggiunto almeno il 40% dei voti validi espressi.

Nel caso in cui nessuna lista raggiunga almeno il 40% dei voti, è previsto un ulteriore turno elettorale strutturato secondo il modello (tra i tanti possibili) del ballottaggio di tipo binario, al quale hanno diritto di partecipare le sole prime due liste che al primo turno abbiano raggiunto il maggior numero di voti, con espresso divieto di collegamento tra liste o apparentamento tra i due turni di votazione, con esclusione della possibilità di esprimere preferenze e con conteggio dei voti che tiene conto soltanto dei voti validi espressi nel turno di ballottaggio.

Nel dibattito seguito all'adozione della legge n. 52/2015 si è evidenziata la profonda differenza del meccanismo di voto del primo turno rispetto all'eventuale turno di ballottaggio.

Infatti nel primo turno all'elettore è consentito esprimere il voto per la formazione politica nella quale maggiormente si identifica e in tal modo si esprime nella massima ampiezza, il voto di rappresentanza.

Nell'eventuale turno di ballottaggio di lista (quale è appunto quello previsto dalla legge in esame) gli elettori vengono chiamati a esprimere un voto, volto alla identificazione della lista che, tra le due «superstiti» del primo turno, sarà chiamata a governare, con evidente maggiore compressione del voto di rappresentanza, proprio per la inevitabile riduzione delle opzioni tra le quali l'elettore può scegliere, oltre che per l'espresso scopo delle tornate elettorali (nella quale, infatti, non si esprimono preferenze).

In caso di ballottaggio, dunque, il premio di maggioranza verrà attribuito a chi ha ottenuto, nella seconda tornata, la maggioranza dei voti validi espressi quale conseguenza diretta di una scelta degli elettori che è però, in questo caso, l'esito necessitato che deriva sia dalla limitazione dei soggetti nei confronti dei quali si può esprimere il voto (due liste essendo espressamente vietato l'apparentamento o la coalizione) sia dalla scelta di conteggiare detta maggioranza sui voti validi espressi nella tornata, senza dare alcun peso al raggiungimento, ad esempio, di un determinato quorum di votanti tra gli aventi diritto.

Le caratteristiche del turno di ballottaggio delineate dal legislatore del 2015 hanno quindi indotto la dottrina a riflettere sul se si possa effettivamente dirsi rispettato il sopra ricordato principio costituzionale del necessario rispetto di un limite ontologico di rappresentanza del voto in presenza del quale possa essere attribuito, a una sola lista, il premio di maggioranza, senza incorrere in censure di irragionevolezza e di eccessiva distorsione del voto.

Gli studiosi hanno, come è noto, espresso opinioni differenti che possono essere molto sinteticamente riassunte nell'esistenza di due contrapposti filoni interpretativi.

Un primo filone evidenzia il fatto che il turno di ballottaggio (come delineato dalle norme in esame) non può essere, per definizione, sospettato di violare il ricordato principio costituzionale di rappresentanza del voto in quanto, in questa tornata, tutti gli elettori sono chiamati ad esprimere il loro voto

tra due liste in vista della governabilità (piuttosto che della rappresentatività, intesa come identificazione tra voto espresso in favore di una formazione più vicina alle idee dell'elettore) e in tal caso, il premio di maggioranza viene attribuito a chi si conquista il consenso del 50% + 1 dei voti espressi nel turno di ballottaggio, soglia questa indubbiamente ragionevole per vedersi attribuire il premio di maggioranza alla Camera, che consentirà quindi del tutto legittimamente a quella formazione di governare avendo il pieno controllo dell'assemblea.

Un secondo filone evidenzia, invece, la sostanziale artificiosità della maggioranza del 50% + 1 che scaturisce dal turno di ballottaggio come disegnato dalla legge n. 52/2015, in quanto si tratterebbe di una maggioranza solo virtuale perché priva, se non adeguatamente corretta, di una effettiva valenza rappresentativa del corpo elettorale, tale per cui finirebbe, nonostante il dato formale, per non essere rispettato il principio immanente alla Costituzione, per cui il premio non potrebbe essere ragionevolmente attribuito alla formazione che non abbia ricevuto una certa soglia «critica» di consensi.

Si ritiene maggiormente convincente questa seconda corrente di pensiero.

Infatti essa si fa carico di dare consistenza effettiva al principio espresso dalla Corte costituzionale secondo cui senza una soglia minima di voti che sia espressione di rappresentatività della forza politica, l'attribuzione ad essa del premio di maggioranza non può dirsi rispettosa di tale principio.

Il legislatore si è limitato, infatti, a prevedere che accedano al secondo turno le sole due liste più votate al primo turno, purché abbiano raggiunto almeno la soglia del 3% (ovvero del 20% nel caso di liste espressione di minoranze linguistiche). Così facendo ha implicitamente riconosciuto, da un lato, che sussiste un problema della rappresentatività delle liste ammesse al ballottaggio, da misurare sulla base dei voti riportati nella prima tornata elettorale.

D'altro lato però il parametro utilizzato è quello, diverso, delle soglie minime previste in generale dalla legge elettorale in esame, per partecipare alla attribuzione dei seggi, criterio adottato per scoraggiare una eccessiva «polverizzazione» del voto.

Nel valutare l'effettiva forza rappresentativa del 50% + 1 dei voti espressi al ballottaggio si deve anche considerare che è previsto che tale maggioranza venga calcolata sui voti validi espressi, il che finisce per non dare alcun rilievo al peso dell'astensione, che potrebbe essere anche molto rilevante quale prevedibile conseguenza della radicale riduzione dell'offerta elettorale nel ballottaggio.

Il sistema del ballottaggio, quindi, nonostante si tratti di una tornata di votazioni radicalmente differente dal primo turno, mantiene la stessa base di calcolo del voto, non contiene regole che consentano di rafforzare l'elemento di rappresentatività del voto e, anzi, adotta disposizioni che allontanano da questo obiettivo, dato che solo per questa fase il legislatore pone un esplicito divieto di apparentamento o coalizione tra liste.

Tale divieto, evidentemente espressione di un favore per la governabilità (ritenendosi più stabile una maggioranza ottenuta da una sola lista, invece che da una coalizione di liste) risulta tuttavia irrazionale in quanto rende il voto espresso al turno di ballottaggio eccessivamente sbilanciato in favore di tale valore, a scapito del valore - di rilievo costituzionale - della rappresentatività del voto che viene, in tal modo, eccessivamente compresso proprio in vista della sua idoneità a far conseguire alla lista vincitrice il controllo della Camera dei deputati.

Senza l'adozione di meccanismi che garantiscano una adeguata espansione della componente rappresentativa del voto (ovvero senza l'eliminazione del divieto di cui si è detto) l'attribuzione del premio di maggioranza alla sola lista che, all'esito del ballottaggio, si aggiudichi il premio di maggioranza finisce per essere svincolata dalla esistenza di parametri oggettivi che consentano di affermare che lista vincitrice ha ottenuto quella «ragionevole soglia di voti minima» in presenza della quale è

possibile la legittima attribuzione del premio di maggioranza.

Appare allora non manifestamente infondato il dubbio di conformita' a Costituzione espresso dai ricorrenti, in relazione agli articoli 1 II comma, 3, 48 II comma Costituzione, la' dove essi evidenziano, in accordo con le opinioni espresse da molti costituzionalisti, che l'attuale sistema, privo di correttivi, pone il concreto rischio che il premio venga attribuito a una formazione che e' priva di adeguato radicamento nel corpo elettorale.

Con l'ottavo motivo i ricorrenti censurano la non conformita', rispetto agli articoli 48 e 51 Costituzione delle disposizioni di cui all'art. 2 comma 11 Legge n. 52/2015 «sulle candidature multiple» nella parte in cui consentono al candidato capolista in piu' collegi «di optare ad elezione avvenuta con successo, per un collegio piuttosto che per un altro», senza dare indicazioni sulle modalita' di esercizio di detta opzione e cosi' influendo in modo arbitrario e potenzialmente molto «pesante» sul voto di preferenza espresso dagli elettori a favore di un candidato che, senza l'opzione del capolista, verrebbe senz'altro eletto avendo raggiunto il numero maggiore di preferenze rispetto agli altri competitori della sua stessa lista.

Si deve preliminarmente osservare che i ricorrenti non hanno indicato in modo completo le norme che, a loro dire, comporterebbero una lesione del diritto di voto uguale e libero.

Infatti l'art. 2 comma 11 citato dai ricorrenti regola il c.d. sistema delle candidature multiple ma nulla dice riguardo alla scelta dell'eletto nell'ambito di tale sistema. La disposizione della legge n. 52/2015 che attiene alla liberta' (assoluta) di opzione per il candidato plurieletto di scegliere, tra i vari collegi nei quali egli puo' aspirare all'elezione, va invece rinvenuta nel successivo comma 27 del medesimo art. 2 cit. che, nel mantenere ferma la disposizione contenuta nell'art. 85, comma 1 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361/1957, apporta ad essa esclusivamente le variazioni testuali necessarie ad armonizzarla alle altre modifiche apportate dalla legge.

L'art. 85 (unico comma) decreto del Presidente della Repubblica n. 361/57, come modificato dalla legge n. 52/2015, cosi' dispone: «il deputato eletto in piu' collegi plurinominali deve dichiarare alla Presidenza della Camera dei deputati, entro otto giorni dalla data dell'ultima proclamazione, quale collegio plurinomiale prescelga, mancando l'opzione si procede al sorteggio».

Con questa precisazione, si puo' pertanto ritenere che, attraverso il motivo qui esaminato, i ricorrenti abbiano lamentato l'illegittimita' costituzionale di tutte le disposizioni teste' richiamate che, nel loro combinato disposto, consentono ai soli candidati capilista di candidarsi in piu' collegi (fino ad un limite massimo di 10 come si e' detto in precedenza) ed attribuiscono loro, nel caso conseguano la proclamazione in piu' di un collegio, di optare senza alcun vincolo per il collegio nel quale vogliono ricollegare la loro elezione.

Il motivo, nei termini suindicati, non appare manifestamente infondato, limitatamente alla disposizione che consente di operare la scelta del collegio senza alcun tipo di vincolo, mentre il motivo non appare fondato nella parte in cui viene censurato (nuovamente) in se' il sistema della candidatura «bloccata o multipla»: censura che e' gia' stata esaminata in precedenza, laddove si e' proceduto all'esame del settimo motivo per dichiararne la manifesta infondatezza.

Una volta che sia stata, dunque, riconosciuta la non irragionevolezza della candidatura multipla per una sola categoria di candidati (i capilista) e sottratti questi ultimi al voto di preferenza da parte dell'elettore, e' giocoforza ammettere la necessita' di un meccanismo di scelta che trovi applicazione nel caso in cui, all'esito del voto, il candidato capolista risulti eletto in piu' collegi.

Due sono gli effetti pratici che questa scelta comporta: il capolista decade automaticamente nei collegi diversi da quello prescelto ed in questi si procede pertanto all'attribuzione dei seggi in modo «normale» secondo i voti di preferenza che i candidati non capolista si sono aggiudicata ed in ragione dei seggi disponibili; nel collegio prescelto, invece, i candidati che abbiano riportato piu' preferenze possono aspirare all'elezione solo qualora vi siano

ulteriori seggi disponibili.

Questi effetti, proprio a ragione della loro inevitabilit , obbligano a spostare l'attenzione sulla scelta dell'eletto, da cui essi discendono: una scelta che il legislatore elettorale affida in tutto e per tutto alla mera decisione dell'eletto.

L'art. 85 decreto del Presidente della Repubblica n. 361/1957 - come novellato dalla legge n. 52/2015 - non contiene, infatti, alcuna disposizione che vincoli l'opzione del candidato capolista plurieletto a qualsivoglia criterio oggettivo e predeterminato ma la rimette ad una mera valutazione di opportunit  da parte del candidato stesso.

Il dubbio di incostituzionalit  di questa norma  , evidentemente, distinto da quello gi  affrontato circa le candidature «plurime e bloccate» e riguarda, appunto, il momento della scelta del capolista e le modalit  disegnate dal legislatore per il suo esercizio.

Il Tribunale non pu  non rilevare, su questo specifico tema, che il voto di preferenza viene, in questi casi, sostanzialmente annullato nel collegio optato dal capolista. In virtu  dell'opzione, anzi,   del tutto possibile che il candidato che abbia ricevuto molte preferenze (addirittura il pi  votato in assoluto) sia surclassato da uno o pi  candidati di altri collegi, con meno preferenze. L'assenza di qualsivoglia criterio al quale il capolista debba ispirarsi nella scelta rende impossibile per l'elettore effettuare valutazioni prognostiche sulla «utilit » del suo voto di preferenza, dato in favore di un candidato che faccia parte di una lista con capolista candidato anche in altri collegi, non potendosi effettuare alcuna previsione circa le modalit  con cui, all'esito del voto, quel capolista eserciter , in caso di vittoria plurima, la sua scelta.

Imprevedibilit  ulteriormente confermata dal meccanismo alternativo alla scelta, costituito dal sorteggio.

Ne' il contenuto inequivoco dell'art. 85 cit. consente di intravedere una interpretazione che superi i rilievi che si sono esposti.

La scelta del collegio nel quale il candidato plurieletto vorr  conseguire la proclamazione, in quanto rimessa al suo mero arbitrio, si concreta in una distorsione tra il voto di preferenza espresso dagli elettori e il suo esito «in uscita» in quel collegio che appare irrazionale rispetto al diritto di uguaglianza e libert  del voto, in quanto lede in modo eccessivo tale diritto, senza che vi sia un altro correlativo valore di rilievo costituzionale da salvaguardare. Ne' pu  invocarsi, in proposito, il valore della governabilit  perche' questo, al pi , viene in considerazione laddove il legislatore ha dato il giusto rilievo, con il sistema del «blocco» della candidatura del capolista e con la possibilit  di operare anche una candidatura multipla, all'interesse delle forze politiche che esprimono le liste elettorali di riservare, in caso di vittoria elettorale, un seggio sicuro alla Camera a favore di personalit  da loro prescelte.

Appare, invece, eccessivamente sproporzionato perseguire il valore della governabilit  oltre che con il descritto sistema di garanzie delle candidature bloccate e multiple, con un ulteriore meccanismo che consente, senza una specifica ragione, di escludere dal Parlamento (quale che sia la ragione che in concreto guida la scelta del candidato plurieletto) un candidato senza che tale scelta sia condizionata dal numero di voti di preferenza ottenuti dal candidato destinato all'esclusione, ovvero da altro sistema che consenta di salvaguardare nel massimo grado possibile il voto di preferenza espresso dagli elettori in favore di chi non   capo lista.

Non   quindi manifestamente infondato il dubbio sollevato dai ricorrenti in ordine alla non conformit  agli articoli 3 e 48 comma II Costituzione dell'art. 85 decreto del Presidente della Repubblica n. 361/1957 come modificato dall'art. 2 comma 27 legge n. 52/2015 nella parte in cui attribuisce al capolista eletto in pi  collegi la facolt  di optare in modo illimitato (se si eccettua il limite temporale di 8 giorni) e cioe' non vincolandola a criteri oggettivi e predeterminati, rispettosi - nel massimo grado possibile - della

volonta' espressa dagli elettori.

In conclusione, per tutte le ragioni esposte, devono essere dichiarate rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di costituzionalita' sollevate nel giudizio, tutte indicenti sulle modalita' di esercizio della sovranita' popolare (art. 1 Cost., comma 2, 3, 48 II comma Cost.), aventi ad oggetto:

- l'art. 1 comma 1 lettera f) [sono attribuiti comunque 340 seggi alla lista che ottiene, su base nazionale, almeno il 40 per cento dei voti validi o, in mancanza, a quella che prevale in un turno di ballottaggio tra le due con il maggior numero di voti, esclusa ogni forma di collegamento tra liste o di apparentamento tra i due turni di votazione] e art. 2 comma 25 «art. 83» [relativamente al novellato comma 5: «Qualora la verifica di cui al comma 1, numero 5), abbia dato esito negativo, si procede ad un turno di ballottaggio fra le liste che abbiano ottenuto al primo turno le due maggiori cifre elettorali nazionali e che abbiano i requisiti di cui al comma 1, numero 3). Alla lista che ha ottenuto il maggior numero di voti validi al turno di ballottaggio l'Ufficio assegna 340 seggi. L'Ufficio procede poi a ripartire proporzionalmente i restanti seggi tra le altre liste di cui al comma 1, numero 3), ai sensi del comma 3. L'Ufficio procede quindi all'assegnazione dei seggi ai sensi del comma 4.»], della legge n. 52/2015;

- l'art. 85 decreto del Presidente della Repubblica n. 361/1957 come modificato dall'art. 2 comma 27 legge n. 52/2015.

P.Q.M.

Il Tribunale di Torino dichiara rilevanti e non manifestamente infondate, in relazione agli articoli 1 comma 2, 3 e 48 comma 2 Costituzione, le questioni di legittimita' sollevate in relazione agli articoli:

1 comma 1 lettera f) della legge n. 52/2015;

2 comma 25 «art. 83» della legge n. 52/2015 in relazione al novellato comma 5;

85 decreto del Presidente della Repubblica n. 361/1957 come modificato dall'art. 2 comma 27 legge n. 52/2015.

Manda alla Cancelleria di notificare la presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri, nonche' di darne comunicazione al Presidente del Senato della Repubblica e al Presidente della Camera dei deputati e alle parti del presente giudizio.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti, comprensivi della documentazione attestante il perfezionamento delle prescritte comunicazioni e notificazione, alla Corte costituzionale.

Sospende il giudizio in corso.

Si comunichi.

Torino, 5 luglio 2016

Il giudice: Contini

fonte: <http://www.gazzettaufficiale.it/>

**3.1. Memoria per pubblica udienza del 4 ottobre 2016 nel procedimento n.163/2016 Reg. ord. nell'interesse degli avvocati on. Felice C. BESOSTRI e Angelo IANNACCONE del Foro di Milano**

**CORTE COSITUZIONALE**

**MEMORIA PER PUBBLICA UDIENZA 4 X 2016**

**nel procedimento n.163/2016 Reg. ord.** (G.U. 27/07/2016 1 SS. n.30)

nell'interesse degli avvocati on. **Felice C. BESOSTRI e**

**Angelo IANNACCONE** del Foro di Milano, che si difendono in proprio, costituiti con atto datato 29 luglio 2016 indicando ex art. 5 delle Norme integrative per i giudizi innanzi alla Corte Costituzionale del 7 ottobre 2008 la PEC XXXXX per la ricezione delle comunicazioni.

Vista la comunicazione della fissazione della Pubblica Udienza del 4 ottobre 2016 le parti intervenienti intendono contribuire alla decisione della Corte Costituzionale con questa Memoria e partecipando alla discussione con le modalità e per il tempo, che questa Corte vorrà concedere.

**I°-Peculiarità dell'intervento**

I soggetti intervenienti sono soggetti titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio, cioè l'accertamento del loro diritto di votare in conformità alla Costituzione (Corte Cost. sent. n. 279/2006), al pari dei ricorrenti nel giudizio *a quo*. Gli intervenienti ritengono, inoltre, di vantare una posizione giuridica qualificata in rapporto alla questione oggetto del giudizio di costituzionalità (ord. 389/2004), in quanto cittadini elettori, cioè appartenenti al corpo elettorale, che è espressione del popolo, titolare della sovranità ex art.1 c. 2 Cost. nell'esercizio del diritto di voto, che è una delle forme precipue, in cui la sovranità è esercitata in una democrazia rappresentativa con forma di governo parlamentare. Infatti, con altri cittadini elettori residenti nel distretto della Corte d'Appello di Milano hanno depositato in data 6 novembre 2015 un ricorso ex art. 702 *bis* c.p.c. presso il Tribunale Civile di Milano ( doc.1). Il ricorso assegnato alla Prima Sezione Civile, G.U. Flamini con il N.R.G 64293/15 è stato deciso con Ordinanza del 21 giugno 2016 (doc. 1 Mem. cost.), che è stata tempestivamente impugnata ( doc. 2 Mem. cost.) con atto notificato il 22 luglio 2016 e il relativo giudizio pende innanzi alla Corte d'Appello Civile di Milano, con

il N. R.G. 3435/2016 . Il giudizio di appello non è stato sospeso o rinviato in attesa della decisione di questa Corte nel proc. n. 163/2016 Reg. Ord..

Come si può desumere dall'atto introduttivo del giudizio presso il Tribunale di Torino il ricorso di Milano è nel suo complesso identico e fa parte di una serie di ricorsi ex art. 702 *bis* c.p.c. o atti di citazione (Tribunali di Genova e Napoli) presentati in 23 Tribunali di città capoluogo di Corte d'Appello. Tranne in due casi Torino e Messina( che presenta una sua autonoma redazione e una decisione in rito non condivisa dai giudici, che si sono espressi sul punto, compresi quelli che hanno dichiarato i ricorsi inammissibili, Tribunali di Ancona e Milano, o infondati, Tribunale di Catanzaro ), chiamati alla stessa pubblica udienza del prossimo 4 ottobre non sono state emesse ordinanze ex art. 23 legge n. 87/1953, ma 3 ordinanze di rigetto, cioè oltre che dal Tribunale d Milano (doc. 1 Mem. cost.) dai Tribunali di Ancona ( doc. 2) e Catanzaro (doc. 3). Delle altre azioni proposte 2 risultano formalmente rinviate a data successiva all'udienza del 4 ottobre 2016, anche con espresso riferimento al *referendum* ex art. 138 Cost. , come ad esempio deciso dal Tribunale di Bari (doc. 4). Il Tribunale di Genova ha emesso una sentenza parziale sulle eccezioni pregiudiziali di inammissibilità respingendole (doc.5) Negli altri 15 casi sui ricorsi il giudice unico si è riservato e si è in attesa dello scioglimento della riserva, la più antica è del 3 febbraio 2016, ovvero non è stata ancora tenuta la prima udienza, per i due ricorsi depositati dopo la fatidica data del 1°luglio 2016. Sulla ammissibilità di ricorsi depositati prima del 1° luglio c.a. o sull'interesse a ricorrere ex art. 100 c.p.c. Sono questioni affidate ai giudici, in 4 casi d'appello e possono essere rilevanti per questo giudizio soltanto se venisse accolta l'eccezione di inammissibilità svolta nell'atto d'intervento dall'Avvocatura dello Stato, per non esserci stati atti applicativi della legge n. 52/2015 e quindi lesione dei diritti costituzionali dei ricorrenti. A questa eccezione si replicherà a tempo debito brevemente.

Queste notizie sono fornite alla corte Costituzionale perché evidenziano che una tutela effettiva e efficace, che significa anche tempestiva, come richiederebbero l'art. 13 della CEDU e lo stesso art. 113 Cost. non è agevole, anche per la mancanza di un giudice competente per la violazione di diritti fondamentali e che la tutela accordata dalla sentenza n. 1/2014 e dalla Connessa n 8878/2014 della Suprema Corte di Cassazione, Prima Sezione Civile, risultando limitata alle leggi elettorali per il Parlamento, dopo la sentenza n. 110/2015 in tema di elezioni dei parlamentari spettanti all'Italia nel Parlamento Europeo, che è stata interpretata al di là della fattispecie decisa, ma applicabile a tutti i casi in cui sia teoricamente possibile impugnare le operazioni elettorali, compresa la proclamazione degli eletti innanzi al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 126 e ss. del Titolo VI - Contenzioso sulle operazioni elettorali del c.p.a. Approvato con D.lgs n. 104/2010 in attuazione della norma di delegazione ex art. 76 Cost. data con l'art. 44 legge n, 69/2009. Di questo sono testimonianza le decisioni prese dal Tribunale di Firenze (doc.6.) e da quello di Bari (doc. 7), che hanno interpretato decisioni di inammissibilità come rigetto e hanno esteso il giudicato ad altre fattispecie senza sottoporle alla Corte Costituzionale. Una complicazione per avere una tutela tempestiva, effettiva ed

efficace è stata provocato dalla scelta di adire più Tribunali, perché hanno messo in luce che in questioni nuove non vi siano opinioni omogenee neppure in rito. La scelta di non agire giudizialmente presso un solo tribunale è derivata dalla esperienza, per alcuni degli avvocati coinvolti personale e diretta. L'azione di accertamento del diritto di votare secondo Costituzione in relazione alla legge n. 270/2005 era stata proposta, da avvocati e cittadini elettori di diverse regioni italiane, con atti di citazione innanzi al Tribunale Civile di Milano nel 2008, la sentenza di rigetto impugnata innanzi alla corte d'Appello di Milano nel 2011, che confermava il rigetto nel 2012 e soltanto dopo in ricorso in Cassazione si otteneva l'ordinanza della Prima Sezione Civile della Cassazione n. 12060/2013, che dava luogo alla storica sentenza n. 1/2014 e infine alla sentenza della Cassazione Civile n. 8878/2014. Le leggi elettorali di Camera e Senato come modificate dalla legge n. 270/2005 erano state applicate alle elezioni generali del 2006 e 2008 prima della proposizione dell'azione di accertamento e nel 2013 in pendenza di giudizio: non si voleva attendere 6 anni per avere un giudizio di costituzionalità sulla legge n. 52/2015, che anche in caso di successo si sarebbe svolto dopo le elezioni del 2018 o addirittura del 2023. La nuova iniziativa giudiziale ha, comunque, prodotto in poco più di un anno 2 remissioni alla Corte Costituzionale, che saranno decise dopo la pubblica udienza del 4 ottobre p.v., 3 decisioni di rigetto, tutte appellate ed una sentenza parziale sulle eccezioni pregiudiziali. Nessuna decisione è passata in giudicato nemmeno sul rito, che per il Tribunale remittente di Messina era di competenza collegiale e con evocazione obbligatoria del PM. Se questa decisione avesse fatto scuola sarebbero stati azzerati tutti gli altri 20 giudizi pendenti, perché 18 erano stati proposti con ricorso ex art. 702 *bis* c.p.c. e nei 2 instaurati con atto di citazione non era stato citato il PM. Sul punto non si è formato alcun giudicato, ma paradossalmente le ordinanze di rigetto hanno dovuto essere motivate anche sul punto della competenza del giudice monocratico, che non sono state ovviamente appellate sul punto. Per dare un'idea delle sabbie mobili nelle quali si devono muovere i ricorsi abbiamo avuto due decisioni contrapposte. Il tribunale di Brescia in composizione collegiale con ordinanza del 16/06/2016 ha stabilito che la competenza fosse monocratica perché ex art. 70 c.p.c. le cause da decidere in composizione collegiale, come deroga al principio del Giudice Unico, sono tassative e che la presenza obbligatoria del PM ex art. 50 c.p.c. non sussistesse (doc. 8). In altro Tribunale, quello di Potenza, era presa la decisione contraria: in un ricorso ex art. 702 *bis* c.p.c., già assegnato a giudice unico, si decideva di assegnarlo al Tribunale in composizione collegiale previa integrazione del contraddittorio con l'ufficio del PM (doc. 9). Successivamente il Tribunale di Potenza in composizione collegiale con ordinanza del 16/06/2016 deposita il successivo giorno 8/07/2016 (doc. 10) dichiarava che “**Sussiste l'interesse ad agire dei ricorrenti**” (pag.3) e che “**La circostanza che l'entrata in vigore[sic!] delle norme censurate sia stata individuata all'1.07.2016 è del tutto irrilevante**” (pag.4) e disponeva una sospensione impropria in attesa del giudizio sull'ordinanza di Messina con rinvio al 06/12/2016.

Attesa la peculiarità della situazione gli intervenienti si affidano al prudente apprezzamento della Corte Costituzionale, ricordando che in un giudizio di ammissibilità di quesiti referendari furono ammessi per la prima volta partiti e movimenti politici organizzati, un gruppo parlamentare del Senato della Repubblica e un singolo elettore. La loro presenza ha contribuito a quel passaggio delle sentenze n. 15 e 16 del 2008, sui sospetti di costituzionalità di un premio di maggioranza svincolato da una soglia in voti o seggi, che ha dato spunto alle azioni giudiziarie concluse con sentenze n. 1/2014 della Corte Cost. e n. 8878/2014 della Corte di Cass. Prima Sez. Civile. Come cercheremo di illustrare è in gioco la *salus Rei Publicae* nell'intreccio tra legge elettorale e *referendum* ex art. 138 Cost..

## II°-Legge elettorale e Revisione costituzionale

Nel dibattito in corso in questa fase pre-referendaria i sostenitori del Sì tendono a escludere un rapporto stretto tra legge elettorale (Atto Camera n. 3 e aggregati) e revisione costituzionale ( testo in G.U. serie generale 15 aprile 2016, n. 88) , cui ha dato avvio il ddl costituzionale di iniziativa governativa (Atto Senato n. 1429) presentato in data **8 aprile 2014** (doc. 11), che, invece, sono, a nostro avviso in stretto rapporto e non solo di successione temporale. Il disegno di legge iniziale( doc. 12) del testo, conosciuto come *Italicum*, prevedeva una nuova legge elettorale per i due rami del Parlamento, Camera dei Deputati e Senato della Repubblica, fino allo stralcio dell'art. 2 del testo unificato approvato in sede referente dalla Prima Commissione della Camera con deliberazione dell'Assemblea del **11 marzo 2014** (doc.11). La revisione costituzionale è stata presentata poco meno di un mese dopo lo stralcio della parte relativa all'elezione popolare diretta del Senato, stralcio derivante dall'impossibilità di trovare un algoritmo, che assicurasse la stessa maggioranza, **non effettiva, ma premiale**, nei due rami del Parlamento, anche nel caso che i due corpi elettorali, differenziati dal diritto attivo di voto, votassero per le stesse liste in identica percentuale. Nella legge elettorale ci sono norme che incidono sulla forma di governo e sui rapporti fra organi costituzionali e, sul funzionamento di istituti come l'elezione del Presidente della Repubblica (art. 83 c.2 Cost. rev.) o la sua messa in stato d'accusa (art. 90), formalmente, quest'ultimo, non oggetto di revisione, e, infine, la composizione della Corte Costituzionale ( art.135 c.6 rev.). La legge n. 52/2015 contiene, quindi, norme **in materia elettorale**, come indica il suo Titolo *Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati, ma anche in materia costituzionale*.

**II.1 Sulla forma di governo:** La sua appartenenza alla materia costituzionale non è in discussione, basta la consultazione di un qualsivoglia manuale di diritto costituzionale italiano e/o comparato. Nel sommario di un pregevole articolo della prof.ssa Lara Trucco##### si legge : “Pur restando nel solco della forma parlamentare disegnata dalla Costituzione, la forma di governo italiana è toccata dalla riforma per effetto principalmente dell'introduzione di un bicameralismo differenziato: in particolare, si registra l'esclusiva valorizzazione dell'asse

##### “Governo: va ancora di moda Westminster?” in *Gli Speciali della Giurisprudenza Italiana*, 2016-pp. 5-18 (doc. 14)



*l'Italicum influirà non solo sulla dinamica della competizione politica, ma anche sul funzionamento concreto delle istituzioni della Repubblica, in particolare Parlamento e Presidenza»* (p. 1-doc.13). Dunque anche per uno dei suoi autori/inspiratori un politologo, come per la prof.ssa Trucco, la legge elettorale incide su materia costituzionale. Nello scritto citato della prof.ssa Trucco il § 7, «**Segue. L'“Italicum”**: il “cuore” della nuova forma di governo» (pp.14-15-doc.14) individua sul versante della cosiddetta “governabilità” la verifica «della sorte dell'attuale cumulo, nella medesima persona, della carica di Presidente del Consiglio e di quella di Segretario Nazionale del partito “di maggioranza”», perché il controllo dell' Esecutivo sui lavori parlamentari<sup>\*\*\*\*\*</sup> «che dell'approvazione dell'“Italicum” ha costituito la premessa, nello stesso “Italicum” potrebbe trovare un fondamentale strumento di consolidamento.». Una via italiana al modello Westminster<sup>+++++</sup> ? Gli intervenienti ne dubitano, in quanto in tutti i paesi caratterizzati da un Premier o Kanzler/ in forti il sistema politico è caratterizzato da partiti forti, ben strutturati ed organizzati, in grado di sostituire il/la leader: non è il caso italiano, nel quale i partiti sono deboli. Il potere del Presidente del Consiglio/Segretario nazionale del partito beneficiario del premio di maggioranza è un potere di fatto, non validato da norme, scritte o no, di rango costituzionale come è il caso del/la Cancelliere/a tedesco e del/la Premier britannica. Non si dubita, anche in critici della revisione costituzionale, che la forma, ma solo la forma, di governo sia rimasta parlamentare, in quanto le relative norme del **TITOLO III-II Governo, SEZIONE I-II Consiglio dei ministri** non sono state modificate ad eccezione degli artt. 94 e 96 Cost. con l'eliminazione dei riferimenti diretti o indiretti al Senato della Repubblica. Il Presidente del Consiglio non ha ottenuto né di poter sostituire ovvero proporre di sostituire i ministri, né di promuovere lo scioglimento anticipato. Non si è introdotto l'istituto della sfiducia costruttiva, così cara al modello tedesco e che in Germania ha dato ottima prova, come fattore di stabilità degli esecutivi, neppure di quelli regionali, preferendo la formula *simul stabunt, simul cadent*, che accentua il ruolo del vertice esecutivo a scapito dell'assemblea legislativa. In generale il rafforzamento del ruolo del Presidente del Consiglio, nell'intreccio tra legge elettorale e revisione costituzionale non deriva da suoi nuovi e maggiori poteri, quanto, piuttosto dall'indebolimento del Parlamento e della Presidenza della Repubblica<sup>#####</sup> ottenuto con norme oblique e più come effetto indiretto della legge elettorale sulle norme costituzionali, come vedremo in prosieguo.

**III° Sulla forma partito: tra leader e capo politico della lista.** La legge elettorale, con questo mi riferisco al T.U. per l'elezione dei deputati, DPR n. 361/1957, è nelle norme di

\*\*\*\*\* Compresa la richiesta del voto di fiducia su tre articoli alla Camera dei Deputati in violazione dell'art. 72 c.4 Cost..

+++++ In tal senso, ad es. A. Barbera, *La nuova legge elettorale e la “forma di governo” parlamentare*, in *Quad.Cost.*, 2015,666 (nota 87, p.14-doc. 14).

##### Cfr. S. Gambino, *Revisione costituzionale e riforma elettorale. Dalla democrazia costituzionale a prospettive post-costituzionali per la democrazia italiana?*, in *dirittiregionali.it*, 361; e sull'accentuazione degli elementi personalistici della contesa e sulla violazione della libertà di voto nella procedura di approvazione cfr. F. Lanchester, *Un contributo per il discernimento costituzionale*, in AIC Osservatorio Costituzionale, del 13/4/16

principio perfettamente aderente all'art. 49 Cost., perché il riferimento è sempre a “*i partiti o movimenti politici organizzati*”, sia che intendano presentare liste di candidati (art. 14 T.U.) ovvero che si candidano a governare (art. 14 bis T.U.). Per l'art. 49 Cost. è un diritto di tutti i cittadini “*di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale*”, che in una repubblica democratica con forma di governo parlamentare è il principale esercizio della sovranità che appartiene al popolo nelle forme e nei limiti della Costituzione ( art. 1 c. 2 Cost.). La formula costituzionale è molto pregnante in quanto l'espressione che la sovranità **appartiene** al popolo è molto più vincolante di espressioni del tipo *promana* o *deriva* dal popolo, ma nel contempo esclude anche forme plebiscitarie per cui quando il popolo si esprime a maggioranza può decidere o ratificare quel che vuole: **forme** e **limiti** sono stabiliti direttamente dalla Costituzione.

In realtà il T.U. dà per scontato che esista una legge di attuazione dell'art. 49 Cost. perché sia la presentazione del contrassegno ( art. 15 T.U.), che della designazione dei rappresentanti del partito o del gruppo per ogni circoscrizione (art. 17) sia effettuata da persona munita di mandato autentificato da notaio, del presidente o segretario del Partito, con l'art. 2 c. 7 lett.b) della legge n. 52/2015 si è imposto il deposito al Ministero oltre che del contrassegno del « proprio statuto di cui all'articolo 3 del decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 13,»

Invero con la legge n. 270/2005 veniva introdotto nel D.P.R. 361/1957 un «Art. 14-*bis*. – 1. I partiti o i gruppi politici organizzati possono effettuare il collegamento in una coalizione delle liste da essi rispettivamente presentate. Le dichiarazioni di collegamento debbono essere reciproche.

2. La dichiarazione di collegamento è effettuata contestualmente al deposito del contrassegno di cui all'articolo 14. Le dichiarazioni di collegamento hanno effetto per tutte le liste aventi lo stesso contrassegno.

3. Contestualmente al deposito del contrassegno di cui all'articolo 14, i partiti o i gruppi politici organizzati che si candidano a governare depositano il programma elettorale nel quale dichiarano il nome e cognome della persona da loro indicata come capo della forza politica. I partiti o i gruppi politici organizzati tra loro collegati in coalizione che si candidano a governare depositano un unico programma elettorale nel quale dichiarano il nome e cognome della persona da loro indicata come unico capo della coalizione. Restano ferme le prerogative spettanti al Presidente della Repubblica previste dall'art. 92 della Costituzione.

4. Gli adempimenti di cui ai commi 1, 2 e 3 sono effettuati dai soggetti di cui all'articolo 15, primo comma

5. Entro il trentesimo giorno antecedente quello della votazione, gli Uffici centrali circoscrizionali comunicano l'elenco delle liste ammesse, con un esemplare del relativo contrassegno, all'Ufficio centrale nazionale che, accertata la regolarità delle dichiarazioni,

provvede, entro il ventesimo giorno precedente quello della votazione, alla pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* dell'elenco dei collegamenti ammessi».

In seguito alla mancanza di previsione di coalizioni, il nuovo art. 14 bis DPR n.361/1957 prevede che *“i partiti o i gruppi politici organizzati che si candidano a governare depositano il programma elettorale nel quale dichiarano il nome e cognome della persona da loro indicata come capo della forza politica”*. Apparentemente nulla è cambiato, se non la cancellazione della previsione di indicare *“il nome e cognome della persona da loro indicata come **unico** capo della coalizione*. Solamente, come dice un noto detto inglese che *“il diavolo si annida nei dettagli”* non si è tenuto conto del fatto che nel DPR n.361/1957 all'art. 14 tra i vari divieti posti ai simboli dei partiti o movimenti politici organizzati non è posto alcun divieto, a tutela delle prerogative del Presidente della Repubblica ex art. 92 Cost., di inserire sulla scheda elettorale, all'interno del contrassegno della lista, anche il nome del leader della forza politica e la funzione cui aspira. Per tale via finirà certamente per comparire sulla scheda elettorale il nome del candidato premier, con l'indicazione della carica (si ricorda, nel recente passato, il contrassegno della forza politica “Il Popolo della Libertà” con l'indicazione “Berlusconi Presidente”), che peraltro era una delle forze politiche coalizzate e non l'unica. E' innegabile quindi che subito dopo la consultazione elettorale emergerà una lista vincitrice e l'indicazione precisa del capo della forza politica, che ha espresso quella lista, quale soggetto che ha superato vittoriosamente la competizione elettorale proprio in posizione di futuro capo dell'esecutivo. Sappiamo che in passato l'indicazione proveniente dal corpo elettorale è stata giudicata compatibile (Corte Cost sentenza n. 23/2011) con le prerogative del Presidente della Repubblica ex art. 92 Cost., perché intesa quale mera “anticipazione” del risultato delle future “consultazioni”, che in caso di coalizioni vincitrici avevano comunque un senso seppur ridotto, in quanto ci si era presentati con il nome di **un capo unico della coalizione**. E' ben vero che la presentazione di una lista è sempre stata prevista in alternativa ad una coalizione, ma a causa del forte meccanismo premiale, annullato con la sentenza n. 1/204, nelle elezioni del 2006, 2008 e 2013 la competizione è sempre stata tra coalizioni, cioè tra liste composite, che unite soltanto o prevalentemente dallo scopo di ottenere il premio di maggioranza non hanno garantito la stabilità degli esecutivi sia nel 2006, che nel 2008, il che ha consentito al Presidente di riassumere in pieno le proprie prerogative presidenziali. Le elezioni del 2013 hanno dimostrato che quel meccanismo premiale non era in grado di assicurare stabilità degli esecutivi dando luogo a una trasmigrazione tra gruppi e schieramenti di maggioranza ed opposizione che è difficile seguire. Il capo della coalizione ha perso importanza politica e quindi il nuovo assetto si gioca sulla coincidenza tra segretario o presidente del partito, cioè dal solo soggetto teoricamente legittimato a presentare liste di

---

“Né può ritenersi che l'esercizio di un simile potere, nelle ipotesi in cui l'impedimento consista nello svolgimento di funzioni di governo, sia di per sé lesivo delle prerogative del Presidente del Consiglio dei ministri, o si ponga in contrasto con il principio della separazione dei poteri. Va detto, innanzitutto, che la disciplina elettorale, in base alla quale i cittadini indicano il «capo della forza politica» o il «capo della coalizione», non modifica l'attribuzione al Presidente della Repubblica del potere di nomina del Presidente del Consiglio dei ministri, operata dall'art. 92, secondo comma, Cost., né la posizione costituzionale di quest'ultimo”. <http://www.giurcost.org/decisioni/2011/0023s-11.html>

candidati compresi i capilista e il capo della lista, che come figura distinta dal leader del partito non si giustificerebbe, se la lista fosse espressione di un partito o movimento politico organizzato, ma come nel passato non è così, perché accanto alle previsioni normali si è sempre favorito la presentazione di contrassegni composti, rappresentativi di più partiti e forme di collegamento tra liste anche per beneficiare dell'esenzione dall'obbligo di raccolta di firme, cui non sfugge anche l'*Italicum*, grazie al combinato disposto dell'art. 2, c.36 della legge n. 52/2015, come norma transitoria e dell'art. 18 bis T.U. come modificato dall'art. 2 c. 10 della legge n.52/2017 e delle possibilità di collegamento delle liste di candidati dei collegi uninominali della Val d'Aosta e del Trentino-Alto Adige/Südtirol, che concorrono ex articolo 83 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957, come modificato dall'art. 2 c. 25 della legge n.52/2015 alla determinazione delle cifre elettorali nazionali delle liste ai fini del raggiungimento delle soglie di cui al comma 1, numero 3); per l'individuazione della lista che ha ottenuto la maggiore cifra elettorale nazionale ovvero delle liste ammesse all'eventuale ballottaggio; ai fini del conseguimento della percentuale di cui al comma 1, numero 5). Non vi è quindi nessuna garanzia che ad un'unica lista, che concorra alle elezioni corrisponda un solo partito o movimento politico organizzato. **Se questo fosse stato il caso non si giustifica la previsione di un capo della lista, se non al fine attraverso un ballottaggio, cui partecipa la lista, di cui è leader del Partito per statuto e capo della forza politica ex art. 14 bis T.U\*\*\*\*\*., con la facoltà che nel contrassegno compaia il suo nome ed anche la carica cui aspira, di ottenere una consacrazione popolare, assimilabile ad un'elezione diretta, che accompagnata da un premio di maggioranza di 340 seggi su 630 fa un unico soggetto, che possa chiedere e ottenere la fiducia. Tale fatto gli garantisce, comunque, di escludere/condizionare le prerogative costituzionali ex art. 92 Cost. anche senza contare su eletti nella circoscrizione estero e nei collegi uninominali di Val d'Aosta e Trentino-Alto Adige/Südtirol. Si tratta di un'inammissibile sostituzione della forma di governo e di incidenza sulle prerogative del Capo dello Stato con una legge ordinaria.** Un annullamento parziale della legge elettorale limitato al premio di maggioranza attribuito in seguito a ballottaggio, prospettato dall'ordinanza del Tribunale di Torino a giudizio degli intervenienti non sarebbe sufficiente a rimediare al vulnus all'ordinamento costituzionale perpetrato.

#### ***IV° Premio di Maggioranza, Presidente del Consiglio dei Ministri e Presidente della Repubblica***

L'art. 1 c.1 lett. f) della legge n. 52/2015 stabilisce: “f) sono attribuiti comunque 340 seggi alla lista che ottiene, su base nazionale, almeno il 40 per cento dei voti validi o, in mancanza, a quella che prevale in un turno di ballottaggio tra le due con il maggior numero di voti, esclusa ogni forma di collegamento tra liste o di apparentamento tra i due turni di

---

\*\*\*\*\* Se le parole hanno un senso se la lista fosse espressione di un partito o movimento politico organizzato nella legge sarebbe definito come **capo del partito o del movimento politico organizzato** e non come **capo della forza politica**.

votazione<sup>+++++</sup>”: il premio è, quindi, in misura fissa di seggi indipendentemente dal fatto che sia conseguito al primo turno. Sono esclusi dal meccanismo premiale i 12 seggi della Circoscrizione Estero della Camera dei Deputati ex art.56 c. 2 Cost. e pertanto il premio di maggioranza di 340 seggi, riguarda 618 deputati, secondo i complessi calcoli dell’art. 83 T.U., come sostituito dall’art. 2 c. 25 9 della legge n. 52/2015, con l’ulteriore complicazione costituita dai 9 collegi uninominali di Val d’Aosta e Trentino-Alto Adige/Südtirol, che eleggono anch’essi al primo turno complessivamente 12 deputati, come la Circoscrizione Estero. Partiti e movimenti politici organizzati tra loro collegati, per esempio che facciano parte della maggioranza di governo uscente possono decidere di presentarsi con un’unica lista, che possa trovare l’equilibrio tra le diverse anime attraverso il meccanismo dei 100 capolista, la cui elezione è garantita, e il collegamento con le candidature nei collegi uninominali di Val d’Aosta e Trentino-Alto Adige/Südtirol. Una tale strategia conviene soltanto se si punta a raggiungere/superare il 40% dei voti validi al primo turno. Nel caso che l’obiettivo non sia realistico conviene allora che le liste che presentino candidati nei collegi uninominali non facciano alcuna dichiarazione di collegamento. In tal caso, i voti conseguiti nei collegi uninominali non si conteggiano ai fini dell’art. 83 c.6 T.U., come modificato dall’Italicum, ma i seggi sono comunque assicurati e gli elettori delle due regioni privilegiate partecipano, a differenza degli appartenenti alla Circoscrizione Estero, al ballottaggio, quindi i loro voti non sono perduti. Ottenuta la nomina formalmente nel rispetto dell’art. 92 Cost. il capo della forza politica con il più alto quoziente elettorale al primo turno o vincitrice del ballottaggio forma un governo, che può contare almeno su 340 deputati, quale che sia stato il consenso in percentuale di voti al primo turno. Nella formazione del Governo non né vincolato alla lista vincitrice, ma potrà/dovrà tenere conto delle indicazioni date dalle liste sopra soglia del 3% e di quelle che hanno presentato candidati nei collegi uninominali, che quindi dispongono di deputati aggiuntivi rispetto ai 340 della lista vincitrice. Nella formazione del Governo il Presidente del Consiglio può tenere conto anche delle liste rimaste sotto soglia, che abbiano dato favorevole dichiarazione di voto per il secondo turno, ma per il ragionamento qui svolto non ha importanza. L’art.90 Cost. non è stato oggetto di revisione, quindi la maggioranza assoluta del Parlamento in seduta comune per la messa in stato d’accusa del Presidente della Repubblica non è stata cambiata, ma in termini numeri sì. A Costituzione vigente invariata il Parlamento in seduta comune è composto da 630 deputati e 315 senatori elettivi e nel caso concreto di 2 senatori di diritto e 4 a vita: la maggioranza assoluta, quindi non può essere inferiore a 473 voti calcolando solo gli elettivi ovvero 477, nel caso che si ricostituiscia il plenum dei senatori ex art. 60 c.2 Cost.. In caso di approvazione della revisione costituzionale la maggioranza assoluta scende drasticamente, perché Camera e Senato totalizzano complessivamente 730 membri, cui si aggiungono soltanto i senatori a vita ( quelli di nomina

---

<sup>+++++</sup> Nel primo testo unificato dell’*Italicum* approvato in Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati, invece, “Come già anticipato, qualora nessuna lista o coalizione di liste abbia raggiunto almeno il 35 per cento del totale dei voti validamente espressi, si procede al ballottaggio e alla lista o coalizione di liste che abbia ottenuto il maggior numero di voti al tale turno viene assegnata una quota di seggi pari a 327 seggi”.(Relazione p. 12, col. II-doc. 12)

presidenziale sono ricompresi nel numero dei senatori): la maggioranza assoluta diventa di 367 voti. La lista maggioritaria della Camera dei Deputati, che corrisponda o no ad un solo partito, per raggiungere la maggioranza assoluta deve conquistare soltanto 26 voti: un obiettivo facilmente raggiungibile se si considera che la lista che abbia conquistato il 40% dei voti validi o vinto il ballottaggio avrà sicuramente degli eletti nella Circoscrizione Estero o un collegamento politico con gli eletti nei collegi uninominali, ma anche ammesso che governi in solitario è sufficiente che conquisti 26 senatori tra sindaci e consiglieri regionali, appartenenti allo stesso partito del Capo del Governo e comunque ricattabili perché in scadenza di mandato o, come i sindaci in numero di 21, sensibili alla benevolenza finanziaria del governo. In ben 10 circoscrizioni senatoriali (8 Regioni e 2 Province autonome) su 21 ci sono due senatori e in altre 2 tre#####, di cui uno sindaco. Il consigliere regionale senatore è soggetto a frequenti rinnovi e quindi è condizionabile. Per la prima volta nella storia della nostra democrazia repubblicana un solo partito/lista, che risponde al Presidente del Consiglio ha alla portata di mano la possibilità di mettere in stato d'accusa o di minacciare di mettere in stato d'accusa il Presidente della Repubblica. Se poi si tratta di una maggioranza di governo, più ampia della lista di maggioranza tributaria del premio potrebbe quasi prescindere dal **Senato** **Risulta evidente che lo squilibrio numerico i tra i due rami del Parlamento ed il premio di maggioranza in misura fissa di seggi della Camera dei deputati ha introdotto un grave squilibrio tra organi costituzionali, tra i due rami del Parlamento, che concorrono ancora paritariamente alle modifiche della Costituzione e all'approvazione delle leggi costituzionali(art. 70 Cost. rev.) e tra il Parlamento e la Presidenza della Repubblica, rispetto al disegno dei padri e delle madri costituenti.**

Per l'intreccio tra la legge elettorale *Italicum* e la revisione costituzionale soggetta a referendum ex art. 138 Cost. non solo è aumentato il condizionamento del Presidente del Consiglio e della sua maggioranza premiale, quindi artificiale, sul Presidente della Repubblica in carica, ma anche l'elezione del futuro Presidente, quando quello in carica sia cessato per qualsivoglia ragione, compresa la volontà di non sottostare ad un eventuale procedimento di messa in stato d'accusa#####. L'art. 83 Cost., a differenza del 90 Cost., è stato cambiato in misura consistente, passando da due scrutini a maggioranza dei 2/3 dell'assemblea a tre e dal quarto scrutinio non è più sufficiente la maggioranza assoluta, bensì, ai sensi del nuovo secondo periodo del secondo comma dell'art. 83 Cost. rev., "**la maggioranza dei tre quinti dell'assemblea**", cioè 438 voti al netto dei Senatori di diritto. Con il solo premio di maggioranza alla Camera di 340 seggi occorrerebbero il voto compatto del Senato. La situazione cambia a partire dal settimo scrutinio perché "**è sufficiente la maggioranza dei**

##### Tabella seggi Senato Regioni (doc. 15)

##### Sia chiaro che gli intervenienti non prospettano, anzi escludono, che vi siano timori di una messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica e che promotore sia il Presidente del Consiglio, ma evidenziano una possibile situazione di conflitto tra organi costituzionali al vertice dello Stato dopo che la revisione costituzionale entrasse in vigore e ci fosse stata una elezione con la legge n. 52/2015 nel test vigente al 4 ottobre 2016, cioè prima dell'esame e della decisione della Corte Costituzionale.

*tre quinti dei votanti*” (terzo periodo del secondo comma art. 83 Cost. rev.), senza previsione di alcun quorum di partecipazione ovvero la precisazione che i tre quinti fossero almeno pari alla maggioranza assoluta del Parlamento in seduta comune. La preoccupazione degli intervenienti non è tanto che attraverso promesse o pressioni si abbassasse il numero dei votanti per favorire la lista detentrici del premio di maggioranza e i suoi alleati di governo, ma il fatto che il detentore/controllore del premio di maggioranza alla Camera possa scegliersi il suo candidato ed imporlo, ma che è matematicamente in grado di escludere che possa essere eletto un candidato sgradito. Sottraendo dal totale del Parlamento in seduta comune i 340 seggi restano 390 componenti, 392 con 2 senatori di diritto insufficienti per raggiungere i tre quinti.. L’aspetto inquietante è che il detentore/controllore dei voti di blocco non ha nessuna ragione di temere lo stallo. **Contro ogni logica di garanzia, infatti, le funzioni sostitutive e di supplenza del Presidente della Repubblica non spettano più al Presidente del Senato,** cioè del ramo del Parlamento composto da 95 senatori rappresentativi delle istituzioni territoriali e da 5 senatori nominati dal Presidente della Repubblica tra cittadini illustri ai sensi dell’art. 59 Cost.. Il supplente del capo dello Stato è ora il Presidente della Camera dei Deputati, cioè l’espressione della maggioranza parlamentare generosamente premiata con le elezioni svolte con l’*Italicum*. **La nostra Costituzione disegna un equilibrio, fra organi costituzionali e fra le due Camere una loro alterazione non può essere il frutto di una legge ordinaria e di una revisione costituzionale che formalmente non incide sulla forma di governo e sulle prerogative del Presidente della Repubblica, che sono obiettivamente ridotte a simulacro per la nomina del Presidente del Consiglio e che lo sottopone alla sua vigilanza per la facilitazione della messa in stato d’accusa**

***V° Premio di maggioranza in misura fissa di seggi: un’insanabile contraddizione costituzionale.***

Gli intervenienti come tutti i cittadini italiani sono interessati all’efficienza e all’efficacia dell’azione governativa, di esse la stabilità è una componente, ma non esclusiva e neppure, in astratto preponderante, anzi l’inamovibilità di un governo incompetente è il pericolo maggiore. Gli intervenienti sono anche interessati a non vedere diminuita il loro diritto alla rappresentanza. In breve i principi affermati nella sentenza sono condivisi e si è promossa, insieme con altri cittadini elettori di diverse parti d’Italia, un’azione per l’accertamento del proprio diritto di votare secondo Costituzione in quanto sostanzialmente l’*Italicum* presenta gli stessi vizi di costituzionalità della legge n. 270/2005, soltanto con una dose di furbizia maggiore e di ipocrisia. Certamente i collegi sono di dimensione ridotta da tre a nove e in due regioni vi sono addirittura 9 collegi uninominali, e in Trentino-Alto Adige si eleggono 11 deputati, 8 direttamente e 3 con recupero proporzionale di rispettabile entità, molto superiore al 25% del *Mattarellum* ( legge n.277/1993), perché pari al 37,5%. Le liste di candidati sono corte, ma questo avvantaggia ancora di più il capolista, la conoscibilità è assicurata, ma a maggior ragione deve essere garantita la libertà di scelta in quanto per l’art. 48 c. 2 Cost. il voto è **personale** e per l’invariato art, 56 c. 1 Cost. **diretto**. Le concrete modalità di voto sono

contenute nell'art. 59 bis T.U. come modificato dall'art. 2 c. 21 legge n. 52/2015\*\*\*\*\*. Il capolista beneficia di tutti i voti dati alla lista compresi quelli espressi con il solo voto di preferenza, anche se i voti così espressi fossero la maggioranza assoluta dei voti espressi o per assurdo la quasi totalità. Il candidato/a che si attiva per ottenere voti di preferenza personali, che si trasformano in voti di lista, per ogni voto conquistato contribuisce in prima istanza all'elezione del capolista: la violazione dell'art. 51 c.1 Cost. è evidente, perché non sono candidati in condizione di eguaglianza. Della violazione dell'art. 48 c. 2 e dell'art. 56 c. 1 Cost. si è già detto.

Per le concrete modalità di attribuzione dei seggi occorre esaminare con attenzione gli artt. 77 e 83 T.U. come modificati rispettivamente dai commi 24 e 25 dell'art. 2 legge n. 52/2015, la distribuzione dei seggi avviene a livello nazionale dopo aver verificato che la lista non rappresentativa di una minoranza linguistica in una regione a statuto speciale abbia superato il 3% nazionale. Quindi una lista che fosse maggioritaria in un collegio o in una circoscrizione non produrrebbe eletti, con l'effetto che in quel collegio o circoscrizione vi sarebbero degli eletti, grazie al comportamento di elettori di collegi e circoscrizioni nei quali non erano candidati. Per motivare la sentenza n. 1/2014 la Corte Cost. è stata costretta a fare riferimento a giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht-BVerfG* (Tribunale Costituzionale Federale) in quanto giudice costituzionale di un ordinamento simile al nostro e con una norma in tema di elezioni, l'art. 38 *Grundgesetz* (Legge Fondamentale) sovrapponibili al nostro art. 48 c. 2 Cost., del quale la *BverfG* dà una rigida interpretazione dell'aggettivo diretto (*unmittelbar*) eguale (*gleich*), come nel caso dei cosiddetti mandati aggiuntivi+++++.

Non si vuole mettere in discussione la legittimità in astratto di un premio di maggioranza ma di quello concretamente deliberato alla luce della Costituzione e dei principi della sent. n. 1/2014. Sorprende che il premio sia lo stesso sia se sia stato conquistato al primo turno con almeno il 40% dei voti validi ovvero quale che sia stata la percentuale del voto al primo turno in caso di vittoria nel ballottaggio tra le due liste più votate, tra quelle sopra soglia di accesso. Nel testo unificato iniziale (doc. 12) invece, molto opportunamente si distingueva tra il premio al primo turno con il 35% a una lista o coalizione di 340 seggi ovvero in seguito al ballottaggio ridotto a 327. Un premio inversamente proporzionale al consenso elettorale collide con ogni criterio di ragionevolezza e sconfessa l'eguaglianza del voto e di condizioni di eguaglianza

\*\*\*\*\* 21. Dopo l'articolo 59 del decreto del Presidente della Repubblica n. 361 del 1957, è inserito il seguente: «Art. 59-bis. - 1. Se l'elettore traccia un segno sul nominativo del candidato capolista, senza tracciare un segno sul contrassegno della lista medesima, si intende che abbia votato per la lista stessa. 2. Se l'elettore traccia un segno su una linea posta a destra del contrassegno, senza tracciare un segno sul contrassegno della lista medesima, si intende che abbia votato per la lista stessa. 3. Se l'elettore esprime uno o due voti di preferenza, senza tracciare un segno sul contrassegno della lista medesima, si intende che abbia votato anche per la lista stessa.

+++++ Sentenza del Secondo Senato del 3 luglio 2008 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/07/cs20080703\\_2bvc000107.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/07/cs20080703_2bvc000107.html) e ancora più di recente la sen. del Secondo Senato del 25 luglio 2012 - 2 BvF 3/11 -- 2 BvR 2670/11 -- 2 BvE 9/11 - [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2012/07/fs20120725\\_2bvj000311.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2012/07/fs20120725_2bvj000311.html)

delle candidature in quanto i candidati della seconda miglior lista ammessa al ballottaggio hanno maggiori *chance* di essere eletti con un minor numero di voti . **Tuttavia la contraddizione maggiore è quella con il divieto di mandato imperativo ex art. 67 Cost.** Se l'elezione , grazie la premio di maggioranza, comporta l'obbligo di votare la fiducia del capo, che sia stato nominato Presidente del Consiglio o i provvedimenti presentati dal suo governo ai sensi dell'art. 72 c. 7 Cost. rev. come essenziali per il programma di governo od anche di non presentare mozioni di sfiducia. La violazione dell'art. 67 Cost. è pacifica, perché è escluso che l'obbedienza ad una maggioranza costituisca osservanza dell'art. 54 Cost. di svolgere una funzione pubblica con disciplina ed onore.

### ***VI° L'Ordinanza del Tribunale di Torino e le norme correlate***

L'Ordinanza del Tribunale di Torino critica il sacrificio della rappresentanza, che è massimo nel caso di attribuzione del premio a lista vincitrice di un ballottaggio. La previsione di un turno di ballottaggio tra le due liste più votate, per attribuire irragionevolmente lo stesso premio di maggioranza di 340 seggi è un espediente per eludere il principio enunciato nelle sentenze della Corte Costituzionale nn. 15 e 16 del 2008, 13 del 2012 e affermato nella sentenza n. 1/2014 dell'incostituzionalità di un premio di maggioranza in assenza della previsione "di una soglia minima in voti o seggi".

Nessuna soglia di accesso è prevista per il turno di ballottaggio, né per le singole liste, né per il complesso delle 2 liste ammesse e neppure un quorum minimo di partecipazione elettorale degli aventi diritto, escludendo in radice che ci sia una proposta di governo accettabile dagli elettori per giustificare il sacrificio del principio della rappresentanza e dell'uguaglianza di voto: dove un ballottaggio è previsto sia pure tra candidati (Francia), vi è sempre un riferimento tra percentuale di voto e sua corrispondenza ad un quota di cittadini iscritti nelle liste elettorali. Altra anomalia del turno di ballottaggio è che da esso sono esclusi gli elettori della Circoscrizione estero, ma invece sono ammessi gli elettori della Val d'Aosta e del Trentino Alto Adige/Südtirol, che hanno eletto i loro 12 deputati al primo turno, esattamente come la Circoscrizione Estero di ben maggiore consistenza numerica del corpo elettorale, pur non partecipando "*alla ripartizione dei seggi assegnati nella restante parte del territorio nazionale*" (art. 83 c. 6, ult. periodo T.U.). L'art. 1 c. 1 lett.a) legge n. 52/2015 prevedeva norme speciali per le circoscrizioni Valle d'Aosta/Vallee d'Aoste e Trentino-Alto Adige/Südtirol. Tali norme sono precisate dall'art. 2 c. della legge n. 52/2015, che integra l'art. 2 T.U. aggiungendo alla fine il comma: «1-bis. La circoscrizione Trentino-Alto Adige/Südtirol è costituita in otto collegi uninominali determinati ai sensi dell'articolo 7 della legge 4 agosto 1993, n. 277. La restante quota di seggi spettante alla circoscrizione è attribuita con il metodo del recupero proporzionale, secondo le norme contenute nel titolo VI del presente testo unico». Il capitolo VI del T.U è stato integrato/modificato dai commi 29-32 dell'art. 2 della legge n. 52/2015 e presentano particolarità che collidono con gli artt. 3, 48 e 51 Cost. e che si riflettono sul turno di ballottaggio, pur eleggendo la totalità della loro rappresentanza al primo turno. Con il Senato

della vigente Costituzione erano previste norme speciali per la Val d'Aosta e il Molise, ma con norma di rango costituzionale (art. 57 c, 3 Cost.), nessuna eccezione era prevista per la Camera dei Deputati. Orbene agli intervenienti pare che siano violati elementari principi di eguaglianza dei cittadini di fronte al voto e grazie ad una legge ordinaria. Questi privilegiati eleggono direttamente e liberamente i propri rappresentanti alla Camera, quelli del Trentino-Alto Adige beneficiando di un recupero proporzionale, la loro rappresentanza non è toccata dal premio di maggioranza, è previsto soltanto che si conteggino nei seggi della lista beneficiaria del premio di maggioranza se il candidato si presenta con lo stesso contrassegno ovvero la lista si colleghi ad un candidato. Partecipino al ballottaggio e quindi determinano la rappresentanza nelle altre 18 circoscrizioni e negli altri 100 collegi. Il loro voto pesa il doppio dei normali cittadini. Sono Regioni a Statuto speciale o Province autonome abitate da minoranze linguistiche con una tutela speciale elettorale con la legge n. 18/1979 per il Parlamento europeo per la minoranza francese della Val d'Aosta, quella tedesca della Provincia di Bolzano, ma anche la slovena del Friuli Venezia Giulia

### ***VII°L'intervento dell'Avvocatura dello Stato***

*Tamquam non esset*

### ***IX° Autoremissione e Conclusioni***

1. L'ordinanza del Tribunale di Torino del 05/07/2016 (notificata alla cancelleria di codesta Ecc.ma Corte il 20/07/2016, Reg. ord. n. 163 del 2016) sollevava - in ordine alla risoluzione della causa Ciotti Luigi Pio e al altri 16 C/ Presidente del Consiglio dei ministri e Ministro dell'Interno - incidente di costituzionalità avente ad oggetto alcune delle Disposizioni in materia di elezioni della Camera dei deputati recate dalla legge 6 maggio 2015, n. 52 (c.d. "Italicum"). I due profili, che secondo il Tribunale torinese meritano lo scrutinio di codesta Ecc.ma Corte, attengono:

- da un lato agli artt. 1, comma 1, lett. f) e 2, comma 25 [sostitutivo dell'art. 83, in relazione al novellato comma 5, del Decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361] della legge n. 52/2015 (recante il premio di maggioranza, con attribuzione di 340 seggi della Camera dei deputati alla lista che ottiene, su base nazionale, almeno il 40 per cento dei voti validi o, in mancanza, il maggior numero di voti validi al ballottaggio; ripartizione proporzionale ed assegnazione dei seggi tra le restanti liste);

- dall'altro lato all'art. 2, comma 27 [modificativo dell'art. 85 del Decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361] della legge n. 52/2015 (recante la previsione per il deputato eletto in più collegi plurinominali dell'obbligo di dichiarare al Presidente della Camera, entro otto giorni dalla proclamazione, il collegio plurinomiale prescelto e, in caso di mancata opzione, la previsione del sorteggio).

I parametri invocati dal magistrato torinese, per lo scrutinio, si fondano sugli artt. 2, 3 e 48, comma secondo della Costituzione, in ordine alla lesione di diritto fondamentale della persona, alla violazione del principio di uguaglianza ed alla lesione del principio della libertà ed uguaglianza del voto. A pagina 31 dell'ordinanza la prima delle due censure si appunta sul mancato rafforzamento – ad opera del sistema del ballottaggio - dell'elemento di rappresentatività del voto: vi si stigmatizza, anzi, che la legge impugnata sul punto “adotta disposizioni che allontanano da questo obiettivo, dato che solo per questa fase il legislatore pone un esplicito divieto di apparentamento o coalizione tra liste. Tale divieto, evidentemente espressione di un favore per la governabilità (ritenendosi più stabile una maggioranza ottenuta da una sola lista, invece che da una coalizione di liste) risulta tuttavia irrazionale in quanto rende il voto espresso al turno di ballottaggio eccessivamente sbilanciato in favore di tale valore, a scapito del valore – di rilievo costituzionale - della rappresentatività del voto che viene, in tal modo, eccessivamente compresso proprio in vista della sua idoneità a far conseguire alla lista vincitrice il controllo della Camera dei deputati”.

Si tratta, con tutta evidenza, di considerazioni strettamente correlate con quella – di cui pure l'ordinanza fa menzione a pagina 12 – secondo cui «in caso di attribuzione del premio di maggioranza in sede di ballottaggio (al quale non possono accedere coalizioni di liste, ma solo le due liste risultate vincitrici al primo turno) la pretesa di affermare, come fa il primo comma del nuovo art. 14 *bis*, che “restano ferme le prerogative spettanti al Presidente della Repubblica previste dall'art. 92 secondo comma della Costituzione” sarebbe una vacua formalità, essendo stato, in realtà, completamente svuotata tale prerogativa, non potendo far altro, il Capo dello Stato, se non prendere atto del risultato del primo turno ovvero del ballottaggio».

Il giudice di Torino ha disatteso la parte di questa considerazione che atteneva all'articolo 92 Cost. in quanto manifestamente infondata, ma ha eluso l'altra parte che - nella circostanza di un premio di maggioranza attribuito ad una sola lista vincente – paventa “un mutamento della forma di governo, da parlamentare ad un premierato assoluto tendenzialmente presidenzialistico, ma senza i contrappesi della forma di governo presidenziale classica (USA), con conseguente surrettizio mutamento della forma di governo, aggirando la procedura prevista dall'art. 138 Costituzione”.

La rilevanza di tale profilo della questione - che al giudice di Torino, in quella sede, appariva dubbia - non lo è per codesta Ecc.ma Corte, che nella veste di giudice *a quo* dinanzi a sé stessa può agevolmente apprezzare la non manifesta infondatezza della doglianza in ordine alla violazione del disposto dell'art. 1 e 138 della Costituzione e come essa si riverberi sulla risoluzione della questione sottoposta da Torino. Pregiudiziale allo scrutinio sollecitato dal remittente è, infatti, accertare se la stessa legge n. 52 del 2016 - nella sua interezza e per le motivazioni di seguito indicate - abbia alterato la forma di governo parlamentare, tutelata dalla

rigidità della Costituzione (articolo 138) e dalla disposizione secondo cui “la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione” (art. 1, c. 2 Cost.); tra le forme ed i limiti, infatti, vanno sicuramente annoverati quelli dettati dall’articolo 72, quarto comma della Costituzione, secondo cui la “procedura normale di esame e di approvazione diretta da parte della Camera è sempre adottata per i disegni di legge in materia costituzionale ed elettorale (...)”.

Si rappresenta che, ai fini del giudizio sulle questioni proposte con le ordinanze in premessa, è pregiudiziale valutare la legittimità costituzionale della legge n. 52 del 2016 in riferimento agli articoli 138, 1 secondo comma e 72 quarto comma Cost., secondo quanto richiesto dalla costante giurisprudenza di codesta Corte, che ammette l’autorimessione per la legge contiene la disposizione impugnata, quando lo scrutinio si configura come pregiudiziale e strumentale per definire la questione di legittimità costituzionale principale (tra le tante, sentenza n. 195 del 1972; nonché [ordinanze n. 42 del 2001](#); [n. 197](#) e [n. 183 del 1996](#); [n. 297](#) e [n. 225 del 1995](#); [n. 294 del 1993](#); [n. 378 del 1992](#)).

2. Essendo il Parlamento il cuore del sistema democratico costituzionale rappresentativo, da cui tutti gli altri organi politici derivano, la compromissione della Sua funzione legislativa riverbera direttamente sull’intera comunità politica, sia quando essa si manifesti come Corpo elettorale che deve eleggere *democraticamente, liberamente ed egualmente* i suoi rappresentanti in Parlamento (e quindi la legittimazione ad agire dei singoli cittadini, dei partiti e movimenti politici), sia quando si manifesti come libero associazionismo per la determinazioni di vari obiettivi politici da far perseguire dai parlamentari e dalle forze politiche, in un Parlamento dotato di un effettivo potere politico costituzionale e non subordinato al Governo nello stesso esercizio della propria funzione legislativa (e quindi - di nuovo - la legittimazione ad agire dei singoli cittadini, dei partiti e movimenti politici, nonché degli altri enti esponenziali di interessi politici diffusi). Si tenga a mente, infatti, che secondo l’art. 1 comma 2 Cost. la sovranità è attribuita al *Popolo* in varie *forme* e determinati *limiti*.

Il pericolo che si fronteggia va letto nel contesto in cui il nuovo sistema concede il premio di maggioranza ad una sola lista: la Camera, con i suoi 630 deputati - in virtù delle competenze ad essa assegnate dal nuovo dettato della Costituzione, così come verrebbe delineato in caso di approvazione del testo pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 88 del 15 aprile 2016 - potrebbe senza difficoltà decidere, a maggioranza, in merito a tutte o quasi tutte le cariche istituzionali. Il sistema complessivo risulterebbe quindi privo di bilanciamento, ovvero di quei pesi e contrappesi necessari per garantire l’equilibrio politico istituzionale tra poteri, e tra le diverse forze politiche in campo, a piena garanzia del popolo sovrano.

L’esigenza del bilanciamento tra i poteri è stata storicamente affermata da codesta Ecc.ma Corte fronteggiando l’uso incostituzionale della decretazione d’urgenza: ne sono derivate la

graduale chiusura alla possibilità di reiterazione dei decreti legge non convertiti, la difesa dell'omogeneità dei decreti-legge sia dalla carenza dei presupposti costituzionali di necessità e di urgenza##### che dalla “deformazione” della natura tipica della legge di conversione#####. Eppure, l'atavico desiderio dell'Esecutivo - di appropriarsi della funzione legislativa del Parlamento - non si limita all'abuso della decretazione d'urgenza: la medesima modalità, censurata con la citata sentenza n. 32 del 2014, vale per la trattazione di moltissimi disegni di legge ordinaria, spesso di iniziativa del Governo. Anche per loro si è data ulteriore attuazione alla prassi, anch'essa incostituzionale, della posizione della questione di fiducia su di un maxi-emendamento presentato direttamente in Aula dal/per conto del Governo.

L'illegittimità costituzionale, di una simile prassi di approvazione, viene esaltata quando si sottopone a scrutinio il momento genetico della legge 6 maggio 2015, n. 52, avendo la presidente Boldrini ammesso il voto di fiducia su materia costituzionale ed elettorale: l'art. 72 Cost. non parla di disegni di legge costituzionali ed elettorali, ma usa la più ampia espressione “in materia costituzionale ed elettorale”, e ciò come riconoscimento del fatto che il sistema politico è strettamente connesso con il sistema elettorale e che la guisa in cui si bilancia rappresentatività e governabilità – al di là della forma prescelta, di legge ordinaria – entra a far parte della Costituzione in senso materiale. Invece, la trattazione del disegno di legge - che ha dato luogo alla legge detta *Italicum* - aggira del tutto la procedura di revisione *ex art.* 138 Cost., come già sottolineato da numerosi Autori (cfr. per tutti, Claudio De Flores, *La riforma della legge elettorale*, in *Costituzionalismo.it*, 18 maggio 2015). La forma di governo è materia sostanzialmente costituzionale: la violazione delle procedure parlamentari necessitate costituzionalmente – ad opera dell'occasionale maggioranza che esprime il governo – è sia la causa che l'effetto del profondo squilibrio dei poteri che si produce con la legge elettorale\*\*\*\*\*, per cui gli evocati parametri della Costituzione comportano la necessità dell'autorimessione. Ciò a tutela

---

##### Sabino Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Il Mulino, 2015, pp. 53, 72, 86-87, 94, 172 e *passim*  
 ##### V. Antonello Lo Calzo, *I profili procedurali della conversione in legge e gli effetti applicativi della decisione nell'ottica della Corte costituzionale (osservazioni alla sentenza n. 32 del 2014 alla luce della sentenza n. 237 del 2013)*, in Consulta online, 2015.

\*\*\*\*\* Dimostrato dal fatto che, dopo l'annullamento della precedente legge elettorale del 2005 ad opera della sentenza n. 1/2014, il Senato ha surrogato 6 senatori (Domenico Auricchio è subentrato ad Alessandra Mussolini; Laura Fasiolo ad Isabella De Monte, Paolo Tosato a Massimo Bitonci; Bartolomeo Amidei a Pierantonio Zanettin; Stefano Bertacco a Maria Elisabetta Alberti Casellati; Mara Valdinosi a Rita Ghedini) e la Camera 26 deputati (Paolo Rossi in sostituzione della deputata Simona Bonafè; Roberto Occhiuto in sostituzione del deputato Lorenzo Cesa; Settimo Nizzi in sostituzione del deputato Salvatore Cicu; Nicola Ciraci in sostituzione del deputato Raffaele Fitto; Emiliano Minnucci in sostituzione del deputato Enrico Gasbarra; Giuseppe Romanini in sostituzione del deputato Kashetu detta Cécile Kyenge; Vanessa Camani in sostituzione della deputata Alessandra Moretti; Francesco Prina in sostituzione della deputata Alessia Maria Mosca; Anna Maria Carloni in sostituzione del deputato Massimo Paolucci; Camilla Sgambato in sostituzione della deputata Pina Picierno; Lorenzo Becattini in sostituzione del deputato Biffoni; Federico Massa in sostituzione del deputato Decaro; Giovanni Lolli in sostituzione del deputato Giovanni Legnini; Trifone Altieri in sostituzione del deputato Antonio Leone; Giovanni Falcone in sostituzione del deputato Renato Balduzzi; Gianluca Fusilli in sostituzione del deputato Giovanni Lolli; Marco Bergonzi in sostituzione della deputata Federica Mogherini; Paola Boldrini in sostituzione della deputata Emma Petitti; Ludovico Vico in sostituzione del deputato Massimo Bray; [Andrea Maestri](#) in sostituzione del deputato [Lapo Pistelli](#); [Beatrice Brignone](#) in sostituzione del deputato [Enrico Letta](#); [Giovanni Palladino](#) in sostituzione del deputato [Luciano Cimmino](#); [Antonio Cuomo](#) in sostituzione del deputato [Fulvio Bonavita](#); [Maurizio Baradello](#) in sostituzione del deputato [Paolo Vitelli](#)), applicando nella più totale indifferenza le norme annullate, *tamquam non esset* la decisione della Corte Costituzionale.



- che “Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato” (art. 67 Cost.) e, pertanto, se vuole rappresentare la nazione, il mandato gli deve essere conferito attraverso un procedimento elettorale conforme a Costituzione: è importante sottolineare che la rappresentanza della Nazione spetta ad ogni membro del Parlamento e non all’organo parlamentare. Alla stessa stregua la Nazione è rappresentata dal corpo elettorale e da ogni membro dello stesso;
- che l’esercizio della sovranità presuppone che la legge elettorale sia conforme alla Costituzione, altrimenti non sarebbe esercitata nelle forme e nei limiti della Costituzione;
- che il corpo elettorale, al pari del Parlamento, del Governo e del Capo dello Stato debba essere qualificato come organo costituzionale#####;
- che la sovranità è indivisibile e pertanto quella in capo al popolo appartiene al singolo elettore come appartenente al Corpo elettorale, ed anche “nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità” (art. 2 Cost.);
- analogamente, che ciascun membro del Parlamento, possa e debba agire per Esso.

3. Giusta la recente giurisprudenza costituzionale sulla conoscibilità dei vizi *in procedendo* della procedura legislativa (v., da ultimo, la sentenza n. 32 del 2014)#####, ma anche visto il mutato atteggiamento sulla «giustiziabilità» dei regolamenti parlamentari#####, si sottopone a codesta Ecc.ma Corte la valutazione, circa la violazione dell’articolo 70 e dell’articolo 72 della Costituzione nella procedura di approvazione della legge.

Il Governo, per accelerare il procedimento di approvazione e proteggerlo dai franchi tiratori in votazioni a scrutinio segreto, ha imposto alla Camera la votazione con la “questione di fiducia” #####. La Costituzione prevede, all’art. 94, c. 1., che il Governo deve avere la fiducia delle due Camere e che ciascuna Camera accorda o revoca la fiducia, mediante mozione

##### Mauro Volpi in *Diritto Pubblico Comparato*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 369.

##### Una tematica non sconosciuta all'estero: cfr. Sophie Hutier, “*Le contrôle de la procédure parlementaire par le Conseil constitutionnel*”, tesi discussa l’11 luglio 2015, Aix/Marsiglia, Istituto [Louis Favoreu \(Groupe d’Études et de Recherches comparées sur la Justice Constitutionnelle\)](#). V. anche Damien Chamussy, *La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel*, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 38 (Dossier : Le Conseil constitutionnel et le Parlement) - janvier 2013.

##### Michela Manetti, *La Corte costituzionale ridefinisce l'autonomia delle Camere (ben oltre i regolamenti parlamentari e l'autodichia)*, Rivista AIC, ottobre 2014: con la sentenza n. 120 del 2014 «è ammesso “in linea di principio” il sindacato sulle disposizioni regolamentari adottate ai sensi degli artt. 64 e 72 Cost., disposizioni ritenute in passato assolutamente insindacabili». La Corte Cass., SS. UU. Civ., ord. 19 dicembre 2014, n. 26934 ha in proposito dichiarato che “né appare concretamente ipotizzabile che l’autonomia del Senato, che certamente ha una posizione garantita di alto profilo in ragione della centralità e della primazia del Parlamento, possa bilanciarsi, fino a comprimerlo del tutto, il diritto alla tutela giurisdizionale”: un discrimine tra tutele - in base ad una tesi “funzionalista” - era stato proposto dal disegno di legge n. 1560/XVI del senatore Maritati, allegato agli atti del ricorso che ha dato luogo alla citata ordinanza di rimessione n. 26934/2014, ma codesta Ecc.ma Corte ancora non ha depositato la relativa sentenza nonostante l’udienza svoltasi il 19 aprile 2016.

##### *Verbale seduta n. 417 di martedì 28 aprile 2015 della Camera dei deputati.*

motivata e votata per appello nominale. Accanto alla mozione di fiducia/sfiducia prevista dalla Costituzione i Regolamenti delle Camere hanno da tempo introdotto la “questione di fiducia” che il Governo può porre per far approvare senza intoppi una legge ritenuta di massima importanza o addirittura dirimente (come l'*Italicum*): ciò avviene con la messa al voto palese di uno o più testi, su cui è posta la “questione”, in modo che bastano una o più votazioni per approvare l'intera legge (per l'*Italicum* all'ultima lettura della Camera le questioni votate furono tre).

Questo meccanismo si differenzia non poco dal normale procedimento legislativo: con la “questione di fiducia” infatti, la legge viene votata a blocchi di articoli, presentando un emendamento che raggruppi gli articoli sui quali viene chiesta la fiducia, secondo la prassi del Senato della Repubblica, od articolo per articolo (art. 116 Reg. Camera): ne deriva che decadono tutti gli emendamenti presentati dai singoli parlamentari, i tempi della discussione vengono limitati e ai deputati o senatori non resta che esprimersi con un sì o con un no#####. Nella seduta del 27 aprile 2015 della Camera dei Deputati la presidente Boldrini, rispondendo alle critiche rivolte dal deputato Crippa (M5S) all'ammissione della questione di fiducia posta sulla legge elettorale n. 52/2015, affermò che il Governo, per sua prerogativa costituzionale, può porre la fiducia in ogni fase del procedimento legislativo, a norma dell'art. 116, comma 4, del Regolamento della Camera, il quale non comprende la materia elettorale tra quelle escluse dalla stessa prerogativa del Governo.

La Presidente, on. Boldrini, incorse in un evidente errore: ella non tenne in alcun conto della gerarchia delle fonti tra Costituzione e Regolamenti parlamentari. Infatti l'art. 116 Cost. non comprende la materia elettorale, né quella costituzionale, non a motivo che essa non rientra tra le materie escluse per le quali non è possibile porre la questione di fiducia ma, invece, perché essa non rientra tra le materie per cui la questione di fiducia può venir ammessa. Il procedimento legislativo per le leggi elettorali è regolato direttamente dalla Costituzione all'art. 72, comma 4, ove si dice che “la procedura normale di esame e approvazione diretta da parte della Camera è sempre adottata per i disegni di legge in materia costituzionale ed elettorale...”. Non è un caso che il Costituente abbia utilizzato la locuzione “in materia”: intendendo prescindere dal *nomen juris* dei disegni di legge, egli intendeva indicare un corpus di norme che facciano sistema e che, quale che sia la loro veste legislativa, attengono alla forma di governo e con essa vivono, in essa si legano e di essa si alimentano; le medesime che, se alterate nel loro interno equilibrio, spiegano un effetto pernicioso - e potenzialmente mortifero - sulla sopravvivenza della forma di governo parlamentare delineata dalla Costituzione.

---

##### Si tratta, in verità, di una prassi controversa cui hanno fatto ricorso sia i governi di centro-destra che quelli di centro sinistra, bollata da insigni costituzionalisti come Aini, Rescigno, Labriola, e persino censurata dal Presidente della Repubblica Ciampi nel messaggio alle Camere del 16 dicembre 2004, ma che tuttora sopravvive.



*esplicitamente sulla fiducia, assume pertanto il carattere di una discussione politica, tendente ad influire sullo stesso voto di fiducia: non è riferibile quindi, in alcun modo, all'articolo 85, ma va disciplinata alla luce del principio generale di cui all'articolo 43, secondo il quale non si può parlare più di una volta nel corso della stessa discussione, sia pure senza limiti di tempo»*+++++

Non è un caso che la “riserva di Assemblea” sia disposta al quarto comma dell'articolo 72 Cost. anche per i disegni di legge elettorali: è infatti acquisizione condivisa in dottrina che la legge elettorale politica, anche senza avere la veste formale del rango costituzionale, ed anche le garanzie rafforzate, sia un costitutivo essenziale della Costituzione materiale nonché della forma di governo. Andrebbero pertanto estesi alla materia elettorale tutti i riguardi previsti e ricavabili dal complesso dei principi e procedure costituzionali per le revisione costituzionale, specificamente in merito all'estraneità della materia elettorale dall'indirizzo di governo, e quindi in merito al divieto della questione di fiducia su di essa, come sulla materia costituzionale *tout court*#####. Del resto, anche in dottrina si è stigmatizzato che una vera e propria trasformazione - in negativo della legge elettorale, da neutra a politica - si è «resa manifesta quando sulla legge elettorale il governo ha posto la questione di fiducia, con una mossa che ha due soli precedenti: la legge Acerbo, e la cosiddetta “legge truffa”, che meritano una considerazione ravvicinata»#####. Il Presidente del consiglio in carica *pro tempore*, signor Matteo Renzi, recentemente - in sede ufficiale e nella sua qualità di Presidente del Consiglio dei Ministri - ha dichiarato tra l'altro: «*Il punto vero però è che **le riforme costituzionali non fanno mettere le fiducia [grassetto nostro], ma hanno restituito fiducia agli italiani***»\*\*\*\*\*. Se le riforme costituzionali “non fanno mettere” la fiducia, questo vale per l'art. 72 c. 4 Cost. anche per quelle elettorali.

È solo in questa legislatura che la questione di fiducia è stata posta su leggi elettorali, pur essendosene susseguite parecchie nel settantennio repubblicano. I precedenti di voti di fiducia su leggi elettorali sono pochi ed inquietanti. Fu posto per la legge “Acerbo” del 18 novembre 1923, n. 2444, che prevedeva l'assegnazione dei 2/3 dei seggi alla lista più votata purché avesse superato almeno il 25% del totale dei voti validi espressi. Con tale legge, che peraltro prevedeva il voto di preferenza, a differenza di quella annullata parzialmente con la sentenza n. 1/2014, si votò il 6 aprile 1924.

Il secondo precedente con la legge elettorale del 31 marzo 1953 n. 148, definita “legge truffa” dalle opposizioni, che assegnava il 65% dei seggi al gruppo di liste collegate, che avesse ottenuto il 50%+1 dei voti validamente espressi: quindi un premio alla maggioranza assoluta. La ragione dell'opposizione era motivata dall'entità del premio, che avvicinava la coalizione

+++++ Resoconti stenografici (estratti) delle sedute della Camera dei deputati del 25 settembre 1980 e del 23 gennaio 1980.

##### Le riforme costituzionali, almeno in una democrazia liberale ed in tempi ordinari, non sono oggetto di programma di governo, per cui cfr. Giampiero Buonomo, *Le due maggioranze*, in «Mondoperaio» n. 6/2014.

##### Carlo Galli, *Metamorfosi. Sulla nuova legge elettorale*, pubblicato su *Centroriformastato.it* il 18 maggio 2015.

\*\*\*\*\* Legislatura 17<sup>a</sup> - Aula - Resoconto stenografico della seduta n. 563 del 20/01/2016.

vincitrice al 66% dei seggi, il *quorum* che avrebbe consentito di escludere il referendum approvativo previsto dall'art. 138 Cost.. I premi delle leggi n. 270/2005 e n. 52/2015 trasformano invece in una maggioranza assoluta calcolata nel 54% dei seggi, 340 su 630, **una maggioranza relativa**, che è sempre **una minoranza assoluta**.

Questo secondo precedente - che sarebbe l'unico in epoca repubblicana - è in realtà un “non precedente”: il Presidente del Senato accolse la richiesta di De Gasperi (di estendere a questo tipo di leggi la questione che, in epoca statutaria, riguardava essenzialmente l'inserimento all'ordine del giorno di un disegno di legge alla cui approvazione la maggioranza annetteva valore determinante per la sua stessa sopravvivenza) con le parole: “*Quindi questo non rappresenta un precedente.*”+++++. Il medesimo Presidente il giorno dopo così qualificò la ricostruzione dell'evento: “*sen. FORTUNATI. Io so che secondo la prassi parlamentare, nel processo verbale normalmente le interruzioni non sono registrate. Mi pare, però, che nella seduta di ieri è partita da lei, onorevole Presidente, una interruzione, durante le comunicazioni del Presidente del Consiglio, di notevole rilievo e di estrema gravità. Mentre il Presidente del Consiglio parlava, ella, in maniera chiara e compresa da tutta l'Assemblea, così lo interrompeva: «Quindi questo non costituisce un precedente?». Io le chiedo, onorevole Presidente, che questa sua richiesta, che non ha avuto dal Presidente del Consiglio alcuna risposta, sia registrata a verbale. PRESIDENTE. Onorevole Fortunati, le posso garantire che nel resoconto stenografico questa interruzione è stata registrata. Comunque, il processo verbale sarà rettificato nel senso da lei richiesto. Se non vi sono altre osservazioni, il processo verbale si intende approvato.*”+++++.

Com'è noto - e si è sopra accennato - il Regolamento del Senato non conosce la sistematizzazione di diritto positivo della questione di fiducia, data dall'articolo 116 del Regolamento della Camera. Questo non può però certo significare che in un ramo essa è consentita e nell'altro ramo essa non fa precedente. Né può avere senso il comportamento del Governo, che l'ha posta alla Camera e non l'ha posta al Senato. Per una ricostruzione normativa che abbia un senso, occorre riferirsi al sistema, il quale, va ricordato, non solo riconosce una specificità ai disegni di legge di cui all'articolo 72 Cost., ma la rende anche conoscibile e giustiziabile dalla Corte costituzionale. Infatti, la legge n. 400 del 1988 esclude tutte le materie sotto riserva di assemblea (comprese quindi le leggi elettorali) dal contenuto dei decreti-legge, e di ciò in sede di conversione diventa giudice la commissione Affari costituzionali. Non è solo oggetto del sindacato sui presupposti del testo licenziato dal Governo: quando si è cercato di eludere la 400 – col “riversarne” i contenuti vietati, sotto forma di emendamento parlamentare al disegno di legge di conversione - si è incorso nella censura espressa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 32 del 2014. Quindi c'è un minimo comun denominatore procedurale, che i disegni di legge con riserva di assemblea comportano: quando attengono sulla materia costituzionale “forma di governo”, la “procedura normale” comporta il divieto di porre la questione di fiducia. Limite che è stato riconosciuto

+++++ SENATO, CMLIII seduta domenica 8 marzo 1953 - Pomeridiana - Presidenza del Presidente PARATORE.  
 +++++ SEDUTA CMLIV lunedì 9 marzo 1953 - Antimeridiana - Presidenza del Presidente PARATORE.



*relazione, ai sensi dell'articolo 44, comma 3, del Regolamento.»\*\*\*\*\*. La fase referente, nella lettura del Senato, non si è conclusa con il mandato al relatore e quindi l'art. 72 c. 4 Cost. non è stato rispettato.*

Al fine di accelerare l'approvazione del testo, e arginare l'ostruzionismo, si è pensato, poi, di presentare un "super-emendamento", il n. 1.103 a firma del senatore PD Stefano Esposito che, grazie a un *escamotage* procedurale, ha inserito nel testo della legge un preambolo (art. 01) riassuntivo dei caratteri essenziali della legge elettorale e delle modifiche che s'intendevano apportare in Senato (diventato l'art. 1 della l. n. 52/2015). Contrariamente alla funzione propria degli articoli introduttivi – in cui sono indicate le finalità della legge e i principi generali cui il Legislatore s'ispira –, l'"emendamento Esposito" ha, così, premesso alla legge un elenco dettagliato di norme, che si riferivano a più articoli del testo pervenuto dalla Camera e ai relativi emendamenti e che ne ha cristallizzato l'impianto, con l'effetto immediato di far decadere 35.80035 dei 48.000 emendamenti presentati e il risultato finale di fissare in un'istantanea i caratteri essenziali della nuova legge elettorale, prima e a prescindere da ogni dibattito in Aula sul merito della legge. La inusuale procedura, per la sua violazione delle regole parlamentari+++++, ha attirato l'attenzione degli studiosi: *«Il primo dei rilievi critici circa la procedura imposta al Senato riguarda l'ammissibilità di un emendamento volto a premettere un "articolo-quadro" al d.d.l. che, più che stabilirne i principi, ne sancisca in via preliminare e definitiva l'assetto normativo. Il Regolamento del Senato non prevede nulla a riguardo ma, disciplinando all'art. 102 i criteri di "Votazione degli articoli e degli emendamenti", stabilisce alcuni importanti principi circa le modalità e l'ordine di votazione di articoli ed emendamenti, proprio a garanzia della trasparenza delle votazioni, del corretto svolgimento dei lavori dell'Aula e della 'disponibilità' delle proposte di legge alla dialettica fra maggioranza e opposizioni. Stabilisce il comma 1: "La votazione si fa sopra ogni articolo e sugli emendamenti proposti, che sono votati prima dell'articolo al quale si riferiscono", specificando al comma 2 che " qualora siano stati presentati più emendamenti ad uno stesso testo, sono posti ai voti prima i soppressivi e poi gli altri, cominciando da quelli che più si allontanano dal testo originario e secondo l'ordine in cui si oppongono, si inseriscono o si aggiungono ad esso" e ancora, al comma 3, che " gli emendamenti ad un emendamento sono votati prima dello stesso".»+++++.*

In pratica è violato l'art. 102 del Regolamento del Senato con gli stessi effetti di un maxi-emendamento sul quale chiedere la fiducia, che è vietata dall'art. 72 c. 4 Cost.. Nello stesso senso conclude l'autrice scrivendo: «Dichiarando prima ammissibile e poi approvando l'"emendamento Esposito", infatti, con una sola mossa di "scacco al re" (o al Parlamento) si è violato l'art. 72, 4° comma Cost. – nella parte in cui prevede che i disegni di legge in materia elettorale siano discussi e approvati "articolo per articolo e con votazione finale" – e i principi

\*\*\*\*\* V. pag. 23 del doc. ult. cit.

+++++ Si tratta di criteri risalenti a Condorcet e consacrati nel "Metodo Bentham" per classificazioni definitive delle proposte concorrenti (v. Giovanni Piccirilli, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*)

##### A. Falcone, *La riforma elettorale alla prova del voto in Senato: il super-emendamento premessivo e il voto 'bloccato' sulla proposta di legge*, Rivista AIC, 1.2015, OSSERVATORIO COSTITUZIONALE Marzo 2015, pagg.10-11.



Presidenza del Senato pose ai voti per primo l'emendamento Esposito, dichiarandoli conseguentemente preclusi ed impedendo così all'Assemblea di pronunciarsi su proposte logicamente anteriori. Si tratta, giova rammentare, della stessa Presidenza del Senato che – un anno dopo, ma nella stessa legislatura – fu oggetto di una serie di pubblici ringraziamenti in Assemblea \*\*\*\*\* per aver preannunciato (in conferenza dei Capigruppo, sulla programmazione dei lavori del disegno di legge Cirinnà sulle unioni civili) che non avrebbe ammesso la presentazione di emendamenti premissivi, operando una moral suasion sulla maggioranza che evidentemente non ritenne di esercitare un anno prima sulla legge elettorale.

Ad una disamina letterale, sistematica, giuridica, storica, e per il merito dello specifico disegno di legge, risulta anche che l'applicazione più propria della cosiddetta "regola del canguro" - vale a dire alla votazione delle parti comuni degli emendamenti, con conseguente effetto preclusivo sugli emendamenti successivi in caso di rieiezione - abbia precluso l'esercizio in Senato (nell'ultima lettura del disegno di legge elettorale in quel ramo del Parlamento) della potestà di iniziativa dei parlamentari (di cui all'articolo 71, comma 1 Cost.), tutelata costituzionalmente anche nella forma di emendamenti. Nella seduta dell'Aula del Senato del 27 gennaio 2015, in cui venne approvato il disegno di legge A.S. n. 1385 "*Disposizioni in materia*

---

ove lo ritenga opportuno, da uno o più esperti scelti dal presidente: (...) 2-*bis*) individua la coalizione di liste o la lista non collegata che ha ottenuto la maggiore cifra elettorale nazionale; (...)»”.

\*\*\*\*\* Senato della Repubblica, XVII legislatura, 581<sup>a</sup> seduta pubblica, resoconto stenografico, 24 febbraio 2016: “CATALFO (M5S). Signor Presidente, vorrei innanzitutto ringraziarla per aver tenuto ieri una Capigruppo informale e aver fatto sapere a tutti i Capigruppo che i sette emendamenti premissivi al disegno di legge Cirinnà sono inammissibili. (...) ROMANI Paolo (FI-PdL XVII). Signor Presidente, intervengo solo perché rimanga agli atti. (...) Visto e considerato che, in base alle dichiarazioni del Presidente del Senato di ieri nella Capigruppo informale, abbiamo quanto meno reso virtuoso il percorso e immaginando, a questo punto, la caduta di tutti gli atteggiamenti ostruzionistici, quelli già dichiarati dalla Lega e quelli *in nuce* per gli emendamenti canguro o similcanguro o premissivi (si era aperta, quindi, la strada per un dibattito, chiaro, sereno, maturo di fronte al Paese sui contenuti del disegno di legge Cirinnà), non vorremmo che, alla sua conclusione - finalmente cominciava in maniera comprensibile per i cittadini - ci trovassimo di fronte a un maxiemendamento sul quale immediatamente si pone la fiducia. Non vorremmo, cioè, che, di fronte a un'apertura del Presidente del Senato, vi fosse un'immediata e rinnovata chiusura della maggioranza e del Governo rispetto al dibattito che ci attendevamo di fare in Aula. (...) DE PETRIS (Misto-SEL). Signor Presidente, la riunione dei Capigruppo è stata un po' imbarazzante nella ricerca di perdita di tempo, perché è evidente a tutti che vi sono contrasti e che ancora non si è trovata la quadra sul maxiemendamento. Signor Presidente, anche oggi sui giornali qualcuno la accusa di non aver reso note prima le inammissibilità degli emendamenti. A quanto pare si continua, però, a voler dilazionare nel tempo le comunicazioni all'Assemblea a proposito delle inammissibilità. (...)”.

Senato della Repubblica, XVII legislatura, 582<sup>a</sup> seduta pubblica, resoconto stenografico, 25 febbraio 2016: “CANDIANI (LN-Aut). (...) L'unico risultato finale è un ulteriore deperimento della credibilità dell'Istituzione che dovrebbe difendere. E non sappiamo e non sapremo mai realmente se quegli emendamenti cosiddetti canguro sarebbero stati inammissibili o meno, perché l'abbiamo letto solo sui giornali: non c'è stato un provvedimento formale del Presidente che ne ha dichiarato l'inammissibilità qui in Aula. Questo purtroppo non lo sapremo mai, ed è una grave mancanza da parte del Presidente, nel rispetto non nostro ma dell'Istituzione, perché questa dovrebbe rispettare, in funzione anche del futuro, perché i precedenti poi diventano importanti. E se il canguro è andato bene quando si trattava di approvare la legge elettorale, e non va più bene quando si tratta di coppie di fatto, c'è un'incongruenza di fondo. Il presidente Grasso avrebbe fatto bene a sgombrare il campo definitivamente rispetto al canguro. (...) CERVellini (Misto-SEL). (...) nessuno può dire è che non potevamo sapere l'esito delle votazioni che avrebbero fatto morire la legge con tutti gli emendamenti premissivi che portava. Al contrario, noi avremmo dovuto rilanciare, dopo che anche il Presidente del Senato, l'unico depositario della valutazione, ha dato successivamente, ovviamente quando era il momento, il giudizio sulla inammissibilità di tutti gli emendamenti premissivi. (...) BUCCARELLA (M5S). (...) come è stato detto e brillantemente illustrato in un articolo ... pubblicato sul sito dell'Associazione italiana costituzionalisti, se un solo voto al singolo articolo, successivo all'approvazione del maxiemendamento, fosse stato negativo, ci sarebbe stato un contrasto tra l'emendamento premissivo che conteneva l'intero dispositivo normativo e un voto contrario anche contro un articolo”.

*di elezione della Camera dei deputati*", venne modificato il testo in votazione, con una votazione per alzata di mano su di proposta di coordinamento formale C1 (testo 2) che nascondeva emendamenti mai votati (violando direttamente la struttura complessa prevista per l'iter legislativo dall'articolo 72 Cost., nella quale deve essere garantito il pieno esercizio delle potestà riconosciute dall'articolo 71, comma 1 Cost.; cfr. *supra*).

Analoga valutazione si sottopone a codesta Ecc.ma Corte – circa la violazione dell'articolo 70 e dell'articolo 72 della Costituzione – in ordine al fatto che, ad una disamina letterale, sistematica, giuridica, storica, e per il merito dello specifico disegno di legge, risulta che la sostituzione dei membri delle Commissioni affari costituzionali delle due Camere - al fine di scegliere membri dello stesso gruppo parlamentare *toto corde* proni all'indirizzo governativo in materia costituzionale - abbia precluso l'esercizio in Parlamento (in ciascuna lettura del disegno di legge elettorale ed in quelle finora compiute del disegno di legge costituzionale) della libertà da vincoli di mandato dei parlamentari (di cui all'articolo 67 Cost.), tutelata costituzionalmente anche nella libertà di votare difformemente da indicazioni dei gruppi parlamentari, o peggio delle frazioni partitiche in Consiglio dei ministri. Incidentalmente, va notato come il corrispondente tedesco del nostro art. 67, cioè il loro art. 38, comma 1 frase 2, sia stato "sempre inteso anche come divieto di mandato imperativo «di partito»". Si deve rilevare, infatti, che l'articolo 67 Cost. garantisce la chiusura, dell'architrave costituzionale del Parlamento rappresentativo, tra l'art. 48, comma 2 Cost. (sul fronte libero cittadino elettore) ed il 49 Cost. (sul fronte cittadino associato liberamente in partiti politici): se cade il libero mandato cadono anche gli altri due pilastri costituzionali. Ed a più forte ragione, in una epoca costituzionale di mancata attuazione del 49 Cost., nella parte in cui stabilisce la finalità di "concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale", il libero mandato ed il voto libero e segreto, personale ed eguale, sono i residui presidi della tenuta democratica dell'intero sistema. Quindi, tornando alla violazione degli articoli 70 e 72 Cost., è di tutta evidenza sia che il potere Legislativo deve, per Costituzione, essere composto attraverso un sistema elettorale che dia quelle garanzie di libertà nel voto dell'elettore, sia - per questo specifico profilo - che il Parlamento debba funzionare nel proprio lavoro (cioè nella produzione legislativa) garantendo quella piena libertà da vincoli di mandato. "I membri del Parlamento, pur eletti con l'organizzazione e l'ausilio dei partiti, rappresentano come tali non il partito, ma la Nazione ed esercitano il proprio ufficio senza vincolo di mandato. Né l'elettorato che li sceglie, né il partito che ne aiuta la scelta, può vincolare gli eletti a deputati e senatori ad una predeterminata linea di condotta, perché in tale caso essi rappresenterebbero una frazione della propria circoscrizione elettorale ovvero un partito cioè una sezione di cittadini (spesso assai esigua) al quale han data la propria adesione".

##### Zanon, *I diritti del deputato "senza gruppo parlamentare" in una recente sentenza del BVfG*, cit., 1150.

##### Relazione al disegno di legge, d'iniziativa del senatore Sturzo, A.S. n. 124, III legislatura, *Disposizioni riguardanti i partiti politici e i candidati alle elezioni politiche e amministrative*; nonché relazione al disegno di legge, d'iniziativa del senatore Compagna, A.S. n. 443, XI legislatura.

Più in generale, nell'*iter* parlamentare - sia del disegno di legge costituzionale che di quello relativo alla legge elettorale politica - sono state perpetrate gravi violazioni dei principi e delle regole procedurali previste nei regolamenti di Camera e Senato, forzandole e piegandole, in violazione dell'art. 72 c. 1 Cost., e quindi 70 Cost., allo scopo di preconstituire artificialmente una maggioranza, nelle rispettive Commissioni affari costituzionali, favorevole al testo del Governo, per consentire poi in Aula le ulteriori forzature dette, nonché la già lamentata posizione della questioni di fiducia.

Anche a volersi attestare su una lettura minimalista dell'ultimo comma dell'articolo 72, per le leggi elettorali non può dirsi ciò che disse la sentenza n. 237 del 2013 (§ 9.5) di codesta Ecc.ma Corte in ordine alla violazione del procedimento ordinario previsto per la legge di delegazione. Mentre in quel caso "i vincoli posti per la legge di delega dal quarto comma dell'art. 72 Cost." furono declinati in modo soddisfacente dal Regolamento del Senato (che "pone sullo stesso piano i disegni di legge di delegazione legislativa e quelli di conversione di decreti-legge, stabilendo (art. 35) che in entrambi i casi sono obbligatorie la discussione e la votazione da parte dell'Assemblea, ed escludendo (art. 36) l'assegnazione in sede redigente alle commissioni permanenti") e dall'art. 96-*bis* del Regolamento della Camera (nella parte in cui "prevede che il Presidente della Camera assigni i disegni di legge di conversione dei decreti-legge alle commissioni competenti, in sede referente"), per le leggi elettorali nessuna di tali procedure speciali è contemplata nella disciplina regolamentare: pertanto, troverà applicazione la sentenza n. 9 del 1959 con cui - come la Corte stessa ricorda, nel citato § 9.5 - essa si era "dichiarata competente a giudicare in ordine al rispetto delle norme costituzionali sul procedimento legislativo, ma non anche sulle previsioni dei Regolamenti della Camera e del Senato, poiché, come affermato nella sentenza n. 78 del 1984, la Costituzione garantisce l'autonomia normativa di entrambi i rami del Parlamento e la peculiarità e la dimensione di tale autonomia". Difettando qui norme regolamentari specifiche, il bene tutelato dalla Carta costituzionale dovrà essere garantito direttamente da codesta Ecc.ma Corte.

Orbene, la violazione della sede referente tutelata dall'articolo 72 ultimo comma Cost. è avvenuta quando la Conferenza dei capigruppo, nel "richiamare" in Assemblea il disegno di legge elettorale, ha interrotto l'esame che la Commissione affari costituzionali del Senato stava conducendo. L'articolo 43 del Regolamento del Senato consente espressamente questa procedura, ma nella sua applicazione non merita la deferenza della Corte verso il Parlamento: quei pochi minuti di trattazione dell'articolato in Commissione non erano certo sufficienti per il rispetto della sede referente. Al di là dell'accezione "formale" della prassi regolamentare, che oramai legittima qualsiasi sopruso ai danni delle minoranze, ciò che si richiede a codesta Ecc.ma Corte è di effettuare una valutazione di tipo sostanziale, accertando come l'esame della Commissione referente non abbia mai avuto inizio. Né si può omettere il bene giuridico tutelato dall'istruttoria della Commissione parlamentare, che era ben presente ai Costituenti in quanto in buona parte vittime della regressione parlamentare compiuta dal 1924 al 1926 anche

attraverso discussioni condotte dalla Camera dei deputati direttamente in Assemblea, per leggi rivelatesi esiziali per la tenuta delle libertà pubbliche

Le procedure seguite, per le norme introdotte con la citata legge n. 52, costituiscono pertanto una menomazione profonda, significativa e permanente della legislazione parlamentare. Sono, a più forte ragione, vere le seguenti considerazioni:

a. il procedimento legislativo è un procedimento complesso, costituito da diverse fasi, che costituiscono esse stesse sub-procedimenti perfetti e conclusi in sé stessi;

b. questi procedimenti interni sono stati portati a conclusione non in maniera serena e pacifica, bensì con tutte (ed altre) le contestazioni di costituzionalità (di merito e procedura) fatte proprie dal presente atto;

c. per loro natura, una legge elettorale politica dà il senso della Costituzione in cui vige, e, al contrario, una Costituzione viene qualificata *democraticamente* e spiegata *politicamente* dalla legge che regge i propri organi rappresentativi; pertanto si tratta di un binomio inscindibile, che non può essere separato nemmeno per ragioni legate alla diversa cronologia della loro rispettiva vigenza. Che le leggi elettorali siano, infatti, “costituzionalmente necessarie” - in quanto «indispensabili per assicurare il funzionamento e la continuità degli organi costituzionali» (Corte costituzionale, sentenza n. 1 del 2014 e n. 13 del 2012; analogamente, sentenze n. 15 e n. 16 del 2008, n. 13 del 1999, n. 26 del 1997, n. 5 del 1995, n. 32 del 1993, n. 47 del 1991, n. 29 del 1987) - non significa, infatti, che i loro contenuti siano necessariamente costituzionali. Spetta a Codesta Ecc.ma Corte salvaguardare la forma di governo da aggressioni legislative che - come avvenuto con la legge n. 52 del 2015 - consolidino lo stato di illegalità, propiziando l'elezione delle nuove Camere in base alla legge poi rivelatasi illegittima. L'equilibrio tra i poteri è bene troppo delicato per soffrire di applicazioni di leggi sotto la mera apparenza di legittimità costituzionale: a suo modo lo ammette lo stesso Governo quando - all'articolo 39, comma 11 del testo di legge costituzionale comunicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 88 del 15 aprile 2016 - accorda la possibilità di proporre ricorso motivato per sottoporre a giudizio di legittimità costituzionale “le leggi promulgate nella medesima legislatura che disciplinano l'elezione della Camera dei deputati”.

Nonché per la decadenza degli stessi parlamentari aventinisti, decisa senza previa proposta della Giunta delle elezioni: v. Giampiero Buonomo, *La decadenza dei deputati nella Camera del Regno d'Italia del 9 novembre 1926*, in *Historia Constitucional*, n. 13, 2012. <http://www.historiaconstitucional.com>, p. 697 ss.

Originato dall'Atto Senato n. 1429, presentato dal Governo l'8 aprile 2014, poi Atto Camera n. 2613, e successive letture.

“Ne deriva che la declaratoria così resa dalla Corte potrebbe differenziarsi da quelle attualmente conosciute nel nostro ordinamento, in cui le pronunce della Corte - sia quelle rese in via di azione che in via incidentale - coprono il dedotto ma non il deducibile. Parrebbe suscettibile di approfondimento se il giudizio preventivo di legittimità costituzionale escluda del tutto un giudizio successivo di costituzionalità, sollevato in via incidentale”: Servizio studi del Senato della Repubblica, XVII legislatura, *RIFORMA COSTITUZIONALE, Il testo approvato dalla Camera dei deputati in prima lettura (A.S. n. 1429-B)*, Schede di lettura, luglio 2015 n. 229 p. 38.

Codesta Ecc.ma Corte voglia pertanto riconoscere che esiste un evidente rapporto di continenza e di presupposizione tra la questione specifica dedotta dai giudici rimettenti e la questione di costituzionalità nascente dai dubbi di costituzionalità ora indicati, sicché la risoluzione della seconda è logicamente pregiudiziale alla risoluzione della prima. Ciò giustifica i dubbi, rilevanti e non manifestamente infondati nel giudizio qui attivato, per i quali si richiede alla Corte di dichiararsi giudice *a quo* e di sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale dinanzi a se stessa.

## CONCLUSIONI

Si richiede che la Corte

1) dichiari rilevanti e non manifestamente infondate, ai fini del giudizio in titolo, le questioni di legittimità costituzionale qui sviluppate e, riunendo l'esame delle stesse al presente giudizio, disponga la trattazione innanzi a sé delle questioni sopra prospettate, in riferimento ai parametri costituzionali ivi evocati;

2) ordini il rinvio del presente giudizio, per poter trattare le questioni relative congiuntamente a quella sollevata dai giudici remittenti ed integrando la relativa istruttoria con l'acquisizione dei processi verbali delle citate sedute delle Camere.

Si producono

doc. 1- ricorso ex art. 702 bis Tribunale Milano N.R.G. 64293

doc. 2- Ordinanza Trib. Civ. Ancona del 3 maggio 2016 in N.R.G.7124/2015

doc. 3- Ord. del Trib. Civ. di Catanzaro del 25/06/2016 in R.G.A.C.5887/2015

doc. 4- Ord. del Trib. Civ. di Bari del 04/06/2016 in R.G.C. 17242-17254/2015

doc. 5- Sentenza del Trib. Ord. di Genova n.2711/2016 in R.G. n.15185/2015

doc. 6- Ord. del Trib. Ord. di Firenze del 21/03/2016 in R.G. n. 1023/2015

doc. 7-Ord. del Trib. Civ./Pen. di Bari n. 11548/2016 in R.G. n.8008/2015

- doc., 8- Ord. del Trib. Ord. di Brescia del luglio 2016 in N.R.G. 1823/2016
- doc. 9- Ord. del Trib. di Potenza sez. Civ. del 10/5/2016 in R.G.3207/15
- doc.10- Ord. del Trib. di Potenza sez. Civ. 16.06-08.07/2016 in R.G.3207/15
- doc. 11- Revisione costituzionale e Legge elettorale stralci da atti parlam.
- doc. 12- Testo iniziale unificato dell'Italicum
- doc. 13- Testo articolo del prof. R. D'Alimonte, IL SOLE 24 ORE del 26.4.15.
- doc. 14- Trucco Lara "Governo: va ancora di moda Westminster?" Gli Speciali della Giurisprudenza Italiana 2016, pp. 5-18.
- doc 15-Tabella seggi Senato Regioni.

#### 4. [Tribunale di Milano causa R.G. n. 37567/2016 \(\\*\)](#)

TRIBUNALE CIVILE DI MILANO

ATTO DI CITAZIONE

Gli avvocati CLAUDIO TANI (XXXX) ; ALDO BOZZI (XXXX), ILARIA TANI (XXXX) ed EMILIO ZECCA (XXXX), i quali agiscono in proprio e stanno in giudizio

---

\* RICORSO DEPOSITATO IL 6.11.2015 N.R.G 64293/15, Sezione 1^ Giudice assegnatario: Flamini udienza fissata 22.3.2016; concesso termine al 30.4.2016 per note rinviato ad udienza 25.5.2016. Il Giudice con l'ordinanza 21.6.2016 ha dichiarato inammissibile l'azione proposta per mancanza di interesse ad agire in capo ai ricorrenti ed ha compensato integralmente le spese di lite per la novità della questione trattata (prima del ricorso ex art. 702 bis – promosso nell'ambito dell'iniziativa "avvocati antitalikum" – è stato avviato giudizio con atto di citazione notificato il 23.6.2015 da Zecca + altri, recante N.R.G. 41364/2015 assegnato al Giudice Flamini. All'udienza del 3.3.2016, precisate le conclusioni, il Giudice ha trattenuto la causa in decisione. Con sentenza N. 3708 del 22.3.2016 il Giudice ha dichiarato inammissibile la domanda degli attori per carenza di interesse ad agire). Fonte: <https://coordinamentodemocraziaicostituzionale.net>.

personalmente, ai sensi dell'articolo 86 del c.p.c., elettivamente domiciliati in (XXXX), i quali dichiarano di voler ricevere le notifiche e comunicazioni al seguente numero di **fax** (XXXX)

contro

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI (XXXX) in persona del Presidente del Consiglio in carica, nel domicilio eletto *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato

e

MINISTERO DELL'INTERNO (XXXX), in persona del Ministro pro-tempore, nel domicilio eletto *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato

e

MINISTERO DELLE RIFORME COSTITUZIONALI E DEI RAPPORTI CON IL PARLAMENTO (XXXX), in persona del Ministro pro-tempore, nel domicilio eletto *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato

e

ROBERTO OCCHIUTO (XXXX), STEFANO QUARANTA (XXXX) e CRISTIAN INVERNIZZI (XXXX), anche nella loro qualità di delegati di 160 deputati

e

VITO CLAUDIO CRIMI (XXXX), LOREDANA DE PETRIS (XXXX) e GIANMARCO CENTINAIO (XXXX), anche nella loro qualità di delegati di 103 senatori in carica

e

ETTORE ROSATO (XXXX), MAURIZIO ENZO LUPI (XXXX) e LORENZO DELLAI (XXXX), anche nella loro qualità di delegati di 237 deputati in carica

e

LUIGI ENRICO ZANDA (XXXX), RENATO SCHIFANI (XXXX), KARL ZELLER (XXXX), anche nella loro qualità di delegati di 151 senatori in carica

#### FATTO E DIRITTO

##### 1) PREMessa SULLA LIBERTÀ DI VOTO NEI REFERENDUM A SCELTA MULTIPLA – IL RAPPORTO TRA ART. 138 E ART. 48 COST..

Gli elettori - fra di essi gli attuali attori dei quali si producono i certificati elettorali - che si recheranno alle urne per votare nel referendum indetto ai sensi dell'art. 138 della Costituzione sulla legge costituzionale concernente “*Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione*”, pubblicata sulla

Gazzetta Ufficiale del 15 aprile 2016, n. 88, si troveranno dinnanzi al quesito referendario più complesso della storia repubblicana, dopo quello che si svolse il 25 e 26 giugno del 2006.

Il precedente referendum ebbe infatti ad oggetto una legge costituzionale concernente “*Modifiche alla parte II della Costituzione*”, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale il 18 novembre 2005, che aveva riformato ben 57 articoli della Costituzione, in un clima non dissimile da quello in cui ai nostri giorni si è giunti all’approvazione della nuova riforma, che tuttavia (ma non è certo una consolazione) ha messo mano “*soltanto*” a 42 articoli della Costituzione.

Non si tratta, dunque, di una tecnica normativa nuova: l’idea, tutta da dimostrare, che il procedimento ex art. 138 Cost. possa essere impiegato per produrre atti normativi di revisione della Costituzione che coinvolgano una pluralità di istituti tra loro eterogenei (che nesso c’è tra la revisione del Titolo V e l’abolizione del CNEL?) sembra essere stata definitivamente acquisita al costume legislativo del presente. Si tratta di un indirizzo che era stato inaugurato con la l. cost. 1/1993, da cui era scaturito un progetto di modifica (Commissione De Mita - Iotti) di ben 85 articoli della Costituzione sotto forma di articolo unico (suddiviso al suo interno in 85 articoli specifici) e che quindi era proseguito con l’approvazione della l. cost. 1/1997 (Commissione D’Alema).

E’ bene notare, però, come in entrambi i casi si fosse di fronte a *leggi costituzionali di deroga dell’art. 138 Cost.*: leggi che, oltre a istituire una Commissione speciale per la redazione di un testo di revisione organica della Costituzione, prevedevano un procedimento speciale rispetto a quello dell’art. 138 Cost. per l’approvazione del testo eventualmente prodotto. Era questo un procedimento che prevedeva sì la doppia deliberazione a maggioranza assoluta di entrambe le Camere, *ma rimetteva il vaglio del testo di riforma alla consultazione popolare sulla base di una norma speciale*. Da questo punto di vista, la consonanza tra il procedimento ex art. 138 Cost. e quello previsto dalle ll. cost. del 1993 e del 1997 era solo apparente. Solo in apparenza, infatti, si optava a priori per uno dei due procedimenti di approvazione previsti dall’art. 138 Cost.; in realtà, in entrambi i casi, si prevedeva, con legge costituzionale, l’immissione nell’ordinamento di *una fonte atipica* (una legge di revisione organica della Parte II della Costituzione), che avrebbe dovuto essere approvata in virtù di un *procedimento speciale*. In entrambi i casi, questo procedimento speciale avrebbe dovuto essere applicato *una tantum*.

In altre parole, sulla base della normativa di deroga introdotta dalle ll. cost. 1/1993 e 1/1997, il corpo elettorale sarebbe stato chiamato a esprimersi su un ‘pacchetto’ di riforme comprensivo di una pluralità di oggetti non già sulla base della previsione dell’art. 138 Cost., bensì sulla base dei *procedimenti in deroga* previsti dalle citate leggi costituzionali. E, come si è detto, soltanto in apparenza il *procedimento speciale* ivi previsto riproduceva uno dei due possibili modi attraverso cui, ex art. 138 Cost., si procede all’immissione nel sistema di leggi costituzionali o di revisione. Prova ne sia che queste due leggi costituzionali, ancora oggi, sono unanimemente inquadrare dagli studiosi come casi classici di *rottura costituzionale*, e, cioè, come casi di deroga temporanea al sistema della produzione normativa, che potevano riuscire compatibili con i principi e le esigenze di tenuta del sistema delle fonti solo in virtù della loro temporaneità e del loro riferirsi a una fattispecie individuata: uno *ius singulare*,

insomma, limitato nel tempo e nella fattispecie, e giustificato dalla eccezionalità della situazione.

Ora, è bene tenere presente che questa ‘rottura’ non si concretava solo nel fatto di istituire una Commissione *ad hoc* per elaborare il progetto di riforma organica alla cui produzione allora si mirava (una soluzione di compromesso rispetto alle proposte di istituzione di un organo speciale), ma prevedeva inoltre *un procedimento comprensivo di referendum su un testo bloccato*, che avrebbe dovuto raggruppare norme su oggetti tra loro diversi ed eterogenei, unificati solo dall’occasione e dalla forza normativa della legge di deroga. E’ a questo scopo - e ciò è tutt’altro che casuale - che la l. cost. 1/1997, nel suo art. 1, prescriveva (4 comma) che “*La Commissione elabora progetti di revisione della Parte II della Costituzione, in particolare in materia di forma di Stato, forma di governo, bicameralismo, sistema delle garanzie*”. L’elencazione, così ampia e presumibilmente non tassativa, delle materie che avrebbero dovuto essere investite dall’attività di riforma della Commissione aveva senso solo in quanto finalizzata alla necessità di procedere all’elaborazione di un *unico* testo di riforma da sottoporre al vaglio referendario. Così si spiegava, in quella occasione, l’idea strumentale del ricorso a un referendum unico su oggetti diversi ed eterogenei.

L’idea di un referendum costituzionale su oggetti diversi e scindibili nasce dunque nel 1993, sulla base di una legge costituzionale derogatoria, destinata a valere *una tantum*, che poi è stata riprodotta e ampliata nel 1997 nelle forme che si sono viste. Prima di allora, avendo riguardo alle prassi pregresse, era assolutamente acquisito che la revisione costituzionale dovesse intervenire *su punti specifici*, come era sempre avvenuto nella storia della Repubblica. Se non ci fossero state ragioni di opportunità politica per introdurre una prima forzatura nel sistema, non si sarebbe mai proceduto all’approvazione delle due leggi espressive di *ius singulare*.

Sia concesso di dire che bene sarebbe stato se il fallimento dei due ricordati tentativi avesse portato consiglio, rendendo consapevole il Parlamento, e i partiti che vi siedono, della pericolosità insita nell’avviare processi di revisione connotati da un allentamento (o da una forzatura) dei vincoli che debbono presiedere a ogni tentativo di porre mano alle norme di grado primario dell’ordinamento.

Il problema è che ciò che era *ius singulare* nel 1993 e nel 1997 si è fatto nel tempo acquisizione generalizzata della prassi politica. E l’idea della macroriforma, costruita su una approvazione parlamentare ‘leggera’ (a sola maggioranza assoluta) e poi concludentesi in un referendum finale su una pluralità di oggetti tra loro assai diversi si è fatta moneta corrente.

Ora, gli elettori saranno chiamati a votare su un testo - il testo di legge costituzionale pubblicato in G. U. n. 88 del 15 aprile 2016 (cd. ddl. Boschi) - che include “*Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione*”.

È quindi proprio con riferimento a questo testo che entra in gioco la questione del corretto utilizzo dell’istituto del referendum ex art. 138 Cost. e della compressione della libertà del diritto di voto, nel momento in cui si chiede all’elettore di esprimersi, con un’unica

manifestazione di volontà, sulla modifica di ben 42 articoli della Costituzione, che per giunta attengono a istituti tra loro ben diversi. Si chiederà infatti all'elettore di esprimersi *uno actu* su un contenitore normativo che ingloba oggetti e istituti eterogenei, indipendenti e, in ogni caso, reciprocamente scindibili.

Va da sé che, nel momento in cui si chiede all'elettore di esprimersi con un solo voto sulla modifica di circa un terzo della sua Carta fondamentale, si comprime in misura intollerabile la sua libertà di scelta, poiché l'elettore finisce col dover confermare o rifiutare *in blocco* un testo assai ampio e complesso che mette assieme l'abolizione del CNEL con il superamento del bicameralismo paritario; e che, alla revisione del Titolo V della Costituzione, accompagna il riconoscimento dell'immunità parlamentare ex art. 68 Cost. ai nuovi senatori eletti in seno alle assemblee regionali. Solo incidentalmente, peraltro, si rilevano la contraddittorietà e l'illogicità di alcune proposte, in quanto, solo per fare un esempio, il nuovo senatore sarà immune in quanto senatore, ma sarà soggetto alla giurisdizione ordinaria in quanto sindaco o consigliere regionale.

In sostanza, *si comprime intollerabilmente quella libertà di determinazione dell'elettore che la Corte costituzionale in passato ha riconosciuto essere garantita dall'art. 48 Cost. di fronte ai referendum a scelta multipla*. E si snatura il senso stesso del voto referendario.

✧ ✧ ✧ ✧ ✧

## 2) VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA – LA CONTRADDITTORIETÀ E L'INGIUSTIZIA DEL QUESITO A SCELTA MULTIPLA – IL RUOLO DEL GIUDICE.

E' chiaro che la situazione appena descritta crea incertezza sulla portata e sul contenuto del diritto di voto che ciascun cittadino viene chiamato a esercitare sulla base dell'art. 138 Cost. e delle disposizioni di attuazione racchiuse nella l. 352/1970 (artt. 1-26). A fronte di tale incertezza, entra in gioco il ruolo del giudice rispetto alla domanda del cittadino che, posto innanzi a un referendum riguardante il contenuto di una legge di revisione costituzionale, pretenda di poter esercitare il suo diritto di voto in modo *libero e consapevole*, manifestando cioè la propria volontà in modo potenzialmente e ragionevolmente differenziato sui *ben diversi* contenuti della legge di riforma e sulle singole materie che questa racchiude.

Dal momento che il principio della libertà di voto e della sovranità popolare non può essere soggetto a limitazioni, come la Corte costituzionale (sentenza n. 1/2014) e la Corte di Cassazione (con l'ordinanza di rimessione n. 12060/2013 e poi con la successiva sentenza di merito n. 8878/2014) hanno già sancito con riferimento alle elezioni politiche, sorge naturalmente *l'interesse ad agire per l'accertamento della portata del diritto in questione, sotto la specie delle modalità e dei limiti del suo esercizio*.

Si badi che, come nel caso specifico della sentenza della Corte Costituzionale n. 1/2014, la questione di legittimità che gli odierni attori sollevano non mira a sostituire la legge sul referendum con altra, ovvero a farla caducare, ma solo a *ripristinare contenuti e modalità di esercizio*

*del voto costituzionalmente coerenti, senza compromettere la permanente idoneità del sistema a garantire lo svolgimento del referendum.*

A sostegno della domanda rivolta a questo Tribunale, giova rammentare che il divieto di sottoporre all'elettore quesiti che incorporino, nella loro formulazione, una pluralità di scelte su oggetti eterogenei è stato sancito, fin dal 1978, dalla Corte costituzionale con riferimento al referendum abrogativo ex art. 75 Cost. (cfr. Corte cost. sentenze nn. 16/1978 e 28/1987, di cui più diffusamente oltre).

E' però bene osservare subito, e a scanso equivoci, che il divieto di quesiti multipli è stato elaborato dalla Corte *non con riferimento specifico ed esclusivo alla struttura 'abrogativa' del referendum, ma nella prospettiva di evitare compressioni di quella libertà di scelta dell'elettore che è direttamente garantita dall'art. 48 Cost.*, tanto nelle elezioni politiche, come nelle consultazioni referendarie, qualunque sia l'effetto (abrogativo o confermativo) tipico di queste consultazioni. *Il divieto di quesiti a scelta multipla, in poche parole, non discende da un problema di ricostruzione dell'art. 75 Cost., bensì di applicazione dell'art. 48 Cost. e della posizione di libertà che in esso è riconosciuta all'elettore.*

E allora, se il divieto di quesiti multipli si basa sulla necessità di tutelare la libertà dell'elettore, che non deve essere *costretto a volere indirettamente ciò che non vuole* (a volere, ad esempio, insieme all'abolizione del CNEL, anche l'immunità del sindaco-senatore), non vi è alcuna ragione di ordine logico o ordinamentale per ritenere che ciò che la giurisprudenza costituzionale ha affermato con riferimento alla scelta dell'elettore nel referendum abrogativo non debba valere anche per la scelta (*rectius*, le scelte) che l'elettore deve compiere con riferimento alla sua Carta fondamentale sulla base del ddl. Boschi approvato.

Ciò che non si capisce, in poche parole, e che sta alla base della domanda rivolta al Tribunale, è *perché la libertà dell'elettore non può essere coartata in sede di art. 75 Cost., costringendo chi vota, secondo le parole della Corte, a "volere ciò che disvuole", mentre invece ciò possa accadere in sede di applicazione dell'art. 138 Cost.*

Sembra dunque evidente l'interesse degli attori ad agire dinnanzi al giudice ordinario per ottenere l'accertamento del diritto di votare conformemente a Costituzione, nei termini che saranno di seguito esposti e previa remissione alla Corte costituzionale ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, delle norme comprese nel Titolo I della legge 5 maggio 1970, n. 352 concernenti il referendum previsto dall'art. 138 della Costituzione, e **segnatamente degli articoli 4, 12, 14 e 16**, per violazione degli artt. 1 e 48 Cost., nella parte in cui non prevedono che l'elettore sia chiamato a pronunciarsi solo su quesiti formulati in modo omogeneo e aventi unicità di oggetto, così da garantire l'esercizio del voto libero e consapevole.

◇ ◇ ◇ ◇ ◇

### 3) L'AZIONE DI ACCERTAMENTO.

Quanto alle ragioni che stanno alla base della domanda di accertamento, basti rilevare che non è possibile distinguere l'esistenza di un diritto dalla definizione delle sue concrete modalità di esercizio.

Pertanto, se la legge ordinaria (nel caso di specie la legge 5 marzo 1970, n. 352 nella parte in cui disciplina le modalità di richiesta, controllo e indizione del referendum costituzionale) è limitativa della portata del diritto di voto nel referendum, o anche solo se vi è incertezza sulle sue modalità di esercizio, va da sé che l'azione di accertamento non è finalizzata alla risoluzione di una questione astratta o virtuale, ma risulta orientata al conseguimento di un risultato concreto. Tale azione è pertanto rispondente ai requisiti di ammissibilità di una normale domanda giudiziale di accertamento, e ciò perché l'accertamento di un diritto è di per se stesso un bene.

Nel caso di specie, obiettivo dell'azione è di scongiurare il danno che si verificherebbe qualora l'esercizio del diritto di voto nel referendum fosse illegittimamente compresso, o comunque limitato, da una prassi (o da una normativa) che non consentisse all'elettore un voto libero, consapevole e disgiunto su questioni che sono oggettivamente assai distinte tra loro, ma che sono state artificialmente collegate dal bisogno di produrre *uno actu* un effetto di riconformazione dell'ordinamento costituzionale.

Come già si è detto, la cura degli attori riguarda il fatto che la riforma di cui si discute è stata concepita e approvata come oggetto di una sola legge costituzionale: come un solo 'pacchetto', si dice. Tuttavia, si tratta di un 'pacchetto' in cui sono state introdotte anche questioni di eccezionale rilievo politico, democratico e istituzionale, come la riforma del Senato e del sistema rappresentativo, che non è serio affrontare insieme ad altri e ben diversi aspetti della Carta fondamentale.

Aver varato le riforme costituzionali in un solo blocco non consentirà ai cittadini di approvarne alcune e di respingerne altre, come invece sarebbe stato possibile qualora le si fossero presentate indipendenti le une dalle altre.

Ad esempio, gli attori – e forse molti altri come loro – nel 2006 avrebbero votato volentieri a favore della riduzione del numero dei parlamentari, se questo non avesse significato anche approvare contestualmente un significativo aumento dei poteri del Presidente del Consiglio, al quale erano invece contrari.

Allo stesso modo, oggi gli attori approverebbero la soppressione del CNEL, ma forse non quella delle Province; ovvero approverebbero l'eliminazione delle Province dall'art. 114, ma non la riforma dell'art. 117 Cost. con la confusa ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni che vi si prevede; ancora, si potrebbe essere a favore del superamento integrale del bicameralismo paritario, ma preferendo tenersi un Senato eletto a suffragio universale e diretto. Per tacere di altre alternative.

Tuttavia, la natura multipla del quesito che viene loro rivolto preclude completamente agli elettori di determinarsi liberamente, e così di esercitare liberamente il diritto di voto, imponendo la scelta tra un *prendere o lasciare bloccato dall'esterno*.



#### 4) L'ATTUALITÀ E L'INTERESSE AD AGIRE.

Dalla lettura della giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale menzionata in premessa si apprende la permanente ***attualità dell'interesse ad agire*** in materia elettorale.

Prima di entrare nel merito delle questioni di costituzionalità, occorre valutare se sussista in capo agli attori l'interesse (ex art. 100 c.p.c.) a proporre un'azione il cui *petitum* sostanziale è diretto al riconoscimento della pienezza del diritto di voto nel caso previsto dall'art. 138 Cost., quale diritto politico di rilevanza primaria, in virtù della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle citate norme della legge n. 352/1970.

Come nella fattispecie che condusse alla sentenza n. 1/2014 della Corte Costituzionale e alla successiva sentenza n. 8878/2014 della Corte di Cassazione, deve essere valutato positivamente l'interesse ad agire in capo agli attori considerato nel senso "*più ampio*" (in tal senso è Cass. n. 4103/1982).

Se si riconosce l'interesse ad agire a tutela della libertà ex art. 48 Cost. con riferimento all'elezione dei rappresentanti nelle assemblee elettive, non vi è ragione per non riconoscere identico interesse anche in occasione della indizione di referendum costituzionali, considerato che la posizione soggettiva tutelata dalla Costituzione è la medesima in entrambi i casi.

Né si potrebbe obiettare che quella in esame sarebbe un'azione di accertamento finalizzata meramente ed esclusivamente a ottenere dal giudice un "*visto di entrata*" per l'accesso diretto al giudizio costituzionale, in tal modo rivelandosi la sua pretestuosità. E' infatti evidente che, vista in questa prospettiva, si tratterebbe di un'azione inammissibile, per difetto di rilevanza dell'interesse azionato, che si risolverebbe in una mera e astratta prospettazione di un pregiudizio incerto, e perciò inidoneo ad assurgere a giuridica consistenza, in quanto strumentale alla soluzione di questioni di diritto soltanto in via teorica.

Bisogna ricordare che la Corte di Cassazione (ordinanza n. 12060/2013), in proposito e di recente, ha affermato principi assolutamente consolidati e favorevoli alla domanda incorporata nel presente atto. Dice infatti la Cassazione in proposito: "*A prescindere dal rilievo che la (indagine sulla) meritevolezza dell'interesse non costituisce un parametro valutativo richiesto a norma dell'art. 100 c.p.c. (a differenza di quanto previsto in materia negoziale dall'art. 1322, comma 2, c.c.), si può replicare che, ai fini della proponibilità delle azioni di mero accertamento (ammesso che quella proposta sia realmente tale), è sufficiente l'esistenza di uno stato di dubbio o incertezza oggettiva sull'esatta portata dei diritti e degli obblighi scaturenti da un rapporto giuridico di fonte negoziale o anche legale, in quanto tale idonea a provocare un ingiusto pregiudizio non evitabile se non per il tramite del richiesto accertamento giudiziale della concreta volontà della legge, senza che sia necessaria l'attualità della lesione di un diritto (v. Cass. n. 13556 e n. 4496/2008, n. 1952/1976, n. 2209/1966). Del resto, come si è detto, è discutibile che si tratti realmente di un'azione di mero accertamento, posto che l'interesse dei*

*ricorrenti* (e ora degli attuali attori n.d.r.) *non è tanto quello di sapere di non avere potuto esercitare (nelle elezioni già svolte) e di non potere esercitare (nelle prossime elezioni) il diritto fondamentale di voto in modo conforme a Costituzione, ma è quello di rimuovere un pregiudizio che invero non è dato da una mera situazione di incertezza ma da una (già avvenuta) modificazione della realtà giuridica che postula di essere rimossa mediante un'attività ulteriore, giuridica e materiale, che consenta ai cittadini elettori di esercitare realmente il diritto di voto in modo pieno e in sintonia con i valori costituzionali.* In tal modo ci si allontana dall'archetipo delle azioni di mero accertamento per avvicinarsi a quello delle azioni costitutive o di accertamento-costitutive. Se così è, senza affermare la natura in re ipsa dell'interesse ad agire in siffatte tipologie di azioni (pure predicata da parte della dottrina), sarebbe ben difficile sostenere che l'accertamento richiesto abbia ad oggetto una questione astratta o meramente ipotetica o che si risolva nella mera richiesta di un parere legale al giudice. **L'espressione del voto - attraverso la quale si manifestano la sovranità popolare (art. 1, comma 2, Cost.) e la stessa dignità dell'uomo - costituisce oggetto di un diritto inviolabile (artt. 2, 48, 56 e 58 Cost., art. 3 prot. I° CEDU) e "permanente" dei cittadini, i quali possono essere chiamati ad esercitarlo in qualunque momento e devono poterlo esercitare in modo conforme a Costituzione. Lo stato di incertezza al riguardo è fonte di un pregiudizio concreto e ciò è sufficiente per giustificare la meritevolezza dell'interesse ad agire in capo ai ricorrenti.**"

Inoltre, gli attori ritengono utile ricordare che la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione è sempre stata in perfetta linea con quanto sopra argomentato, e l'ordinanza della Corte di Cassazione n. 12060 del 2013 costituisce, di questo orientamento, solo la più compiuta elaborazione in materia di diritto di voto.

Già in precedenza, invero, la Corte di Cassazione, con numerose sentenze, aveva sancito lo stesso principio:

*"...l'interesse ad agire, quale condizione dell'azione, integra un requisito di fondatezza della domanda soltanto ipotetica e, consistente nell'esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile e non conseguibile altrimenti senza l'intervento del giudice, presuppone, nell'azione di mero accertamento, uno stato di incertezza oggettiva - cioè dipendente da un fatto esteriore o da un atto e non da considerazioni meramente soggettive - sull'esistenza di un rapporto giuridico, tale da arrecare all'interessato, ove questi non proponga l'accertamento giudiziale sulla concreta volontà della legge, un pregiudizio concreto e attuale, ancorché non implicante necessariamente la lesione di un diritto"* ( Cass. civ. Sez. Unite, sent. 10 agosto 2000, n. 565);

*"... secondo il più recente e consolidato orientamento di questa Corte, da cui non si ha motivo di discostarsi, l'interesse alla domanda di accertamento non implica necessariamente l'attuale verificarsi della lesione del diritto dell'attore ad opera del convenuto, come invece mostra di ritenere il Tribunale, essendo sufficiente l'esistenza di uno stato d'incertezza oggettiva sulla situazione soggettiva, di cui si invoca l'accertamento, che sia potenzialmente pregiudizievole per la parte e risolvibile soltanto con l'intervento del giudice: l'interesse ad agire con l'azione di mero accertamento sussiste ogniqualvolta ricorra una situazione pregiudizievole di incertezza, relativa a diritti o rapporti giuridici, che non sia eliminabile senza l'intervento del giudice, così conseguendo un risultato utile e giuridicamente apprezzabile"* (v. ex plurimis sentt. nn. 3157/2001.

11250/98, 5819/97, 5207/94, 5889/93, 12818/91, 4208/91 e 5743/90)." (Cass. civ. Sez. lavoro, sent. 7 giugno 2003, n. 9172);

**"...l'interesse ad agire consiste nell'esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice e la ricognizione della sua esistenza deve compiersi con riguardo all'utilità del provvedimento giudiziale richiesto rispetto alla lesione denunziata, prescindendo da ogni indagine sul merito della controversia e dal suo prevedibile esito"** (cfr. *ex plurimis*, Cass., nn. 3737/1984; 11319/1990; 6859/1993). In senso conforme si vedano anche le sentenze delle SS.UU. n. 16022 del 2002, n. 3157 del 2001, n. 1619 del 2000; della Sez. Lavoro n. 24434/2007; della I° Sezione Civile n. 11870/2004.

◇ ◇ ◇ ◇ ◇

##### 5) L'INTERESSE AD AGIRE CON AZIONE DI ACCERTAMENTO NELLA FATTISPECIE.

Proviamo ad applicare il senso delle parole della Cassazione sulla questione del diritto di voto nei referendum, sia abrogativi che approvativi.

Nel caso che ci occupa, l'interesse degli attori non è tanto quello di sapere di non aver potuto esercitare (nei referendum già svolti e in particolare in quello del 25 e 26 giugno 2006 su analoga legge costituzionale di riforma) il diritto di voto conformemente a Costituzione ovvero di non poterlo fare in futuro.

*L'interesse è quello, diverso, ad accertare ora, in vista del referendum che sarà convocato, se la disomogeneità e la varietà del contenuto della legge costituzionale consentono al cittadino elettore di esercitare liberamente il proprio diritto di voto.*

Di fronte a un testo di legge che contemporaneamente modifica composizione, assetto, e funzioni delle assemblee legislative, la potestà normativa del Governo, il circuito fiduciario tra Governo e Parlamento, il sistema delle autonomie locali, la potestà legislativa delle Regioni e altro, appare evidente che la *libertà di voto* in sede di votazione referendaria su un unico 'pacchetto' è pura finzione.

Dinnanzi al cumulo indifferenziato di proposte di riforma, di cui il cittadino può ritenere che alcune siano accettabili e altre da respingere, il risultato del voto sarebbe solo *'plebiscitario'*, cioè esclusivamente a favore o contro il Governo che ha proposto la riforma.

Non è irrilevante, e rientra nella sfera dei fatti da valutare in questo giudizio, che, come ci dicono le dichiarazioni degli esponenti politici, di maggioranza e di opposizione, e come ci ha detto lo stesso Presidente del Consiglio, il referendum sarà un "*banco di prova*" della fiducia dell'elettorato al Governo che ha proposto (in questo modo, per la verità, imposto) la riforma.

Il rischio implicito in queste dichiarazioni è che, all'atto di votare un referendum ex art. 138 Cost., gli elettori non si troveranno a votare un testo di legge costituzionale, ma anche, o principalmente, una fiducia al Governo e a chi di questa riforma si è fatto portatore in prima persona.

Oggetto del voto, secondo alcune singolari dichiarazioni in Parlamento dei vertici del Governo, non sarebbe soltanto la proposta di revisione di singole e precise norme della Costituzione, come è nella logica del procedimento ex art. 138, ma anche – evidentemente e forse soltanto – il rapporto fiduciario tra il popolo e il Governo, tanto da dichiararsi pubblicamente l'impegno a rassegnare le dimissioni in caso di esito negativo del referendum costituzionale.

Non si tratta di una dichiarazione dal valore puramente politico. Con queste dichiarazioni si è cercato di attivare un meccanismo analogo a quello che si aziona quando il Governo in Parlamento pone la questione di fiducia su un proprio disegno di legge. Anche in quel caso, l'oggetto di voto non è più – o soltanto più – la legge proposta, ma, inevitabilmente, la fiducia al Governo. Ed è evidente che il primo risultato della posizione di una questione di fiducia è la limitazione della libertà di scelta delle Camere e della manifestazione di volontà (a quel punto, *solo all'apparenza* senza vincolo alcuno di mandato) dei loro componenti.

Non ha nessun senso che un referendum costituzionale venga trasformato in una sorta di plebiscito *extra ordinem* sul Governo, solo per porre corpo elettorale e singoli elettori in una situazione analoga a quella in cui si trovano le Camere successivamente alla posizione da parte del Governo della questione di fiducia. Tanto più che una richiesta al corpo elettorale di conferire la fiducia al Governo attraverso un improprio voto di fiducia (l'elettore approva la riforma, ma in realtà vota la sua fiducia al Governo e al suo Presidente) si pone, a tacer d'altro, *in netto ed evidente aggiramento delle disposizioni dell'art. 94 Cost., che tipizzano e circoscrivono alle Camere elettive il potere di attribuire o meno al Governo la fiducia.*

Può appartenere alla sfera del fatto, ma è nondimeno rilevante ai fini della valutazione della presente domanda, che, in questo referendum, si sottrarrà al diritto di voto dell'elettore il potere di determinarsi liberamente su singoli punti della riforma, ma in cambio gli si attribuirà, di fatto, e in aggiramento dell'art. 94 Cost., il potere di conferire o togliere una fiducia che dovrebbe essere oggetto di giudizio esclusivo delle Camere.

Tornando al punto dell'interesse ad agire, e dell'ammissibilità dell'azione di accertamento nella fattispecie, è evidente che, così come ebbe a stabilire la Corte di Cassazione nell'ordinanza n. 12060/2013 (al punto 3.1.1), con cui era stata rimessa alla Corte costituzionale la questione di legittimità della l. 270/2005 (denominata "*porcellum*"), i parametri costituzionali allora invocati (artt. 24 e 113, comma 2, della Costituzione) entrino in gioco anche in questa sede.

Infatti, la necessità di una pronuncia ulteriore del giudice di merito in relazione alle domande che gli attuali attori propongono è già stata ritenuta prova sufficiente dell'assoluta "*incidentalità*" della questione di costituzionalità, che gli attori chiedono di promuovere ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

La questione di merito e principale che gli attori sottopongono a questo Tribunale è la domanda di accertamento, che è distinta, ma dipendente, dall'esito della richiesta di pronuncia incidentale da parte della Corte.

Sarebbe un errore ritenere che, nel caso in esame, un'eventuale pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale esaurirebbe di per sé ogni altra forma di tutela richiesta al giudice di merito nella fase successiva, di talché verrebbe meno il requisito dell'incidentalità.

Come si vedrà in prosieguo, affrontando proprio i problemi di legittimità costituzionale delle norme del Titolo I della legge n. 352/1970, la rilevanza quale requisito presupposto, nel presente giudizio, delle questioni di costituzionalità alla pronuncia sul merito della domanda è evidente. Come dovrebbe essere evidente che il *petitum* degli odierni attori è separato e distinto dalle questioni di costituzionalità.

✧ ✧ ✧ ✧ ✧

## 6) LA SITUAZIONE SOGGETTIVA PROTETTA DALLA COSTITUZIONE – I PRECEDENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE – IL CONTENUTO DELLA SOVRANITÀ POPOLARE.

È dalla decisione n. 16 del 1978 che la Corte costituzionale, all'atto di individuare i limiti ulteriori e non espliciti (art. 75, comma 2, Cost.) all'ammissibilità delle consultazioni referendarie, ha affermato (punto 3 del *Considerato in diritto*) che *“sono inammissibili le richieste così formulate, che ciascun quesito da sottoporre al corpo elettorale contenga una pluralità di domande eterogenee carenti di una matrice razionalmente unitaria, da non poter venire ricondotto alla logica dell'art. 75 Cost; discostandosi in modo manifesto ed arbitrario dagli scopi in vista dei quali l'istituto del referendum abrogativo è stato introdotto nella Costituzione, come strumento di genuina manifestazione della sovranità popolare”*. Di seguito (punto 5 del *Considerato in diritto*), la Corte precisava senso e fondamento di questa affermazione. Posta di fronte a una richiesta di abrogazione in via referendaria di un pacchetto di 97 articoli del Codice Penale, approvato con r.d. 19 ottobre 1930, n. 1398 e succ. mod., e, dunque, posta di fronte a una ipotesi di complessiva riforma del codice stesso, che negli intenti dei promotori avrebbe dovuto prodursi in via referendaria, la Corte riteneva di accogliere le prospettazioni dell'Avvocatura di Stato che, già presso l'Ufficio centrale, aveva dedotto “l'improponibilità di quesiti referendari congiuntamente riferiti ad un'eterogenea pluralità di disposizioni legislative” racchiuse nello stesso Codice. Ed era proprio con riferimento a questa domanda che la Corte si trovava ad accogliere la tesi, rinnovata dall'Avvocatura nel giudizio di ammissibilità innanzi alla Corte, che *“di fronte a domande formulate in termini così complessi, gli elettori non potrebbero esprimere risposte consapevoli ed univoche; sicché del referendum si farebbe un uso anormale, contrastante con i caratteri essenziali di questo istituto”*. E proprio con riferimento a questa prima ipotesi di quesito a contenuto multiplo, la Corte si trovava a *“constatare che, sotto i profili indicati dall'Avvocatura di Stato, l'attuale ordinamento del referendum abrogativo è contraddistinto da gravi insufficienze e da profonde antinomie.”*

Secondo la Corte, *“da una parte, corrisponde alla naturale funzione dell'istituto ... l'esigenza che il quesito da porre agli elettori venga formulato in termini semplici e chiari, con riferimento a problemi affini e ben individuati; e che, nel caso contrario, siano previste la scissione od anche l'integrale reiezione delle richieste non corrispondenti ... D'altra parte, bisogna viceversa riconoscere che la legge n. 352 del 1970 non ha preordinato per nulla i rimedi necessari in tal senso”*. La Corte continuava asserendo che *“la legge attuativa (l. 352/1970, n.d.r.) non chiarisce in nessun modo con quali criteri, da parte di quali organi, in*

quali momenti, nè con quali effetti dovrebbe esercitarsi il controllo sulla omogeneità delle richieste: con la conseguenza che l'introduzione delle necessarie garanzie di semplicità, di univocità e completezza dei quesiti, presentemente trascurate o ignorate dal legislatore, rimane affidata ad una futura riforma". La Corte, per giunta, non si limitò a rilevare le carenze di progettazione, su questo versante, della l. 352/1970, ma intervenne estendendo il proprio sindacato sulla ammissibilità dei quesiti referendari al di là della lettera dell'art. 75, comma 2, Cost., rilevando che *"nello stesso modo in cui la cosiddetta discrezionalità legislativa non esclude il sindacato degli arbitri del legislatore, operabile da questa Corte in rapporto ai più vari parametri, così la normativa dettata dall'art. 75 non implica affatto l'ammissibilità di richieste comunque strutturate ... che conservino solo il nome e non la sostanza del referendum abrogativo. Se è vero che il referendum non è fine a se stesso, ma tramite della sovranità popolare, occorre che i quesiti posti agli elettori siano tali da esaltare e non coartare la loro possibilità di scelta; mentre è manifesto che un voto bloccato su molteplici complessi di questioni, insuscettibili di essere ridotte ad unità, contraddice il principio democratico, incidendo di fatto sulla libertà del voto stesso (in violazione degli artt. 1 e 48 Cost.)"*.

*"Né giova replicare – come hanno fatto i promotori del referendum in esame – che saranno gli elettori ad esprimere in proposito il loro libero giudizio politico: approvando o respingendo la richiesta, secondo che il quesito sia stato formulato in termini più o meno chiari o precisi. Sia che i cittadini siano convinti dell'opportunità di abrogare certe norme ed a questo fine si rassegnino all'abrogazione di norme del tutto diverse, solo perché coinvolte nel medesimo quesito, pur considerando che meriterebbe mantenerle in vigore; sia che preferiscano orientarsi verso l'astensione, dal voto o nel voto, rinunciando ad influire sull'esito della consultazione, giacché l'inestricabile complessità delle questioni (ciascuna delle quali richiederebbe di essere diversamente e separatamente valutata) non consente loro di esprimersi né in modo affermativo o negativo; sia che decidano di votare 'non', in nome del prevalente interesse di non far cadere determinate discipline, ma pagando il prezzo della mancata abrogazione di altre norme che essi ritengano superate ... : appare evidente come i risultati dell'esperimento referendario ne vengano falsati alla radice, per l'unico motivo che referendum diversi – e per se stessi ammissibili – sono stati conglobati a forza entro un solo contesto."*

È degna di riflessione, poi, la chiusa dell'argomentazione della Corte, se riferita al sovraccarico di valenza politica (pro o contro un Governo) che sta accompagnando il referendum costituzionale che si prospetta: *"Uno strumento essenziale di democrazia diretta, quale il referendum abrogativo, non può infatti essere trasformato – insindacabilmente – in un distorto strumento di democrazia rappresentativa, mediante il quale si vengono in sostanza a proporre plebisciti o voti popolari di fiducia, nei confronti di complessive, inscindibili richieste politiche dei partiti o dei gruppi organizzati che abbiano assunto o sostenuto le iniziative referendarie ... Per quanti sforzi interpretativi si facciano, da tali disposizioni non si riesce ad estrarre un quesito comune e razionalmente unitario; e ciò fornisce allora la riprova che la richiesta non può venire ammessa, perché incompatibile con le proclamazioni degli artt. 1, 48 e 75 Cost."*

Si ritiene che la riproduzione pressoché completa del punto 5 del *Considerato in diritto* della decisione n. 16 del 1978 in relazione ai temi sopra accennati (compressione della libertà del voto ex art. 48 Cost. e sovraccarico del significato politico del voto in contrasto con l'art. 94 Cost.) valga meglio e più di ogni ulteriore considerazione che questa difesa può proporre riguardo alla fattispecie dedotta nel presente giudizio.

Qui non si tratta di riconoscere una qualche analogia tra referendum abrogativo e referendum approvativo, ma di riconoscere la piena e perfetta identità di fattispecie o, meglio, di situazione soggettiva protetta dalla Costituzione, che è assolutamente identica nella sua struttura essenziale in qualunque tipo di referendum, che sia approvativo, abrogativo o solo consultivo; o che sia nazionale, regionale o soltanto locale. La distinzione tra questi tipi di referendum, in realtà, dipende solo dalla diversa natura degli effetti formali che l'ordinamento riconnette all'esito di ciascuna consultazione, mentre la logica strutturale della consultazione è uguale in tutti i casi ed è sempre e comunque bloccata sull'alternativa tra una affermazione (il 'sì') e una negazione (il 'no') a una proposta o a un quesito formulati da chi, secondo l'ordinamento, ne abbia di volta in volta il potere (una frazione di corpo elettorale, un quinto dei membri di una Camera, cinque Consigli Regionali, etc.).

Giova forse soltanto sottolineare il nesso che la Corte instaura tra la libertà di cui all'art. 48 e l'art. 1 della Costituzione, e cioè al principio di sovranità popolare che vi viene enunciato. Al di là di ogni considerazione di carattere teorico o politico, che qui non interessa, il nesso si coglie rammentando che, nel discorso giuridico, per *sovranità popolare* non si può intendere altro se non *l'insieme di situazioni soggettive (diritti, interessi e poteri) che i singoli cittadini sono legittimati a esercitare, vuoi singolarmente, vuoi nella vita associata e collettiva, in ordine alla determinazione della volontà degli organi dello Stato*: e dunque, innanzi tutto e non solo, in elezioni e referendum.

Dovrebbe perciò risultare chiaro che ogni limitazione e condizionamento della libertà del voto, simili all'ipotesi su cui è intervenuta la Corte nel 1978, e che si prospettano ora in forme rinnovate, sono inevitabilmente destinati a trasferirsi sul piano della sovranità popolare, concretandosi in una violazione, sottile quanto insidiosa, del principio su cui si è inteso edificare l'intero impianto dell'ordinamento costituzionale.

Né può dirsi che i principi enunciati dalla Corte in ordine alla omogeneità del quesito siano rimasti confinati in quella decisione. Ancora nel 1987, la Corte si era trovata a dover intervenire (decisione n. 28 del 1987) su un quesito a contenuto multiplo, come era quello che investiva l'art. 842 c.c. nel momento in cui se ne chiedeva l'integrale abrogazione, pur riguardando la norma in questione due oggetti diversi: l'accesso a fondi non interclusi nei modi di legge per l'esercizio di attività venatoria e il diritto di pesca previo consenso del proprietario delle acque. In quel caso, la motivazione della Corte era stata tanto semplice quanto lapidaria: *“Ad analoga conclusione (e cioè ad una pronuncia di inammissibilità del quesito, n.d.r.) si deve pervenire nei confronti della richiesta per l'abrogazione dell'art. 842 codice civile. Comprendendo tale articolo due materie distinte (caccia e pesca), la richiesta preclude all'elettore che sia favorevole all'abrogazione di una solo fra le due ipotesi normative di operare una scelta fra esse, confondendolo, e di conseguenza incidendo sulla libertà del diritto di voto”*. Che la Corte da allora non si sia più trovata a dover decidere su quesiti referendari a contenuto multiplo, e che i problemi della omogeneità si siano tramutati in problemi attinenti alla razionalità intrinseca del quesito referendario, è stato dovuto soltanto alla evidenza e alla chiarezza dell'orientamento espresso dalla Corte nel 1978 e confermato nel 1987. Tale orientamento costituisce, ancora oggi, un punto fermissimo nello statuto delle consultazioni referendarie.

A fronte di tutto ciò, e stante quanto già osservato sulla rilevanza della questione, sembra lecito, e senz'altro non manifestamente infondato, chiedere a questo Tribunale di voler rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, 14 e 16 della l. 352/1970 nella parte in cui, nell'ambito del procedimento ex art. 138 Cost., non prevedono alcuna cautela volta a garantire che i quesiti referendari di cui sarà investito il corpo elettorale trattino opportunamente questioni che sono tra loro ben distinte, come tali suscettibili di distinta e scindibile determinazione, in modo da consentire l'esercizio del voto libero e consapevole.

✧ ✧ ✧ ✧ ✧

## 7) LE QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ.

### 7.1) Incostituzionalità degli artt. 12, commi 2 e 3, e 14 della legge n. 352/1970 per violazione degli artt. 1, 3, 48 e 138 della Costituzione.

L'art. 12 della legge n. 352/1970 stabilisce che: *“L'Ufficio centrale per il referendum verifica che la richiesta di referendum sia conforme alle norme dell'articolo 138 della Costituzione e della legge.*

*L'Ufficio centrale decide, con ordinanza, sulla legittimità della richiesta entro 30 giorni dalla sua presentazione. Esso contesta, entro lo stesso termine, ai presentatori le eventuali irregolarità. Se, in base alle deduzioni dei presentatori da depositare entro 5 giorni, l'Ufficio ritiene legittima la richiesta, la ammette. Entro lo stesso termine di 5 giorni, i presentatori possono dichiarare all'Ufficio che essi intendono sanare le irregolarità contestate, ma debbono provvedere entro il termine massimo di venti giorni dalla data dell'ordinanza. Entro le successive 48 ore l'Ufficio centrale si pronuncia definitivamente sulla legittimità della richiesta.”*

All'Ufficio centrale, quindi, la legge affida il potere di contestare le eventuali irregolarità che, apparentemente, sembrerebbero limitate ad aspetti meramente estrinseci e formali, mentre ogni accertamento relativamente alla legittimità sostanziale delle richieste di referendum di cui all'art. 138 Cost. alla luce degli artt. 1 e 48 Cost. sembrerebbe escluso.

*Ad avviso degli attori, tale accertamento, lungi dal presupporre qualsiasi valutazione sul merito delle richieste di referendum, dovrebbe tuttavia essere previsto allo scopo di garantire che la richiesta di referendum sia conforme ai criteri di ragionevolezza e rispondente al fine di consentire la libera espressione del voto separato su materie uniformi e di porre l'elettore in grado di identificare l'oggetto del referendum.*

Il ruolo attribuito all'Ufficio centrale – composto da 23 Presidenti di Sezione e dai Giudici più anziani della Corte di Cassazione – non può ragionevolmente considerarsi confinato a un compito *meramente notarile* di controllo del solo rispetto dei termini della pubblicazione della proposta di legge, del numero e della qualità dei proponenti.

Una tale limitazione dei poteri dell'Ufficio centrale – composto da magistrati del più alto grado – sarebbe irragionevole e illogica, anche, e forse soprattutto, tenendo conto delle conseguenze dell'esercizio del potere attribuito in tema di referendum approvativi ai sensi dell'art. 138 Cost..

Il successivo art. 14 della legge n. 352/1970 che ci occupa stabilisce, infatti, che: *“Qualora l’ordinanza dell’Ufficio centrale dichiari l’illegittimità della richiesta, la legge costituzionale, sempreché sia decorso il termine di tre mesi dalla pubblicazione di cui all’articolo 37 viene promulgata dal Presidente della Repubblica con la seguente formula: “La Camera dei deputati e il Senato della Repubblica, con la maggioranza assoluta dei rispettivi componenti hanno approvato;*

*La richiesta del referendum presentata in data ..... è stata dichiarata illegittima dall’ufficio centrale della Corte di cassazione con sua ordinanza in data .....*;

*Il Presidente della Repubblica promulga la seguente legge costituzionale: .....*”

È quindi evidente la gravità delle conseguenze che derivano dalla decisione dell’Ufficio centrale di ammissibilità o di inammissibilità del referendum.

Potenzialmente potrebbe crearsi la situazione in cui nel procedimento di revisione costituzionale, nel quale si innesta il referendum, non sarebbe contemplato il diritto (sancito, come invece si è visto, per il referendum abrogativo) degli elettori di conoscere e valutare liberamente e consapevolmente il merito di ogni proposta di riforma contenuta nella legge costituzionale oggetto di referendum approvativi.

Sarebbe assolutamente illogico e irragionevole dare per scontata la legittimità di referendum approvativi delle leggi costituzionali a contenuto *“disomogeneo”*, per la semplice ragione per cui, soprattutto di fronte a modifiche della Carta fondamentale, deve essere assolutamente garantita all’elettore la libertà di scelta, ovvero il diritto di votare in modo veramente *“libero”*, secondo le proprie convinzioni personali, senza condizionamenti di sorta.

Si sono già ricordate le sentenze della Corte costituzionale n. 16 del 1978 e n. 28 del 1987 come esempi di pronunzie con le quali la Corte costituzionale ha sancito il principio della necessità che il referendum abbia ad oggetto un quesito *“comune e razionalmente unitario”*, in quanto diversamente vi sarebbe incompatibilità con i principi supremi degli artt. 1 e 48 della Costituzione.

Ma oggi vi è anche la sentenza n. 1/2014, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità degli artt. 4, comma 2, e 59 del D.P.R. n. 361/1957 nonché dell’art. 14, comma 1, del D.Lgs. n. 533/1993, come modificati dalla legge n. 270/2005 (il c.d. *“porcellum”*) nella parte in cui *“non consentono all’elettore di esprimere una preferenza per i candidati”*, proprio perché, come ivi si legge in motivazione, *“una simile disciplina priva l’elettore di ogni margine di scelta”* (ivi punto 5.1).

È evidente che lo stesso principio deve valere anche per il caso di referendum approvativo di leggi costituzionali.

Nella misura in cui è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale del voto su una lista bloccata, perché, coartando la volontà dell’elettore, è stato ritenuto in contrasto con gli artt. 1 e 48 Cost., non si può con onestà intellettuale negare che il voto unico su tutto il testo della riforma Renzi – Boschi, per il suo contenuto disomogeneo, sarebbe un altro grave e preoccupante precedente di violazione degli artt. 1, comma 2, e 48 Cost..

Da quanto sinora esposto sul punto, si può concludere che all'Ufficio centrale per il referendum deve essere considerato come attribuito il potere di assegnare ai promotori del referendum un termine anche per consentire loro di prospettare uno o più quesiti referendari “*per parti separate*” della legge costituzionale, in guisa da evitare di violare la libertà di voto degli elettori, costringendoli a un “sì” e un “no” non idonei a esprimere in modo “*libero*”, e quindi consapevole ed esauriente, la loro volontà su una pluralità di interrogativi su differenti materie.

**7.2) Incostituzionalità, sotto analogo profilo, degli artt. 4, 14 e 16 della legge n. 352/1970, ancora per violazione degli artt. 1, comma 2; 3; 48; e 138 della Costituzione.**

È chiaro che un referendum approvativo come quello che si svolgerà sulla riforma che ci occupa, e che tocca ben 42 articoli, dimostra un preoccupante allontanamento dalla logica originaria di quell'art. 138, che era stato pensato per consentire l'introduzione, in tempi successivi, di messe a punto e adattamenti – si vorrebbe dire di interventi incrementali parziali – al testo approvato nel 1947: adattamenti che, però, avrebbero dovuto rispettare la fisionomia originaria del disegno.

Una riscrittura della Costituzione così vasta e penetrante come quella che si profila agli elettori rappresenta oggettivamente una novità nelle vicende istituzionali della Repubblica, se non addirittura uno strappo nell'impianto costituzionale complessivo; strappo che potrebbe realizzarsi attraverso un utilizzo nuovo, e diverso dal passato, dell'art. 138, quasi che questo fosse un “*grimaldello*” a disposizione di una maggioranza politica contingente.

Va rammentato che la funzione nel sistema dell'art. 138 non è soltanto quella di porre e difendere la “*rigidità*” della Costituzione. Alla base della stesura del 138 stava innanzi tutto l'accordo ad evitare che maggioranze elettorali più o meno ampie, e più o meno variabili, potessero farsi, alla bisogna, e con troppa facilità, potere costituente. Tanto è vero che il referendum approvativo era stato pensato come una cautela a disposizione delle minoranze a fronte del rischio che una maggioranza leggera e volatile potesse intervenire con troppa libertà sulla Costituzione.

Se così non fosse, sarebbe evidente che, in tal modo, la Costituzione diverrebbe un testo manipolabile da chi vince, purché costui rispettasse una qualche lungaggine procedimentale ulteriore rispetto all'approvazione di una legge ordinaria. E allora è chiaro che, in questa ipotesi paventata già in sede di prima stesura della Carta, in cui Governo e maggioranza si fanno potere costituente, il referendum ex art. 138, non prevedendo alcun quorum, si trasforma, nel migliore dei casi, in una sfida con l'opposizione: una sfida destinata ad andare solo a vantaggio delle minoranze più attive.

Ma allora, se è vero che l'art. 138 è stato pensato per l'introduzione di interventi incrementali e parziali, è evidente che, nel momento in cui si prospetta un referendum su una legge costituzionale che, contenendo più riforme su punti diversi, fa funzionare l'art. 138 in modo diverso dal passato, si dovrebbe porre particolare attenzione alla tutela della libertà dell'elettore. Quest'ultimo, si ripete, dovrebbe essere posto in condizione di discernere

liberamente, e liberamente votare, sui diversi temi di riforma che sono sottoposti al suo esame, così come fa nel referendum abrogativo.

Va da sé che si pone, innanzi tutto, la questione di costituzionalità dell'art. 4 della legge n. 352/1970 nella parte in cui non contempla che, oltre all'indicazione della legge di revisione della Costituzione ovvero della legge costituzionale che si intende sottoporre a votazione popolare e della data di approvazione e di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale non sia prescritto anche quali norme in particolare si intendono sottoporre a referendum. E' evidente, atteso quanto fin qui considerato, che, quando si è di fronte a un testo di legge avente ad oggetto molteplici complessi di questioni su materie eterogenee non riconducibili a unità, la richiesta di referendum ex art. 4 della legge n. 352/1970 non può e non deve essere limitata alla mera indicazione degli estremi della legge, senza oltretutto prescrivere che i quesiti siano articolati per parti separate su materie omogenee, al fine di non ledere la libertà di determinazione e di voto degli elettori; e ciò per le stesse ragioni già messe in luce dalla Corte costituzionale fin dalla sentenza n. 16 del 1978.

Se male ha fatto il Parlamento ad approvare un'unica legge anziché più leggi di revisione ad oggetto omogeneo, *avvalendosi strumentalmente dell'art. 138 Cost. al solo scopo di provocare un voto plebiscitario* (scopo chiaramente estraneo alla *ratio* della norma costituzionale in questione), senza che i richiedenti il referendum ritenessero doveroso articolare il quesito e senza che l'Ufficio centrale, dal canto suo, ritenesse di esercitare il controllo in punto di legittimità, è ovvio che non resta all'elettore altra via che il ricorso all'autorità giudiziaria per l'accertamento del proprio diritto all'esercizio libero del voto (artt. 1, 3 e 48 Cost.), anche nella consultazione referendaria ex art. 138 Cost., previa risoluzione delle questioni di costituzionalità come esposte in questa sede dagli attori.

Se dunque è vero, come si ritiene, che, sotto questa particolare angolazione, l'art. 138 deve essere letto in connessione con gli artt. 1 e 48 Cost., come interpretati dalla Corte Costituzionale nelle decisioni sopra richiamate, sembra lecito dubitare che gli artt. 14 e 16 della legge n. 352/1970 siano da ritenersi costituzionalmente illegittimi nella parte in cui non prevedono alcun controllo finalizzato ad assicurare che il diritto di voto, nei referendum approvativi ai sensi dell'art. 138 Cost., sia esercitato su quesiti concernenti materie omogenee e per parti distinte.

✧      ✧      ✧      ✧      ✧

## 8) CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

La domanda allora è: a fronte di un unico referendum a quesiti multipli l'elettore è in grado di comprendere – sino in fondo – contenuto, conseguenze e finalità della revisione costituzionale? Si tratta di una domanda niente affatto retorica, ma alla quale non si vorrebbe – né si dovrebbe – arrivare.

Precisiamo, non ci si riferisce altezzosamente all'idoneità "*culturale*" del comune cittadino quale presupposto per la partecipazione consapevole al voto. Ci si riferisce soltanto al ruolo che l'ordinamento giuridico – e per esso le istituzioni – devono svolgere per favorire

l'informazione che consenta all'elettore di assolvere criticamente (cioè di interpretare, valutare, esaminare e giudicare) l'oggetto della decisione che è chiamato a prendere.

In campo, nelle decisioni che richiedono una manifestazione di volontà politica su un testo di revisione costituzionale, non c'è solo il tasso di "erudizione" riguardo a diverse opzioni (nella fattispecie quelle diversificate contenute nella legge costituzionale di cui ora trattiamo), ma c'è prima di tutto l'informazione politica, che deve essere tale da consentire al massimo grado possibile il più stretto rapporto tra la capacità deliberativa dei singoli elettori nella primaria manifestazione di volontà (il voto) e la responsabilità dell'istituzione di non porre i cittadini di fronte a un coacervo di quesiti su aspetti di varia natura, importanza e conseguenze, con un *prendere o lasciare* bloccato dall'esterno.

È ovvio che un referendum concepito come quello che si prospetta sarebbe poco più che un sondaggio sulla fiducia al Governo, se non fosse che nel nostro ordinamento *la fiducia è data dal Parlamento*. Sarebbe, per giunta, un sondaggio dalle conseguenze di enorme portata, che oltretutto la mancanza di quorum partecipativo renderebbe falsato in sé, qualunque fosse il risultato a favore o contro la riforma.

In conclusione, l'approvazione di un'unica legge, anziché di più leggi di "revisione" costituzionale a oggetto omogeneo, ben può essere considerata come una forzatura spiegabile nelle condizioni politiche date, di aspra divisione tra i partiti presenti in Parlamento.

Tuttavia il cittadino elettore, nel momento in cui è chiamato al voto, ha diritto a che il quesito sia articolato, previa risoluzione – come gli attori chiedono – delle questioni di costituzionalità della legge sul referendum (legge n. 352/1970), distinguendo i temi che la riforma ha affrontato in un unico testo, ma in un clima di aspra divisione, deleterio quando si affrontano riforme costituzionali di così vasta portata.

Vale forse la pena ricordare che il 13 maggio 1947, più di sei mesi prima dell'approvazione della Costituzione, era caduto il Governo composto dai tre principali partiti (Democrazia cristiana, Partito comunista e Partito socialista). Eppure, la Costituzione fu approvata dall'Assemblea costituente con una maggioranza di oltre il novanta per cento. Il "dopo" (la rottura dell'unità) non aveva annullato il "prima", breve e intenso, del quinquennio 1943-1947 e dall'aprile 1945 sino al maggio 1947.

In altre parole, il patto costituzionale (fra Democrazia cristiana e Fronte popolare) resse alla prova della rottura dell'unità e dell'acceso antagonismo tra i partiti portatori di opposte ideologie e visioni, tanto larghi erano, infatti, gli orizzonti politici e la cornice ideale e culturale che li aveva uniti e che continuò, per lunghi decenni a venire, a caratterizzare l'azione sia di maggioranza, che di opposizione.

#### TUTTO CIÒ PREMESSO

Gli attori come sopra rappresentati e difesi

#### CITANO

avanti al Tribunale Civile di Milano la PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri in carica, il MINISTERO DELL'INTERNO, in persona del Ministro dell'Interno in carica, il MINISTERO DELLE RIFORME COSTITUZIONALI E DEI RAPPORTI CON IL PARLAMENTO, in persona del Ministro in carica domiciliati per legge in Milano presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano in (XXXX) , ROBERTO OCCHIUTO, STEFANO QUARANTA, CRISTIAN INVERNIZZI, domiciliati presso la sede della Camera dei Deputati in Roma, VITO CLAUDIO CRIMI, LOREDANA DE PRETIS, GIANMARCO CENTINAIO, domiciliati presso la sede del Senato della Repubblica in Roma, ETTORE ROSATO, MAURIZIO EZIO LUPI E LORENZO DELLAI domiciliati presso la sede della Camera dei Deputati in Roma, LUIGI ENRICO ZANDA, RENATO SCHIFANI E KARL ZELLER domiciliati presso la sede del Senato della Repubblica in Roma e UFFICIO CENTRALE PER IL REFERENDUM, in persona del Presidente per la carica e li invitano a costituirsi in giudizio nel termine di venti giorni prima dell'udienza qui indicata ai sensi e nelle forme stabilite dall'art. 166 c.p.c. e a comparire all'udienza del **10 novembre 2016 ora di rito**, che sarà tenuta nella sede del Tribunale Civile di Milano, avanti al Giudice che sarà designato ai sensi dell'art. 168 bis c.p.c., con l'avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica la decadenza di cui agli artt. 38 e 167 c.p.c. per ivi – in contraddittorio ovvero in dichiarata loro contumacia – sentire accogliere le seguenti

#### CONCLUSIONI

Gli attori chiedono che il Tribunale, ogni contraria istanza e deduzione respinta voglia giudicare:

#### NEL MERITO

**previa rimessione** alla Corte costituzionale, ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, delle questioni incidentali di costituzionalità dedotte in giudizio:

a) quanto all'art. 12, commi 2 e 3, e all'art. 14 della legge n. 352/1970, per manifesta violazione degli artt. 1, 3, 48 e 138 Cost. nella parte in cui non prevedono che l'Ufficio centrale, nell'esercizio dei poteri di verifica della legittimità e della conformità del referendum all'art. 138 Cost., non contempli tra detti poteri anche quelli di invitare, con ordinanza, i promotori a formulare quesiti in modo separato e raggruppandoli per materie omogenee, per consentire la libera e consapevole manifestazione di volontà dell'elettore su ognuno di essi separatamente;

b) quanto agli artt. 4, 14 e 16 della legge n. 352/1970, per manifesta violazione degli artt. 1, comma 2; 3; 48; e 138 Cost., nella parte in cui non prevedono che il referendum si svolga su quesiti per materie omogenee, allorché si tratti di leggi costituzionali ovvero di leggi di revisione della Costituzione su parti e materie diverse della Carta fondamentale;

**accertare e dichiarare** il diritto degli attori, cittadini italiani elettori iscritti nelle liste elettorali del Comune di Milano, di esercitare il loro diritto fondamentale di voto nel referendum che

sarà indetto sul “*Testo di legge costituzionale approvato in seconda votazione a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi dei membri di ciascuna Camera, recante: “Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione”*” pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 15 aprile 2016, n. 88; cioè accertare e dichiarare il diritto fondamentale di voto degli attori elettori così come attribuito e garantito nel suo esercizio dal combinato disposto degli artt. 1, 3, 48 e 138 Cost., e quindi con quesiti *non bloccati* su molteplici complessi di questioni, accertando e dichiarando nel contempo che l’indizione di referendum ex art. 138 Cost. con un *unico* quesito *bloccato su molteplici complessi di questioni insuscettibili di essere ridotte ad unità* risulterebbe **gravemente lesiva del diritto fondamentale di voto** degli odierni attori, in contraddizione con il principio democratico e in contrasto con il principio della libertà di voto, e dunque in violazione degli artt. 1, 3 e 48 Cost..

Ai fini del contributo unificato, ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, si dichiara che il valore del presente giudizio è indeterminato e che pertanto il presente atto è soggetto al contributo unificato di Euro 518,00=.

Si producono: *Testo di legge costituzionale approvato in seconda votazione a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi dei membri di ciascuna Camera, recante: “Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione”*, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 88 del 15 aprile 2016; Ordinanza dell’Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione del 6 maggio 2016.

Milano, 16 giugno 2016

Avv. Claudio Tani

Avv. Ilaria Tani

Avv. Aldo Bozzi

Avv. Emilio Zecca

RELATA DI NOTIFICA: Io sottoscritto Ufficiale Giudiziario addetto all’Ufficio Unico Notifiche presso la Corte d’Appello di Milano, richiesto come in atti, ho notificato il sopraesteso atto di citazione a:

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, in persona del Presidente del Consiglio in carica, nel domicilio eletto *ex lege* presso l’Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano (20122) Via Freguglia n. 1, ivi a mani di ...

MINISTERO DELL’INTERNO, in persona del Ministro pro-tempore, nel domicilio eletto *ex lege* presso l’Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano (20122) Via Freguglia n. 1, ivi a mani di ...

MINISTERO DELLE RIFORME COSTITUZIONALI E DEI RAPPORTI CON IL PARLAMENTO, in persona del Ministro pro-tempore, nel domicilio eletto *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano (20122) Via Freguglia n. 1, ivi a mani di ...

ROBERTO OCCHIUTO, nella sua qualità di delegato di 160 Deputati nell'Ufficio per la carica presso la Camera dei Deputati con sede in Roma (00186) Piazza del Parlamento n. 24, ivi a mezzo posta ...

STEFANO QUARANTA, nella sua qualità di delegato di 160 Deputati nell'Ufficio per la carica presso la Camera dei Deputati con sede in Roma (00186) Piazza del Parlamento n. 24, ivi a mezzo posta ...

CRISTIAN INVERNIZZI, nella sua qualità di delegato di 160 Deputati nell'Ufficio per la carica presso la Camera dei Deputati con sede in Roma (00186) Piazza del Parlamento n. 24, ivi a mezzo posta ...

VITO CLAUDIO CRIMI, nella sua qualità di delegato di 103 Senatori nell'Ufficio per la carica presso il Senato della Repubblica con sede in Roma (00186) Piazza Madama, ivi a mezzo posta ...

LOREDANA DE PETRIS, nella sua qualità di delegato di 103 Senatori nell'Ufficio per la carica presso il Senato della Repubblica con sede in Roma (00186) Piazza Madama, ivi a mezzo posta ...

GIAN MARCO CENTINAIO, nella sua qualità di delegato di 103 Senatori nell'Ufficio per la carica presso il Senato della Repubblica con sede in Roma (00186) Piazza Madama, ivi a mezzo posta ...

ETTORE ROSATO, nella sua qualità di delegato di 237 Deputati nell'Ufficio per la carica presso la Camera dei Deputati con sede in Roma (00186) Piazza del Parlamento n. 24, ivi a mezzo posta ...

MAURIZIO ENZO LUPI, nella sua qualità di delegato di 237 Deputati nell'Ufficio per la carica presso la Camera dei Deputati con sede in Roma (00186) Piazza del Parlamento n. 24, ivi a mezzo

LORENZO DELLAI, nella sua qualità di delegato di 237 Deputati nell'Ufficio per la carica presso la Camera dei Deputati con sede in Roma (00186) Piazza del Parlamento n. 24, ivi a mezzo posta ...

LUIGI ENRICO ZANDA, nella sua qualità di delegato di 151 Senatori nell'Ufficio per la carica presso il Senato della Repubblica con sede in Roma (00186) Piazza Madama, ivi a mezzo posta ...

RENATO SCHIFANI, nella sua qualità di delegato di 151 Senatori nell'Ufficio per la carica presso il Senato della Repubblica con sede in Roma (00186) Piazza Madama, ivi a mezzo posta ...

KARL ZELLER, nella sua qualità di delegato di 151 Senatori nell'Ufficio per la carica presso il Senato della Repubblica con sede in Roma (00186) Piazza Madama, ivi a mezzo posta ...

UFFICIO CENTRALE PER IL REFERENDUM, in persona del Presidente per la carica presso la Corte di Cassazione in Roma(00193) Piazza Cavour, ivi a mezzo posta ...

Come richiesto io sottoscritto Ufficiale Giudiziario addetto all'Ufficio Unico Notifiche presso la Corte d'Appello di Milano ho notificato ai soli fini di notizia il sopraesteso atto di citazione a:

Senatore Dott. PIETRO GRASSO nella sua qualità di Presidente del Senato della Repubblica presso la sede in Roma (00186) Piazza Madama, ivi a mezzo posta ...

Onorevole Dott.ssa LAURA BOLDRINI, nella sua qualità di Presidente della Camera dei Deputati presso la sede in Roma (00186) Piazza del Parlamento n. 24, ivi a mezzo posta ...

4.1. *Atto di citazione presentato presso il Tribunale di Milano nella causa R.G. n. 37567/2016*

**TRIBUNALE ORDINARIO CIVILE DI MILANO**

Sezione Prima Civile R.G. 37567/2016

Giudice Unico Dott. DORIGO .

**ATTO DI INTERVENTO ADESIVO ex art. 105, c. 2 c.p.c.**

dell'AVV. FELICE C. BESOSTRI (XXXXXX)

**Nella causa R.G. n. 37567/2016 promossa dagli:**

avvocati CLAUDIO TANI (XXXXXX); ALDO BOZZI (XXXXXX), ILARIA TANI (XXXXXX) ed EMILIO ZECCA (XXXXXX), i quali agiscono in proprio e stanno in giudizio personalmente, ai sensi dell'articolo 86 del c.p.c., elettivamente domiciliati (XXXXXX)

**parte attrice**contro

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI (XXXXX) in persona del Presidente del Consiglio in carica, nel domicilio eletto *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato

e

MINISTERO DELL'INTERNO (XXXXX), in persona del Ministro pro-tempore, nel domicilio eletto *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato

e

MINISTERO DELLE RIFORME COSTITUZIONALI E DEI RAPPORTI CON IL PARLAMENTO (XXXXX), in persona del Ministro pro-tempore, nel domicilio eletto *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato

**parte convenuta**

e

ROBERTO OCCHIUTO (XXXXX), STEFANO QUARANTA (XXXXX) e CRISTIAN INVERNIZZI (XXXXX), anche nella loro qualità di delegati di 160 deputati

e

VITO CLAUDIO CRIMI (XXXXX), LOREDANA DE PETRIS (XXXXX) e GIANMARCO CENTINAIO (XXXXX), anche nella loro qualità di delegati di 103 senatori in carica

e

ETTORE ROSATO (XXXXX), MAURIZIO ENZO LUPI (XXXXX) e LORENZO DELLAI (XXXXX), anche nella loro qualità di delegati di 237 deputati in carica

e

LUIGI ENRICO ZANDA (XXXXX), RENATO SCHIFANI (XXXXX), KARL ZELLER (XXXXX), anche nella loro qualità di delegati di 151 senatori in carica

**altre parti convenute****per sentire accogliere le seguenti CONCLUSIONI**

Gli attori chiedono che il Tribunale, ogni contraria istanza e deduzione respinta voglia giudicare:

## NEL MERITO

***previa rimessione*** alla Corte costituzionale, ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, delle questioni incidentali di costituzionalità dedotte in giudizio:

a) quanto all'art. 12, commi 2 e 3, e all'art. 14 della legge n. 352/1970, per manifesta violazione degli artt. 1, 3, 48 e 138 Cost. nella parte in cui non prevedono che l'Ufficio centrale, nell'esercizio dei poteri di verifica della legittimità e della conformità del referendum all'art. 138 Cost., non contempli tra detti poteri anche quelli di invitare, con ordinanza, i promotori a formulare quesiti in modo separato e raggruppandoli per materie omogenee, per consentire la libera e consapevole manifestazione di volontà dell'elettore su ognuno di essi separatamente;

b) quanto agli artt. 4, 14 e 16 della legge n. 352/1970, per manifesta violazione degli artt. 1, comma 2; 3; 48; e 138 Cost., nella parte in cui non prevedono che il referendum si svolga su quesiti per materie omogenee, allorché si tratti di leggi costituzionali ovvero di leggi di revisione della Costituzione su parti e materie diverse della Carta fondamentale;

***accertare e dichiarare*** il diritto degli attori, cittadini italiani elettori iscritti nelle liste elettorali del Comune di Milano, di esercitare il loro diritto fondamentale di voto nel referendum che sarà indetto sul "*Testo di legge costituzionale approvato in seconda votazione a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi dei membri di ciascuna Camera, recante: "Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione"* pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 15 aprile 2016, n. 88; cioè accertare e dichiarare il diritto fondamentale di voto degli attori elettori così come attribuito e garantito nel suo esercizio dal combinato disposto degli artt. 1, 3, 48 e 138 Cost., e quindi con quesiti *non bloccati* su molteplici complessi di questioni, accertando e dichiarando nel contempo che l'indizione di referendum ex art. 138 Cost. con un *unico* quesito *bloccato su molteplici complessi di questioni insuscettibili di essere ridotte ad unità* risulterebbe **gravemente lesiva del diritto fondamentale di voto** degli odierni attori, in contraddizione con il principio democratico e in contrasto con il principio della libertà di voto, e dunque in violazione degli artt. 1, 3 e 48 Cost..

– che, pertanto, al pari degli attori, il qui interveniente volontario intende ottenere la tutela giurisdizionale del proprio diritto sostanziale di esercitare il diritto di voto nella consultazione referendaria in conformità ai suoi diritti costituzionali con particolare riferimento alla libertà di voto e senza svolgere altre argomentazioni a suffragio rispetto a quelle svolte dagli attori sulle quali sia necessario instaurare il contraddittorio

**tutto ciò premesso,**

l'avv. Felice C. Besostri, che al pari degli attori è cittadino elettore iscritto alle liste elettorali del comune di Milano al n.1653038 che agisce in proprio e sta in giudizio personalmente, ai sensi dell'articolo 86 del c.p.c., volontariamente interviene ad *adjuvandum* nel giudizio, con il deposito della presente comparsa, al solo fine di sentire accogliere le conclusioni, trascritte nel presente atto, formulate dagli attori, senza svolgere domande in proprio e pertanto non è soggetto al versamento del contributo unificato ex art.14 c.3 DPR n.115/2002

Si deposita:

doc. 1 :certificato di iscrizione alle liste elettorali del Comune di Milano al n. (XXXXXX)

\*\*\*\*\*

Milano,  
Avv. Felice C. Besostri

26/08/2016

### **PROCURA ALLE LITI**

Il sottoscritto Avv. Felice C. Besostri che si difende in proprio congiuntamente e disgiuntamente con l'Avv. Giuseppe Sarno, nomina quale proprio difensore e procuratore speciale in ogni fase e grado, anche nelle fasi dell'esecuzione, opposizione, incidentale, cautelare, ed in sede di gravame, se stesso e l' Avv. Giuseppe Sarno (XXXXXX) del foro di Avellino, conferendo ogni più ampia facoltà di legge, ivi comprese le facoltà di rinunciare agli atti ed accettarne la rinuncia, farsi rappresentare, assistere e sostituire, eleggere domicilio, rinunciare alla comparizione delle parti, riassumere la causa, proseguirla, chiamare terzi in causa, proporre azioni cautelari di qualsiasi genere e natura in corso di causa, ed assumendo sin d'ora per rato e valido l'operato del suddetto legale.

Elegge domicilio presso lo studio dell'avv. SARNO, sito (XXXXXX).  
Dichiara, ai sensi e per gli effetti di cui al D. Lgs. n. 196/2003 e s.m.i., di essere stato informato che i miei dati personali, anche sensibili, verranno utilizzati per le finalità inerenti al presente mandato, autorizzando sin d'ora il rispettivo trattamento.  
La presente procura alle liti è da intendersi apposta, comunque, in calce all'atto, anche ai sensi dell'art. 18, co. 5, D. M. Giustizia n. 44/2011, come sostituito dal D. M. Giustizia n. 48/2013.

Milano, lì

(Avv. Felice C. Besostri)

Vera e autentica è la sottoscrizione della procura alle liti dell'avv. Felice C. Besostri

**5. Memoria conclusionale nell'interesse dell'interventore *ad adiuvandum* avv. Felice C. BESOSTRI presentata presso il Tribunale di Milano nella causa R.G. n.°80217/09 (\*)**

TRIBUNALE CIVILE DI MILANO

Sezione Prima Civile

Giudice Unico Dott.ssa Baccolin

N.°80217/09 di . R.G

MEMORIA CONCLUSIONALE NELL'INTERESSE DELL'INTERVENTORE AD ADIUVANDUM AVV. FELICE C. BESOSTRI

NEL GIUDIZIO PROMOSSO

da avvocato ALDO BOZZI del foro di Milano, il quale agisce in proprio e sta in giudizio personalmente, ai sensi dell'articolo 86 del c.p.c., elettivamente domiciliato presso il proprio studio in Milano, (XXXX),

contro

la PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri in carica; e il MINISTERO DELL'INTERNO, in persona del Ministro dell'Interno in carica, domiciliati per legge presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano.

\*\*\*\*\*

FATTO E SVOLGIMENTO DEL GIUDIZIO

Con atto di citazione risalente alla fine del 2009, l'Avv. Aldo Bozzi evocava in giudizio dinanzi all'intestato Tribunale Ordinario di Milano, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri in carica; e il Ministero dell'Interno, in persona del Ministro dell'Interno in carica, domiciliati per legge presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano, il cui contenuto deve intendersi qui integralmente richiamato e trascritto.

Ivi in sostanza l'Attore lamentava di esser stato costretto ad esercitare il suo diritto di voto, costituzionalmente garantito, secondo modalità contrastanti con i principi sanciti dalla vigente Carta costituzionale, e chiedeva che – previa sospensione del presente giudizio e rimessione di atti e parti per la decisione della questione di costituzionalità in tal modo incidentalmente sollevata – il Tribunale

\* Fonte: <http://www.felicebesostri.it/wp-content/uploads/2011/01/mem.-interv.-volontario-avv.-B.-in-causa-Trib.-Bozzi.pdf>

accertasse la sussistenza dei vizi che affliggevano il suo diritto, così come da lui concretamente esercitato; con ogni conseguente effetto.

Nel corso del giudizio si costituivano le convenute Amministrazioni, a ministero della Avvocatura Distrettuale dello Stato, ed intervenivano altri soggetti, tra cui l'odierno deducente, Avv. Felice C. Besostri, del Foro di Milano, che aderiva alle conclusioni dell'attore principale tranne che in punto spese, di cui chiedeva la compensazione motivandola e per questa ragione non deposita la relativa nota.

Nella causa – avente per oggetto soltanto questioni di puro diritto e quindi tale da non richiedere assunzione di mezzi istruttori – all'udienza del 2 febbraio 2011 u.s. le parti precisavano le loro rispettive conclusioni, che vengono in questa sede confermate e meglio illustrate. L'interveniente chiede venia in anticipo se le sue espressioni possono sembrare frutto di esasperazione, ma è dall'inizio del 2008, cioè da tre anni che è impegnato, come avvocato e come cittadino elettore, per eliminare dal nostro ordinamento una legge elettorale, che costituisce una minaccia per l'ordinamento costituzionale, come, purtroppo, gli sviluppi politici hanno dimostrato: si sono convinti gli elettori che vi è un'investitura diretta del Primo Ministro, scelto direttamente dal corpo elettorale. In Italia non abbiamo una forma di governo del primo ministro, ma una forma di governo parlamentare razionalizzato. Se a distanza di tre anni si insiste nell'adire la giustizia è perché si ha un'incrollabile fiducia nella giustizia e nei giudici.

\*\*\*\*\*

## DIRITTO – LE DOMANDE

### oggetto e contenuto

Le questioni che in questa sede si agitano e meritano un'adeguata soluzione, procedono dalla semplice constatazione, in fatto, che l'Attore, Avv. Aldo Bozzi, come ha dimostrato depositando in atti il suo certificato elettorale, è cittadino italiano regolarmente iscritto nelle liste elettorali del Comune di residenza (Milano) e, anche nelle consultazioni elettorali svoltesi nel 2008, ha esercitato il suo diritto di voto che, preme ricordarlo subito, non solo è un preciso diritto pubblico soggettivo assoluto, ma è anche un "dovere civico", come espressamente dispone l'art. 48 della Costituzione. Altrettanto dicasi dell'odierno deducente, Avv. Felice C. Besostri, che – producendo fotocopia della sua tessera elettorale n. 055111127 – ha ugualmente fornito la prova di esser cittadino italiano regolarmente iscritto nelle liste elettorali del Comune di residenza (Milano) e di aver esercitato il suo diritto pubblico soggettivo – dovere civico di voto, nelle consultazioni elettorali svoltesi nell'aprile del 2008 (cfr. casella n. 10 del documento sopra citato); così al tempo stesso comprovando la rituale e legittima sua condizione di interveniente adesivo nel presente processo. Da questi semplici fatti automaticamente discende che sia l'Attore, Avv. Aldo Bozzi, sia l'interveniente Avv. Felice C. Besostri, sono titolari del diritto pubblico soggettivo, costituzionalmente garantito, non rinunziabile e neanche comprimibile o modificabile in pejus, se non sulla base di specifiche norme di legge compatibili con i fondamentali ed irrinunziabili principi stabiliti dagli articoli 1, 2, 48, 56, 58, 67 e 117, primo comma, della Costituzione e dell'art. 3 del Protocollo aggiuntivo della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

Lamenta invece l'Attore (e vi aderisce l'Avv. Besostri) che questi suoi fondamentali diritti siano stati pesantemente lesi dalle radicali modifiche, apportate alle previgenti regole disciplinanti l'elezione della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, dalla legge 21 dicembre 2005, n. 270, da qui la domanda di accertamento che non coincide con la questione di legittimità costituzionale delle norme che fanno temere che questo diritto non sia più garantito nella stessa forma, che in passato, cioè prima della introduzione delle modifiche apportate dalla L. 270/2005 e relative a due aspetti principali, l'introduzione di un premio di maggioranza, che svincolato da ogni quorum in percentuale di voti e/o seggi viola l'art. 48 Cost. (e che presenta aspetti di irrazionalità in un sistema bicamerale perfetto come il nostro per l'attribuzione nazionale per la Camera dei Deputati e regionale per il Senato della Repubblica), e di liste bloccate, che violano sia l'art. 48, che l'art. 51 Cost., come sarà illustrato in prosieguo.

L'interveniente avv. Felice C. Besostri ha aderito, in quanto l'azione proposta dall'avv. Bozzi appare l'unico strumento per far valere i propri diritti di cittadino e di elettore, già lesi con la sua partecipazione alle elezioni 2008 e poiché non intende rinunciare per sempre a partecipare alle votazioni ovvero essere costretto a lasciare la scheda in bianco o provocarne l'annullamento.

#### CONSIDERAZIONI SULL'INCIDENTALITA' DELLE QUESTIONI DI COSTITUZIONALITA'

Non vi è coincidenza tra l'oggetto della domanda e l'eventuale incostituzionalità delle norme invocate come possibile minaccia.

Le sentenze della Corte Costituzionale n. 127 del 1998, n. 84 del 2006 e l'ordinanza n. 17 del 1999 riguardano fattispecie diverse, in particolare il mancato esercizio di un'opzione o una candidatura non presentata, mentre nel caso di specie è stato esercitato, ma con modalità da non consentire il suo esercizio in modo conforme a costituzione. In questa sede l'interveniente non intende porre in discussione l'orientamento giurisprudenziale dell'incidentalità necessaria rispetto al giudizio a quo, ma va adattata ai casi concreti, specie quando sono in gioco "un bene della vita" quale il diritto di voto e l'esercizio concreto della sovranità popolare o quando siano in gioco diritti inviolabili e ogni volta che sussista una concreta minaccia del loro esercizio (Cass. SS.UU. 9 marzo 1979 n.14393 e 24 luglio 1984 nn. 4389, 4390 e 4397). La sentenza della Corte Cost. n. 48 del 1957 valorizza ai fini dell'ammissibilità il requisito dell'interesse nel giudizio a quo. Poiché il diritto di azione è un diritto fondamentale la giurisprudenza si evolve. Ora è ammessa l'impugnazione diretta di un regolamento, senza attendere il provvedimento applicativo (Cons. Stato sez.VI, 18 marzo 2003, n. 1414). Nella UE il Tribunale di prima istanza ha ammesso il ricorso diretto nei confronti di un regolamento immediatamente lesivo (T. 315/2000). In altre sentenze della Corte Costituzionale la preclusione non appare così rigida, secondo il prof. Cerri (Corso di Giustizia Costituzionale, Giuffrè, Milano, 2008, pagg. 164 e ss., in particolare 167-168) con riferimento alle sentenze n. 59 e n. 68 del 1957, n. 349 del 1985, n. 444 del 1990, n. 120 del 1992, n. 263 del 1994 o n. 102 del 1993. Nel caso di specie si tratta di un'azione popolare in materia elettorale, poiché il cittadino elettore non fa valere semplicemente un interesse personale, ma anche un interesse collettivo ad un processo elettorale legale, legittimo, limpido e trasparente e per di più nel caso di specie conforme alla Costituzione.

Le azioni popolari in materia elettorale sono connotate già da una legittimazione eccezionale nella sede

giudiziaria di partenza (il TAR Lazio): questa legittimazione non può esplicarsi, nel caso, se non attraverso una questione di costituzionalità. La Corte potrà poi decidere con una sentenza monito o con una sentenza a termine, sviluppando la legittimazione eccezionale che la legge riconosce in materia elettorale.

Con riguardo alle leggi provvedimento, del resto, la Corte riconosce la proponibilità della questione pur quando gli atti conseguenti a questa legge siano puramente esecutivi (materiali): il problema è preso in esame assai bene dalla recente sentenza n. 270 del 2010, con riguardo al caso Alitalia, e in cui dà conto dei precedenti in parte menzionati nel Manuale del prof. Augusto Cerri, cui si è fatto cenno sopra.

In ogni caso al giudice a quo è riservato di valutare la “non manifesta infondatezza” e la “rilevanza ai fini del giudizio” e non sull’esistenza del requisito dell’incidentalità riservato alla Corte Costituzionale.

La causa può essere infatti decisa sia accertando che il diritto è garantito e perciò non vi è interesse ex art. 100 cpc ad una pronuncia, sia accogliendo il ricorso affermando il diritto e rinviando a successive impugnazioni in relazione a fatti futuri, qualora questo diritto fosse in qualche misura compromesso. In un caso come nell’altro l’esame delle norme elettorali è incidentale, poiché riguarda il concreto esercizio del diritto di voto, in quanto soltanto in caso di manifesta irrilevanza o di non rilevanza ai fini della decisione, come già detto, si può prescindere dal sottoporre il giudizio alla Corte. Considerazioni sulla legittimazione e sulla giurisdizione.

Sia permesso anticipare che l’unica difesa possibile è in procedura, cioè eccependo un difetto di legittimazione attiva o passiva ovvero la carenza di giurisdizione del giudice adito. Non è un caso che la difesa in merito dell’Avvocatura non tratti la questione del premio di maggioranza, ma soltanto quella del voto di preferenza. Sul premio di maggioranza la Corte Costituzionale si è già pronunciata sia pure obiter dictum in bene due sentenze, la n. 15 e la n. 16 del 2008, in tema di ammissibilità di referendum avverso norme della L. 270/2005 di modifica della legge elettorale della Camera dei Deputati (DPR 361/1957) e del Senato della Repubblica (D.Lgs. 20 dicembre 1993 n. 533), una vicenda che l’interveniente ricorda bene, essendo stato il difensore o il codifensore, con i professori Vittorio Angiolini e Costantino Murgia di più parti in quel giudizio innanzi alla Corte Costituzionale, oltre che parte in proprio.

La Corte non si pronunciò per questioni esclusivamente procedurali, cioè non essere norma vivente il nuovo regime di attribuzione del premio di maggioranza alla lista di maggioranza relativa, invece che alla coalizione di liste non più ammesse, e non essendo la norma vigente oggetto del giudizio. In modo chiaro e netto la Corte Costituzionale ha affermato che si sarebbe pronunciata appena che la questione le fosse stata sottoposta “nelle forme ordinarie” del giudizio di costituzionalità (art. 23 L. 11 marzo 1953, n. 87).

Non poteva immaginare la Corte, che la questione non le sarebbe mai stata sottoposta, grazie ad un’interpretazione estensiva ed arbitraria dell’art. 66 della Costituzione e la riesumazione di una categoria di atti quelli cosiddetti politici previsti dal RD 26 giugno 1924 n. 1054 art. 31 non inquadrabili tra gli atti materialmente amministrativi (Cass., SS.UU., 25 giugno 1993, n. 7075 e ord. del 18 maggio 2006 n. 11623, nonché Cons. Stato, sez. IV nr. 1053/08). I giudici ordinari ed amministrativi non si sono resi conto che con il fine di proteggere i risultati

elettorali, cioè i parlamentari proclamati eletti, hanno legittimato un colpo di Stato istituzionale poiché se il decreto di convocazione dei comizi elettorali è atto politico non impugnabile non sarebbe eccezionale un decreto di indizione dei comizi elettorali per “l’elezione delle nuove Camere” che fissi le votazioni ben oltre il termine inderogabile di “settanta giorni dalla fine delle precedenti” fissato dall’art. 61 Cost..

Quanto alla lacuna di giustiziabilità per la fase preparatoria, si richiama l’attenzione sul fatto che, malgrado gli auspici della Corte (sentenza n. 259 del 2009), la delega contenuta nell’art. 44, c. 2 lett. D) non è stata attuata nel T.U. sulla giustizia amministrativa approvato con D.Lgs. 104/2010. Per qualsiasi cittadino, ma in particolare per i servitori dello Stato, quali sono i giudici, per di più garanti dello stato di diritto, dovrebbe bastare questo fatto, per quanto teorico, per soppesare il peso delle loro decisioni in materia di giurisdizione.

Il nostro è un ordinamento democratico, nel quale “la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione” (art. 1 c. 2 Cost.). In un ordinamento democratico e rappresentativo con forma di governo parlamentare secondo la Costituzione, malgrado le modifiche surrettiziamente introdotte con la legge 270/2005, cioè con legge ordinaria, l’espressione massima della sovranità popolare è costituito dalle elezioni, quindi i limiti al suo esercizio sia per il corpo elettorale nel suo complesso, che per i singoli elettori non possono che essere limiti conformi a Costituzione.

Il popolo è l’unico detentore della sovranità e tutti i poteri da esso derivano e nel suo nome sono esercitati compresa la giurisdizione.

Con elezioni libere si eleggono il Parlamento ed i Consigli Regionali, che a loro volta eleggono il Presidente della Repubblica ex art. 83 Cost..

Il Parlamento dà la fiducia al Governo (art. 94 Cost.) nominato dal Presidente della Repubblica (art. 92 Cost.). Spettano al Parlamento ed al Presidente della Repubblica l’elezione dei 2/3 della Corte Costituzionale (art. 135 Cost.) e 1/3 del CSM, presieduto dal Presidente della Repubblica, è eletto dal Parlamento in seduta comune (art. 104 Cost.), dunque la legittimazione democratica da parte del popolo sovrano è essenziale per il complesso di poteri dello Stato. L’art. 67 Cost. ha ugualmente il suo fondamento nella sovranità popolare, perché il parlamentare può rappresentare la Nazione soltanto nella misura in cui sia stato democraticamente eletto. La Costituzione stabilisce un rapporto diretto tra circoscrizioni elettorali e popolazioni (art. 56, c. 4 Cost. e art. 57, c. 4 Cost.) e le eccezioni sono stabilite con norma Costituzionale (Circoscrizione estero e seggi senatoriali attribuiti alle Regioni rispettivamente artt. 56, c. 4 e 57, c. 4 e art. 57 c. 3 Cost.). Il diritto di voto è un diritto politico soggettivo sia come elettorato attivo che passivo, tanto che può essere limitato soltanto in casi tassativi e di stretta interpretazione (giurisprudenza pacifica) (cfr. art. 48 e 51 Cost.).

La competenza è quindi del giudice ordinario.

La giurisprudenza che riserva ex art. 66 Cost. alle Camere il giudizio sui “titoli di ammissione dei suoi componenti” comprendendo nel concetto di autodichia anche la giurisdizione sulle operazioni elettorali è inconferente per una serie di motivi:

1) Operazioni elettorali non sono oggetto di questo giudizio, né il suo accoglimento pregiudica il diritto di alcun parlamentare di occupare il posto di deputato o senatore, anche nel caso che l'accoglimento o la reiezione del ricorso discenda dalla pronuncia della Corte Costituzionale di incostituzionalità della legge elettorale vigente in alcune sue norme, putacaso si trattasse anche di quelle in forse delle quali i parlamentari in carica fossero stati eletti perché “quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione” (art. 134, c. 1 Cost.)

2) La carenza assoluta di giurisdizione, che, detto incidentalmente, costituisce violazione degli artt. 6 e 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, nei confronti “degli atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica” deve venire riconsiderata alla luce dell'art. 44, c. 2 lett. D) (delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo) L 18 giugno 2009 n. 69, che affida la risoluzione delle controversie alla “giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”. Ai nostri fini è inconferente che il Governo, del tutto illegittimamente alla luce del combinato disposto degli artt. 76 e 77, c. 1 Cost., non abbia dato attuazione a detto principio e criterio direttivo nell'emanazione del D.Lgs. n. 104/2010. Con lo stesso decreto legislativo è stato abrogato l'art. 31 RD 26.06.1924 n. 1054 (cfr. n. 4 del c. 1 dell'art. 4 dell'allegato 4 al D.Lgs. 104/2010). La norma è stata approvata dagli organi alla cui presunta tutela è stato stabilito l'art. 66 Cost..

3) L'interpretazione estensiva dell'art. 66 Cost. è errata ed in contrasto con le norme costituzionali, come viola la Costituzione se la riserva alle Camere sia fatta discendere dall'art. 87 DPR 30 marzo 1957, n. 361 per la Camera dei Deputati, che non ha norma corrispondente nel D.Lgs. 533/1993 per il Senato, ma ritenuto applicabile ex art. 27 D.Lgs. 533/1993: in un sistema bicamerale perfetto, già tale circostanza doveva indurre cautela interpretativa dell'art. 66 Cost., che chiaramente si applica alle due Camere del nostro Parlamento. Si richiama inoltre l'attenzione che proprio l'art. 87, c. 2 DPR 361/1957 presuppone l'esistenza di altro organo competente ad annullare le operazioni elettorali. Una pronuncia della Corte Costituzionale la si può ottenere rinviando alla Corte il combinato disposto degli artt. 87 DPR 361/1957 e 27 D.Lgs. 533/1993 per violazione proprio dell'art. 66 Cost. e delle altre norme sull'accesso alla giustizia.

L'art. 66 Cost. è una norma costituzionale e per di più una norma costituzionale eccezionale. Come norma va interpretata secondo i criteri ermeneutici dell'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, quindi “non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse”. L'art. 14 delle Disposizioni sulla Legge in generale avrebbe dovuto impedire l'interpretazione estensiva delle disposizioni eccezionali. Il giudizio sui “titoli di ammissione dei suoi componenti” presuppone che vi sia un parlamentare proclamato tale: non si è componenti di una Camera senza la proclamazione ad opera dell'Ufficio Centrale Circostrizionale sulla base delle comunicazioni dell'Ufficio Centrale Nazionale per la Camera dei Deputati e dall'Ufficio elettorale regionale per il Senato della Repubblica. Il procedimento elettorale preparatorio, come dice il nome, non si estende alla proclamazione degli eletti, che è atto conclusivo.

Il diniego di giurisdizione, di fatto attribuendo alle Giunte delle elezioni delle Camere ogni ricorso compresi quelli che direttamente o indirettamente coinvolgono la costituzionalità della legge elettorale,

viola l'art. 24 Cost. nel diritto di agire in giudizio (c. 1) e di difendersi in ogni stato e grado del procedimento (c. 2): la Giunta delle Elezioni può esaminare i ricorsi soltanto dopo le elezioni, cioè a babbo morto.

Il diritto ad un giudizio non è garantito da un organo parlamentare poiché la funzione giurisdizionale è esercitata “da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull’ordinamento giudiziario” (art. 102, c. 1 e 108 c. 1 Cost.), mentre le Giunte delle Elezioni sono istituite e regolate dai Regolamenti parlamentari previsti dall’art. 64 Cost..

La Giunta delle Elezioni con funzioni di Giudice al di fuori del giudizio dei titoli di ammissione dei propri componenti diventa un giudice straordinario o speciale, di cui è vietata l’istituzione (art. 102, c. 2 Cost.).

Le Giunte delle Elezioni sarebbero giudice in causa propria ed in conflitto di interessi quando la controversia è sulla norma, che ha consentito l’elezione dei suoi componenti, con l’obbligo di astenersi ex art. 51 cpc..

Se in teoria nessun componente di una delle Giunte delle Elezioni potrebbe essere stato eletto in forza del premio di maggioranza nazionale (Deputati) o regionali (Senatori) tutti sono stati eletti su liste bloccate.

Alle Giunte delle Elezioni non è applicabile l’art. 111 Cost. e non è giudice che possa proporre giudizi di legittimità costituzionale ex art. 137 Cost..

Il diniego di giurisdizione sulle leggi elettorali viola l’art. 113 Cost. sotto diversi profili sottraendo alla tutela giurisdizionale atti della pubblica amministrazione (c. 1).

La tutela giurisdizionale sarebbe esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti (c. 2). Infine soltanto la legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione (c. 3). Se una norma regolamentare parlamentare attribuisse in futuro questo potere, non sarebbe una norma di legge. Le Giunte delle Elezioni non sono organi giurisdizionali e quindi non possono annullare atti di altri organi della P.A., che abbiano ammesso simboli o liste, per esempio con l’illegittima indicazione di un candidato quale PRESIDENTE.

Infine e del tutto paradossalmente l’invocata applicazione estensiva dell’art. 66 a tutto il procedimento elettorale compreso quello preparatorio e delle operazioni elettorali viola proprio il principio di autodichia ex artt. 64 e 66 Cost..

Infatti l’autodichia può essere violata sia sottraendo competenze alle Camere, che attribuendo ad esse competenze che le stesse non abbiano deciso di esercitare.

Nessuna norma regolamentare della Camera o del Senato attribuisce alle loro Giunte delle Elezioni il compito di esaminare le controversie relative al procedimento elettorale preparatorio o alle operazioni elettorali, esclusa la proclamazione degli eletti. Nessuna norma regolamentare parlamentare consente alla Giunta delle Elezioni o all’Assemblea di sollevare questione incidentale di costituzionali, ma soltanto conflitto di attribuzione.

La conseguenza sarebbe che non sarebbe possibile sindacare la costituzionalità delle leggi elettorali ivi comprese norme che violassero l'art. 3 Costituzione. Se così fosse, la violazione degli artt. 6 e 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo sarebbe flagrante e totale e quindi violazione degli artt. 10 e 11 della Costituzione (sentenze n. 348 e 349 del 2007 Corte Cost.). La sopra richiamata Convenzione non solo è stata ratificata dal Parlamento italiano (L. 4 agosto 1955 n. 848), ma essendo richiamato nei Trattati UE in vigore (Trattato di Lisbona del 18-19 ottobre 2007 ratificato con L. 2 agosto 2008 n. 130) costituisce anche norma comunitaria o di diritto internazionale, cui la legislazione italiana si deve conformare ex art. 117, c. 1 Cost.. La violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo consente, secondo il deducente, di superare eventuali ostacoli procedurali, poiché il Giudice deve esistere ed essere precostituito al momento dell'esercizio del diritto di azione.

Ulteriori argomenti per la giurisdizione si deducono dalla sentenza Corte Costituzionale n. 236 del 2010.

Sulla legittimazione attiva l'attore e gli intervenienti sono cittadini elettori e, quindi, sicuramente legittimati per quanto riguarda la partecipazione elettorale, compreso l'esercizio del diritto di voto nelle elezioni 2008, ad elezioni a loro riservate, diversamente da quelle per il Parlamento Europeo e locali, cui sono ammessi anche cittadini di altri Stati UE.

Le leggi, i decreti legislativi e i DPR sono promulgati o emanati dal Presidente della Repubblica che, non essendo responsabile dei suoi atti (art. 90 Cost.), non può essere evocato in giudizio e per la validità dei suoi atti deve esserci la controfirma del ministro proponente che se ne assume la responsabilità (art. 89, c. 1 Cost.).

Gli atti che hanno valore legislativo (quali i D.Lgs., i DPR e i DL) sono controfirmati dal Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 89, c. 2 Cost.). Basta leggersi le intestazioni di qualsivoglia D.Lgs. per verificare che la proposta è del Presidente del Consiglio dei Ministri e che nell'iter deliberativo interviene una deliberazione preliminare del Consiglio dei Ministri. Il Ministro degli Interni ha vistato il Testo Unico dell'elezione per la Camera dei Deputati DPR 361/1957 e ad esso spetta l'organizzazione delle elezioni.

Tuttavia, atteso che non è oggetto principale della domanda, ma incidentale l'eventuale costituzionalità delle norme, non è rilevante nemmeno il fatto che i disegni di legge di iniziativa governativa in materia elettorale siano presi di concerto con il Ministero degli Interni. La pretesa di un cittadino di votare conformemente a Costituzione è svolta nei confronti dello Stato, che è rappresentato anche nell'ordinamento internazionale e comunitario dal Governo e quindi dal Presidente del Consiglio dei Ministri, atteso che non possono essere evocati in giudizio né il Presidente della Repubblica, né le Camere.

L'interveniente adesivo ha cercato di rimediare alla lacuna sulla giustiziabilità del procedimento elettorale preparatorio introducendo un pioneristico conflitto di attribuzione tra il corpo elettorale da un lato e il Parlamento ed il potere giudiziario dall'altro ma senza successo (Corte Costituzionale Ordinanza n. 284 del 2008).

Le questioni di legittimità costituzionale

In questa sede pochi accenni alle questioni di merito.

Sul premio di maggioranza nazionale e/o regionale svincolato da ogni quorum di percentuale di voti o di seggi si è già espressa la Corte Costituzionale. Qui si sottolinea l'irragionevolezza in un sistema democratico rappresentativo in cui i seggi sono rapportati alla popolazione (artt. 56 e 57 Cost.) e in cui il voto è uguale (art. 48 Cost.).

Così come è congegnato non è un premio di maggioranza, cioè di consentire di governare alla forza più consistente e che a tale maggioranza si avvicina per consenso elettorale, cioè contemperare il principio di rappresentatività con quello di governabilità, benché la rappresentatività sia un principio costituzionale e la governabilità una scelta di opportunità. Così come è, rappresenta un premio ad una minoranza assoluta che casualmente è una maggioranza relativa.

Un'assurdità e irrazionalità evidente del premio di maggioranza senza previsione di un quorum minimo è che la consistenza del premio di maggioranza è inversamente proporzionale al consenso ricevuto. Una lista o coalizione di liste di maggioranza relativa, cioè che abbia pochi voti in più di quella che la segue, ottiene un premio di maggioranza più alto (si faccia l'ipotesi di una lista con il 30% dei voti di una lista o coalizione di liste e quello di una lista o coalizione che putacaso abbia il 49% dei voti): il premio di maggioranza sarebbe maggiore nel primo caso, cioè più candidati sarebbero eletti grazie al premio di maggioranza.

La violazione dell'art. 48 Cost. sul voto uguale pare evidente, come anche quella dell'art. 51 Cost.. I voti devono avere lo stesso peso teorico anche se gli effetti possono essere diversi. Orbene il premio di maggioranza così come congegnato dà maggior peso a voti inferiori in percentuale e in assoluto rispetto a liste con voti superiori in percentuale e in numero assoluto. Il premio di maggioranza fa eleggere un numero di parlamentari non commisurato ai voti ottenuti dalla lista, quindi vi è anche la violazione dell'art. 51 Cost. perché i candidati delle liste non concorrono in condizioni di uguaglianza come è prescritto dall'art. 51. Non ci sarebbe contraddizione se il nostro sistema fosse bipartitico o fortemente bipolare. Non è così come ogni giorno la cronaca ci ricorda e per di più è stato realizzato tecnicamente male. La decisione che il premio di maggioranza, fino al 54% dei seggi della Camera e al 55% dei seggi delle circoscrizioni senatoriali regionali, sia costituzionalmente illegittimo per mancata previsione di un quorum minimo di voti o di leggi non necessita un intervento del legislatore, che fissi il quorum: l'assenza di un quorum minimo rende la previsione costituzionalmente illegittima, con il conseguente annullamento del premio di maggioranza, mentre non sarebbero toccate le clausole di sbarramento o di accesso (percentuali minime per accedere alla distribuzione dei seggi). Il legislatore, se vorrà mantenere la legge, potrà introdurre in futuro un quorum tale, che il premio diventi un premio alla maggioranza relativa, ma consistente. La fretta non ha consentito di coordinare l'art. 14 con l'art. 14 bis DPR 361/1957, norma comune alle due Camere.

Infatti, mentre è vietato presentare liste di candidati con simboli uguali o confondibili, nulla vieta che partiti o gruppi politici organizzati presentino liste (o coalizioni di liste) con programma identico e con lo stesso capo politico, purché si abbia l'avvertenza di non candidarlo in tutte le liste o di non candidarlo per niente.

Un premio di maggioranza, concepito per consentire ai partiti di candidarsi a governare il paese, prevedeva una triplice maggioranza, sia pure relativa, di voti sulla lista, di voti sul programma elettorale e di voti sul capo-politico. Il mancato coordinamento tra l'art. 14 ed il 14 bis DPR 361/1957 può comportare tre diverse maggioranze, quella della lista o della coalizione più votata, quella sul programma identico più votato di liste non coalizzate ed infine la maggioranza formatasi su un capo politico, non candidato in nessuna lista, indicato da liste coalizzate o meno, senza necessariamente un identico programma, a parte quello unico delle liste coalizzate, ma con capo identificato nella stessa persona.

Questa possibilità meramente teorica è possibile proprio per la circostanza che non vi sia un quorum minimo per beneficiare del premio, se non quello della soglia di accesso e del 20% per le coalizioni nelle circoscrizioni senatoriali.

La legge elettorale era stata concepita in un contesto di superamento del bicameralismo perfetto. Il Senato in data 18 novembre 2005 approva definitivamente una complessa riforma costituzionale, che per quanto ci interessa trasformava la Camera Alta in un "Senato Federale", cui non competeva più di dare la fiducia al Governo. La legge elettorale 270/2005 è stata promulgata il 21 dicembre 2005: il collegamento non è soltanto temporale ma si desume dai lavori preparatori e da esternazioni del Ministro proponente Calderoli. Richiesto il referendum costituzionale confermativo la riforma non fu approvata nel 2006. Orbene una deroga così importante al principio di rappresentanza poteva avere un senso soltanto per consentire una governabilità. In questo caso, pur non facendo caso alla diversa composizione del corpo elettorale del Senato, il premio di maggioranza doveva rispondere alla stessa logica, cioè assicurare alla lista o coalizione di maggioranza relativa la maggioranza nelle due Camere del Parlamento. Così non è perché il premio per la Camera è nazionale e per il Senato regionale. Per di più in alcune regioni, Valle d'Aosta e Molise, non vi è alcun premio possibile. Il premio di maggioranza non è neppure percentualmente lo stesso, poiché viene arrotondato al numero superiore, ma soprattutto gioca diversamente in Lombardia con 47 seggi o in Abruzzo con solo 7. Il voto non è uguale come richiede l'art. 48 Cost. e non vi sono condizioni di eguaglianza per gli stessi candidati di essere eletti grazie al premio di maggioranza regionale. Tuttavia a prescindere da queste technicalità se il premio di maggioranza non assicura la stessa maggioranza nelle due Camere è totalmente irragionevole, e perciò incostituzionale l'attribuzione di un premio di maggioranza finché siamo un sistema bicamerale perfetto. Sulle liste bloccate la violazione più evidente è quella del voto personale che deve essere inteso nel senso di essere dato da una persona ad un'altra.

Necessariamente non implica un voto di preferenza se non in caso di collegi plurinominali con voto di lista: in caso di collegi uninominali il requisito del voto personale è egualmente rispettato. Combinando insieme voto di lista senza preferenze e circoscrizioni ampie la legge attuale di fatto elimina la necessaria rappresentatività degli eletti non tanto nei confronti dei singoli elettori quanto nei confronti dei singoli collegi elettorali nell'ambito dei quali dovrebbe esservi un rapporto più diretto elettori-eletti, eliminato invece dall'elezione in ordine di lista in grandi circoscrizioni dove il rapporto personale si perde. La mancanza di tale rapporto è particolarmente evidente nelle elezioni per il Senato dove il Collegio coincide con la Regione stessa, ma anche nelle elezioni per la Camera dei deputati dove la suddivisione in circoscrizioni della stessa Regione riguarda soltanto quelle più popolose. Nella legge in vigore non è nemmeno possibile la cancellazione di candidati per evitare che, votando

per una lista, non si possa modificare l'ordine di lista e pertanto essere obbligati a votare per candidati sgraditi, che per di più precedono nell'ordine i candidati, che per la loro presenza avevano indotto l'elettore a votare per quella lista e non per altre, cioè esprimere un voto personale e libero. Ma la violazione della Costituzione è inequivoca in relazione all'elettorato passivo, in quanto l'art. 51, c. 1 Cost. sancisce il diritto di accedere a cariche elettive in condizioni di eguaglianza. È evidente che essere collocato al 1° posto o all'ultimo comporta una differenza di chance. Tale differenza non riguarda soltanto il candidato ma il cittadino elettore che non può dare il proprio voto personale al candidato che ritiene migliore o più competente. Una lista bloccata è teoricamente ammissibile in presenza di consultazioni primarie obbligatorie che determinino l'ordine di lista ovvero in seguito a procedure di partito democratiche e trasparenti che deliberino l'ordine di lista.

L'Italia è l'unico paese della UE privo di una legge sui partiti politici, benché gli stessi esercitino funzioni pubbliche e ricevano fondi pubblici per partecipare alle elezioni. L'art. 49 della Costituzione non è stato attuato, concorrere "con metodo democratico a determinare la politica nazionale" implica non soltanto una pluralità di liste, ma che le stesse siano formate con criteri democratici.

Se così non fosse, non sarebbe costituzionale la disparità di trattamento rispetto ai Sindacati (art. 39 c. 3 Cost.), che sono formazioni sociali ex art. 2 Cost., al pari dei partiti politici. La violazione dell'art. 92 Cost. sulla nomina del Primo Ministro come prerogativa del Presidente della Repubblica non è imputabile alla legge che espressamente esclude che la designazione da parte della lista o coalizione di liste di un capo politico costituisca modifica dell'art. 92 Costituzione. *Excusatio non petita, accusatio manifesta*: non c'è bisogno di essere fini giuristi per sapere che con legge ordinaria non si possono né modificare, né integrare, né interpretare norme costituzionali. Il problema è stato posto dall'illegittima ammissione di simboli elettorali con indicazione di una persona con la qualifica di Presidente.

Si torna al problema di fondo, con la giurisprudenza consolidata che sottraeva, e sottrae almeno fino ad un giudizio di costituzionalità sul D.Lgs. 104/2010 per mancato recepimento sul punto della legge delega, alla giurisdizione il procedimento elettorale preparatorio, non era possibile impugnare l'ammissione di ingannevoli simboli o contrassegni di liste contrari alla stessa legge e alla Costituzione, convincendo gli elettori con una martellante propaganda che stavano eleggendo il futuro Primo Ministro.

L'impugnazione sarebbe stata rinviata alla Giunta delle Elezioni di Camere, elette grazie a quell'escamotage e con maggioranza preconstituita vincolata al personaggio politico cui tutti i parlamentari devono essere grati per essere stati collocati in posizione utile in testa di lista ed alcuni di loro ancora più grati per essere stati eletti grazie ad un premio di maggioranza. Con il rinvio alla Corte Costituzionale non si lede gli interessi di nessuno, le Camere ed il Governo potrebbero proporre un conflitto di attribuzione se fosse vera la tesi difensiva dell'Avvocatura dello Stato, mentre al cittadino elettorale non sarebbero offerti altri rimedi se non la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che non ha poteri conformativi alle norme incostituzionali, ma solo di condanna per violazione della Convenzione internazionale.

Con riserva di replica ed illustrazione in sede di discussione orale.

Milano, 4 marzo 2011

Avv. Felice C. Besostri

**5.1. Atto di intervento *ad adiuvandum* dell'Avv. Felice C. Besostri presentata presso il Tribunale di Milano nella causa R.G. n.°80217/09 (\*)**

TRIBUNALE CIVILE DI MILANO

Sezione Prima Civile

Giudice Unico Dott.ssa Baccolin

ATTO DI INTERVENTO AD ADIUVANDUM

dell'Avv. Felice C. Besostri (XXXXXX).

Nella causa n. 80217/09 di . R.G. promossa da:

l'avvocato Aldo Bozzi (XXXXXX) del foro di Milano, residente in (XXXXXX), il quale agisce in proprio e sta in giudizio personalmente, ai sensi dell'articolo 86 del c.p.c., elettivamente domiciliato presso il proprio studio in, (XXXXXX),

ATTORE  
CONTRO

---

\* Fonte: <http://www.felicebesostri.it/atto-di-intervento-2/>. Cfr. <http://www.felicebesostri.it/wp-content/uploads/2013/11/gb67-sentenza-5330-2011-tribunale-milano-giudice-unico-baccolini.pdf>

la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri in carica; e il Ministero dell'Interno, in persona del Ministro dell'Interno in carica, domiciliati per legge in (XXXXX),

CONVENUTI  
COMPARSA D'INTERVENTO VOLONTARIO

ADESIVO DIPENDENTE

L'avvocato Felice C.Besostri (XXXXX) del foro di MILANO, (XXXXX), ai sensi dell'articolo 86 del c.p.c., elettivamente domiciliato presso il proprio studio (XXXXX),

PREMESSO

– che in data 5 novembre 2009 l'avv. Aldo Bozzi ha notificato l'atto di citazione che qui si trascrive: “TRIBUNALE CIVILE DI MILANO ATTO DI CITAZIONE”

L'avvocato Aldo Bozzi (XXXXX), il quale agisce in proprio e sta in giudizio personalmente, ai sensi dell'articolo 86 del c.p.c., elettivamente domiciliato presso il proprio studio (XXXXX), con il presente atto

CITA

avanti al Tribunale Civile di Milano la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri in carica; e il Ministero dell'Interno, in persona del Ministro dell'Interno in carica, domiciliati per legge in (XXXXX), e li invita a costituirsi in giudizio nel termine di venti giorni prima dell'udienza qui indicata ai sensi e nelle forme stabilite dall'articolo 166 del Codice di Procedura, ed a comparire all'udienza del 16 (sedici) febbraio 2010, ore di rito, che sarà tenuta nella nota sede del Tribunale Civile di Milano, avanti al Giudice che sarà designato ai sensi dell'articolo 168-bis, con l'avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui agli articoli 38 e 167 del Codice di Procedura Civile – per ivi, in contraddittorio, ovvero, in dichiarata sua contumacia, sentire accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

Piaccia al Tribunale Civile di Milano, ogni contraria istanza e deduzione disattesa, così giudicare: – previa rimessione alla Corte Costituzionale, delle questioni incidentali di costituzionalità che con il presente atto vengono dedotte in giudizio, considerata la loro rilevanza ai fini del decidere, poiché il giudizio non può essere definito indipendentemente dalla risoluzione delle questioni stesse, e ritenuta la loro non manifesta infondatezza,

– accertare e dichiarare il diritto dell'attore – Aldo Bozzi cittadino italiano ed elettore iscritto nelle liste elettorali del Comune di Milano al n. 0942905 (doc. 1) – di esercitare il proprio diritto di voto libero e diretto, così come costituzionalmente attribuito e garantito nel suo esercizio, quanto all'elezione della Camera dei Deputati, dal combinato disposto degli articoli 117, primo comma, art. 1, secondo comma, art. 2, art. 48, secondo e quarto comma, art. 56, primo comma, art. 67 e 138 della Costituzione, e dell'articolo 3 del Protocollo 1 della C.E.D.U.; quanto all'elezione del Senato della Repubblica, dal combinato disposto degli articoli 117, primo comma, art. 1, secondo comma, art. 2, art. 48, secondo e terzo comma, art. 58, primo comma, art. 67 e 138 della Costituzione, e dell'articolo 3 del Protocollo 1, della C.E.D.U.; quanto al rispetto delle forme e dei limiti circa la intangibilità del

potere del Presidente della Repubblica di nominare il Presidente del Consiglio, dagli articoli 1, secondo comma, art. 92, secondo comma, art. 117, primo comma, e art. 138 della Costituzione; – in caso di resistenza alla domanda attrice, condannare i convenuti al pagamento delle spese, competenze ed onorari di causa in favore dell'attore.

#### ESPOSIZIONE DEI FATTI

1. L'attore è cittadino italiano iscritto nelle liste elettorali del Comune di Milano al n. 0942905 (doc. 1), nel quale ha la residenza.

2. Pertanto, l'attore in quanto elettore iscritto nelle liste elettorali ha il diritto sostanziale di esercitare il diritto di voto nelle forme e nei limiti previsti e garantiti dal combinato disposto degli articoli 1, 2, 48, 56, 58, 67 e 117, primo comma, della Costituzione e dell'art. 3 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

3. È accaduto, tuttavia, che le leggi sulla elezione della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica sono state modificate con la Legge n. 270/2005, mediante l'introduzione di norme che, violando la Costituzione, gravemente limitano, comprimono e alterano l'efficacia e l'effettività del suddetto diritto di voto dell'attore costituzionalmente garantito dalle citate norme costituzionali e sovranazionali.

4. Di conseguenza, l'attore ha interesse all'accertamento in giudizio della pienezza del proprio diritto di voto così come costituzionalmente garantito dalle invocate norme costituzionali e sovranazionali, previa declaratoria d'incostituzionalità delle vigenti disposizioni di legge che lo limitano, lo comprimono e ne alterano l'efficacia e l'effettività.

5. Per queste ragioni, in base agli articoli 24, primo e secondo comma, e 111, primo e secondo comma, della Costituzione e degli articoli 99, 100 e 101 del codice di procedura civile, l'attore con il presente atto adisce codesto Tribunale Civile di Milano per la tutela giurisdizionale del proprio diritto di voto che ritiene essere gravemente leso per i seguenti ELEMENTI DI DIRITTO.

6. Con la domanda di merito si chiede l'accertamento del diritto dell'attore di esercitare il proprio diritto di voto libero e diretto, così come costituzionalmente garantito nel suo esercizio, lamentandone la lesione a causa della dedotta illegittimità costituzionale del vigente Testo Unico delle Leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei deputati, di cui al D.P.R. 30 marzo 1957 n. 361, e del D.L.vo 20 dicembre 1993 n. 533 e successive modificazioni, per l'elezione del Senato della Repubblica, come modificati ed integrati con la Legge 21 dicembre 2005 n. 270, Le censure d'incostituzionalità traggono origine dalle modificazioni, introdotte con la Legge n. 270/2005, nella disciplina previgente sulla elezione del Parlamento contenuta nei testi originari. Modificazioni che, appunto, evidenziano, al di là di ogni ragionevole dubbio, la incompatibilità della normativa attuale con le norme costituzionali in materia, avuto riguardo ad alcune delle disposizioni introdotte a modifica o integrazione delle precedenti.

7. In concreto, gli articoli 1, primo comma, 4, secondo comma, 59, 83, secondo, terzo, quarto e quinto comma, dell'attuale normativa per l'elezione della Camera dei deputati, stabiliscono: – che il voto sia espresso dagli elettori soltanto a favore delle “liste concorrenti”; – e che, mediante l'artificiosa e incostituzionale previsione di un così detto “premio di maggioranza”,

sono automaticamente attribuiti 340 seggi della Camera dei deputati alla lista che abbia ottenuto anche un solo voto in più delle altre.

8. A loro volta, gli articoli 14, 16, 17, 19 e 27 della normativa per l'elezione del Senato della Repubblica stabiliscono:

– che il voto può essere espresso dagli elettori soltanto a favore delle liste “tracciando a matita, sulla scheda, un solo segno, comunque apposto, sul rettangolo contenente il contrassegno della lista prescelta”, senza che, peraltro, sia espresso il voto diretto uninominale ai singoli candidati;  
 – e che, inoltre, mediante l'artificiosa e incostituzionale previsione di un così detto “premio di maggioranza”, alla lista che abbia ottenuto anche un solo voto in più delle altre viene automaticamente attribuito il 55 per cento dei seggi del Senato assegnati alla Regione, con arrotondamento all'unità superiore.

9. Infine, l'articolo 14/bis, terzo comma, del D.P.R. n. 361 del 1957, come modificato nel testo vigente dalla Legge n. 270/2005, neutralizza e sopprime le peculiari funzioni del Presidente della Repubblica previste dalla Costituzione repubblicana sulla nomina del Presidente del Consiglio.

10. Tali essendo, in sintesi, gli aspetti innovatori della disciplina introdotta dalla Legge n. 270/2005, si rende necessario valutarne la conformità alla Costituzione e, ove l'esame da parte del Giudice delle leggi risulti negativo, codesto Tribunale dovrà trarne le dovute conseguenze pronunciando sulla domanda che l'attore, essendo cittadino elettore, propone a tutela del proprio diritto di libera e diretta manifestazione del proprio voto.

Il paragone tra l'essenza del diritto elettorale attivo garantito costituzionalmente e la nuova normativa, al fine di individuare se essa sia o non conforme alla Carta fondamentale dello Stato, va condotto in primo luogo in relazione al secondo comma dell'articolo 48 della Costituzione, il quale dispone che “il voto è personale ed eguale, libero e segreto”: ciò sta a dire che, con l'espressione “voto libero”, quella norma intende sottolineare che gli Organi dello Stato, le leggi elettorali e l'intero Ordinamento devono garantire ad ogni cittadino la possibilità di esprimere la determinazione elettorale nei confronti del candidato direttamente senz'alcuna intermediazione e in piena libertà, sì da essere una manifestazione spontanea di opinione, formatasi attraverso procedure di persuasione, e non mediante procedure diverse, improprie e talora coercitive. Trattasi, in sostanza, della libertà intesa in senso oggettivo, che comprende imprescindibilmente la possibilità, offerta all'elettore, di scegliere tra più candidati poiché, qualora così non fosse, la libertà sarebbe gravemente compressa e mortificata proprio nella sua funzione di esercizio di attività selettiva del destinatario del consenso elettorale.

11. Ora, mentre il D.P.R. n. 361 del 1957 rendeva certo lo svolgimento di quella funzione, stabilendo dettagliatamente, agli articoli 59, 60 e 61, le modalità di manifestazione del voto di preferenza, la nuova disciplina sottrae del tutto all'elettore la potestà di esprimere il proprio voto di preferenza per i candidati compresi nella lista votata, il che porta a concludere che la modifica introdotta contrasta con l'articolo 48 della Costituzione, relativamente alla cui valenza la Corte Costituzionale, con la sentenza 2/10 luglio 1968 n. 96 ha testualmente statuito che “in materia di elettorato attivo l'art. 48, secondo comma, della Costituzione ha carattere universale e i principi, con esso enunciati, vanno osservati in ogni caso in cui il relativo diritto debba essere esercitato”.

12. Ulteriore contrasto con l'articolo 48 della Costituzione è inoltre rinvenibile nelle disposizioni introdotte dalla richiamata Legge n. 270 del 2005 riguardanti l'arbitraria previsione del così detto "premio di maggioranza" mediante l'attribuzione automatica, alla "lista" che abbia avuto anche un solo voto in più delle altre liste concorrenti, di 340 seggi della Camera dei deputati e del 55% dei seggi del Senato assegnati alla Regione.

Invero, per avvalorare la censura di incostituzionalità che affligge quelle norme, per evidente violazione del secondo comma dell'art. 48 della Costituzione (il voto è ..... eguale) appare adeguato e sufficiente in questa sede il richiamo alla motivazione con la quale, nella fase procedimentale consistente nel controllo di "legittimità-regolarità" della nota proposta referendaria, la Corte Costituzionale si è pronunciata.

Difatti, nella nota sentenza n. 15 del 2008, la Corte, pur consapevole di non potere esprimere in quella sede un giudizio anticipato di incostituzionalità delle anzidette disposizioni, dopo avere premesso che "l'assenza di una soglia minima per l'assegnazione del premio di maggioranza è carenza riscontrabile già nella normativa vigente che, giova ricordarlo, non impone coalizioni, ma le rende possibili", precisa che "L'abrogazione richiesta dal quesito referendario avrebbe, per esplicita ammissione dei sostenitori dell'inammissibilità, solo l'effetto di rendere più probabile l'attribuzione dei 340 seggi ad una lista con un numero di voti relativamente esiguo. Anche una coalizione di piccoli partiti potrebbe, ad esempio, superare con minimo scarto liste singole corrispondenti a partiti più consistenti non coalizzati ed accedere in tal modo, con una bassa percentuale di voti, al premio di maggioranza".

Pertanto, la sentenza soggiunge testualmente che "L'impossibilità di dare, in questa sede, un giudizio anticipato di legittimità costituzionale, non esime tuttavia questa Corte dal dovere di segnalare al Parlamento l'esigenza di considerare con attenzione gli aspetti problematici di una legislazione che non subordina l'attribuzione del premio di maggioranza al raggiungimento di una soglia minima di voti e/o di seggi".

Con analogha motivazione la Corte si è espressa, "mutatis mutandis", nella sentenza n. 16 del 2008, concernente la normativa per l'elezione del Senato della Repubblica.

Pertanto, pur doverosamente contenute nell'ambito della fase procedimentale attinente alla verifica della legittimità-regolarità di quelle proposte referendarie, le motivazioni delle sentenze della Consulta lasciano agevolmente dedurre che la normativa di cui si tratta appare viziata da illegittimità costituzionale, in quanto consente che le maggioranze non siano autentica espressione del voto manifestato dal corpo elettorale (il voto è ..... eguale), ma che si formino in maniera del tutto abnorme e in violazione della regola costituzionale posta dal secondo comma dell'art. 48, cioè in base ad un *quid pluris*, mediante l'irragionevole attribuzione di un premio secondo un criterio arbitrario, irrazionale o casuale, con l'aggravante dell'assenza di una soglia minima di suffragi. Come è consentito argomentare dalla stessa motivazione, questo sistema si presenta in aperto contrasto con il principio di cui all'articolo 48 della Costituzione, circa l'eguaglianza, anche sostanziale, del voto personale di ciascun elettore, essendo congegnato in modo tale da premiare formazioni politiche sebbene meno rappresentative, con grave distorsione della volontà degli elettori, della rappresentanza politica e dell'assetto e del funzionamento delle Camere.

13. Le censurate disposizioni introdotte dalla Legge n. 270/2005 violano, altresì, gli articoli 56, 58, 67 e 138 della Costituzione.

Il primo comma dell'articolo 56 della Costituzione dispone "La Camera dei deputati è eletta a suffragio universale e diretto."; e il primo comma dell'articolo 58 della Costituzione dispone: "I senatori sono eletti a suffragio universale e diretto dagli elettori che hanno superato il venticinquesimo anno di età".

Orbene, suffragio diretto significa che non vi debbono essere intermediazioni tra il corpo elettorale (il singolo elettore) e i suoi rappresentanti (gli eletti): gli elettori debbono poter scegliere direttamente e personalmente i propri rappresentanti. Del resto, il fatto che lo stesso art. 56 Cost., 4° comma, stabilisca che la ripartizione dei seggi della Camera si effettua in base alla popolazione di ogni singola circoscrizione elettorale ("...dividendo il numero degli abitanti della Repubblica...per seicentodiciotto e distribuendo i seggi ...sulla base dei quozienti interi ...) conferma il principio, costituzionalmente garantito, di rappresentanza diretta degli eletti nei confronti del corpo elettorale. Ugualmente, il fatto che l'art. 48, 2° comma, della Costituzione stabilisca che il voto è "personale", vuol dire che l'esercizio del diritto di voto non può essere delegato, né ceduto ad altri. Conferma ulteriore di quanto sin qui evidenziato si ha nell'articolo 67 della Costituzione, che stabilisce che ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato. Ma, in plateale violazione di questa norma costituzionale, le vigenti leggi elettorali qui censurate prevedono l'esatto contrario della regola posta dall'art. 67. Esse infatti, attribuendo rilevanza all'ordine di inserimento dei candidati nelle medesima lista (ordine di inserimento deciso dagli organi di partito) ed eliminando il voto di preferenza, hanno con un sol colpo sottratto all'elettore il diritto di scelta del candidato e lo hanno affidato agli organi di partito conferendo a costoro la designazione di coloro che, nell'ambito della medesima lista, devono essere nominati rispetto agli altri che non devono essere nominati, ancorché inseriti nella medesima lista dei candidati. In altri termini, la decisione di preferire Tizio a Caio è esclusivamente nelle mani degli organi del partito e ciò determina una dipendenza diretta dell'eletto, un effettivo e concreto suo vincolo di mandato nei confronti degli organi del partito che lo hanno prescelto, vincolo di mandato che contrasta frontalmente con la previsione dell'art. 67 della Costituzione.

14. Sotto un ulteriore profilo, tutte le rammentate innovazioni introdotte con la Legge n. 270/2005 – sia quelle che sottraggono all'elettore la scelta dei candidati da eleggere, imponendogli di accettare in blocco la "lista", sia quelle che impongono l'inserimento del nome di un capo nella scheda elettorale, sia quelle che attribuiscono il 55% dei seggi della Camera e del Senato alla lista che abbia ottenuto un solo voto in più delle liste concorrenti – costituiscono violazione anche dell'art. 138 della Costituzione, poiché senza avere fatto ricorso al procedimento di revisione della Costituzione previsto dall'art. 138, con una semplice Legge ordinaria sono stati limitati ed incisi i diritti costituzionalmente attribuiti ai singoli elettori.

A questo proposito, occorre, infatti, ricordare che il vigente impianto costituzionale è fondato su una Costituzione rigida. Nel nostro ordinamento costituzionale il divieto di revisione costituzionale non riguarda soltanto "la forma repubblicana" di cui all'art. 139 della Costituzione, ma concerne anche l'intangibilità dell'ordinamento democratico. A salvaguardia di tutto ciò i costituenti posero l'articolo 138 della Costituzione, il cui contenuto risulta travolto e svuotato di ogni valore per effetto di una

semplice Legge ordinaria elettorale che trasforma una minoranza uscita dalle urne in maggioranza assoluta addirittura del 55 % dei componenti del Parlamento. Con la conseguenza che, con l'appoggio di altra minoranza pari al solo 11 % delle Camere, si raggiungerebbe fittiziamente una apparente maggioranza di due terzi capace di modificare la Costituzione, con sostanziale violazione dell'art.138. E questo può realmente avverarsi, se si considera che una maggioranza relativa del 37,4% dei voti validi, corrispondente al 35,9% dei votanti e al 28,9% degli aventi diritto (cioè un terzo degli aventi diritto) uscita realmente dalle urne, viene trasformata in maggioranza assoluta del 55% ed è in grado di allearsi con un gruppo che abbia ottenuto solo l'11% dalle urne. In questa situazione, realisticamente possibile, due minoranze che insieme rappresenterebbero realmente circa 46,9 % dei votanti verrebbero fittiziamente trasformate in maggioranza di addirittura due terzi, per effetto dell'irragionevole attribuzione del premio di maggioranza previsto dalla Legge n. 270/2005 senza la previsione di una soglia minima ovvero senza la previsione che il premio di maggioranza non debba valere per computare la maggioranza prevista dall'art. 138 della Costituzione. In altri termini, il complesso delle modifiche introdotte dalla Legge n. 270/2005 ha alterato la sostanza della garanzia del procedimento di revisione costituzionale previsto dall'articolo 138 della Costituzione, poiché consente che una effettiva e reale minoranza uscita dalle urne sia posta in grado di modificare da sola la Costituzione e senza la necessità di sottoporre la modifica costituzionale al referendum popolare. Il vigente regime democratico impone che le modifiche della Costituzione non possono essere fatte unilateralmente da una minoranza parlamentare, ma impone il concorso effettivo di una maggioranza reale e fortemente qualificata (due terzi dei rappresentanti realmente eletti direttamente dal popolo). Ciò richiede una maggioranza qualificata effettiva e non fittizia creata con Legge Ordinaria.

15 Non di minore rilievo è la censura di incostituzionalità che affligge l'articolo 14/bis del D.P.R. n. 361 del 1957, inserito dalla Legge n. 270 del 2005: quella norma, al terzo comma, dispone che "I partiti o gruppi politici organizzati, tra loro collegati in coalizione, che si candidano a governare, depositano un unico programma elettorale nel quale dichiarano il nome e il cognome della persona da loro indicata come unico capo della coalizione.

"Restano ferme le prerogative spettanti al Presidente della Repubblica previste dall'articolo 92, secondo comma, della Costituzione".

La violazione del principio di ragionevolezza, e anzi la irragionevolezza intrinseca dell'art. 14/bis per violazione degli art. 92 e 138 della Costituzione, e la lesione delle prerogative del Presidente della Repubblica, in ordine alla libera scelta del Presidente del Consiglio, appare quanto mai evidente. La disamina di questo stranissimo articolo della Legge elettorale dovrebbe partire proprio da questo secondo comma, che rappresenta un palese lapsus freudiano del legislatore ordinario determinato dalla consapevolezza di avere sostanzialmente svuotato di ogni contenuto il secondo comma dell'art. 92 della Costituzione, "secondo comma" la stabilisce che "Il Presidente della Repubblica nomina il Presidente del Consiglio dei ministri e su proposta di questi i ministri". A parte ogni considerazione sul fatto che il citato articolo 14/bis avrebbe dovuto, per l'implicita finalità che racchiude, essere adottato mediante norma di revisione costituzionale in senso aggiuntivo e forse anche parzialmente derogativo, soggetta al procedimento previsto dall'articolo 138 della Costituzione, resta certo che, pur nella sua compendiosa sommarietà, il secondo comma dell'articolo 92 non ingenera dubbi sul concetto che quella della nomina del Presidente del Consiglio dei ministri costituisca una prerogativa Costituzionale ed una funzione Costituzionale istituzionale esclusiva ed

intangibile del Presidente della Repubblica, che la esercita sia attraverso provvedimenti formali, quali l'incarico e la nomina vera e propria, sia mediante una prassi consuetudinaria, consistente nell'osservanza costante ed uniforme di una regola di condotta, compiuta nella convinzione della sua rispondenza ad una esigenza istituzionale e Costituzionale.

Nel complesso e composito procedimento della nomina del Governo, la prassi consuetudinaria non è meno rilevante del provvedimento sostanziale di nomina, giacché si manifesta nelle "consultazioni" di personalità appartenenti al Parlamento, di presidenti o segretari dei partiti politici, che siano in grado di fornire indicazioni ed orientamenti in ordine alla verifica delle possibilità della formazione di una maggioranza parlamentare che dia la fiducia a un che sia in primo luogo Governo garante della imprescindibile stabilità e legalità costituzionale dell'ordinamento. A ciò si aggiunga che la doverosità delle "consultazioni" si rinviene nel collegamento dell'articolo 92 della Costituzione con il successivo articolo 94, in virtù del quale la nomina del Presidente del Consiglio deve cadere sulla personalità idonea, nella prospettiva della fiducia parlamentare. Dalle suesposte considerazioni discende dunque che, in base alla nuova legislazione elettorale, il Presidente della Repubblica non potrebbe contraddire le risultanze delle consultazioni elettorali e che le sue funzioni si risolverebbero in un vuoto cerimoniale, che potrebbe anche impedirgli di conferire, mediante le "consultazioni", un secondo o un terzo mandato.

16. Infine, la violazione dell'art. 117, primo comma della Costituzione si evidenzia sotto l'ulteriore profilo che l'invocato diritto di ciascun cittadino ad esprimere liberamente e compiutamente il proprio voto, nonché il divieto di limitare questo diritto, trovano tutela anche nell'articolo 3 del Protocollo n. 1 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Nel fissare la portata e l'interpretazione di questo articolo, la Corte di Strasburgo ha avuto l'occasione, anche recentemente (sentenza Yumak, del 30 gennaio 2007, paragrafo 65 e ss.), di ribadire i principi che devono presiedere alla normativa degli Stati democratici che disciplina l'esercizio del voto popolare, statuendo "che le limitazioni non riducano i diritti di cui si tratta al punto di disattenderli nella loro sostanza stessa e di privarli della loro effettività, che perseguano uno scopo legittimo e che i mezzi utilizzati non si rivelino sproporzionati (Mathieu-Mohin e Clerfayt citata, paragrafo 52). In particolare, nessuna delle condizioni previste all'occorrenza deve ostacolare la libera espressione del popolo sulla scelta del corpo legislativo – altrimenti detto, esse devono riflettere, o non contrastare, lo scopo di mantenere l'integrità e l'effettività di una procedura elettorale mirante a determinare la volontà del popolo a mezzo del suffragio universale (Hilbe c. Liechtenstein (dec.) n. 31981/96, CEDU 1999-VI, e Melhitchenko c. Ucraina, n. 17702/02, paragrafo 56, CEDU 2004-X)." In altri termini, ogni deroga al principio del libero esercizio del voto popolare deve conciliarsi con i principi sottesi dall'articolo 3 del Protocollo n. 1. E sull'incidenza della C.E.D.U. nel nostro Ordinamento e delle sentenze della Corte di Strasburgo si richiamano le sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 2007, con le quali la Consulta ha statuito che il loro mancato rispetto costituisce violazione del primo comma dell'art. 117 della Costituzione.

17. Ed è appena il caso di ricordare che la Corte Costituzionale con le citate sentenze n. 348 e 349 del 2007 ha imposto ai Giudici di proporre (anche d'ufficio) il giudizio di costituzionalità incidentale, per violazione del primo comma dell'art. 117 della Costituzione, tutte le volte in cui la violazione di uno dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e dalla CEDU dedotta in giudizio appare rilevante ai fini della decisione del merito e non manifestamente infondata. Come si vede nel nostro

ordinamento giuridico oggi finalmente esiste, per merito della stessa Corte Costituzionale, il “diritto al ricorso effettivo” previsto sia dal novellato articolo 111 della Costituzione (in tempi ragionevoli) e sia dall’art. 13 della CEDU. Si è trattato di un balzo di civiltà giuridica notevole, che va adeguatamente utilizzato. E’ questa la strada istituzionale indicata espressamente dalla Corte Costituzionale nelle recenti sentenze n. 15 e n. 16 del 2008, dove, sollevando i medesimi dubbi di incostituzionalità delle vigenti leggi elettorali come modificate dalla Legge n. 270/2005, la Consulta ha detto che su dette questioni essa deve essere adita (quasi chiedendo esplicitamente che ciò fosse sollecitamente fatto) attraverso “le vie normali di accesso al giudizio di costituzionalità delle leggi”.

18. L’attore ha voluto, con il presente atto, seguire ed utilizzare questo “diritto al ricorso effettivo” indicato dalla Corte Costituzionale, e chiede, di conseguenza, che codesto Tribunale Civile di Milano, una volta evidenziata la rilevanza ai fini del decidere e la non manifesta infondatezza, investa la Corte Costituzionale per l’esame delle questioni d’incostituzionalità dedotte:

a) quanto all’elezione della Camera dei Deputati, la questione di legittimità costituzionale – per violazione degli articoli 117, primo comma, art. 1, secondo comma, art. 2, art. 48, secondo e quarto comma, art. 56, primo comma, art. 67 e 138 della Costituzione, e dell’articolo 3 del Protocollo 1 della C.E.D.U. – degli articoli 1, primo comma, 4, comma secondo, 59, 83, commi 2, 3, 4 e 5, del D.P.R. n. 361 del 1957 nel testo attualmente vigente, nella parte in cui prevedono che il voto può essere espresso dagli elettori soltanto a favore delle “liste di candidati concorrenti” e non consentono il voto diretto ai singoli candidati concorrenti e inoltre prevedono l’attribuzione di un premio di maggioranza fino al raggiungimento di 340 seggi della Camera dei Deputati;

b) quanto all’elezione del Senato della Repubblica, la questione di legittimità costituzionale – per violazione degli articoli 117, primo comma, art. 1, secondo comma, art. 2, art. 48, secondo e terzo comma, art. 58, primo comma, art. 67 e 138 della Costituzione, e dell’articolo 3 del Protocollo 1, della C.E.D.U. – degli articoli 14, 16, 17, 19, 27, del decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533 nel testo attualmente vigente, nella parte in cui prevedono che il voto può essere espresso dagli elettori soltanto a favore delle liste “tracciando, con la matita, sulla scheda un solo segno, comunque apposto, sul rettangolo contenente il contrassegno della lista prescelta” e non consentono il voto diretto uninominale ai singoli candidati e inoltre prevedono l’attribuzione di un premio di maggioranza fino al raggiungimento del 55 per cento dei seggi del Senato assegnati alla regione, con arrotondamento all’unità superiore.

c) quanto al potere del Presidente della Repubblica di nominare il Presidente del Consiglio, la questione di legittimità costituzionale – per violazione degli articoli 1, secondo comma, art. 92, secondo comma, art. 117, primo comma, e art. 138 della Costituzione – dell’articolo 14/bis, comma 3, del D.P.R. n.361 del 1957 nel testo vigente, nonché degli articoli 8, e 14 del decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533 nel testo attualmente vigente, nella parte in cui dispongono che il voto dell’elettore vale anche come indicazione dell’unico capo della coalizione nella persona che figura già inserita nella scheda elettorale.

19. Poiché l’oggetto della causa non coinvolge alcuna questione di fatto, ma concerne soltanto una questione di puro diritto, l’attore ritiene che non occorra disporre mezzi istruttori ulteriori oltre al richiesto rinvio alla Corte Costituzionale. Di conseguenza non l’attore non chiede l’ammissione di nessun mezzo probatorio.

20. Sulla base di tutti i suesposti motivi, l’attore confida nell’accoglimento delle conclusioni con il presente atto formulate.

\*\*\*\*\*

Si dichiara che, ai sensi del combinato disposto dell'art. 10 (esenzioni) del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 e dell'art. 1 dell'allegato B (atti, documenti e registri esenti dall'imposta di bollo in modo assoluto) del D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 642, il presente giudizio promosso a tutela dell'esercizio dei diritti elettorali non è soggetto al contributo unificato

Milano, 3 novembre 2009

Avv. Aldo Bozzi “”

– che nel giudizio, iscritto al n. RG 8027/2009, si sono costituite le Amministrazioni convenute, resistendo alla domanda;

– che nell'udienza di comparizione, tenutasi il 31 marzo 2010, l'attore ha insistito affinché, stante la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, il Giudice Unico promuova il giudizio di costituzionalità come prescritto dall'art. 23 della Legge n. 87/1953: “Nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale una delle parti o il Pubblico Ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza, indicando: a) le disposizioni della legge o dell'atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione, viziata da illegittimità costituzionale; b) le disposizioni della Costituzione o delle leggi costituzionali, che si assumono violate. L'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso.”;

– che, viceversa, il Giudice Unico ha differito la causa all'udienza del 2 febbraio 2011, per la precisazione delle conclusioni;

– che, il qui interveniente volontario è anch'esso cittadino italiano, iscritto nelle liste elettorali del Comune di Milano con tessera elettorale n. 055111127 (doc. 1), nel quale ha la residenza, e che, di conseguenza, anch'egli, al pari dell'attore avv. Aldo Bozzi, è titolare del diritto di voto libero e diretto, così come costituzionalmente garantito nel suo esercizio, che risulta lesa dal vigente Testo Unico delle Leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei deputati, di cui al D.P.R. 30 marzo 1957 n. 361, e dal D.L.vo 20 dicembre 1993 n. 533 e successive modificazioni, recante le norme per l'elezione del Senato della Repubblica, come modificati ed integrati con la Legge 21 dicembre 2005 n. 270;

– che, pertanto, al pari dell'attore avv. Aldo Bozzi, il qui interveniente volontario intende ottenere la tutela giurisdizionale del proprio diritto sostanziale di esercitare il diritto di voto nelle forme e nei limiti previsti e garantiti dal combinato disposto degli articoli 1, 2, 48, 56, 58, 67 e 117, primo comma, della Costituzione e dell'art. 3 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; tutto ciò premesso, l'avv. Felice C. Besostri, che agisce in proprio e sta in giudizio personalmente, ai sensi dell'articolo 86 del c.p.c., interviene volontariamente in giudizio, con il

deposito della presente comparsa, al fine di sentire accogliere le conclusioni formulate dall'attore, che fa proprie come segue

## CONCLUSIONI

“Piaccia al Tribunale Civile di Milano, ogni contraria istanza e deduzione disattesa, così giudicare:

– previa rimessione alla Corte Costituzionale, delle questioni incidentali di costituzionalità, già promosse dall'attore e che vengono dedotte anche con presente atto d'intervento volontario adesivo, considerata la loro rilevanza ai fini del decidere, poiché il giudizio non può essere definito indipendentemente dalla risoluzione delle questioni stesse, e ritenuta la loro non manifesta infondatezza,

– accertare e dichiarare il diritto dell'attore e del qui interveniente, cittadini italiani ed elettori iscritti ciascuno nelle liste elettorali del Comune della loro rispettiva residenza – di esercitare il proprio diritto di voto libero e diretto, così come costituzionalmente attribuito e garantito nel suo esercizio, quanto all'elezione della Camera dei Deputati, dal combinato disposto degli articoli 117, primo comma, art. 1, secondo comma, art. 2, art. 48, secondo e quarto comma, art. 56, primo comma, art. 67 e 138 della Costituzione, e dell'articolo 3 del Protocollo 1 della C.E.D.U.; quanto all'elezione del Senato della Repubblica, dal combinato disposto degli articoli 117, primo comma, art. 1, secondo comma, art. 2, art. 48, secondo e terzo comma, art. 58, primo comma, art. 67 e 138 della Costituzione, e dell'articolo 3 del Protocollo 1, della C.E.D.U.; quanto al rispetto delle forme e dei limiti circa la intangibilità del potere del Presidente della Repubblica di nominare il Presidente del Consiglio, dagli articoli 1, secondo comma, art. 92, secondo comma, art. 117, primo comma, e art. 138 della Costituzione;

– in caso di resistenza alla domanda attrice, non si chiede la condanna dei convenuti al pagamento delle spese, competenze ed onorari di causa, in quanto il ricorso è promosso unitamente nell'interesse della legge e del rispetto della Costituzione e l'unico vantaggio che l'interveniente si aspetta è una pronuncia della Corte Costituzionale che ovvii alle illegittimità della legge elettorale vigente e pertanto con compensazione delle spese.

Si deposita:

doc. 1 la fotocopia della tessera elettorale del qui interveniente.

\*\*\*\*\*

Si dichiara che, ai sensi del combinato disposto dell'art. 10 (esenzioni) del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 e dell'art. 1 dell'allegato B (atti, documenti e registri esenti dall'imposta di bollo in modo assoluto) del D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 642, il presente giudizio promosso a tutela dell'esercizio dei diritti elettorali non è soggetto al contributo unificato

li Milano, 30/11/2010

Avv. Felice C.Besostri

6. [Elenco dei ricorsi depositati nei tribunali ordinari contro la Legge 6 maggio 2015, n. 52 \(in ordine cronologico di deposito\)](#) (\*)

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>o <b><u>TRIBUNALE DI MILANO</u></b></p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| <p>RICORSO DEPOSITATO IL 6.11.2015 N.R.G. 64293/15, Sezione 1^ Giudice assegnatario: Flamini</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| <p><b>udienza fissata 22.3.2016:</b> concesso termine al 30.4.2016 per note</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| <p>rinvio ad <b>udienza 25.5.2016</b> Il Giudice si riserva</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| <p><b><u>ORDINANZA 21.6.2016 CHE DICHIARA INAMMISSIBILE L'AZIONE PROPOSTA PER MANCANZA DI INTERESSE AD AGIRE IN CAPO AI RICORRENTI E COMPENSA INTEGRALMENTE LE SPESE DI LITE (per la novità della questione trattata)</u></b></p>                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| <p>(prima del ricorso ex art. 702 bis – promosso nell'ambito dell'iniziativa "avvocati antitalikum" – è stato avviato giudizio con atto di citazione notificato il 23.6.2015 da Zecca + altri, recante N.R.G. 41364/2015 assegnato al Giudice Flamini. All'udienza del 3.3.2016, precisate le conclusioni, il Giudice ha trattenuto la causa in decisione. Con sentenza N. 3708 del 22.3.2016 il Giudice ha dichiarato inammissibile la domanda degli attori per carenza di interesse ad agire)</p> |
| <p>o <b><u>TRIBUNALE DI VENEZIA</u></b></p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| <p>RICORSO DEPOSITATO IL 6.11.2015 – N.R.G. 9385/15, Sezione 3^ Giudice assegnatario Schiavon</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| <p><b>udienza fissata 20.7.2016:</b> depositata il 21.1.2016 istanza di anticipazione udienza</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| <p><b>l'udienza è stata anticipata al 6.7.2016:</b> il Giudice assegna termine ad entrambe le parti fino al 20 settembre 2016 per il deposito di memorie integrative e un ulteriore termine fino al 20 ottobre 2016 per eventuali repliche.</p>                                                                                                                                                                                                                                                     |
| <p><b>rinvio ad udienza 9.11.2016</b></p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |

\* Fonte: <https://coordinamentodemocraziacostituzionale.net/ricorsi-anti-italicum/>

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ○ <b><u>TRIBUNALE DI POTENZA</u></b>                                                                                                                                                                                                                                                              |
| RICORSO DEPOSITATO IL 9.11.2015 – N.R.G. 3207/15 Giudice ass.rio Pres. Sez.Civ. Pagano                                                                                                                                                                                                            |
| <b>udienza fissata 2.2.2016 TRATTENUTA IN DECISIONE</b>                                                                                                                                                                                                                                           |
| <b>rinvio ad udienza 22.3.2016</b>                                                                                                                                                                                                                                                                |
| Il Collegio emette <b>ORDINANZA 16.6./8.7.2016</b> con cui dispone il differimento del giudizio in attesa degli esiti del referendum confermativo e della decisione della Corte costituzionale e <b>rinvia per trattazione all'udienza del 6.12.2016</b>                                          |
| ○ <b><u>TRIBUNALE DI CATANZARO</u></b>                                                                                                                                                                                                                                                            |
| RICORSO DEPOSITATO il 10.11.2015 – N.R.G. 5887/15, Giudice assegnatario Vincelli                                                                                                                                                                                                                  |
| <b>udienza fissata 8.4.2016 : il Giudice si riserva</b>                                                                                                                                                                                                                                           |
| <b><u>ORDINANZA 25.6.2016 CHE ACCERTA IL DIRITTO DI ESERCIZIO DEL VOTO SECONDO LE MODALITA' PREVISTE DALLA COSTITUZIONE ANCHE A SEGUITO DELL'ENTRATA IN VIGORE DELLA LEGGE 52/2015 e CONDANNA I RICORRENTI ALLE SPESE DI LITE PER EURO 8.030,00 OLTRE 15% SPESE GENERALI, OLTRE CPA E IVA</u></b> |
| <b>In data 29.7.2016 DEPOSITATO APPELLO contro ordinanza 25.6.2016 e fissata udienza il 15.12.2016</b>                                                                                                                                                                                            |
| ○ <b><u>TRIBUNALE DI TRIESTE</u></b>                                                                                                                                                                                                                                                              |
| RICORSO DEPOSITATO L'11.11.2015 – N.R.G. 3441/15, Giudice assegnatario Pacilio                                                                                                                                                                                                                    |
| <b>udienza fissata 3.2.2016: TRATTENUTA IN DECISIONE</b>                                                                                                                                                                                                                                          |
| ○ <b><u>TRIBUNALE DI BOLOGNA</u></b>                                                                                                                                                                                                                                                              |
| RICORSO DEPOSITATO IL 12.11.2015 – N.R.G. 17175/15, Sezione 1^ Giudice ass.rio Squarzony, poi assegnato a G.O.T. Piscitelli                                                                                                                                                                       |
| <b>udienza fissata 25.5.2016: concesso termine per deposito note conclusive non prima del 20.7.2016;</b>                                                                                                                                                                                          |
| <b>fissata udienza di discussione 20.9.2016</b>                                                                                                                                                                                                                                                   |
| ○ <b><u>TRIBUNALE DI TORINO</u></b>                                                                                                                                                                                                                                                               |
| RICORSO DEPOSITATO IL 12.11.2015 – N.R.G. 27796/15, Sezione 1^ Giudice assegnatario Contini                                                                                                                                                                                                       |
| <b>udienza fissata 23.3.2016: TRATTENUTA IN DECISIONE</b>                                                                                                                                                                                                                                         |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>SCIOLTA RISERVA, IL 5.7.2016 EMESSA ORDINANZA DI TRASMISSIONE DEGLI ATTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE: ACCOLTI 2 MOTIVI SU 13 perché rilevanti e non manifestamente infondati. (Ordinanza n. 163 del 5.7.2016 – atto di promovimento – pubblicata in GU 1a Serie Speciale – Corte Costituzionale n. 30 del 27.7.2016; termine di 20 giorni per la costituzione delle parti (scadenza termine 16.8.2016); termine di 30 giorni per la comunicazione dell’udienza alle parti costituite (entro 3.9.2016)</b></p> |
| <p>○ <b><u>TRIBUNALE DE L’AQUILA</u></b></p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| <p>RICORSO DEPOSITATO IL 12.11.2015 – N.R.G. 1915/15, Giudice assegnatario Lombardi</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| <p><b>udienza fissata 18.4.2016:</b> il Giudice assegna termine di 30 giorni per memorie (30 ai ricorrenti, 30 ad Avv.ra Stato) e <b>rinvia a udienza 21.11.2016</b></p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| <p>○ <b><u>TRIBUNALE DI ANCONA</u></b></p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| <p><b>A) RICORSO DEPOSITATO</b> il 18.11.2015 – N.R.G. 7124/15, Giudice assegnatario Piermartini</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| <p><b>udienza fissata 21.3.2016 riserva del Giudice</b></p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| <p><b>ORDINANZA 3.5.2016 CHE RIGETTA AZIONE PROPOSTA PER INAMMISSIBILITA’ (mancanza di</b></p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| <p><b><u>interesse ad agire) e condanna alle spese processuali per euro 700,00 oltre 15% spese generali,</u></b></p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| <p><b><u>oltre CPA e IVA</u></b></p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| <p><b>PROPOSTO APPELLO ALLA CORTE D’APP. DI ANCONA (udienza fissata per novembre 2016)</b></p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| <p><b>B) RICORSO DEPOSITATO</b> a novembre 2015 – N.R.G. 6947/15 Giudice assegnatario Ausili</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| <p><b>udienza fissata il 12.4.2016:</b> tenuta da GOT Casoli che, a seguito di trasformazione del rito da sommario a ordinario, ha concesso i termini ex art. 183 c.p.c. richiesti dall’Avvocatura dello Stato e ha <b>rinviato ad udienza 13.9.2016</b></p>                                                                                                                                                                                                                                                      |
| <p>○ <b><u>TRIBUNALE DI CATANIA</u></b></p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| <p>RICORSO DEPOSITATO IL 18.11.2015 – N.R.G. 7223/15, non indicati Sez. e Giudice assegnatario <b>udienza fissata 6.7.2016</b></p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| <p>Il Giudice <b>rinvia all’udienza del 15.2.2017</b> concedendo termine per note fino a 20 giorni prima (26.1.2017)</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>○ <b><u>TRIBUNALE DI ROMA</u></b></li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| A) RICORSO DEPOSITATO IL 29.11.2015 – N.R.G. 74812/15, Sezione 1^ Giudice ass.rio Bianchini                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| <b>udienza fissata 12.7.2016</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| Il Giudice <b>rinvia all'udienza del 8.11.2016</b> con termine intermedio per memorie                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| B) RICORSO <u>EXTRA CDC</u> (avv. Bozzi) N.R.G. 62890/2015                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>○ <b><u>TRIBUNALE DI MESSINA</u></b></li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| RICORSO DEPOSITATO IL 24.11.2015 N.R.G. 6316/15, Sezione 2^ Giudice ass.rio Pres. Minutoli                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| <b>udienza collegiale fissata 5.2.2016:</b> autorizzate note                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| <b>rinvio ad udienza 12.2.2016:</b> il Tribunale si riserva                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| <b>SCIOLTA RISERVA, IL 17.2.2016 EMESSA ORDINANZA DI TRASMISSIONE DEGLI ATTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE: ACCOLTI 6 MOTIVI SU 13 perché rilevanti e non manifestamente infondati. <u>Rubricata in Corte Costituzionale sub reg. ord. n. 69 del 2016 (G.U. 6.4.2016 SS n. 14)</u></b>                                                                                  |
| <b><u>L'UDIENZA IN CORTE COSTITUZIONALE E' FISSATA IL 4 OTTOBRE 2016</u></b>                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>○ <b><u>TRIBUNALE DI FIRENZE</u></b></li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| RICORSO DEPOSITATO IL 24.11.2015 N.R.G. 16675/15, Sezione 1^ Giudice ass.rio Prodromo                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| <b>udienza fissata 21.4.2016</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| <b>rinvio ad udienza 14.7.2016 per discussione <b>TRATTENUTA IN DECISIONE</b></b>                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>○ <b><u>TRIBUNALE DI BARI</u></b></li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| 2 RICORSI DEPOSITATI IL 25.11.2015 N.R.G. 17242/15 e 17254/15, Giudice assegnatario G. Marseglia                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| <b>udienza fissata 4.3.2016:</b> il Giudice preliminarmente <u>dispone la riunione dei due procedimenti</u> e concede termini per note conclusive relative all'ordinanza del Trib. di Messina. <b>SI RISERVA</b>                                                                                                                                                    |
| <b>ORDINANZA 4.6.2016:</b> Il Giudice, non definitivamente pronunciando, rigetta le eccezioni di incompetenza per territorio e inammissibilità del rito sommario di cognizione ex art. 702 bis cpc proposte dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e dal Ministero dell'Interno e dispone la comparizione delle parti per <b>l'udienza del 7.11.2016 ore 9</b> |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>○ <b><u>TRIBUNALE DI PERUGIA</u></b></li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                              |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| RICORSO DEPOSITATO IL 30.11.2015 – N.R.G. 6905/15, Sez. 2^ Giudice assegnatario Maggi                                                                                                                                                                                                                     |
| <b>udienza fissata 20.4.2016:</b> concesso termine per memorie al 30.5.2016                                                                                                                                                                                                                               |
| <b>rinvio ad udienza 21.6.2016</b> per discussione <b>TRATTENUTA IN DECISIONE</b>                                                                                                                                                                                                                         |
| ○ <b><u>TRIBUNALE DI SALERNO</u></b>                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| RICORSO DEPOSITATO IL 30.11.2015 – N.R.G. 10132/15 non indicati Sezione e Giudice assegnatari                                                                                                                                                                                                             |
| emessa ORDINANZA 18.12.2015 da G.I. Dott. G. Iannicelli che rimette gli atti al coordinatore della sezione per la riassegnazione ad un magistrato del collegio B) che, secondo previsione tabellare, è esclusivo competente sulle controversie in materia elettorale – <b>non è stata fissata udienza</b> |
| a seguito di <u>istanza di fissazione d'udienza 29.6.2016</u> è stata fissata                                                                                                                                                                                                                             |
| ○ <b><u>TRIBUNALE DI GENOVA</u></b>                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| atto di citazione portato alla notifica il 2/12/2015 – Giudice ass.rio Scarzella                                                                                                                                                                                                                          |
| <b>prima udienza fissata 1.2.2016: rinviato ad udienza 12.5.2016</b> (trattenuta in decisione)                                                                                                                                                                                                            |
| <b>rinvio ad udienza 20.5.2016</b> con termine per note al 18 maggio <b>riserva del Giudice</b>                                                                                                                                                                                                           |
| ○ <b><u>TRIBUNALE DI LECCE</u></b>                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| RICORSO DEPOSITATO IL 7.12.2015 – non indicati N.R.G e Giudice assegnatario                                                                                                                                                                                                                               |
| ○ <b><u>TRIBUNALE DI PALERMO</u></b> Nessuna notizia                                                                                                                                                                                                                                                      |
| ○ <b><u>TRIBUNALE DI NAPOLI</u></b>                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| RICORSO DEPOSITATO – non sono indicati N.R.G. e Giudice assegnatario <b>udienza fissata 21.4.2016</b>                                                                                                                                                                                                     |
| ○ <b><u>TRIBUNALE DI CAGLIARI</u></b>                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| TRIBUNALE DI CAGLIARI RICORSO DEPOSITATO IL 5.8.2016                                                                                                                                                                                                                                                      |

I ricorsi nei Tribunali di:

**BOLZANO, CAMPOBASSO, CALTANISSETTA, TRENTO**

saranno depositati prossimamente

**RIEPILOGO UDIENZE FISSATE (e relativi rinvii)****SETTEMBRE 2016**

13/09/2016 ANCONA II (2^ udienza)

20/09/2016 BOLOGNA (2^ udienza)

23/09/2016 SALERNO (1^ udienza)

**OTTOBRE 2016**

04/10/2016 LECCE

04/10/2016 CORTE COSTITUZIONALE

**NOVEMBRE 2016**

07/11/2016 BARI

08/11/2016 ROMA (2^ udienza)

09/11/2016 VENEZIA (2^ udienza)

21/11/2016 L'AQUILA (2^ udienza)

.../11/2016 CORTE D'APPELLO ANCONA (impugnata ordinanza)

**DICEMBRE 2016**

06/12/2016 POTENZA (3^ udienza)

15/12/2016 CATANZARO (udienza a seguito di impugnazione ordinanza  
25.6.2016

**GENNAIO 2017****FEBBRAIO 2017**

15/02/2017 CATANIA (2^ udienza)

**7. Corte Costituzionale, Ufficio Stampa, Rinvio a nuovo ruolo delle questioni riguardanti l'Italicum (19 settembre 2016)**



**Corte Costituzionale  
Ufficio Stampa**

*Rinvio a nuovo ruolo delle questioni riguardanti l'Italicum*

Il Presidente della Corte costituzionale, sentito il collegio, ha deciso di rinviare a nuovo ruolo la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, sollevate dai Tribunali di Messina e di Torino in merito alla legge n.52 del 2015 (“Italicum”), prevista per l’U.P. del 4 ottobre 2016.

*dal Palazzo della Consulta, 19 settembre 2016*

[Smoke on the Water o della ripubblicizzazione dell'acqua.](#)  
[Lo statuto giuridico della risorsa idrica tra beni demaniali, beni comuni e doveri di tutela dell'amministrazione](#)

di Roberto Miccù\* e Francesco Palazzotto\*\*

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il diritto all'acqua e alla sua conservazione in campo internazionale: cenni - 3. I beni comuni: un'alternativa rispetto alla dicotomia pubblico/privato? - 4. La proprietà collettiva demaniale e la risorsa idrica - 5. Lo statuto giuridico dell'acqua ed il concetto di sviluppo sostenibile - 6. Conclusioni.

### 1. Premessa.

**L**a vulnerabilità della risorsa idrica e la sua rilevanza per la nostra esistenza hanno comportato la necessità di individuare uno statuto giuridico in grado di tutelare i diversi aspetti di un fondamentale bene pubblico.

Partendo dalla convinzione che l'acqua sia un bene, ma anche un diritto e un servizio, la dottrina ha evidenziato la necessità di uno statuto giuridico che stabilisca canoni di tutela e di servizio adeguati ad affrontare e risolvere le problematiche insite nella vulnerabilità della risorsa idrica e nella sua importanza all'interno di un ecosistema sostenibile.

Questo lavoro vuole mostrare come l'istituto del demanio, coadiuvato da un'adeguata attività di regolazione#####, sia in grado di tutelare la risorsa idrica e di assicurare il diritto di accesso alla stessa a prescindere dalla tipologia di gestione pubblica o privata prescelta. L'ipotesi di lavoro testé avanzata si pone in linea con la *ratio* presente nella disciplina recentemente prospettata dal legislatore, seppur ancora sotto forma di proposta di legge (cd. ddl. sulla ripubblicizzazione dell'acqua), del rispetto di tutte le esigenze legate alla risorsa idrica, pur in un'epoca di crisi economica-finanziaria come quella attuale. Le modifiche apportate al disegno di legge (originariamente, proposta di legge C. 2212, approvata alla Camera in data 20 aprile 2016 e trasmessa al Senato in data 22 aprile 2016) hanno prodotto un testo (DDL S. 2343 - Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque - 07/11/2016) che, rispetto alla prima versione, risulta coordinato con le più recenti riforme in ordine all'organizzazione e alla gestione dei servizi idrici, con particolare riferimento al decreto legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, (cd. Decreto Sblocca Italia), alla legge 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di Stabilità 2015) e alle più recenti disposizioni della legge 28 dicembre 2015, n. 221

\* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Dipartimento di Economia e Diritto, Università “La Sapienza” di Roma. L'articolo è frutto di una comune riflessione, ma i par. 1 e 6 sono da attribuire a R. Miccù, mentre i par. 2-3-4 e 5 sono da attribuire a F. Palazzotto.

\*\* PhD in “Public Services” e cultore della materia in Istituzioni di diritto pubblico – Dipartimento Economia e Diritto, l'Università “La Sapienza” di Roma.

##### Tale attività di regolazione e di controllo trova oggi la sua cornice nella disciplina che ha istituito ed individuato le competenze dell'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (AEEGSI); con riferimento al disegno di legge di cui infra, si veda la memoria del 28 giugno 2016, n. 344/2016/I/IDR.



Quanto stabilito all'art. 7 della proposta di legge prescinde, infatti, totalmente dalla tipologia di gestione, ma in realtà non è altro che la trasposizione di quanto già disposto dall'art. 3, del DPCM del 29 agosto 2016 che al co. 1 stabilisce che "In nessun caso è applicata la disalimentazione del servizio a: a) gli utenti domestici residenti che versano in condizioni di documentato stato di disagio economico-sociale, come individuati dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico in coerenza con gli altri settori dalla stessa regolati, ai quali è in ogni caso garantito il quantitativo minimo vitale pari a 50 litri abitante giorno;"

Questa previsione conferma la possibilità di tutelare l'accesso alla risorsa idrica a prescindere dalla tipologia di gestione così come previsto dall'attuale sistema normativo nazionale.

Peraltro, al riguardo va sottolineato che nella già richiamata memoria del 28 giugno 2016, n. 344/2016/I/IDR l'AEEGSI, in riferimento a quanto introdotto nel DDL 2343 del Senato all'art. 7, ha sollevato alcuni dubbi: infatti, l'Autorità evidenzia come la previsione di un quantitativo minimo di litri giornalieri da assicurare gratuitamente a ciascuna persona determini alcune criticità riconducibili da un lato, alla difficoltà di misurare i volumi consumati per ciascuna unità abitativa, dall'altro, all'assenza di una dettagliata anagrafica degli utenti, da parte delle realtà gestionali, tale da consentire di associare a ciascuna utenza domestica il numero di persone che la compongono.

Quanto appena evidenziato consente di sottolineare l'importanza di un nodo fondamentale in materia e cioè il rilievo degli investimenti per l'ammodernamento delle infrastrutture nel settore idrico. Per rendere effettiva la tutela dei diritti fondamentali legati alla risorsa idrica, infatti, non è necessario predisporre una gestione pubblica del servizio, ma occorre soprattutto incentivare gli investimenti per l'ammodernamento delle reti dell'intero ciclo dell'acqua. Questo è necessario anche per rispettare gli obblighi imposti dal legislatore europeo con la direttiva quadro 60/2000/CE

---

dell'articolo 21, comma 19, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, assicura che la tariffa garantisca un adeguato recupero dei costi del servizio per mezzo dell'applicazione del criterio di progressività e dell'incentivazione al risparmio della risorsa idrica, a partire dal consumo eccedente il quantitativo minimo vitale giornaliero, nella determinazione del corrispettivo del medesimo."

Si veda la L. 28 dicembre 2015, n. 221 (c.d. collegato ambientale), recante «Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali»; ed in particolare l'art. 61, comma 1, della citata legge n. 221 del 2015, che stabilisce che con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge, su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, previa intesa in sede di Conferenza unificata, siano individuati i principi e i criteri per il contenimento della morosità degli utenti del servizio idrico integrato assicurando che sia salvaguardata, tenuto conto dell'equilibrio economico e finanziario dei gestori, la copertura dei costi efficienti di esercizio e investimento e garantendo il quantitativo minimo vitale di acqua necessario al soddisfacimento dei bisogni fondamentali di fornitura per gli utenti morosi;

Per ciclo dell'acqua si deve intendere, ai sensi dell'art. 4 comma 1, lett. f) della legge Galli, trasfuso nel Codice dell'ambiente, l'insieme dei servizi di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue. La portata innovativa delle norme introdotte con la Legge Galli si fondava sul fatto che essa ha segnato il passaggio da un sistema frazionato e difficilmente controllabile e conducibile verso livelli standard di qualità ad una gestione definita da criteri di efficienza, efficacia ed economicità, affidata ad operatori specializzati sul mercato.

In dottrina, si veda A. MASSARUTTO, *L'acqua*, Bologna, Il Mulino, 2008, 34; La direttiva risulta sicuramente ambiziosa, dal momento che essa ha posto delle scadenze molto stringenti. Di seguito il cronoprogramma delle scadenze più importanti:

- 1) entro il 2003: identificazione dei bacini idrografici e attribuzione ai relativi distretti idrografici; identificazione delle autorità competenti;
- 2) entro il 2004: elaborazione di analisi per la definizione delle caratteristiche dei distretti idrografici e dell'impatto ambientale delle attività umane, analisi economica dell'utilizzo idrico e registro delle aree protette entro i distretti;

Per l'attuazione di tali investimenti è necessaria una *governance* del servizio che sfrutti le efficienze e le economie di scala oltre che di una regolazione che assicuri la tutela dei diritti fondamentali legati alla risorsa, al fine di attirare anche i capitali privati. Il dovere di lasciare alle generazioni future un capitale naturale idoneo ad uno standard di vita adeguato, almeno simile al nostro, nello specifico caso della risorsa idrica deve essere coadiuvato dalla conservazione anche di un capitale necessario, costituito dalle risorse economiche necessarie per adeguare le infrastrutture alle sempre mutevoli esigenze ambientali#####.

Sotto questo profilo non possiamo continuare a cullarci nella semplicistica dicotomia pubblico/privato dal momento che la storia dei rapporti fra Stato e mercato insegna che sia il privato che il pubblico possono essere fonti di inefficienze e di criticità.

Del resto, il diritto fondamentale della persona all'acqua, inteso come garanzia della disponibilità di una risorsa idrica di buona qualità ed in quantità sufficiente per garantire il soddisfacimento dei più elementari bisogni della vita quotidiana, in condizioni di eguaglianza e con le caratteristiche dell'universalità, sia come diritto soggettivo o collettivo all'acqua, non è preso esplicitamente in considerazione dalla Costituzione repubblicana del 1948. Infatti, in passato la difficoltà nell'approvvigionamento idrico non era considerata al pari di una vera e propria minaccia, poiché la scarsità della risorsa veniva attribuita a fenomeni contingenti che non pregiudicavano l'uso della risorsa idrica per il soddisfacimento dei bisogni quotidiani dei cittadini. In altri termini la scarsità non era percepita come mancanza della risorsa, la cui sufficienza per i bisogni umani era data per scontata, ma semplicemente come un problema di efficienza del sistema infrastrutturale, cioè del sistema acquedottistico#####.

Tuttavia, le disposizioni costituzionali da cui trarre, comunque, in via interpretativa la copertura di un diritto all'acqua, sono molteplici e per questo ci si limita a rinviare alla copiosa dottrina che ha trattato il tema con riferimento alla tutela dei diritti sociali\*\*\*\*\*.

---

3) entro il 2006: armonizzazione del sistema di classificazione dello stato ecologico delle acque secondo parametri comuni all'interno dell'Unione europea; attivazione di sistemi di rete di monitoraggio dello stato delle acque superficiali, delle acque sotterranee e delle aree protette;

4) entro il 2009: definizione di un programma di misure che, tenendo conto dei risultati delle analisi, permetta il raggiungimento degli obiettivi ambientali fissati dalla direttiva; predisposizione di piani di gestione di bacini idrografici;

5) entro il 2010: definizione di una politica dei prezzi che tenga conto del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi i costi ambientali e di risorsa;

6) entro il 2012: adozione di un programma di misure – di base e supplementari – applicabile ai distretti idrografici identificati;

7) entro il 2015: attuazione delle misure necessarie per impedire il deterioramento di tutti i corpi idrici superficiali e sotterranei, oltre che per impedire o limitare l'immissione di sostanze inquinanti nelle acque sotterranee;

8) 2021: termine del secondo ciclo di gestione;

9) 2027: termine del terzo ciclo di gestione e termine ultimo per il raggiungimento degli obiettivi .

##### A. DE CARLI - A. MASSARUTTO – V. PACCAGNAN, *La valutazione economica delle politiche idriche: dall'efficienza alla sostenibilità*, <http://www.researchgate.net/publication/242102762>

##### D. ZOLO, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 126.

\*\*\*\*\* Da un punto di vista generale, sulla tutela dei diritti sociali, cfr. almeno: F. MODUGNO, I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale, Giappichelli, Torino 1995, 2 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, Roma 1989, 28; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, Giuffrè, Milano 2001, *passim*; D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, Napoli 2003, 126; M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano 1964, 804; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna 1984; P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino 2006.



identificarsi nel fatto che non vi siano, ad oggi, meccanismi idonei a garantire contemporaneamente la liberalizzazione dei servizi, la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo e la protezione ambientale della risorsa. Tali meccanismi dovrebbero essere identificabili in una regolazione multilivello di carattere internazionale che possa controllare l'intervento dei privati nel settore, in modo tale da non far ripetere ciò che è accaduto ad esempio a Cochabamba, in Bolivia. Casi come quello da ultimo richiamato, hanno portato, in alcuni paesi sudamericani e africani, ad un riconoscimento esplicito dell'acqua come bene appartenente alla comunità e diritto fondamentale.

Una delle questioni più dibattute nel diritto internazionale contemporaneo è quella che verte sull'esistenza o meno di una chiara base giuridica che radichi, nel relativo ordinamento, un diritto all'acqua, sia esso individuale, collettivo o sociale; diritto che tuteli un'esigenza di carattere primordiale che è funzionale alla stessa sopravvivenza degli esseri viventi.

Nell'ordinamento internazionale vigente non esiste un'esplicita formulazione del diritto all'acqua come diritto soggettivo; cercando tra le fonti del diritto, infatti, si possono trovare soltanto documenti e dichiarazioni di principio privi di carattere vincolante, che, pur essendo strumenti che hanno avuto notevole importanza nel focalizzare l'attenzione pubblica sui problemi legati alla risorsa idrica e sui connessi diritti degli individui e delle comunità, sono per loro natura inadeguati a garantire un livello minimo di effettività di tali diritti.

Il diritto all'acqua lo ritroviamo in alcune risoluzioni (atti privi di efficacia vincolante) dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite ed implicitamente è contenuto nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948.

Fra le fonti convenzionali dotate di efficacia vincolante, che più di ogni altre potrebbero rappresentare le basi giuridiche per l'affermazione di un tale diritto, si possono annoverare il Patto sui diritti civili e politici del 1966 ed il Patto sui diritti economici, sociali e culturali, sempre del 1966.

In dottrina, è stato affermato che il diritto all'acqua potabile, la cui massima espressione è rappresentata dal diritto di accesso alla risorsa, sarebbe sancito dal "principio di diritto internazionale generale che tutela e garantisce il diritto fondamentale alla vita e alla salute", il

A Cochabamba nasce un comitato composto dai cittadini, chiamato "coordinadora de defensa del agua y la vida", per protestare contro la privatizzazione dell'acqua. Inizia così una vera e propria battaglia, che provocherà 6 vittime e numerosi feriti, e che terminerà il 10 aprile 2000 con la vittoria del popolo boliviano; si veda N. LUGARESI, *Diritto all'acqua e privatizzazione del servizio idrico*, in *L'acqua e il diritto*, Trento, *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche*, 2011, p. 43-72, in particolare 61 e ss; A. CIERVO, *Ya basta! Il concetto di comune nelle costituzioni latinoamericane*, in M. R. MARRELLA (a cura di) *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, ed. Ombre corte, Verona 2012.

Riguardo l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, si veda in particolare la risoluzione n. 64/92 del luglio del 2010, nella risoluzione dell'8 aprile 2011 del Consiglio dei diritti umani n. 16/2, che richiama la risoluzione n. 15/9 del 30 settembre del 2010; riguardo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, al pari di ogni altra risoluzione dell'Assemblea Generale, non ha carattere vincolante per gli Stati. Per confutare questa osservazione, si è sostenuto che alcune delle previsioni contenute nella dichiarazione sono ormai entrate a far parte del diritto internazionale consuetudinario. La questione è tuttavia ancora fortemente controversa. Si veda D. ZOLO, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 128: << Inoltre la Dichiarazione Universale non contiene formulazioni normative di tipo imperativo, e manca di norme secondarie che riguardino la garanzia dei diritti enunciati e prevedano sanzioni a carico dei comportamenti lesivi di tali diritti.>>

International Covenant on Civil and Political Rights, G. A. Res. 217, 21 U.N. GAOR Supp. 52, U.N. Doc. A/6316 (1966); International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G. A. Res. 2200, 21 U.N. GAOR Supp. 49, U.N. Doc. A/63/16 (1967); in dottrina si veda J. M. CHÁVARRO, *The Human Right To Water*, cit, 41 e ss.

quale svolgerebbe la funzione di “garantire anche il diritto all’utilizzo di quella quantità di acqua che è necessaria alla concreta realizzazione dei diritti anzidetti”\*\*\*\*\*.

Occorre segnalare che non solo queste formulazioni da cui si dovrebbe evincere un diritto all’acqua sono “indirette e generiche”, ma soprattutto che esse non sono sostenute da adeguate norme di attuazione, il che determinerebbe una lacuna dell’ordinamento internazionale+++++.

Le norme che non sono accompagnate da strumenti di attuazione, amministrativi o giudiziari, possono essere considerate mere esortazioni di carattere morale in quanto manca la possibilità di poterle applicare coattivamente o di sanzionare l’inadempimento. Infatti, sebbene il Patto sui diritti civili e politici appresti forme di tutela più dettagliate rispetto a quelle previste dal Patto sui diritti economici sociali e culturali, si tratta pur sempre di strumenti del tutto insufficienti a garantire l’effettività dei diritti, essendo i meccanismi sanzionatori molto deboli e per lo più inefficaci+++++.

Inoltre, occorre segnalare che l’art 47 del “Patto sui diritti economici, sociali e culturali” recita che “Nessuna disposizione del presente Patto può essere interpretata in senso lesivo del diritto inerente a tutti i popoli di godere e di disporre pienamente e liberamente delle loro ricchezze e risorse naturali.”. Ciò comporta che il diritto allo sfruttamento delle risorse naturali, da parte della comunità di appartenenza, possa anche rappresentare un ostacolo nei confronti della tutela ambientale, in quanto questo diritto è in contrapposizione al fatto che le risorse naturali, necessarie a garantire l’equilibrio dell’intero ecosistema, siano sottratte allo sfruttamento intensivo (come avviene per la foresta amazzonica) e messe sotto il controllo di un effettivo governo planetario finalizzato alla salvaguardia dell’ecosistema. In questo contesto, dunque, non sembra realistico attendersi un nuovo quadro normativo internazionale.

Nell’attuale quadro giuridico-economico internazionale non basta proclamare, sia pur universalmente, un diritto all’acqua per assicurare l’accesso alla risorsa. Il riconoscimento di un

\*\*\*\*\* L. GAROFALO, *Osservazioni sul diritto all’acqua nell’ordinamento internazionale*, in *"Analisi Giuridica dell’Economia"*, 1/2010, 23; S. SANNA, *Il diritto all’acqua. Profili di diritto internazionale*, in AA.VV, *L’acqua e la sua gestione un approccio multidisciplinare*, a cura di M. GIGANTE, Jovene Editore, 2012, p.158 e ss, che afferma che: << Procedendo nella ricognizione delle fonti internazionali attinenti al diritto all’acqua pare condivisibile la posizione di chi ritiene rilevabile, nell’ordinamento internazionale odierno, una norma consuetudinaria a tutela del diritto in questione, vincolante tutti i soggetti della comunità internazionale a prescindere dalla loro adesione ad uno o più degli accordi vigenti in materia. In conformità con la prospettiva seguita dagli organi delle Nazioni Unite e accolta anche dalla Corte interamericana, la regola in oggetto troverebbe la sua base giuridica nelle stesse norme di diritto internazionale generale che affermano e garantiscono il diritto alla vita e alla salute o altri diritti fondamentali, alla cui realizzazione l’accesso all’acqua si riveli direttamente funzionale. L’esistenza di una norma consuetudinaria sul diritto all’acqua sarebbe, altresì, provata dalle sempre più frequenti dimostrazioni di consenso dei soggetti della comunità internazionale, espresse in documenti di natura vincolante o di *soft law*, di cui quelli adottati dagli organi delle Nazioni Unite, e in precedenza richiamati, costituiscono significativi esempi.>>, contemporaneamente dichiara che <<Non è facile, tuttavia, individuare il preciso contenuto della norma di diritto internazionale generale sul diritto all’acqua, in ragione delle inevitabili differenze tra gli strumenti normativi e tra le prassi giudiziarie nazionali e internazionali, che riflettono le profonde diversità economiche, sociali e culturali esistenti tra i singoli ordinamenti giuridici.>>

+++++ L. FERRAJOLI, *L’acqua come bene comune e il diritto all’acqua come diritto fondamentale*, Relazione al convegno internazionale sul diritto all’acqua, Gorizia, 8 febbraio 2003, citato in M. VARANO, *Il diritto all’acqua*, cit., 509, «ciò che manca sono le garanzie e le istituzioni di garanzia» e «il riconoscimento della importanza del diritto, che dà forma, concretezza e linguaggio ai principi»; l’Autrice osserva che: «*rebus sic stantibus* il diritto all’acqua non è riconosciuto e protetto dall’ordinamento internazionale come un effettivo “nuovo diritto” dell’uomo: non lo è come diritto soggettivo da rivendicare all’interno di una comunità politica, né come diritto collettivo da far valere nei rapporti internazionali».

+++++ D. ZOLO, *Il diritto all’acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese*, in «Diritto pubblico», 11, 1, 2005, 129.

diritto all'acqua, nei termini appena espressi, pur rappresentando un passaggio obbligatorio, necessita di una serie di misure positive attuative di investimenti che consentano la realizzazione delle infrastrutture. Questo passaggio renderebbe l'acqua un bene economico, da intendere come un bene da gestire, da scambiare, da consumare e da rigenerare. Tutto ciò comporta che l'obiettivo di uno studio sull'acqua si sposti dal diritto al bene, al fine di approfondire, come si è detto, uno statuto giuridico che, partendo da questo *décalage*, possa tutelare aspetti tra loro da bilanciare, quali la vulnerabilità ambientale e l'accesso alla risorsa

Dal dibattito contemporaneo, emerge sempre più l'esigenza di creare strumenti per la tutela e la valorizzazione su scala planetaria di beni ritenuti particolarmente meritevoli di salvaguardia, come l'acqua. Questi beni se inseriti in un "patrimonio comune dell'umanità", sarebbero sottratti alla protezione e valorizzazione da parte dei singoli Stati, in modo da attribuire a questi un regime giuridico il più possibile uniforme. Inoltre, vi è il convincimento che occorra anche instaurare un sistema di gestione capace di assicurare una globale e imparziale diffusione dei benefici ricavabili da un loro razionale utilizzo.

Riguardo i beni del patrimonio comune dell'umanità, l'accezione sicuramente più nota è quella riportata nella convenzione di Parigi del 1972, riguardante la protezione sul piano mondiale del patrimonio culturale e naturale

La convenzione individua la categoria di beni appartenenti al patrimonio culturale e quella appartenente al patrimonio naturale, impegnando gli Stati contraenti ad assumere tutte le iniziative necessarie per una loro adeguata protezione e valorizzazione.

I beni riconducibili a una delle due categorie di cui sopra appartengono ad "un patrimonio universale, alla cui protezione l'intera comunità internazionale ha il dovere di cooperare"

Oggi, la nozione di "patrimonio comune dell'umanità" viene utilizzata con significati differenti, che partono da una unica premessa, cioè l'assunzione di responsabilità da parte delle istituzioni internazionali rispetto alla cura di interessi riconosciuti di dimensione sovrastatale, ma che finiscono col rispondere a logiche differenti. Infatti, al termine "patrimonio", evocativo di un regime di carattere reale, non corrisponde la relativa disciplina, perlomeno in riferimento alla convenzione di Parigi del 1972, in quanto la normativa internazionale non incide sui diritti dominicali contemplati e protetti dagli ordinamenti nazionali né intacca la loro sovranità sugli stessi, ma obbliga gli Stati solamente a tenere determinati comportamenti.

Il "patrimonio comune dell'umanità" è una nozione che ha delle grandi potenzialità e può permettere la tutela delle risorse dall'inquinamento e dall'esauribilità al fine di tutelare le generazioni future

Riguardo la necessità e l'importanza degli investimenti per tutelare la risorsa idrica e contemporaneamente assicurarne l'accesso, si veda S. SILEONI, *Acqua*, in E. SOMAINI (a cura di), *I Beni Comuni oltre i luoghi comuni*, Torino, 2015, 117 e ss; più in generale, idem, [L'acqua: una risorsa fondamentale, quale diritto?](#), *Rivista AIC*, 3/2016, 2 ss e 11 ss.

T. SCOVAZZI, *La notion de patrimoine culturel de l'humanité dans les instruments internationaux*, in *Le patrimoine culturel de l'humanité - The Cultural Heritage of Mankind*, ed. by J.A.R. NAFZIGER and T. SCOVAZZI, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 3 ss.

Art. 6, convenzione di Parigi, "Convenzione sulla Protezione del Patrimonio Mondiale, culturale e naturale dell'Umanità", 1972.

Per funzioni e istituti riconducibili agli schemi del diritto amministrativo globale, si veda S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009.



nel capitolo quinto, e risponde alla considerazione per cui la garanzia di questo diritto deve essere intesa come condizione necessaria all'esercizio del diritto alla vita. L'articolo 373 Cost., poi, stabilisce che tali risorse non potranno essere oggetto di appropriazione privata e che i relativi servizi non saranno oggetto di concessioni. Infatti, l'art. 20 della Costituzione recita che "Ciascuna persona ha diritto all'accesso universale e uguale al servizio di acqua potabile .... L'accesso all'acqua costituisce un diritto umano e non può essere oggetto di concessione e privatizzazione ...."<sup>‡</sup>.

La proclamazione del diritto all'acqua come "fondamentalissimo" ha determinato una centralizzazione delle competenze, tanto che è stato istituito anche un Ministero dell'Acqua<sup>§</sup>.

La Costituzione risponde alla volontà di creare un nuovo modello di stato sociale e di diritto, fondato sul fine istituzionale dello Stato di conseguire la universalizzazione del benessere sociale come diritto inviolabile di tutti<sup>\*\*</sup>.

La distinzione tra diritti fundamentalissimi e fondamentali introdotta dal costituente boliviano non si riferisce, dunque, a un distinto livello di garanzie, giacché esse sono le medesime per ciascun diritto, ma a un obbligo di azione prioritaria da parte dello Stato in relazione a determinate materie, al fine di eliminare la povertà, assicurando una vita dignitosa a tutti. Inoltre, la dichiarazione dello *stato d'eccezione* non può giammai sospendere i diritti fundamentalissimi, unitamente ad alcuni tra quelli fondamentali (giusto processo, informazione e diritti delle persone private della libertà).

Da questa breve disamina si evince come il diritto all'acqua sia strettamente legato al concetto di sovranità popolare e ad una gestione pubblica della risorsa idrica. Allo stesso tempo risulta la costituzionalizzazione della categoria dei diritti fondamentali e fundamentalissimi, ma, bisognerà verificare come lo Stato boliviano ed il suo Governo saranno capaci di garantire effettivamente questi diritti e soprattutto verso quali orizzonti in futuro si muoverà l'economia del paese.

### 3. I beni comuni: un'alternativa rispetto alla dicotomia pubblico/privato?

Alcuni studiosi includono la risorsa idrica fra i beni comuni, in quanto bene strumentale al soddisfacimento dei bisogni umani e alla tutela dei diritti fondamentali. Tuttavia, la teoria dei beni comuni, nonostante il merito di aver dato un nuovo impulso alla ricerca scientifica in relazione alla proprietà pubblica, necessita di un approfondimento che ne evidenzi le criticità<sup>††</sup>.

<sup>‡</sup> T. E. FROSINI, *Dare un diritto agli assetati*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2010, 29 e ss; N. LUGARES, *Diritto all'acqua e privatizzazione del servizio idrico*, cit., 43-72.

<sup>§</sup> L. MEZZETTI, *Il diritto all'acqua negli ordinamenti dei Paesi latinoamericani: evoluzioni recenti e prospettive*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, 2, 553 ss.

<sup>\*\*</sup> C. STORINI, A. NOGUERA, *Processo costituente e Costituzione in Bolivia. Cit.*, 1288.

<sup>††</sup> A titolo esemplificativo oltre ai riferimenti riportati lungo il lavoro, in merito alla teoria dei beni comuni, si veda U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; id., *Contro riforme*, Einaudi, Torino, 2013; id., *I Beni pubblici: un dialogo tra diritto e politica*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, 119 e ss.; M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, ed. Ombre corte, Verona 2012; id., *Il principio sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell'oggi*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, cit., 105 e ss.; id., *Il diritto dei beni comuni oltre il pubblico e il privato*, in G. ALLEGRI, M. R. ALLEGRI, A. GUERRA, R. MARSOCCHI (a cura di), *Democrazia e controllo pubblico dalla prima modernità al web*, Napoli, Editoriale Scientifica, reperibile anche on-line su <http://www.uninomade.org/il-diritto-dei-beni-comuni/>; S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale contro lo humane divide*, in M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, cit., 311 e ss.; ID., *Un terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013; id., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012; G. ARENA, C. IAIONE (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*,

I sostenitori della teoria dei beni comuni, insoddisfatti dalla normativa attuale dei beni pubblici, hanno sostenuto la necessità di introdurre nel nostro ordinamento una nuova categoria giuridica di beni che potesse meglio tutelare i diritti fondamentali dell'uomo. Alcuni autori sostengono che i Governi, per fronteggiare le ripetute crisi economico-finanziarie, hanno attuato delle politiche di privatizzazione, *svendendo* beni strumentali al libero svolgimento della vita e al soddisfacimento dei diritti fondamentali dell'uomo<sup>‡</sup>; inoltre, gli stessi affermano che l'istituto dei beni demaniali non è stato idoneo a tutelare beni indispensabili per la sopravvivenza dell'essere umano<sup>§§</sup>. Tuttavia, a distanza di qualche anno dal ddl elaborato dalla c.d. "Commissione Rodotà"<sup>\*\*\*</sup>, si può affermare che il nostro ordinamento giuridico prevede, oltre alla figura dei beni pubblici, anche i beni comuni?

Il punto di centrale della teorica dei beni comuni è rappresentato dall'articolato presentato dalla Commissione c.d. Rodotà, che ha individuato, senza presunzione di completezza, l'elenco dei beni comuni: "i fiumi, i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate". Inoltre, alcuni aspetti salienti, rintracciabili nel ddl, si possono identificare nella titolarità e nel regime di questi beni.

Riguardo la titolarità, occorre segnalare che la teoria dei "beni comuni" prende le distanze sia dalla proprietà privata che da quella pubblica, cioè si propone come un'alternativa rispetto alla dicotomia pubblico/privato, richiamata dalla Costituzione italiana nell'articolo 42<sup>†††</sup>; questi beni

---

Bari, 2012; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi, Riflessioni de iure condendo su un dibattito in corso*, in *Giustamm.it*, 2013; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013; S. NESPOR, *L'irresistibile ascesa dei beni comuni*, in *Federalismi.it*, 2013; U. POMARICI, *Beni comuni*, in id. (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, I, Torino 2012; P. GROSSI, *I beni: itinerari fra "moderno" e "post-moderno"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, 1059 e ss.; G. RICOVERI, *Beni comuni vs. merci*, Milano 2010. S. RISTUCCIA, *Beni comuni e azioni collettive. Strumenti per un dibattito interdisciplinare oltre l'economia classica*, in *Riv. it. di comunicazione pubblica*, 2010, 9 e ss. Fondamentale, in quanto ispiratore delle tesi sui "commons", è il contributo di M. HARDT - A. NEGRI, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Milano, 2010, *passim*, che rappresenta la base filosofica sui beni comuni. Per una prospettiva economica E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia, 2006. Si segnalano anche uno scritto in lingua inglese, di particolare rilievo in questa materia, perché ha consacrato la proprietà privata come l'unica soluzione che avrebbe potuto evitare "la tragedia dei comuni": G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in "Science", 1968, 1243 e ss., M. HELLER, *The Tragedy of anticommons: property in the Transition from Marx to Market*, in *Harvard Law re-view*, 1998, 621 e ss.

‡ Per quanto riguarda la situazione economica internazionale che vede il potere pubblico soccombente davanti allo strapotere delle multinazionali private e che comporta la "svendita dei gioielli di famiglia" si veda, U. MATTEI, *Beni comuni, Un manifesto*, Roma-Bari, 2011, *passim*.

§§ In merito ai procedimenti di sdemanializzazione si veda, A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, cit., 7, l'Autore sostiene che "I presupposti fondativi della demanialità - a prescindere da un'eventuale copertura costituzionale, che ne fissi i caratteri della inalienabilità, inusucapibilità ed inespropriabilità, non ne hanno impedito i processi di *sdemanializzazione* ex art. 829 c.c."

\*\*\* La definizione dei "beni comuni" è rinvenibile nel Disegno di legge delega elaborato dalla c.d. "Commissione Rodotà", istituita il 21 giugno 2007 ed incaricata di proporre al Parlamento italiano un progetto di modifica del Capo II del Titolo I del Libro III del Codice civile. Il disegno di legge è la base da cui partire per una riflessione sui beni comuni. Tale disegno, fra le tante novità, contiene due previsioni di notevole rilevanza e precisamente la identificazione di una nuova categoria di beni, per l'appunto quella dei beni comuni, e la scomparsa dei beni demaniali. I beni comuni sono espressamente contemplati all'art. 1, comma 3, lett c) dello schema di legge delega elaborato dalla c.d. "Commissione Rodotà". Come evidenziato da più parti questa nuova figura di beni contemplata nel disegno di legge è nata dall'esigenza di garantire i diritti fondamentali della persona, infatti l'art. 1, comma 3, lett c) recita: "Previsione della categoria dei beni comuni, ossia delle cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona", Sul rapporto fra diritti fondamentali e beni comuni si veda, L. RAMPA, Q. CAMERLENGO, *I beni comuni tra diritto ed economia: davvero un tertium genus?*, in *Politica del diritto*, 2/2014, pp. 253-296.

††† S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Il mulino, Bologna, II ed., 1990, 273 ss.

non sono né pubblici né privati ma comuni, cioè a titolarità diffusa, svincolati dalla logica dell'appartenenza. I beni comuni, secondo i suoi teorici, interessano determinati beni non da un punto di vista strutturale del rapporto, cioè dell'appartenenza, ma da un punto di vista funzionale, inteso come rapporto beni-diritti. In altre parole i beni comuni sarebbero quei beni necessari alla persona e all'espletamento dei suoi diritti<sup>##</sup>.

L'allontanamento dalle logiche dell'appartenenza però comporta la demonizzazione dello Stato-apparato. La teoria dei beni comuni, infatti, proponendo una ricostruzione giuridica di tali beni che prende le distanze sia dall'appartenenza pubblica che privata promuove l'indebolimento dello stato sia come comunità che come istituzione.

Al contrario, occorre precisare che il nostro diritto positivo da sempre ha affermato una differenza strutturale fra i beni pubblici/demanio e proprietà individuale<sup>\$\$\$</sup>. Infatti, la peculiarità dei beni pubblici è il loro pubblico e generale uso. Si vedrà, *in fieri*, come la proprietà pubblica comporti tutte situazioni di dovere<sup>\*\*\*\*</sup>, e i “tratti salienti sono rappresentati da inalienabilità, incommerciabilità e inusucapibilità”<sup>###</sup>.

In merito al regime giuridico, e quindi alle modalità di utilizzo e di gestione, i beni comuni, sempre secondo i suoi teorici, dovrebbero essere gestiti direttamente dalla comunità di riferimento, oltre ad essere liberamente fruibili, in modo da assicurare l'esercizio dei diritti fondamentali, nonché nel libero sviluppo della persona. In altre parole, i beni comuni rappresenterebbero una categoria di beni che necessita di una gestione che provenga dal basso<sup>###</sup>. Infatti, viene affermato che la comunità stessa, i potenziali utenti del singolo bene o l'universalità dei soggetti che fruiscono del bene, auto-organizzandosi, lo costituisca, lo regoli e lo gestisca, arrivando ad attaccare il “paradigma della sovranità (statale)”<sup>\$\$\$\$</sup>.

La titolarità è funzionale al regime speciale di utilizzo e gestione e non è identificativa di appartenenza. La comunità di riferimento è composta da soggetti diversi, legati funzionalmente, nel senso che il legame si identifica nella funzione del bene stesso e nella medesima esigenza di fruire del bene.

Non tutte le tipologie di beni appartenenti alla categoria dei beni comuni possono essere affidate alla gestione diretta da parte di una comunità di riferimento; per assicurare la tutela di questi beni e i diritti fondamentali legati agli stessi, infatti, sono necessarie strutture molto complesse che richiedono l'impiego di importanti investimenti e grandi organizzazioni.

Un'altra criticità è rinvenibile nell'eterogeneità dei beni che rientrerebbero nella categoria dei beni comuni. Infatti, la dottrina di riferimento, successivamente alla definizione dei beni comuni elaborata dalla c.d. “Commissione Rodotà”, ha aumentato a dismisura la quantità di beni che

<sup>##</sup> Cfr. A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il “pubblico” e la Costituzione*, cit., 8 e ss.

<sup>\$\$\$</sup> Si veda a titolo esemplificativo il R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, “Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato” ed il R.D. 23 maggio 1924, n. 827, “Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato”.

<sup>\*\*\*\*</sup> V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici*, in *Enc. Giur.*, 8.

<sup>###</sup> S. SETTIS, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Torino, 2012, 109, l'autore ha evidenziato come la teoria dei beni comuni sta contribuendo all'indebolimento dello Stato come istituzione; C. IANNELLO, *Il diritto all'acqua. L'appartenenza collettiva della risorsa idrica*, cit., 164, mette in risalto come i tratti salienti dei beni demaniali siano quelli che è possibile rinvenire nella proprietà collettiva.

<sup>###</sup> Si veda a titolo esemplificativo U. MATTEI, *Beni comuni, Un manifesto*, Roma-Bari, 2011, passim; M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, ed. Ombre corte, Verona 2012, passim.

<sup>\$\$\$\$</sup> A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 3/2014, p.6.

potevano rientrare in questa categoria, generando una figura così eterogenea da rendere impossibile la creazione di un unico statuto giuridico di riferimento.

Gli elementi comuni alla categoria dei beni comuni sono pochi, infatti l'eterogeneità che li caratterizza ne rende impossibile una individuazione puntuale ed una riduzione ad unità\*\*\*\*.

La quasi totalità delle indagini sui beni comuni si fonda, secondo un punto di vista formale, sulla categoria dei beni demaniali. Tale premessa, come vedremo, è indispensabile perché i beni demaniali corrispondono a quei beni necessari al libero svolgimento della persona umana e strumentali al soddisfacimento dei diritti fondamentali dell'uomo, secondo criteri di solidarietà e di tutela delle generazioni future††††.

A fronte di tutto ciò, il legislatore, ancora oggi, parla di demanialità delle acque, non rinunciando a tale definizione neppure in occasione del nuovo programma di "federalismo demaniale" iniziato con il d.lgs 28.05.2010, n. 85 (Attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell'articolo 19 della legge 5 maggio 2009, n. 42.). Il legislatore, infatti, è stato ben attento dall'escludere il demanio idrico e marittimo dai beni trasferiti al patrimonio disponibile dei Comuni, delle Province, delle Città metropolitane e delle Regioni.

In definitiva, quindi, inserire nel panorama giuridico una nuova tipologia di beni può finire per creare maggiori incertezze rispetto ai problemi che vorrebbe risolvere.

#### 4. La proprietà collettiva demaniale e la risorsa idrica.

La risorsa idrica necessita di un regime giuridico che ne impedisca un eccessivo depauperamento, che possa portare ad una eventuale indisponibilità per tutta la comunità e, contemporaneamente, ne assicuri la fruibilità da parte della collettività per garantirne i bisogni primari.

Il mutamento dei valori sottesi alla risorsa idrica ha reso necessaria una ricerca del regime giuridico della stessa che valorizzi due aspetti, frutto di questo cambiamento. Il primo aspetto riguarda le problematiche dell'appartenenza, legate alla fruibilità della risorsa e, allo stesso tempo, alla sua salvaguardia da possibili sfruttamenti illegittimi. Il secondo aspetto concerne la necessaria tutela ambientale, che è legata ad una regolamentazione dell'accesso e ad una protezione della risorsa, sia per garantire le generazioni attuali che future.

La peculiarità di questo bene, necessario ed indispensabile, ma al tempo stesso potenzialmente esauribile, fa sì che sia sempre più delicato l'equilibrio che il legislatore deve garantire a tale risorsa.

La risorsa idrica, oggi, è inquadrata dal nostro legislatore come bene demaniale, il che nelle intenzioni dello stesso dovrebbe impedirne la illegittima appropriazione e allo stesso tempo dovrebbe garantirne la tutela ambientale.

\*\*\*\* Sul tema si veda A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il "pubblico" e la Costituzione*, cit., 11 e ss.; R. ESPOSITO, *Comunità, Immunità, biopolitica. Origine e destino della comunità*, Torino, 2006, 1; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari 2013, 65.

†††† Si veda per tutti, A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., l'autore pur rappresentando la similitudine fra i beni comuni e i beni demaniali conclude con considerazioni differenti.

Per inquadrare lo statuto giuridico dell'acqua, occorre fare un passo indietro e analizzare i beni demaniali come originariamente intesi, prescindendo dal dettato del Codice civile.

L'istituto dei beni demaniali, come originariamente inteso, ha comportato un approfondimento della proprietà collettiva che presuppone, come premessa di ordine generale, il godimento da parte di una collettività delle utilità fornite da un bene. Rispetto alle altre tipologie di proprietà, nella proprietà collettiva varia il contenuto del godimento, la specie dell'utilità, la situazione soggettiva degli appartenenti alla collettività in ordine al bene ed il carattere aperto o chiuso della collettività<sup>###</sup>.

La proprietà collettiva, infatti, può sussistere solamente in ordine a certi beni o ad un particolare utilizzo degli stessi, per esempio sussiste in ordine ai beni che generano servizi indivisibili per natura, cioè quei servizi che non possono essere né misurati né ordinati in relazione ai soggetti che ne beneficiano come i laghi, i giardini pubblici, o per volontà dell'uomo, come una sorgente in una zona povera di acqua, o i boschi che si vogliono sottrarre allo sfruttamento dei proprietari individuali. Le caratteristiche salienti della proprietà collettiva sono le tipologie di utilizzazione che si possono fare della stessa che, come fa notare la dottrina più accorta, sono estremamente elementari o "al contrario, sono possibili solo con una civiltà associativa altamente organizzata e raffinata."<sup>§§§§§</sup>

La proprietà collettiva demaniale è la forma più diffusa di proprietà collettiva, in quanto in essa si associano le caratteristiche della proprietà collettiva in generale e la funzione dell'ente come gestore. L'Ente gestore della proprietà collettiva demaniale è l'ente territoriale, in qualità di ente rappresentativo di una collettività definita per la sua caratteristica territoriale.

Il Giannini ha affermato che i beni demaniali sono una proprietà collettiva, cioè una proprietà da cui ogni membro della collettività può trarre delle utilità necessarie per l'esistenza dei membri stessi. Successivamente, anche a causa del cambiamento delle abitudini di vita dell'uomo, nonché della sopravvenuta limitatezza di queste risorse, è stato necessario identificare delle figure che potessero esercitare la manutenzione e l'amministrazione di questi beni: in due parole, la *regolazione* e la *governance*, come si direbbe oggi. Queste figure sono state individuate prima nel *dominus terrae*, poi nel sovrano e, infine, nello Stato; queste sono state considerate come "amministratori di beni altrui"<sup>\*\*\*\*\*</sup>.

Queste figure, con il passare del tempo, quasi inavvertitamente, sono state intese come proprietari dei beni, gravati da servitù di uso da parte della collettività. E tali beni, nel tempo, divennero inalienabili proprio per garantire i titolari originari del diritto, la collettività. Il legislatore, successivamente, prevedendo la proprietà demaniale con l'art. 822 del codice civile,

<sup>###</sup> M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, M. Bulzoni - Editore, Roma, 1963, 13 e ss, si veda anche per un approfondimento riguardo le altre tipologie di proprietà secondo l'Autore fanno parte della proprietà collettiva i beni comuni, i domini collettivi, i demani comunali, i beni correttamente detti demaniali di uso pubblico.

<sup>§§§§§</sup> M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, M. Bulzoni - Editore, Roma, 1963, 36, l'Autore continua mettendo in evidenza come la proprietà collettiva può essere sia pubblica che privata, facendo l'esempio delle associazioni riconosciute.

<sup>\*\*\*\*\*</sup> M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, M. Bulzoni - Editore, Roma, 1963, 51 e ss. L'Autore riguardo i beni demaniali afferma che "Storicamente è stato, all'origine, una proprietà collettiva, cioè una proprietà da cui ogni membro della collettività poteva trarre delle utilizzazioni; dovendosi trovare chi potesse provvedere alla sua manutenzione, ed essendo necessario che ci fosse chi potesse esercitare il potere di disposizione quando fosse il caso di acquistare o cedere tali beni, si finì con l'individuare nel *dominus terrae*, e poi nel sovrano, e poi nella corona tale soggetto, che si concepì come amministratore di beni altrui, i quali, a garanzia dei titolari del diritto, si dissero inalienabili. Alla corona si sostituì poi lo stato; in certi luoghi il sovrano era divenuto già il comune. Stato e comuni divennero così amministratori del dominio, inteso sempre come proprietà collettiva."

ne ha dilatato la figura, includendo tra questi, beni che non potevano essere di proprietà collettiva in quanto non strumentali al libero svolgimento della persona umana e al soddisfacimento dei diritti fondamentali dell'uomo. Così facendo, il legislatore ha sminuito la nozione di demanio, ricomprendendovi beni di diversa funzione e diversa disciplina positiva<sup>†††††</sup>.

Il demanio con le sue caratteristiche di non appropriabilità e fruibilità generale corrisponde a quei beni necessari per il libero sviluppo della personalità umana e la sua sopravvivenza.

I beni demaniali possono definirsi come beni di proprietà collettive affidati in gestione legale a enti territoriali. Gli altri beni, equiparati dal legislatore ai beni demaniali, sono beni di proprietà individuale dell'ente pubblico che il legislatore ha parificato agli altri beni demaniali<sup>#####</sup>.

L'ente territoriale è il gestore di questi beni in quanto lo stesso rappresenta una determinata collettività, è cioè ente esponenziale della stessa o meglio rappresentativo di questa. La rappresentanza legale, necessaria e non negoziale dell'ente nei confronti della collettività di riferimento, comporta che il legislatore possa prevedere anche tipologie di gestioni differenti. Infatti, dal punto di vista gestionale, si è davanti ad una gestione legale e necessaria, non negoziale, istituita e disciplinata dal legislatore<sup>§§§§§§</sup>.

L'utilizzo di un bene da parte di una collettività sarebbe costitutivo della demanialità, per cui appare evidente che il demanio rappresenti una forma di appartenenza collettiva della popolazione che quell'uso ha prodotto. L'uso di un bene che una determinata comunità esercita per garantire la sua sopravvivenza o il libero e dignitoso svolgimento della vita dei propri componenti, determina la nascita dell'elemento demaniale<sup>\*\*\*\*\*</sup>.

La proprietà collettiva e quella individuale rappresentano la contrapposizione fra sociale ed individuale, ed è per questo motivo che identificano “una costante dell'umana appartenenza”, per cui queste forme di appartenenza le ritroviamo in qualsiasi forma di ordinamento. La proprietà collettiva rappresenta la prevalenza della sfera pubblica su quella individuale, la prevalenza “dell'oggettivo sul soggettivo”<sup>††††††</sup>.

Sono espressione della proprietà collettiva l'*Allmende* del diritto germanico, i nostri *usi civici* ai sensi della l. n. 1776 del 16.06.1927 e le *partecipanze emiliane*<sup>#####</sup>.

††††† M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, M. Bulzoni - Editore, Roma, 1963, 52 e ss.

##### M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit.

§§§§§§ M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 52 e ss: “Ne deriva che l'ente territoriale, anche quando agisce non nella cura di interessi che ha quale ente, ma nella cura di interessi della collettività di cui è rappresentativo, è pur sempre un pubblico potere. E esso, quindi ha una sua volontà, che è quella dei suoi amministratori e non è certo quella dei componenti la collettività (o della maggioranza di essi). Anche se il legislatore si sforza di mantenere collegamenti solidi tra i componenti la collettività e gli amministratori dell'ente rappresentativo della collettività non v'è dubbio che manca immediatezza di rapporti giuridici tra i primi e i secondi”.

\*\*\*\*\* C. IANNELLO, *Il diritto all'acqua*, cit., 122.

††††† P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5, Giuffrè, Milano 1977, *passim*. L'Autore parla in termine di “proprietà funzione”, “un genus appropriativo che si contrappone a quello individuale”, *ibidem*, p.39.

##### “Le partecipanze emiliane” rappresentano una antica forma di proprietà collettiva di terreni interessati a bonifica; un'altra figura molto vicina ai beni comuni è rappresentata dall'uso civico, inteso come diritto di godimento su beni immobili, esercitabile in varie forme e spettante ai membri di una collettività, su terreni di proprietà comunale o anche di terzi, non derivante da un negozio giuridico in quanto radicato nella prassi collettiva: in relazione a questi istituti si veda, V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Cedam, Padova, 1983, *passim*; ID, *Uso pubblico*, in *Enc. dir.* XLV, 1992, 964; P. GROSSI, *I domini collettivi come realtà complessa dei rapporti con il diritto statutale*, in *Riv. dir. agr.*, 1997, 261; S. SETTIS, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Torino, 2012, 70 ss. Riguardo l'*Allmende*, si veda O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Capitolo III: Teoria*, in *Riv. it. sc. giur.* XXV, 1898, 204 e ss, in part. 206; ma vedi ora Id., *Scritti giuridici scelti. IV. I beni pubblici*, Jovene, Napoli 1992, 235, l'Autore afferma che la massima espressione della proprietà collettiva era costituita dall'*Allmende*

L'acqua è un bene demaniale, il demanio è una proprietà collettiva, per cui l'acqua appartiene alla collettività.

Proprio su questi presupposti si fondano le recenti decisioni giurisprudenziali, ed in particolare le sentenze del 14.02.2011, n. 3665 e 16.02.2011, n. 3813 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite.

La Corte evidenzia che un bene immobile, a prescindere dalla titolarità, nel momento in cui sia destinato alla realizzazione dello stato sociale, debba essere strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi della comunità di riferimento, ciò a prescindere dalla preventiva individuazione come bene demaniale o bene facente parte del patrimonio dello Stato, da parte del legislatore.

Le sentenze in esame evidenziano le criticità del regime codicistico e la necessità di ampliare l'impianto normativo di riferimento con alcune disposizioni costituzionali, al fine di inquadrare correttamente il regime giuridico della proprietà demaniale. In funzione di ciò, la Corte afferma che "le valli da pesca configurano uno dei casi in cui i principi combinati dello sviluppo della persona [art. 2 Cost.], della tutela del paesaggio [art. 9 Cost.] e della funzione sociale della proprietà [art. 42 Cost.] trovano specifica attuazione, dando origine ad una concezione di bene pubblico, inteso in senso non solo di oggetto di diritto reale spettante allo Stato, ma quale strumento *finalizzato alla realizzazione* di valori costituzionali."~~~~~.

In definitiva, la Corte, in riferimento alle valli da pesca, afferma quanto enunciato precedentemente dalla dottrina per i beni demaniali; in particolare, afferma che questa tipologia di beni configuri uno dei casi in cui trovano specifica attuazione i principi combinati dello sviluppo della persona, della tutela del paesaggio e della funzione sociale della proprietà, dando origine ad una concezione di bene pubblico inteso come strumento finalizzato alla realizzazione di valori costituzionali.

La Corte non utilizza il termine *proprietà collettiva*, ma il percorso seguito è perfettamente aderente e rispecchia le peculiarità dei beni demaniali come proprietà collettiva, come originariamente intesi.

## 5. Lo statuto giuridico dell'acqua ed il concetto di sviluppo sostenibile.

Il legislatore con la legge Galli, trasfusa nel Codice dell'ambiente, affronta una *nuova* criticità e cioè la scarsità della risorsa. Proprio tale ultima condizione di fatto determina un accrescimento del significato della demanialità~~~~~.

La nuova condizione rende sempre più necessaria l'appartenenza collettiva dell'acqua, quale bene demaniale, per garantirne la fruibilità universale; allo stesso tempo, la nuova criticità fortifica

---

vera e propria, che era oggetto del pieno diritto collettivo, sopra la quale non solo la proprietà, ma anche il possesso e il godimento erano comuni; tra questi beni vi erano le strade, le piazze, i ponti, le fontane comuni, i ruscelli, le sorgenti, i fiumi, i laghi, ecc., cioè quei beni, che oggi noi in gran parte diremmo appartenenti al demanio, in quanto necessari per il libero sviluppo della vita.

~~~~~ Sent. Cass. Sez. Un. del 14 febbraio 2011, n. 3665.

~~~~~ C. IANNELLO, *Il diritto all'acqua*, cit., 135.

la necessità di un controllo pubblico orientato alla tutela della risorsa e, in linea con quanto stabilito nel Codice dell'ambiente, in una prospettiva solidaristica<sup>+++++</sup>.

La dichiarazione *ex lege* di pubblicità di tutte le acque, come prevista dall'art. 1 della c.d. legge Galli, trasfusa nel Codice dell'ambiente, deriva dal progressivo convincimento che l'acqua sarebbe una risorsa limitata, infatti l'effetto principale della norma in questione, è stato quello di spostare l'attenzione dai profili dominicali a quelli gestionali e di tutela<sup>++++</sup>.

La legge Galli è il frutto dell'evoluzione degli interessi pubblici collegati alla risorsa e ad una progressiva presa di coscienza del suo valore, che vede primeggiare le istanze ecologiche e solidaristiche<sup>SSSSSSSS</sup>.

Il legislatore con la legge Galli si spinge oltre, affermando, sempre nell'art. 1, che: "qualsiasi uso delle acque è effettuato salvaguardando le aspettative e i diritti delle generazioni future, a fruire di un integro patrimonio ambientale" e che tutti "gli usi delle acque siano indirizzati al risparmio e al rinnovo delle risorse per non pregiudicare il patrimonio idrico, la vivibilità dell'ambiente, l'agricoltura, la fauna e la flora acquatiche, i processi geomorfologici e gli equilibri idrologici"<sup>\*\*\*\*\*</sup>.

Occorre segnalare che l'estensione della pubblicità a qualsiasi tipologia di acqua conferma l'opinione classica per cui il concetto della demanialità fosse fisso e invariabile, ma *l'appartenenza* alla categoria dei beni demaniali varia con il variare dei bisogni, che si pongono come collettivi al variare dei tempi e dei luoghi, assumendo conseguentemente importanza sociale<sup>+++++</sup>. In altre parole, si è creato un paradosso dettato dal fraintendimento del significato giuridico di demanio, dal momento che proprio nell'epoca attuale in cui il legislatore ha dichiarato la pubblicità-demanialità generalizzata delle acque, ancorandola ai criteri di solidarietà, viceversa parte della dottrina sente la necessità di un nuovo inquadramento giuridico con la teoria dei beni comuni.

Il legislatore è stato indotto dalla necessità di preservare il patrimonio ambientale, per cui si potrebbe affermare che abbia visto nella figura demaniale quelle caratteristiche che meglio

<sup>+++++</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia, Il Mulino*, Bologna, 1985, 89, dove l'Autore afferma che "Quando la fruizione del bene è collettiva, l'ente pubblico è, sostanzialmente, un amministratore per la collettività." ..... "gli appartenenti all'universo dei fruitori hanno un diritto soggettivo alla fruizione, il cui esercizio peraltro è talora ristretto dall'esercizio della potestà di polizia dell'ente pubblico. I beni di fruizione collettiva sono quelli che costituiscono i correttamente detti demani marittimo, idrico, stradale, forestale e infine i beni culturali ....".

<sup>++++</sup> R. BRIGANTI, *Il diritto all'acqua tra tutela dei beni comuni e governo dei servizi pubblici*, Napoli, ESI, 2012, p.58 e ss.

<sup>SSSSSSSS</sup> Si riporta quanto affermato da U. MATTEI, *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Utet, Torino 2001, 272, "Le regole sinora esaminate in tema di utilizzazione delle acque devono essere coordinate con la citata legge 5-1-1994 n. 36, che introduce due disposizioni in particolare. La prima consiste nella direttiva per l'utilizzazione dell'acqua "secondo criteri di solidarietà" (art. 1). Vi è da sperare che questa declamazione resti senza conseguenze operative, poiché è idonea a stravolgere tutte le regole finora studiate, mirate a perseguire un uso efficiente della risorsa, secondo parametri economici. La seconda novità consiste nella graduazione degli usi dell'acqua: l'utilizzazione per il consumo umano è prioritaria (art. 2); dopo il consumo umano, in caso di scarsità, deve essere assicurata la priorità dell'uso agricolo (art. 28); poi si potrà derivare l'acqua per usi industriali (art. 29). Ciò significa, purtroppo, che il bilanciamento degli interessi nell'uso dell'acqua viene ampiamente sterilizzato; il giudice non può dare la preferenza all'uso industriale, a scapito di quello agricolo. Nuovamente sono vanificati i criteri di efficiente allocazione della risorsa."

<sup>\*\*\*\*\*</sup> L. LUGARESI, *Acque pubbliche*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Giuffrè, Milano 2006, 94-97.

<sup>+++++</sup> O. RANELLETTI, *Scritti giuridici scelti. IV. I beni pubblici*, Jovene, Napoli 1992, 18, l'Autore continua affermando che: "Coll'aumentare sempre più dell'attività sociale degli enti pubblici, aumenta insieme anche l'ampiezza del demanio pubblico; e la risposta alla domanda quali sono i beni demaniali, nel senso di enumerazione di beni, che hanno questa natura, può essere data soltanto per un determinato diritto positivo di un determinato tempo. E nel nostro diritto attuale, questi scopi, che possono essere nella destinazione di una cosa demaniale, possono essere economici, fisici, intellettuali e morali; possono rispondere ad una vera necessità, o ad una utilità, ed anche ad un puro diletto della società, per es. giardini pubblici".

inquadra l'acqua e l'ambiente#####. Quanto appena affermato rafforza il percorso ricostruttivo del demanio come proprietà collettiva, e mette in luce come l'appartenenza collettiva comporti un dovere di conservazione che si unisce inscindibilmente al diritto di fruizione§§§§§§§§.

Questa nuova prospettiva evidenzia degli aspetti non gerarchizzabili, e precisamente, la primarietà dei valori ambientali e la fruibilità della risorsa per la soddisfazione dei bisogni primari dell'uomo\*\*\*\*\*.

Come ha evidenziato la Corte costituzionale nella sentenza n. 273 del 2010, l'acqua è un bene di tutti, ed in quanto tale, deve essere distribuita secondo criteri razionali e imparziali stabiliti da apposite regole amministrative. La Corte afferma che l'acqua è “un bene che appartiene in principio alla collettività” e, come tale, tutti hanno diritto ad accedervi. Inoltre, sostiene che vi sia una “primaria esigenza di programmare e vigilare sulle ricerche e sui prelievi, allo scopo di evitare che impossessamenti incontrollati possano avvantaggiare indebitamente determinati soggetti a danno di altri o dell'intera collettività”. La Corte continua sostenendo che “L'integrale pubblicizzazione delle acque superficiali e sotterranee è stata strettamente legata dall'art. 1 della legge 5 gennaio 1994, n. 36 (Disposizioni in materia di risorse idriche) alla salvaguardia di tale risorsa ed alla sua utilizzazione secondo criteri di solidarietà. Da questo doppio principio discende la conseguenza che deve essere la pubblica amministrazione a disciplinare e programmare l'uso delle acque”#####.

Emerge così il secondo profilo che si è voluto identificare e cioè l'importanza della salvaguardia della risorsa come potere-dovere della Pubblica Amministrazione che scaturisce dall'integrale pubblicizzazione dell'acqua come disciplinata dalla legge Galli.

Vi è un indubbio spostamento di baricentro riguardo il fine dell'azione dei pubblici poteri che trova la propria giustificazione nella necessità di scongiurare il depauperamento della risorsa sperimentato nei decenni precedenti; il che porta ad evidenziare come i beni non regolamentati nel loro accesso e nello sfruttamento, in generale senza una *regolazione* e una *governance* adeguata, siano destinati al depauperamento#####.

La soluzione prospettata, definibile come la demanializzazione dell'acqua, si pone agli antipodi del considerare la risorsa idrica come proprietà privata, ma è aperta a qualsiasi tipologia di gestione pubblica, privata o altre possibili forme di autogestione consentite dal nostro ordinamento, purché regolamentate.

Il punto centrale della normativa è dettato dal co. 2 dell'art. 144, del Codice dell'ambiente che stabilisce che riguardo le acque “qualsiasi loro uso è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale”. Viene riscontrata

##### E. CONTE, *Il demanio idrico secondo la l.5 gennaio 1994, n.36*, in *Rass. giur. en. el.*, 1994.

§§§§§§§§ Per una prospettiva in tal senso che abbraccia l'ambiente in un *unicum*, che comprende l'acqua ma soprattutto l'uomo, si veda, P. MADDALENA, *La nuova cultura della tutela ambientale e situazioni giuridiche soggettive*, in *I Tribunali Amministrativi Regionali*, Anno XI gennaio 1985, 51; ID, *Danno pubblico ambientale*, Rimini 1990, *passim*; ID, *L'ambiente: riflessioni introduttive per una sua tutela giuridica*, in *Ambiente e sviluppo*, 6/2007, *passim*; l'Autore mette in luce come il diritto all'ambiente sia un diritto - dovere di tutta la collettività sull'ambiente.

\*\*\*\*\* Per un approfondimento si veda E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, *cit.*, in particolare p.19 e ss.

##### Corte costituzionale, 22.07.2010, n. 273, punto 4 considerazioni in diritto.

##### U. POTOTSCHNIG, *La difesa della qualità delle risorse idriche nella legislazione sulle acque pubbliche*, in *La tutela delle acque. Criteri economici e giuridici per la programmazione della qualità e della quantità delle risorse idriche in Italia*, a cura di E. GERELLI, Milano, 1970, 45, citato da E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Giuffrè, Milano 2012, 39.

una nuova soggettività rappresentata dalle generazioni future cui sono attribuite delle aspettative qualificate<sup>SSSSSSSSSS</sup>.

Il dovere di lasciare alle generazioni future un capitale naturale idoneo ad uno standard di vita adeguato, almeno simile al nostro, nello specifico caso della risorsa idrica deve essere coadiuvato anche dalla conservazione del capitale, costituito dalle risorse economiche necessarie per adeguare le infrastrutture alle sempre mutevoli esigenze ambientali<sup>\*\*\*\*\*</sup>.

L'ambiente è il contenuto di un diritto, ma anche il contenuto di un dovere di solidarietà; l'art. 2 Cost. lo sancisce nella parte in cui enuncia i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale<sup>+++++</sup>.

Il dovere di tutelare e di proteggere l'ambiente è connesso alle diverse forme di solidarietà descritte nel citato art. 2 Cost.: in particolare la solidarietà economica e sociale, attraverso il concetto di sviluppo sostenibile, richiede il perseguimento di uno sviluppo economico che non comprometta le risorse ambientali, impedendone lo sfruttamento indiscriminato, mentre la solidarietà politica dovrebbe obbligare l'Italia a sostenere a livello internazionale politiche di promozione della tutela ambientale, da recepire poi nel diritto nazionale<sup>+++++</sup>.

L'art. 2 Cost., relativamente ai doveri inderogabili, permette di aprire ad ipotesi di solidarietà che non potevano essere normativizzate nel 1948, "purché il loro oggetto ed il loro contenuto siano ritenuti idonei a realizzare il fine voluto dal Costituente"<sup>SSSSSSSSSS</sup>.

Sicuramente gli aspetti di tutela e di solidarietà richiesti dal Codice dell'ambiente, che trovano fondamento nell'art. 2 della Costituzione, danno al governo delle acque e conseguentemente al demanio pubblico, di cui la risorsa idrica è la categoria per antonomasia, una nuova luce.

Questa nuova figura della demanialità, vista come proprietà di tutti, in cui la titolarità pubblica si traduce nel perseguimento di una funzione di tutela e di regolazione, che si muove fra i criteri della sostenibilità e della solidarietà, tende a ridursi, secondo quanto affermato dal d.lgs 85/2010 al demanio marittimo e idrico. A riguardo conviene tornare a precisare che il concetto di demanialità è fisso e invariabile, mentre *l'estensione* del demanio varia con il variare dei bisogni che si pongono come collettivi al variare dei tempi e dei luoghi.

Quanto sostenuto fino ad ora in merito alle caratteristiche della risorsa idrica ed al regime giuridico dei beni demaniali contempla necessariamente la presenza di uno Stato che controlli e distribuisca la risorsa.

<sup>SSSSSSSSSS</sup> R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici e responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008.

<sup>\*\*\*\*\*</sup> A. DE CARLI - A. MASSARUTTO - V. PACCAGNAN, *La valutazione economica delle politiche idriche: dall'efficienza alla sostenibilità*, <http://www.researchgate.net/publication/242102762>

<sup>+++++</sup> F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 e doveri di solidarietà ambientale*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, 215 ss.

<sup>+++++</sup> Le tematiche ambientali rientrano, quindi, a pieno titolo in quella teorica dei doveri internazionali, intesi come doveri pubblici globali, A. SPADARO, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli, 2005, *passim*.

<sup>SSSSSSSSSS</sup> T. MARTINES, *Diritti e doveri ambientali*, in *Panorami*, 1994, 1 ss., ora in T. MARTINES, *Opere*, Tomo IV, *Libertà e altri temi*, Giuffrè, Milano, 2000, 185 ss. e spec. 191 ss.

## 6. Conclusioni.

Il codice civile, come si è detto, è insufficiente per identificare la demanialità. La Corte di Cassazione ha ricordato i riferimenti costituzionali che indirizzano la demanialità, identificando precisi ancoraggi costituzionali negli artt. 2, 3 co. 2, 9, 32 e 117 Cost.\*\*\*\*\*.

Quanto prospettato trova conferma in quella parte della dottrina che pone al centro della proprietà pubblica situazioni qualificate come doverosità+++++++.

La strumentalità dei beni demaniali al dettato costituzionale comporta, nei confronti dei beni fondamentali come l'acqua, un dovere di tutela costituzionalmente orientato da parte dello Stato e di tutti i soggetti dell'ordinamento, pubblici e privati. Allo stesso tempo, si può affermare che questa strumentalità al dettato costituzionale, costituisca l'essenza principale di questi beni a prescindere dalla tipologia di proprietà (collettiva o individuale dello Stato) attribuitagli dal nostro sistema positivo+++++++.

Alla luce di quanto sostenuto nel presente lavoro, si può evidenziare come non vi sia la necessità di creare una nuova categoria di beni, che rischia di essere foriera solo di maggiori incertezze.

Nel tentativo di riforma della proprietà pubblica, sarebbe stato più proficuo partire dalla proprietà demaniale come concepita originariamente e rafforzare le nuove esigenze di tutela rimarcando la strumentalità di questa tipologia di beni al dettato costituzionale e magari riportando quanto previsto dalla Commissione Rodotà nell'articolato proposto dalla stessa in tema di tutela, e precisamente all'art. 1, co. 3 lett. c)§§§§§§§§§§.

L'articolato in questione stabiliva che chiunque può azionare la tutela giurisdizionale ed infatti la relazione di accompagnamento al Disegno di legge delega proposto dalla Commissione affermava anche che "La tutela risarcitoria e la tutela restitutoria spettano allo Stato. La tutela inibitoria spetta a chiunque possa fruire delle utilità dei beni comuni in quanto titolare del corrispondente diritto soggettivo alla loro fruizione."\*\*\*\*\*.

Nella prospettiva di un nuovo intervento normativo in merito alla proprietà pubblica sarebbe opportuno inserire specificatamente questo aspetto, al fine di sgombrare ogni dubbio e di rafforzare la tutela negli effetti già prevista dal nostro sistema positivo, pur se con elementi di criticità (si veda la disciplina della *class action* pubblica).

\*\*\*\*\* Si veda E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Giuffrè, Milano 2012, 329, che riporta quanto evidenziato rispetto i beni ambientale da F. FRANCIARIO, *I beni in generale*, in *Diritto civile*, dir. N. LIPARI – P. RESCIGNO, coord. N. ZOPPINI, II, t. II, Milano, 2009, 34.

+++++++ V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I beni pubblici e d'interesse pubblico*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna 1998, 1083. Questa doverosità, come visto è una caratteristica generale della tutela ambientale, come evidenziato da, F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale, cit., passim*.

+++++++ D. MONE, *La categoria dei beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione*, in [Rassegna di diritto pubblico europeo](#), 2014, 77.

§§§§§§§§§§ Commissione Rodotà - per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici (14 giugno 2007) - Proposta di articolato.

Art. 1. (Delega al Governo per la modifica del Capo II del Titolo I del Libro III del Codice Civile), co. 3, lett. c) .... "Alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque. Salvi i casi di legittimazione per la tutela di altri diritti ed interessi, all'esercizio dell'azione di danni arrecati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato."

\*\*\*\*\* Relazione di accompagnamento al Disegno di legge delega proposto dalla Commissione c.d. Rodotà, 9, rinvenibile su <http://www.governo.it/backoffice/allegati/38954-4768.pdf>.

Riguardo la categoria dei beni appartenenti al demanio naturale le scelte relative all'inizio e alla fine della demanialità sono sottratte alla discrezionalità del legislatore. La giurisprudenza su questo punto ha ribadito che, riguardo questa tipologia di beni, non rilevano neanche “eventuali comportamenti “concludenti” posti in essere dalla pubblica amministrazione mediante suoi funzionari, in quanto illeciti, perché ovviamente *contra legem*”+++++++.

La demanialità si forma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione, risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività+++++++.

Lo stesso non si può affermare riguardo alle altre tipologie di beni demaniali previste dal codice, visto che il legislatore ha attribuito il carattere della demanialità ad altre tipologie di beni senza indicare alcun criterio da seguire ai fini di tale attribuzione. Ciò ha comportato anche il riconoscimento del potere di sdemanializzazione, quindi del potere di incidere sul regime la cui specialità rispetto a determinati beni ha ragion d'essere in relazione alla loro strumentalità rispetto al libero sviluppo della personalità umana e alla sua sopravvivenza\*\*\*\*\*. È questo l'aspetto che caratterizza la categoria dei beni demaniali, come previsti dall'attuale Codice civile, che rende tale normativa inadeguata al punto da richiedere l'utilizzo dell'intero strumentario interpretativo a disposizione dell'operatore giuridico.

Il regime dei beni appartenenti al demanio naturale non conosce forme di sdemanializzazione, neanche in tempi recenti, né episodi di alienazione. Il legislatore ha escluso, come visto sopra, il demanio idrico e marittimo dai beni trasferiti al patrimonio disponibile dei Comuni, delle Province, delle Città metropolitane e delle Regioni, anche in occasione del nuovo programma di “federalismo demaniale”+++++++.

Questo aspetto importante, caratterizza la proprietà collettiva come una delle forme più antiche di proprietà+++++++; le caratteristiche intrinseche di questa tipologia di beni non legittimano il legislatore ad operare una possibile sdemanializzazione.

Il potere decisionale dello Stato su tali beni, anche qualora ne fosse riconosciuta la proprietà a titolo individuale, non potrebbe assumere i tratti di un potere illimitato dovendosi mantenere

+++++++ Corte Cass., 14.02.2011, n. 3665; in dottrina si rinvia a S. LIETO, «Beni comuni», *diritti fondamentali e stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Pol. dir.*, 2, 2011, 331.

+++++++ Corte Cass., 14.02.2011, n. 3665.

§§§§§§§§§§ V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici* in *Enc. giur.*, V, Roma, 2004, passim.

\*\*\*\*\* D. MONE, *La categoria dei beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione*, in [Rassegna di diritto pubblico europeo](#), 2014, 90.

+++++++ Si veda, M. ARSI, *I beni pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano 2003, 1726-1727; in giurisprudenza si veda, Corte Cass., Sez. un., 14.02.2011, n. 3665, *cit.*

+++++++ M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali* in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato, Vol. VII, Tomo I.2, I beni pubblici*, Torino 2008, l'A. afferma che “la circostanza per cui il riferimento alla proprietà collettiva, presente nel primo testo approvato dalla III Sottocommissione per la Costituzione il 27 maggio 1946, venne espunto dal medesimo nel testo del progetto definitivo della Commissione presentato all'Assemblea Costituente il 31 gennaio 1947, non autorizza a concludere che tale istituto non abbia cittadinanza nel nostro sistema costituzionale. E ciò non solo per ragioni procedurali – l'eliminazione *de quo* si deve alla sede di coordinamento – ma, ben più profondamente, perché «la esigenza sottesa all'inserimento nella norma del riferimento alla “proprietà collettiva” veniva sostanzialmente esaudita attraverso la formulazione di quello che sarà l'art. 43, insomma con l'esplicita previsione dell'istituto della collettivizzazione che attiene all'impresa e solo indirettamente alla proprietà”.



## WASTE LEGISLATION IN GERMANY AND ITALY. TWO DIFFERENT PATHWAYS

di Francesca Rosignoli \*

TABLE OF CONTENTS: Abstract. - 1. Introduction. – 2. Different pathways. – 3. German approach. – 4. Italian approach. – 5. Conclusions.

### Abstract

Il contributo che segue offre un quadro complessivo dei diversi approcci e strategie attuate rispettivamente in Germania e in Italia nel settore dei rifiuti. Utilizzando un doppio binario di comparazione che combina, da un lato la prospettiva della filosofia del diritto e dall'altra quella più strettamente giuridica, l'analisi qui proposta evidenzia l'esistenza di due modelli distinti che ruotano attorno a una diversa interpretazione del termine 'responsabilità' e una diversa interpretazione e implementazione della normativa comunitaria sui rifiuti.

### 1. Introduction

Current waste policies in Germany and Italy can be briefly described as follows. Over the years, Germany has successfully moved beyond the phase of landfilling of waste without further treatment, by providing different ways of recovery and re-use in a manner that the percentage of pre-treated waste going to landfills is about 0,5%#####. Accordingly, landfilling is not a much-debated topic in Germany. By contrast, nuclear waste issue and its complementary political response *Energiewende* (energy transition)#####, not covered by this analysis, represent a major field of interest among scientists, policymakers and public opinion. Unlike other European countries, still pursuing landfill-based-waste-management-policy, Germany has successfully promoted other kinds of waste management policies based on prevention principle (*Abfallvermeidung*), product responsibility (*Produktverantwortung*) principle, and circular economy (*Kreislaufwirtschaft*). The factors that enable Germany to achieve these results are, above all, coherent legal and administrative provisions, and a high level of technology concerning waste facilities. Those factors led for instance Germany to ban the landfilling of untreated waste already in 2005. Such coherent legal and administrative framework, as well as population's active involvement that will be described in terms of social connection model of responsibility in the following paragraph, have definitely favoured the development of investment in waste sector. Finally, information and

\* Dottore di ricerca in "Diritto pubblico, comparato e internazionale" - Dipartimento di Scienze politiche, Università di Roma "Sapienza".

##### ISPRA- Rapporto Rifiuti Urbani. Edizione 2015.

##### German strategy to replace nuclear and fossil energy with renewable energy economy.



approach. Whereas Germany apparently gives more emphasis on prevention, basing its policies either on the philosophical ‘responsibility principle’ (*das Prinzip Verantwortung*) and precautionary, and prevention principles provided for in Article 191(2) TFEU; Italy has developed an urgency-based model, characterized by collective actions of affected population<sup>\*\*\*\*\*</sup>, and largely grounded on polluter pays principle listed in Article 191(2) TFEU<sup>#####</sup>.

In this regard, an interesting perspective for understanding such different approaches in dealing with waste management can be found in the analysis provided by Iris Young's article on Responsibility and Global Justice<sup>#####</sup>. According to her understanding of the issue, two models based on two different interpretations of the term responsibility can be identified: *social connection model* of responsibility and *liability model*.

By analysing the *social connection model* of responsibility, she lists the following key features which distinguishes it from the liability model: “it does not isolate perpetrators; it judges background conditions of action; it is more forward looking than backward looking; its responsibility is essentially shared; and it can be discharged only through collective action<sup>ssssssssssssssssss</sup>”.

Indeed, at the core of the social connection model of responsibility there is a different conception of responsibility in relation to injustice conceived as deriving from the participation in the diverse institutional processes that produce structural injustice, rather than from the simple fact of living under a common constitution<sup>\*\*\*\*\*</sup>. In such different understanding of the problem, the traditional liability model, which aims at isolating the perpetrators of injustice, does not take into due account the existing connection that agents, to a greater or lesser degree, have to structural injustices.

By contrast, the social connection model is based on the idea that injustices take place because of accepted and expected rules as well as conventions of the communities and institutions in which the agents act. In this perspective, the agents contribute to produce unjust outcomes because they are part of a system of interdependent processes of cooperation and competition in which they act to seek benefits and to realize projects<sup>#####</sup>. According to this model, judging background conditions of action is crucial in realizing that injustice does not (or at least not always) derive from an event that breaks the normality conceived as the set of just/ordinary processes, rather it often stems from such normal and accepted background conditions of action which are not morally acceptable. For this reason, social connection model gives more emphasis to forward looking issues:

---

\*\*\*\*\* Cf. Maggiolini, M., and Pomatto, G. (2014). *Conflitti ambientali e legittimazione della strategia inclusiva*, p.119; among the numerous cases, see for instance waste crisis case in Campania and citizens’ reaction described in Avallone, G. (2014). *Terra di conflitti. Rifiuti, espropriazione e movimenti socio-ecologici in Campania*, p.89; and Malagrotta Landfill case in Rome, as reported in Borrelli, G., and Guzzo, T. (2011). *Tecnologia, rischio e ambiente*, p.83; and Alagia, P., and Iervolino, M. (2011). *Con le mani nella monnezza*. Roma: Reality Book, pp.71-82.

##### Law No. 68 dated 22 May 2015 on Eco-crimes confirms such political guidance based on polluter pays principle.

##### Young, I. M. (2006). *Responsibility and Global Justice: a Social Connection Model*.

ssssssssssssssssss Ibid., p.160.

\*\*\*\*\* Ibid., pp.175-176.

##### Ibid.

the injustices produced through structures have not reached a terminus, but rather are ongoing. The point is not to blame, punish, or seek redress from those who did it, but rather to enjoin those who participate by their actions in the process of collective action to change it#####.

It follows that, not only the agents judged as perpetrators (if any) are responsible, but “all those who contribute by their actions to the structural processes producing injustice share responsibility for these harms#####”. Although partially, each agent has played a role in producing harmful outcomes and since such specific part of responsibility cannot be easily identified, the responsibility must be considered as shared. As a result, the only way to reform the structures which create such unjust outcomes is the organization of collective action.

The structural processes can be altered only if many actors in diverse social positions work together to intervene in them to produce different outcomes.

Responsibility from social connection, then, is ultimately political responsibility\*\*\*\*\*.

Unlike the social connection model, which promotes a political responsibility emphasizing forward looking issues, the *liability model* assigns responsibility by using the traditional legal reasoning to establish guilt or fault for a harm.

Such fault or blame model aims at isolating and punishing the agent judged liable for a harm, even if the agent did not intend or was unable to control the outcome#####, when actions of such particular agent can be shown as causally connected to the circumstances for which responsibility is sought#####.

Under the liability model, obligations of justice derive from living under a common constitution within a single political community, rather than from being part of a system of interdependent processes of cooperation and competition across the globe.

As a consequence, the agent has to be punished for having committed an action that breaks the normality - conceived as the set of just/ordinary processes. It follows that, the liability model is primarily backward looking because of the major importance given to the punishment of a particular agent once found responsible for a *past* (harmful) event which has violated the obligations of justice provided by the Constitution.

In identifying such different models, the analysis provided by Young helps to frame the different pathways taken by Italy and Germany. Indeed, whereas the social connection model better reflects German strategy to deal with waste management based on an *ex-ante* regulation, the liability model seems more in line with the Italian approach which conversely favours an *ex-post* regulation.

The following paragraphs provide a detailed analysis concerning those two approaches with a particular focus on the aforementioned kind of regulations including their impact.

---

##### Ibid., p.178.

##### Ibid., p.179.

\*\*\*\*\* Ibid.

##### Ibid., p.116.

##### Ibid., p.172.

### 3. German Approach

As discussed above, the German approach to waste management, can be seen through the lens of the social connection model of responsibility.

The cultural background of such social connection model of responsibility, indeed, is rooted in the idea of the scientific uncertainty related to environmental issues. The unforeseen impacts of techno-scientific advancement on social relations, human health and the environment entail the need of a governance able to address structural injustices and inequalities. In Germany, such lack of sufficient scientific and societal knowledge on environmental issues has generated the need of involving all the actors having both personal and shared responsibility in the decision-making process. The German answer to environmental challenges characterized by such scientific uncertainty has been, therefore, a major emphasis on the precautionary and prevention principles.

Unlike other positions arguing that the precautionary principle will stifle innovation or compromise scientific research, the German approach largely supports the *Vorsorgeprinzip* (precautionary principle) which is conceived as an action principle: “a guide for policy-makers and a means for persuading society to take the future into account”.

The role of scientists is particular crucial in the earlier stages of policy-making, since “science appears to function more as a provider of threat perceptions, and hence as legitimation for”.

Accordingly, looking at the German experience is important not only because it was the originator of the idea of *Vorsorge*, but also because of its strong influence on the EU environmental legislation.

As pointed out by Moltke, the precautionary principle came into use in the European directives as the translation of the German *Vorsorgeprinzip*, one of the foremost core principles of the German socio-legal tradition of democratic socialism in the 1930's, based on the concept of good household management. However, as Boehmer Christiansen argues, the English translation of the term *Vorsorge* as ‘foresight planning’ fails to meet its more complex meaning “that combines caution with caring for the future, as well as providing for it”. Such sustainability dimension of the precautionary principle was indeed neglected by EU leaders who rather preferred to promote technological advancement and innovation. Although included in the Maastricht Treaty, as it is in the Rio Declaration of Principles, its actual political influence remains actually very marginal.

Pellizzoni, L., and Ylönen, M. (2008). Responsibility in Uncertain Times: An Institutional Perspective on Precaution, p.51.

O’Riordan, T., Cameron, J., and Jordan, A. (Eds.). (2001). *Reinterpreting the Precautionary Principle*. London: Cameron May, p.53.

Ibid., p.38.

Ibid., p.53.

Von Moltke, K. (1987). The Vorsorgeprinzip in West German Environmental Policy. In Twelfth Report of the Royal Commission on Environmental Pollution (p. 57). H.M. Stationary Office.

O’Riordan, T., Cameron, J., and Jordan, A. (Eds.). (2001). *Reinterpreting the Precautionary Principle*, p.16.

Ibid., p.38.

Ibid., p.23.





occurred, for instance by providing firms with an incentive to meet a desired (environmental) standard of “care” (thresholds), it is usually correlated to an *ex-ante* regulation.

As argued by Shavell, having regard to environmental policies, two different instruments of environmental cost internalisation can be identified: *ex-ante* regulation and *ex-post* legal intervention.

As for the *ex-ante* regulation that will be discussed below to describe the German approach, the key features are the following: (1) provision of economic incentives for costs of monitoring care to prevent accidents by a regulator (agency) that enforces a verifiable standard of precautionary effort for the firm; (2) imposition of sanctions when failures in meeting predefined standards of care occur. Examples of this kind of regulation are measures such as setting of standards, imposition of Pigouvian taxes, sale of permits.

Among them, of particular importance is the setting of standards by an agency that requires the firms to hold preventive conducts when their risky activities could cause accidents and harms. Such standards are set out by making use of statistics indicating the danger of certain conducts in terms of an increased probability of accidents. Statistics, however, cannot completely remove existing information asymmetries between agencies and firms. Due to their different know-how, a proper assessment of the level of risks of certain industrial activities (by agencies) can become very problematic. Unlike agencies, indeed, firms better know their conducts and activities, the costs of preventive measures, and the value of the potential damage. A further weakness of an *ex-ante* regulation is that agencies can be subjected to significant political influence and pressure, as it is the so-called *captured regulator* phenomenon. This latter is particularly relevant considering difficulty in observing/controlling agencies’ conducts when monitoring firms’ compliance with predefined standards of care. Finally, by giving more relevance to compliance with such standards of care rather than monitoring accidents, deterrence effect under a pure *ex-ante*

Montague, P. (1998). The Precautionary Principle. *Rachel's Environment and Health News*, 586(19); cf. Turner, R. L., and Wu, D. P. (2002). Environmental justice and environmental racism: an annotated bibliography and general overview, focusing on u.s. literature, 1996–2002, p.11.

Shavell, S. (1984). A model of the optimal use of liability and safety regulation. *RAND Journal of Economics*, 15(2), 271–280. Retrieved from <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=5159907&site=ehost-live&scope=site>.

Innes, R. (2004). Enforcement costs, optimal sanctions, and the choice between *ex-post* liability and *ex-ante* regulation. *International Review of Law and Economics*, 24(1), p. 30; cf. Hiriart, Y., Martimort, D., and Pouyet, J. (2004). On the optimal use of *ex ante* regulation and *ex post* liability. *Economics Letters*, 84(2), p. 231.

Porrini, D. (2001). Regolazione *ex ante*, regolazione *ex post* e autoregolazione: il caso ambientale. *Liuc Papers*, 93(3), p.1; concrete examples of initiatives ascribable to the *ex-ante* regulation in Europe are to be found in the establishment of EEA (European Environmental Agency). Its tasks are, indeed, to provide relevant and comparable information to the Member States or to the Community aimed at developing measures to protect the environment; to evaluate the results of these measures; to provide information on the environment. However, it has little influence on Community environmental measures.

Porrini, D. (2001). Regolazione *ex ante*, regolazione *ex post* e autoregolazione: il caso ambientale. *Liuc Papers*, 93(3), p.5.

Ibid., p.7.

Ibid., p.4.

Ibid., p.6.

regulation is definitely lower than under an *ex-post* regulation, since no liability is imposed for harm actually done

Accordingly, since the government neither monitors accidents, nor observes whether or not remediation has taken place, it can offer firms no incentive to remediate

Notwithstanding such weaknesses, in support of an *ex-ante* regulation numerous advantages can be listed as follows: (1) low government monitoring effort; (2) relatively low-cost since "it can be less costly to monitor care than to monitor the occurrence of accidents, whether because accidents are hard to detect or because it is hard to assign responsibility for harm"; (3) efficient exploitation of enforcement resources "by *always* sanctioning negligent conduct (when a firm is monitored) rather than only sanctioning such conduct when an accident occurs"; (4) small government investments in monitoring allow to achieve requisite care

An optimal use of the *ex-ante* regulation occurs when (1) the probability of free detection is smaller, (2) accident harm is higher, and (3) accident risk is lower

Having briefly described shortfalls as well as advantages of the *ex-ante* regulation, one can conclude that German approach to waste management is more likely to be framed through this kind of regulation, since its key features can be found in many aspects of German waste legislation. Particularly, monitoring care to protect environment as well as public health by setting environmental quality standards is one of the major strengths of the German strategy to deal with waste management. The core idea of preventing the generation of waste at source is also in line with the prevention-based-model of the *ex-ante* regulation.

However, as said above regarding the major emphasis on prevention and precautionary principles, labelling the German strategy to waste management as a pure *ex-ante* regulation it would be a mistake. Existing legislation based on polluter pays principle against environmental crimes, in fact, contributes to balance and to adjust its lower deterrent effect, by providing penalties concerned with the unauthorised handling of waste

Furthermore, waste sector is also not regulated by an independent authority such as a regulator *sensu stricto*. In Germany, indeed, the monitoring and surveillance of waste disposal is a matter of the federal states (*Bundesländer*). Each state (*Bundesland*) has its own national law (*Landesgesetz*) on waste. This *Landesgesetz* supplements the *KrWG*. This means that the *Landesgesetz* cannot depart, but can only regulate all subject matters that can be left open in *KrWG*.

This includes the fee collection. The *Landesgesetz* establishes how waste management companies have to determine fees and charges. It follows that, the respective companies fix the fees. If the

Innes, R. (2004). Enforcement costs, optimal sanctions, and the choice between ex-post liability and ex-ante regulation. *International Review of Law and Economics*, 24(1), pp.35; 40.

Ibid., p.45.

Ibid., pp.31; 39.

Ibid., p.31.

Ibid.; see also p.39: "the incentive advantage of ex-ante regulation derives from penalizing negligent behaviour even when an accident does not occur".

Ibid., p.31.

Ibid., p.43.

See section 326 of the chapter 29 of the German Criminal Code and the analysis provided in chapter 3 of this dissertation.

2012 Waste Management Act (Kreislaufwirtschaftsgesetz – KrWG).

company fails to comply with the legislation, the public authority (*die Behörde*) may request a possible amendment thereof. However, fees and charges shall not be approved in advance.

Under German law, the regulation of the market (*Marktüberwachung*) is considered as unnecessary, because § 17 KrWG lays down sufficiently clear provisions concerning which tasks are to be carried out by public municipal enterprises (*öffentliche kommunale Unternehmen*) and which tasks are to be carried out by private waste management companies (*private Abfallentsorgungsunternehmen*).

Accordingly, the aim of this analysis is not to classify German approach as an example of pure *ex-ante* regulation, rather to show its main features in the light of the two major kinds of regulation. Having examined that the majority of its features are more likely to be framed by an *ex-ante* regulation, it is possible to conclude that, from a legal perspective, German approach seems ascribable to an *ex-ante* regulation, although traces of *ex-post* liability-based provisions can be found in chapter 29 of German penal Code concerned with the unauthorised handling of waste and despite the absence of a regulator *sensu stricto*.

In turn, having in mind the philosophy of law perspective, the German legal approach to waste management, mainly (but not exclusively) based on preventive and precautionary principles and ascribable to the *ex-ante* regulation, can be associated with entitlements approach.

The main idea of a precautionary principle-based-strategy that policymakers should give priority to prevent adverse impacts by providing firms with economic incentives to meet environmental standard of ‘care’ (thresholds), rather than monitoring accidents, is usually correlated to entitlements approach, such as Nussbaum's version of Capabilities Approach. The main reason for associating Nussbaum's theory of justice with a precautionary principle-based-strategy and therefore to an *ex-ante* regulation, is to be found in the crucial role played by the concept of deliberation in Nussbaum's theory. Indeed, according to Nussbaum, a deliberative process involving the public as well as legislative and judicial actors, aims at removing tragic trade-offs\*\*\*\*\* and establishing appropriate threshold levels of the central human functional capabilities.

Elements like the setting of threshold levels (environmental standards), shared responsibility achieved by a deliberation process which involve the major stakeholders, are a substantial part of the German strategy aimed at anticipating conflicts by taking preventive measures (on the base of *Vorsorgeprinzip*) and involving all the actors having both personal and shared responsibility in the decision-making process.

However, despite numerous similarities, the ambitious goal of Nussbaum's theory, i.e. establishing minimum standards to achieve just outcomes (entitlements), would require changes both in procedures and in distribution of benefits and hazards: a goal only partially achieved by Germany. While many efforts for changing procedures within German legislation can be observed, very little has been done to ensure concrete changes in the distribution of environmental benefits and hazards.

---

\*\*\*\*\* See Nussbaum, M. C. (2000). The Costs of Tragedy: Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis, p. 1027; see also Nussbaum, M. C. (2011). Capabilities, Entitlements, Rights: Supplementation and Critique, p.27; cf. Holland, B. (2008). Ecology and the Limits of Justice: Establishing Capability Ceilings in Nussbaum's Capabilities Approach, p.416.

This shortfall of German legislation is more likely to reflect the major limitation of procedural justice approach: the ‘mistaken’ assumption that fair procedures will automatically ensure the equal distribution of environmental burdens and benefits.

#### 4. Italian Approach

Unlike Germany, Italian approach to waste management can be better framed through the liability model: a particular kind of legal reasoning based on fault or blame. In this view, its primary aims are to isolate the one or ones liable (polluters) from the others; to restore normality (background situation conceived as morally acceptable, if not ideal) or evaluate harm that deviates from the baseline circumstance; to assign responsibility for a past action or after an accident occurs (backward-looking sanctions)#####.

All these elements can be actually found in the Italian approach to waste management, generally described by media, politicians, academics and environmentalists by the expression ‘waste disposal crisis’ (*emergenza rifiuti*)#####. The so-called *stato di emergenza ambientale* (State of Environmental Emergency) declared several times and in different regions of Italy#####, indeed, makes the Italian approach ascribable to a conflict-based strategy which rarely takes into due account either scientists and public’s voices during the earlier stages of policy-making\*\*\*\*\*.

Rather than preventing conflicts by involving the major stakeholders in the decision-making process, as Germans do, the Italian approach is characterized by the centrality of the conflict due to a top-down exercise of power, which disempowers local communities in decision-making procedure#####. The lack of procedures ensuring a meaningful involvement as well as participation of concerned communities and scientists (or mechanisms aimed at disempowering participation procedures) has generated the strong activism of grassroots movements which often consider conflicts as the only way of resistance and participation#####.

##### Young, I. M. (2006). Responsibility and Global Justice: a Social Connection Model, pp.176-178.

##### See among others Fortini, D., and Corona, G. (2009). Ormai sono venti anni che il Paese è in emergenza rifiuti. *Meridiana*, (64), 41–69. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/23204236>

##### See among the others, regions such as Campania, Lazio, Puglia, Calabria, and Sicilia.

\*\*\*\*\* Cf. Caspretti, S. (2013). La strategia del consenso nel caso della discarica di Peccioli. *Partecipazione e Conflitto*, 6(1), pp.115-116; the only examples of provisions governing public’s involvement in decision-making process are laws on participation of the Tuscany region (by Regional Law 69/2007 as repealed by Regional Law 46/2013) and of the Emilia Romagna region (by Regional Law 3/2010); the only case described as an exception to the marginal role of scientists and citizens in decision-making concerns the case of Gronda railway in Genova analysed in Maggiolini, M., and Pomatto, G. (2014). Conflitti ambientali e legittimazione della strategia inclusiva, pp.125-128.

##### See Maggiolini, M., and Pomatto, G. (2014). Conflitti ambientali e legittimazione della strategia inclusiva, pp.119-120; Di Nucci, M. R. (2015). Breaking the Stalemate. The Challenge of Nuclear Waste Governance in Italy, p.316.

##### The limited range of existing formal procedures of democratic participation have been frequently disempowered by top-down exercise of power. In this regard, see for instance the special authority, i.e. the Committee for the Waste Emergency (Commissariato di governo per l'emergenza rifiuti), created in Campania region to solve the waste crisis. The regional waste emergency declared by the government in 1994 endured indeed until 2009 (about 20 years). In this regard see Armiero, M., and D’Alisa, G. (2012). Rights of Resistance: The Garbage Struggles for Environmental Justice in Campania, Italy, p.59; and Avallone, G. (2014). Terra di conflitti. Rifiuti, espropriazione e movimenti socio-ecologici in Campania, pp. 78; 86.

The cultural background of such centrality of conflict can be seen in the light of the *Italian theory* proposed by Esposito. Having examined the influence of Machiavellian republicanism on the emphasis on struggle within the Italian cultural tradition, Esposito indicates the ‘immanentization of antagonism’, i.e. the immanent relation between struggle and order, among the three paradigmatic theoretical axes of the specificity of Italian thought.

Actually, a major strength of participative democracy related to environmental issues is exactly the role of the communities involved.

The creation of numerous homeowners' associations, then became local groups of NGOs like Legambiente, citizens' networks and other environmental associations, confirms a particular kind of participation that, in the absence of any meaningful involvement of the citizens in the policymaking, occurs in conflicts. Conceived as the inevitable clash of interests within and among diverse competing political forces, such conflicts, enacted by grassroots movements in order to safeguard democracy, reflect a practical development of the EJ by a bottom-up process.

Indeed, although excluded from decision-making process and political arena, the affected population plays an important role by the means of collective actions (e.g. self-help initiatives).

In this regard, of particular importance is also the marginal role of scientists in policy-making.

The Italian answer to the aforementioned question of scientific uncertainty on environmental issues has been to promote technological advancement and economic growth by rarely balancing it with precautionary principle.

Characterized by a major emphasis on the polluter pays principle, at the core of the Italian ‘liability model strategy’ there is the assignment of liability to the perpetrators (when their conducts are found causally linked to harm) in order to seek redistribution or compensation for accidents or damages. As a result, the primary aim is not about preventing harm/accident, but about assigning liability for it.

Despite the lack of (successful) implementation of precautionary and prevention principles, as it is in Germany, looking at the Italian experience is likewise important because of its significant influence on the EU environmental legislation for improving environmental standards.

Seveso disaster, for instance, gave impulse to numerous scientific studies and standardized industrial safety regulations in order to provide a new system of common industrial regulation: European Community's Seveso Directive(s). In doing so, a new EC-wide regulatory framework for ensuring the safety of hazardous installations replaced the fragmented national legislations for managing industrial safety.

Based on preventive action, public participation, public information, and precautionary principles, the so-called 'Seveso Directives' had the merit to provide a legal framework for governing major accident hazards in Europe. The impact of Seveso disaster on European

---

Esposito, R. (2012). *Living thought: The origins and actuality of Italian philosophy*. Stanford, California: Stanford University Press.

For a critical examination of the marginal role of scientists in policy-making see among the others Armiero, M. (2011). *A Rugged Nation: Mountains and the Making of Modern Italy*, p.174; Caspretti, S. (2013). La strategia del consenso nel caso della discarica di Peccioli. *Partecipazione E Conflitto*, 6(1), pp.115-116. For a critical analysis concerning the relationship between expertise and politics see Pellizzoni, L. (2011). The politics of facts: Local environmental conflicts and expertise. *Environmental Politics*, 20(6), 765–785.

See chapter 1 of this dissertation.

legislation confirms that care standards can be also improved by enacting an ex-post legal intervention. Precaution, including higher standards of care, can be (paradoxically) achieved thanks to the greater deterrence effect of the ex-post regulation.

As for the national legislation, Italy has recently reaffirmed its favour for a polluter pays principle as well as an ex-post legal intervention strategy by the Law 22 May 2015, No. 68 introducing first provisions dealing with crimes against environment in Italian Criminal Code.

Environmental restoration/rehabilitation, land reclamation and remedy to environmental damages to be carried out by polluters are instruments designed, on the one hand, for redressing and compensating for the damage caused to the environment, and, on the other hand, for discouraging environmentally damaging behaviours. The optimal implementation of such ex-post liability regime (provided by Law No. 68) should stimulate a sort of *over-care*: due to uncertain (or unknown) legal standards used by the judge for assigning environmental liability, agents are encouraged to adopt a level of prevention even higher than that they would have chosen according to least-cost criteria.

It follows that, the *over-deterrence* of diligence standard established by an *ex-post* regulation can stimulate agents' *over-care*, achieving care standards even higher than those achieved under an *ex-ante* regulation#####.

The resulting approach embodies, therefore, a different understanding of the term 'responsibility' definitely closer to its Latin origin from the verb 'responderere' (to answer), mainly used at juridical level "to justifying one's own conduct in front of a judge#####".

Rather than a shared, political responsibility aimed at reforming structural processes producing injustice through collective action, this more traditional interpretation of the term refers to the possibility of tracing an action back to an agent as its causal factor\* and it is used as a legal instrument of deterrence from potentially agents' harmful conducts.

In other words, responsibility can be imputed before (Germany) or after (Italy) a certain situation (accident) has actually materialised. Such different interpretation of the term has given rise to different thinking and policies.

Therefore, in the same way as it has been done for examining the German approach, the Italian strategy to waste management will be analysed by taking into account both legal and philosophy of law perspectives.

From a legal perspective, the main idea of polluter pays principle that policymakers should impose sanctions that force polluters to pay for the costs of adverse impacts they have caused (rather than preventing them from being produced in the first place<sup>†</sup>), it is usually correlated to an *ex-post* regulation. This different instrument of environmental costs internalisation portrays an environmental policy based on the following key features: damages resulting from an accident

##### Porrini, D. (2001). Regolazione ex ante, regolazione ex post e autoregolazione: il caso ambientale, p.10.

##### Pellizzoni, L. (2004). Responsibility and Environmental Governance. *Environmental Politics*, 13(3), pp.546-547.

\* Ibid., p.546.

† Faber, D. (1998). *The struggle for ecological democracy: environmental justice movements in the United States*. (D. Faber, Ed.) *Democracy and ecology*, p.14.

are to be internalized by engaging a lawsuit in which a *judge* tries to discover the true harm level‡; responsibility for environmental damage is to be assigned by the *judge*.

Problems arising from this kind of regulation are largely related to existing information asymmetries as the judge is not always able to correctly determine if firms have (not) complied with some norms or have (not) met predefined standards of care§. Sufficient evidence, numerous variables, and responsibility are not easily verifiable ex-post by a third party. Indeed, imputing the responsibility after a certain situation, such as an accident, has occurred can be particularly hard for the judge because of the so-called *hindsight bias effect*: discrepancy between diligence standard established ex-post and the one established ex-ante\*\*.

In the European legal context, such discrepancy has been adjusted by providing for a strict liability based on the polluter pays principle according to which compliance with diligence standards established ex-ante cannot entirely exonerate the polluter from its responsibility††.

However, the lack of a public fund for decontamination operations has made this adjustment ineffective.

Further shortfalls of the *ex-post* regulation stem from: (1) little motivation of victims for environmental harms to take legal actions as individuals against industries which are liable to damage‡‡; (2) difficulty in isolating the perpetrator/polluter; (3) difficulty in proving the causal link; (4) trial delays and high legal costs (e.g. for advocates and experts)§§; (5) possible insolvency of the polluter (this could be adjusted by enacting corrective measures such as compulsory insurance, lender's liability, financial responsibility\*\*\*).

Notwithstanding the above mentioned limitations, essential incentive advantages of ex-post regulation over ex-ante regulation are: (1) it can be more economically attractive to sanction conducts only when an accident occurs and if/when the lawsuit is undertaken (rather than by always sanctioning negligent conduct); (2) it can achieve a given level of deterrence with a lower enforcement cost†††.

By looking at the shortfalls as well as the advantages of *ex-post* regulation, it is possible to conclude that Italian approach to waste management is more likely to be framed through this kind of regulation. Despite the significant heterogeneity in terms of environmental performances at the level of regions‡‡‡, landfilling is still the most common system of waste management in Italy. According to such landfill-based-waste-management-policy, wastes are still largely considered as disaggregates that are to be distributed. In other words, wastes are commonly treated as externalities that are to be internalized. From this perspective, environmental issues

‡ Hiriart, Y., Martimort, D., and Pouyet, J. (2004). On the optimal use of ex ante regulation and ex post liability, p. 231.

§ Porrini, D. (2001). *Regolazione ex ante, regolazione ex post e autoregolazione: il caso ambientale*, p.7.

\*\* Ibid., p.6.

†† See White Paper on environmental liability COM (2000) 66 final 9 February 2000, p.19; cf. Porrini, D. (2001). *Regolazione ex ante, regolazione ex post e autoregolazione: il caso ambientale*, p.14.

‡‡ Porrini, D. (2001). *Regolazione ex ante, regolazione ex post e autoregolazione: il caso ambientale*, p.3.

§§ Ibid.

\*\*\* Ibid.

††† Innes, R. (2004). Enforcement costs, optimal sanctions, and the choice between ex-post liability and ex-ante regulation, p.40.

‡‡‡ See Mazzanti, M., and Montini, A. (2014). Waste Management beyond the North-South Divide: Spatial Analyses of Geographical, Economic and Institutional Dimensions. In *Handbook on Waste Management*. (pp. 1–22). Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.

have to be addressed by applying taxes and subsidies that force polluters to pay for the negative impacts of their activities on the environment.

Yet, this short-sighted approach which ignores the importance of waste as potential resources has caused a growing number of waste crisis cases resulting in national and European legal actions.

In this regard, the situation of non-compliance of the regional waste management system in Campania (Italy) with the EU legislation has become the symbol of the failure of this approach, being object of the action introduced by the Commission against Italy before the Court (Case C-297/08). Thus, according to the Court<sup>§§§</sup>, Italian Republic has failed to adopt, for the region of Campania, all the necessary measures to ensure that waste is recovered or disposed of without endangering human health and the environment; and to prohibit the abandonment, dumping or uncontrolled disposal of waste.

The major limitation of such an approach, ascribable to the liability model, is that the harm or circumstance for which we seek to hold agents responsible is not an isolable action or event that has reached a terminus, rather is ongoing<sup>\*\*\*\*</sup>. It follows that, even when found and punished the polluter, irreversible damages caused to human health or the environment may not be remedied.

In turn, from a philosophy of law perspective, this strategy can be easily associated with Rawls' theory of justice – which gives more relevance to the distribution of social primary goods without including a fair allocation of environmental goods and burdens.

Whereas green politics aims at reducing aggregates (for instance by avoiding the waste production at source), a Rawlsian approach is primarily concerned with the distribution of disaggregates.

As argued by Holland,

as such, environmental problems are commonly treated merely as cases in which externalities need to be internalized. For example, in his original formulation of A Theory of Justice, John Rawls refers to the environment as a special kind of economic good; one that is public in nature, and therefore subject to the dangers of underproduction and unsustainability. From this economic perspective, to address environmental problems we merely need to apply taxes and subsidies that force polluters to pay for the (true) social cost of their negative impacts on the environment. †††

As a result, the greater relevance given to the development conceived as economic growth to the purpose of ensuring a certain amount of social primary goods seems to be in line with an approach which largely favours a landfill-based-waste-management-policy as well as the technological advancement even if at the expense of precaution.

---

<sup>§§§</sup>See Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 4 March 2010 in Case C-297/08: “the Commission of the European Communities claims that the Court should declare that, by failing to adopt, for the region of Campania, all the measures necessary to ensure that waste is recovered or disposed of without endangering human health and without harming the environment and, in particular, by failing to establish an integrated and adequate network of disposal installations, the Italian Republic has failed to fulfil its obligations under Articles 4 and 5 of Directive 2006/12/EC of the European Parliament and of the Council of 5 April 2006 on waste (OJ 2006 L 114, p. 9)”.

<sup>\*\*\*\*</sup> Young, I. M. (2006). Responsibility and Global Justice: a Social Connection Model, p.122.

<sup>†††</sup> Holland, B. (2008). Ecology and the Limits of Justice: Establishing Capability Ceilings in Nussbaum's Capabilities Approach, p.404.

Despite that predominant approach, structural inefficiencies, too complex bureaucracy, too many long-winded regulations and misaligned national policies, including local maladministration and infiltration by organised crime into the entire waste cycle and into the public administration, have led to envisage a different model encompassing criminal law in addition to administrative law.

In this perspective, the scope of this model goes beyond a sole focus on environmental protection from the perspective of administrative law. Rather, it aims at including the perspective of criminal law, by introducing a specific Title in Criminal Code on *Crimes against the Environment*.

In doing so, primary aim of this renovated approach is the fight against the delay in implementing proper waste-management policies and legislation, as well as the low public awareness regarding the threat posed by eco-crimes.

For this reason, Law No. 68 on Eco-crimes represents a radical change in the traditional conception of the environmental law as a mere branch of administrative law. In the long-term, this change might hopefully replace an approach that conceives waste as problems as well as disaggregates to be distributed, with an approach which considers waste as potential resources, by (1) ushering a new phase of waste reduction at source<sup>###</sup>; and (2) scaling up best practices and good environmental performances already in place in some Italian towns<sup>§§§§</sup>.

## 5. Conclusions

The analysis provided above shows that German approach to waste management has particularly emphasized the *Vorsorgeprinzip* (precautionary principle) and prevention principle, by enacting a coherent legal and administrative framework, as well as scientists' and population's active involvement described in terms of social connection model of responsibility. Ascribable to an *ex-ante* regulation, despite traces of *ex-post* liability-based provisions in chapter 29 of German penal Code and the absence of a regulator *sensu stricto*, German approach radically diverges from the Italian urgency-based model largely grounded on polluter pays principle and collective actions of affected population. More in line with the liability model, Italian approach seems more likely to be framed by an *ex-post* regulation although preventive strategies concerning the waste reduction at source have been implemented by the National Waste Prevention Program (*Programma Nazionale di Prevenzione dei Rifiuti*) adopted by Directorial Decree 7 October 2013.

Finally, the two-track analysis combining legal and philosophy of law perspectives also suggests the association of Nussbaum's version of capabilities approach with the German precautionary principle-based-strategy and Rawls' theory of justice with the Italian landfill-based-waste-management-policy favouring the technological advancement even if at the expense of precaution.

Indeed, the present paper outlines that key elements of German environmental policies aimed at anticipating conflicts (such as, the setting of environmental standards and the major

<sup>###</sup> Strategies concerning the waste reduction at source have been implemented by the National Waste Prevention Program (*Programma Nazionale di Prevenzione dei Rifiuti*) adopted by Directorial Decree 7 October 2013, described in chapter 3.

<sup>§§§§</sup> For a comprehensive examination of the best practices in place in Italy see Boschini, M., and Orzes, E. (2014). *I rifiuti? Non esistono! Due o tre cose da sapere sulla loro gestione*. Bologna: EMI.

stakeholders' involvement in the decision-making process) can be partly associated with the concepts of deliberation and threshold level in Nussbaum's theory.

In turn, the Italian landfill-based-waste-management-policy considering wastes as disaggregates/ externalities to be distributed/internalized is compatible with the Rawlsian approach, primarily concerned with the distribution of disaggregates. Applying taxes and subsidies that force polluters to pay for the negative impacts of their activities on the environment reflects Rawls' major limitation in dealing with environmental issues: a sole focus on the distribution of social primary goods without taking into account a fair allocation of environmental goods and burdens.

## Contra factum non valet argumentum: riflessi sostanziali e procedurali dell'argomento pragmatico nella sentenza n. 200 del 2016 della Corte costituzionale

di Andrea Longo\*

SOMMARIO: 1. Il caso Eternit-bis – 2. Diritti viventi a confronto – 3. Elaborazione del parametro costituzionale e gerarchia degli argomenti interpretativi – 4. Meta-interpretazione e super-nomofilachia – 5. Gerarchia e competenza nell'interpretazione – 6. La cascata delle interpretazioni

### 1. Il caso Eternit-bis

La decisione della Corte costituzionale n. 200 del 2016 possiede certamente numerosi profili di interesse: dal punto di vista umano investe un caso molto doloroso e ugualmente noto alle cronache, la cosiddetta vicenda Eternit, dal punto di vista processual-penalistico interviene su un argomento di capitale importanza, ossia il concreto ambito applicativo e, prioritariamente, semantico dell'istituto del *ne bis in idem*; dal punto di vista costituzionalistico sviluppa un andamento argomentativo particolarmente interessante, soprattutto per chi si occupa di temi relativi all'interpretazione costituzionale.

La vicenda è presto descritta.

La sentenza in esame trae origine da una questione sollevata dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Torino in relazione all'art. 649 del codice di procedura penale, nella parte in cui tale disposizione, o forse sarebbe più corretto dire, visto che tutto ruota intorno ad un problema interpretativo, tale “norma”<sup>\*\*\*\*</sup>, limita l'applicazione del *ne bis in idem* al medesimo fatto giuridico, inteso quindi nei suoi elementi costitutivi, e non al medesimo fatto storico<sup>††††</sup>.

\*Professore associato di Diritto parlamentare – Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Roma “La Sapienza”.  
\*\*\*\* Come è noto la distinzione tra disposizione e norma risale a V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 195 ss.; sul tema cfr. anche F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 292; T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. processuale*, XII, 1957, 352; N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, 75 ss.; G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Milano, 1974, 5 ss.; G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, 167 ss.; F. MODUGNO, *Norma (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 374 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 9 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 69; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, 22 ss.; R. GUASTINI, *Disposizione vs. norma*, in *Studi in memoria di G. Tarello*, Milano, 1990, 235 ss. Un'interessante critica a tale tassonomia è stata recentemente svolta da M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, 391 ss.

†††† Sul divieto di *ne bis in idem* nell'ordinamento italiano cfr. A. GAITO-G. RANALDI, *Esecuzione penale*, Padova, 2000, P. DELL'ANNO, “*Archiviazione cautelare*” e conseguenti problemi operativi, in *La nuova disciplina delle impugnazioni*, A. GAITO (a cura di), Torino, 2006, 29 ss., F. CORDERO, *Procedura penale*, 2006, 1217 ss., S. ASTARITA, *Ne bis in idem*, in *Dig. Disc. Pen. Agg.* IV, Torino, 2008, 739 ss., G. DELLA MONICA, *Giudicato*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Agg., Torino, 2008, 406 ss., F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009, D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, 230 ss., R. NORMANDO., *Il giudicato penale. Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in *Trattato di diritto processuale penale*, 2009, 34 ss., G. BISCARSI, *Ne bis in idem tra Costituzione e fonti europee*, in *Processo penale e Costituzione*, F. DINACCI (a cura di), 2010, 541 ss., S. RUGGERI, *Giudicato penale*, in *Enc. Dir.*, Annali III., 2010, Milano, 433-468, T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. Dir.*, Annali, Milano, 2010, 857 ss., F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, 2011, 67 ss., S. GIAMBRUNO, *Lineamenti di diritto dell'esecuzione penale*, 2011, 11 ss., E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis, Voena, XII, Milano, 2012, 435 ss., P.P. RIVELLO, *La nozione di 'fatto' ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative*

Trattandosi dell'istituto del *ne bis in idem* è evidente che il processo *a quo* ha ad oggetto un rinvio a giudizio nei confronti di un soggetto indagato di un reato (nella specie omicidio doloso) ma già giudicato in un precedente procedimento, avente invece ad oggetto i reati di cui agli artt. 434, secondo comma, e 437, secondo comma, c.p., concluso con il proscioglimento per prescrizione. Nello specifico, in questo precedente processo penale venivano contestati il disastro innominato aggravato e l'omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, anch'essa nella forma aggravata, reati che sarebbero stati commessi dall'imputato nella sua qualità di dirigente degli stessi stabilimenti Eternit, e che, mediante la diffusione di polveri di amianto, avrebbero comportato la morte o la malattia di circa 2000 persone<sup>####</sup>.

Nei confronti dell'imputato, Stephan Schmidheiny (amministratore delegato del gruppo svizzero Eternit), viene infatti aperto un "nuovo" processo, c.d. Eternit-bis, per l'ipotesi di reato di omicidio volontario di 258 persone, decedute tra il 1989 e il 2014<sup>§§§§§</sup>, 186 delle quali già indicate nei capi di imputazione del precedente processo.

Prevedibilmente i difensori dell'imputato pongono allora la questione, che viene accolta dal giudice dell'udienza preliminare nella forma dell'incidente di legittimità costituzionale, del *ne bis in idem*, essendo l'imputato già stato giudicato in ordine ai medesimi "fatti" nell'ambito del precedente giudizio<sup>\*\*\*\*\*</sup>.

Nonostante il giudice *a quo* sia nella sostanza d'accordo con le eccezioni avanzate dalla difesa, e quindi sulla evidente identità dei fatti storici a base dei due processi, esclude categoricamente di poter dichiarare di non doversi procedere ai sensi dell'art. 649 c.p.p., e ciò sulla base di un

ricollegabili al principio del *ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 3, 1410 ss., G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 2015, 797 ss., C. MARINELLI, *Sub art. 649*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2015, 2840 ss., R. NORMANDO, *Il giudicato: forza esecutiva ed effetti: profili processuali*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Spangher, Marandola, Garuti (a cura di), IV, 2015, 521 ss., D. GALASSO, *Il ne bis in idem sussiste nel caso di assoluta identità del fatto storico*, in *Dir. giust.*, 2015, 27 ss.

#### Sul caso Eternit v. N. GALATINI, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. It. dir. Proc. pen.*, 2015, III, 1205 ss., I. GITTARDI, *Eternit "bis in idem"? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2015, E. SCAROINA, *Ancora sul caso Eternit: la "giustizia" e il sacrificio dei diritti*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 3.

§§§§§ Nello specifico, nel procedimento penale incardinato avanti al giudice dell'udienza preliminare di Torino all'imputato viene contestato di avere, nella qualità di effettivo responsabile della gestione della società (Eternit Spa) esercente gli stabilimenti di lavorazione dell'amianto siti in Cavagnolo, Casale Monferrato, Napoli-Bagnoli, Rubiera, e di effettivo responsabile della gestione delle società (Industria Eternit Casale Monferrato Spa, Industria Eternit Napoli Spa, Icar Spa, Industria Eternit Reggio Emilia Spa) esercenti gli stabilimenti di lavorazione dell'amianto siti in Cavagnolo, Casale Monferrato, Bagnoli, Rubiera, nel periodo che inizia il giugno 1976 con riguardo ai siti di Casale Monferrato, Cavagnolo, Napoli-Bagnoli, e il 27 giugno 1980 con riguardo al sito di Rubiera e che termina il 4 giugno 1986 con riguardo ai siti di Casale Monferrato e di Cavagnolo, il 19 dicembre 1985 con riguardo al sito di Napoli-Bagnoli, il 6 dicembre 1984 con riguardo al sito di Rubiera, in esecuzione del medesimo disegno criminoso, con coscienza e volontà, cagionato la morte di 258 tra lavoratori operanti presso i predetti stabilimenti, familiari degli stessi e cittadini residenti nelle zone limitrofe tali stabilimenti, alle date e nei luoghi indicati per ciascuno, in violazione degli artt. 8, comma 2, 575, 577, comma 1, nn. 2 e 4, e 61 n. 1 c.p.

\*\*\*\*\* Occorre rilevare che gli stessi difensori, in via subordinata, avevano avanzato la richiesta di sollevare, davanti alla Corte di Giustizia, la questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 649 c.p.p. in base all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che prevede appunto, nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione Europea, il principio del *ne bis in idem*. Richiesta che veniva rigettata dal Giudice dell'udienza preliminare (ordinanza del 24 luglio 2015) sulla base della interpretazione consolidata della Corte di Giustizia, secondo la quale la situazione giuridica controversa non rientra nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione e il procedimento principale non riguarda l'interpretazione o l'applicazione di una norma di diritto dell'Unione diversa da quelle della Carta, con la conseguenza che la Corte stessa avrebbe declinato la propria competenza. Cfr. da ultimo, ordinanza Nona Sezione 15 maggio 2015, causa C-497/14.

orientamento della giurisprudenza di legittimità, assunto a diritto vivente, in contrasto con quanto prospettato in tali eccezioni e dallo stesso giudice *a quo*††††.

Entrambe le questioni sollevate derivano da un conflitto di interpretazioni: quella oramai applicata nelle corti interne, e assurta a diritto vivente, e quella fatta propria dalla Corte di Strasburgo.

Con riferimento alla prima, nonostante la formulazione letterale della norma («l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il *medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze*, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345»), che secondo l'interpretazione del giudice *a quo* andrebbe riferita al fatto storico, il diritto vivente (interno) farebbe riferimento esclusivamente *all'identità del fatto giuridico ossia alla coincidenza di tutti gli elementi costitutivi del reato e dei beni giuridici tutelati*.

Nell'ottica del giudice, in base a questo orientamento, si sarebbe perciò tenuti a valutare non la condotta dell'agente, ma anche l'evento ed il nesso di causalità, con la conseguenza che, nel caso di specie, l'omicidio volontario (nuova imputazione) sarebbe "fatto" diverso dal disastro innominato e dall'omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro (vecchie imputazioni), in quanto delitti di pericolo, questi ultimi, di danno, il primo; la diversità del fatto dipenderebbe dunque dalla diversità dei beni giuridici tutelati, pubblica incolumità, da un lato, vita, dall'altro.

Questa visione del *ne bis in idem*, costruita secondo la dottrina dell'*idem legale*, possiede enormi ricadute pratiche in relazione all'istituto del *concorso formale di reati*, con la conseguenza che il diritto vivente, nel caso di specie, imporrebbe di ammettere tale concorso tra l'omicidio e i reati già processati. Così l'art. 649 c.p.p. non potrebbe trovare applicazione, poiché la

†††† Sulla nozione di diritto vivente cfr. F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, 41, T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 352; nonché ID., *Giurisprudenza costituzionale e teoria della interpretazione*, in *Giur. cost.*, 1958, 14, C. ESPOSITO, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962, I, 605, T. LIEBMANN, *Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 568, C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari 1979, 149, A. ANZON, *La corte costituzionale e il «diritto vivente»*, in *Giur. cost.*, 1984, I, 300, G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, I, 1148, S. MANGIAMELI, *Sentenze interpretative, interpretazione giurisdizionale e «diritto vivente» (in margine ad una decisione sul procedimento di determinazione dell'indennizzo espropriativo nel sistema alto-atesino)*, in *Giur. cost.*, 1989, II, 22, A. PUGIOTTO, *Riflessioni interlocutorie sul diritto vivente*, in *Annali Università Ferrara*, V, III, 1989, 100, L. MENGONI, *Diritto vivente*, voce in *Digesto civ.*, Torino, 1990, A. PUGIOTTO, *Corte costituzionale e diritto vivente superveniens*, in *Giur. cost.*, 1991, I, 641, M. COMBA, *La Corte costituzionale tra diritto vivente e diritto in embrione*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 396, A. PUGIOTTO, *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*, in *Giur. cost.*, 1992, I, 3672, C. ESPOSITO, *Diritto costituzionale vivente*, in D. NOCILLA (a cura di), Milano, 1992, F. SANTORO PASSARELLI, *A proposito del «diritto vivente»*, in *Iustitia*, 1993, 54, A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, Milano, 1994, M.R. MORELLI, *Il «diritto vivente» nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 169, A. PUGIOTTO, *La problematica del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale del 1994: uso e matrici (nota a Corte cost. 28.11.1994, n. 410)*, in *Foro it.*, 1995, I, 474, A. ANZON, *Il giudice a quo e la corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a costituzione e dottrina del diritto vivente (nota a Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138)*, in *Giur. cost.*, 1998, 1082, R. GRANATA, *Corte di cassazione e Corte costituzionale nella dialettica tra controllo ermeneutico e controllo di legittimità - Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale (nota a Corte cost. 21.11.1997, n. 354)*, in *Foro it.*, 1998, I, 14, A. PUGIOTTO, *Il riferimento al diritto vivente*, in *Foro it.*, 1998, V, 366, F. GAMBINI, *Un'ipotesi di conflitto fra Corte e giudice sull'esistenza del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 2000, I, 195, M. PERINI, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte costituzionale ed autorità giudiziaria*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Malfatti-Romboli-Rossi (a cura di), Torino, 2002, 64, AA. VV., *Tradizioni e diritto vivente*, Padova, 2003, G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Torino, 2005, S. EVANGELISTA, G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, 82, V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, 2008, G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 368 ss., R. ROLLI, *Overruling del diritto vivente vs. ius superveniens*, in *Contratto e impresa*, 2013, 577.

violazione plurima di disposizione o disposizioni di legge comporta automaticamente l'esclusione dell'unicità del fatto. E qui sta il secondo motivo di ricorso.

Sulla base di queste premesse il giudice *a quo* evidenzia il *contrasto con la giurisprudenza della Corte EDU*, avente ad oggetto l'art. 4, Protocollo n. 7 (*Diritto a non essere giudicato o punito due volte*), che, al primo comma, sancisce: «Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato».

In particolare, la sentenza della Grande Camera, che verrà poi assunta ad una sorta di diritto vivente europeo (10 febbraio 2009, *Zolotoukhine contro Russia*), ravviserebbe, secondo l'interpretazione che ne dà il giudice *a quo*, l'identità del fatto nel momento in cui medesima è l'azione o l'omissione per la quale la persona è già stata irrevocabilmente giudicata. Di conseguenza l'imputato andrebbe prosciolto per la semplice constatazione che *la condotta, sul piano storico-naturalistico, è la medesima*.

«Il rimettente conclude che l'art. 649 cod. proc. pen. è di dubbia costituzionalità nella parte in cui, in base al diritto vivente nazionale, per valutare la medesimezza del fatto stabilisce criteri più restrittivi di quelli ricavati dall'art. 4 Protocollo n. 7 alla CEDU. In base a quest'ultima norma, infatti, l'imputato andrebbe prosciolto per la sola circostanza che le azioni e le omissioni che hanno causato gli omicidi sarebbero, sul piano storico-naturalistico quelle per le quali è già stato giudicato in altro processo penale in via definitiva».

La Corte rigetta la prima questione e accoglie la seconda.

L'argomentazione è piuttosto complessa e si sviluppa attraverso elementi che valgono separatamente per i due profili e attraverso altri che invece valgono trasversalmente per entrambi.

Per quanto riguarda la prima questione in sostanza il giudice delle leggi si limita a dire che il rimettente ha malinteso l'orientamento della giurisprudenza di legittimità e che in essa come nella giurisprudenza di Strasburgo il principio prevalentemente accolto è quello dell'*idem factum* e non dell'*idem legale*. La cosa è diversa per quanto attiene al secondo profilo, dove l'incompatibilità automatica tra *ne bis in idem* e concorso formale determinerebbe un'indebita recrudescenza della dottrina dell'*idem legale* determinando l'incostituzionalità di tale diritto pretorio.

Vediamo però nel dettaglio come si svolge l'argomentazione della Corte costituzionale.

## 2. Diritti viventi a confronto

In sostanza *secondo il giudice a quo si contrapporrebbero due diverse concezioni del ne bis in idem*: il diritto vivente sposerebbe la teoria del c.d. *idem legale* (in forza del quale *la medesimezza andrebbe considerata verificando l'identità dei tre elementi di condotta, evento e nesso di causalità*), la Corte di Strasburgo (e dunque la Costituzione per il tramite del 117 Cost.) aderirebbe all'idea dell'*idem*

*factum*, ritenendo necessario per verificare il requisito della medesimezza la sola identità di condotta<sup>####</sup>. La Corte costituzionale svolge il proprio pensiero in maniera molto articolata, così, come detto, da respingere la prima questione e accogliere la seconda.

Il primo passo che fa la Corte per affrontare il problema è interrogarsi sulla sostanza dell'interpretazione della norma CEDU accolta dal giudice remittente, secondo il quale il principio del *ne bis in idem* di matrice europea avrebbe una portata più favorevole (rispetto a quello accolto dal diritto vivente ex art. 649 c.p.p.) in quanto farebbe discendere la medesimezza del fatto dalla sola identità della condotta<sup>#####</sup>.

La Corte costituzionale nega la fondatezza di questa tesi dando una *propria interpretazione* della giurisprudenza di Strasburgo, la quale, ad avviso del giudice delle leggi, pur sposando certamente la dottrina dell'*idem factum*, non per questo esaurisce il fatto empirico nella sola condotta. Sul punto vengono richiamate alcune pronunce nelle quali la Corte EDU ha attribuito rilevanza, al fine di stabilire l'unicità del fatto, alla medesimezza della vittima, in tal

#### La Consulta sembra quindi proseguire l'orientamento inaugurato nella decisione n. 49 del 2015, relativa alla necessità, al fine di dichiarare l'incostituzionalità di una norma interna per contrasto con la giurisprudenza della Corte Edu, e quindi ai sensi dell'art. 117 Cost., primo comma, che sussista una sorta di diritto vivente "europeo". Su tale tema cfr., oltre alla sentenza richiamata, G. CIVELLO, *Al vaglio della consulta l'incompatibilità tra confisca urbanistica e prescrizione del reato, alla luce della sentenza Varvara c. Italia*, in *Osservatorio sulla Corte costituzionale*, 2014, C. ANGELILLIS, *Confisca in caso di prescrizione del reato: la parola alla Consulta*, in *Questione Giustizia*, 2014, D. RUSSO, *La "confisca in assenza di condanna" tra principio di legalità e tutela dei diritti fondamentali: un nuovo capitolo del dialogo tra le Corti*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2/2014, F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2015, n. 2, 333 ss., D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti tra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2015, n. 2, 318 ss., M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2015, n. 2, 288 ss., A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2015, n. 2, 325 ss., R. CONTI, *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in *giurcost.org*, Studi, 1/2015, V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2015, G. CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *Archivio penale*, 1/2015, A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un biglietto per Strasburgo*, in *Archivio penale*, 1/2015, G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e 'disobbedienza funzionale'*, *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2015, n. 2, 315 ss., D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio costituzionale*, maggio 2015, N. COLACINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della "controriforma" imposta da Palazzo della Consulta*, in *Rivista OIDU*, n. 3/2015, G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *forumcostituzionale.it*, n. 4/2015.

##### Sul *ne bis in idem* c.d. "multilivello" cfr. la nota sentenza della Corte Edu *Grande Stevens c. Italia*, nonché la sentenza *Engel ed altri c. Paesi Bassi*, ed ovviamente la sentenza *Zolotukhin c. Russia*. In dottrina cfr. N. GALANTINI, *Il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2011, nonché ID., *Il principio del ne bis in idem internazionale nel processo penale*, Milano, 1984, M. PAGLIA, *Ne bis in idem internazionale e riconoscimento delle sentenze penali straniere*, in *Dig. disc. pen.*, III agg., tomo II, Torino, 2005, 927 ss., F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione della Carta?*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, 219, G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza 'Grande Stevens' nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, 201, G.M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2014, A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo con riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, 855, M. BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 1, E. SELVAGGI, *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo*, in *Cass. pen.*, 2003, 1692 ss., V. ESPOSITO, *Gli effetti internazionali della garanzia del "ne bis in idem" nell'ambito comunitario*, in *Dir. giur.*, 1992, 472 ss., nonché ID., *"Ne bis in idem" nazionale, comunitario, internazionale. L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di cassazione*, Roma, 1993, A. FERRARIO, *Brevi note sul "ne bis in idem" internazionale*, in *Cass. pen.*, 1988, 1859 ss., P. MOSCARINI, *Il concetto europeo d'"infrazione penale" e la concorrenza fra i sistemi punitivi interni*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3/2016, 389 ss., P.P. PAULESU, *Ne bis in idem*, in *Manuale di procedura penale europea*, 2015, 415 ss. V. anche la recente sentenza della grande camera Corte EDU, sent. 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, ric. n. 24130/11 e 29758/11, su cui v. F. VIGANÒ, *La grande camera della corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016.

modo dando rilevanza ad elementi naturalistici esterni alla condotta. In definitiva «allo stato, la giurisprudenza europea ... non permette di isolare con sufficiente certezza alcun principio ... alla luce del quale valutare la legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., ove si escluda l'opzione compiuta con nettezza a favore dell'idem factum ... Ciò equivale a concludere che il difetto di una giurisprudenza europea univoca, tale da superare la sporadicità di decisioni casistiche orientate da fattori del tutto peculiari della fattispecie concreta, libera l'interprete dall'obbligo di porre alla base della decisione un contenuto della normativa interposta ulteriore, rispetto al rilievo storico-naturalistico del fatto»<sup>\*\*\*\*\*</sup>. Da un lato si nega dunque la compiutezza del principio giurisprudenziale, dall'altro si afferma una *opzione di fondo, un nucleo fondamentale* volto ad affermare il valore dell'*idem factum*.

In sostanza l'argomentazione Consulta è scomponibile in quattro punti:

- 1) la Corte di Strasburgo sposa una *visione material-empirica* del *ne bis in idem*, ma che
- 2) *tale principio è ancora piuttosto vago* allo stato della giurisprudenza tanto che
- 3) da esso *non può trarsi l'identificazione del fatto-reato con la mera condotta* così da escludere altri elementi (e.g. il soggetto passivo del reato, eventi ulteriori);
- 4) elementi che però, nel contesto di un simile principio, *possono certamente assumere rilevanza giuridica, ma solo in forza della loro natura empirico-materiale*.

La conclusione di questo ragionamento non è priva di complessità e si muove su un delicato crinale che tiene insieme tanto il piano materiale che quello giuridico: il divieto del *ne bis in idem* può essere superato *solo se da un fatto-reato vengono a prodursi ulteriori elementi fattuali*, come una diversa vittima o un diverso evento (e.g. la morte come nel caso di specie), *non se i medesimi elementi fattuali possano essere diversamente qualificati* in base a ulteriori fattispecie (come nel concorso formale). Questa ad avviso della Corte costituzionale sarebbe in realtà la posizione anche della giurisprudenza di legittimità (a differenza di quanto affermato dal giudice *a quo*) che non opterebbe per la dottrina dell'*idem legale*<sup>+++++</sup>; ragion per cui la prima questione viene respinta.

Tuttavia proprio il nucleo fondamentale di tale principio (vale a dire l'opzione per l'*idem factum*) torna ad essere significativa per la seconda questione, poiché affermando l'incompatibilità tra concorso formale e *ne bis in idem* la Cassazione opta per una ricostruzione coerente con l'*idem legale* (secondo quanto qui correttamente affermato dal giudice *a quo*) ponendosi in contrasto con il principio posto dalla Corte di Strasburgo e con la propria stessa giurisprudenza<sup>+++++</sup>.

<sup>\*\*\*\*\*</sup> Punto 5 del *Considerato in diritto*.

<sup>+++++</sup> Cfr. n. 8 del *Considerato in diritto*: «Questa Corte ha già avuto modo di prendere atto che “l'identità del «fatto» sussiste – secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. un. 28 giugno 2005, n. 34655) – quando vi sia corrispondenza storico naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona” (sentenza n. 129 del 2008). È in questi termini, e soltanto in questi, in quanto segnati da una pronuncia delle sezioni unite, che l'art. 649 cod. proc. pen. vive nell'ordinamento nazionale con il significato che va posto alla base dell'odierno incidente di legittimità costituzionale. E si tratta di un'affermazione netta e univoca a favore dell'*idem factum*, sebbene il fatto sia poi scomposto nella triade di condotta, nesso di causalità, ed evento naturalistico».

<sup>+++++</sup> Cfr. n. 10 del *Considerato in diritto*: «Ciò detto, questa Corte è obbligata a prendere atto che il diritto vivente, come è stato correttamente rilevato dal rimettente, ha saldato il profilo sostanziale implicato dal concorso formale dei reati con quello processuale recato dal divieto di bis in idem, esonerando il giudice dall'indagare sulla identità empirica del fatto, ai fini dell'applicazione dell'art. 649 cod. proc. pen.. La garanzia espressa da questa norma,

### 3. Elaborazione del parametro costituzionale e gerarchia degli argomenti interpretativi

L'esito della decisione è condivisibile (anche se, come vedremo, non privo di complessità per quanto attiene al momento applicativo) venendo smantellato *una sorta di automatismo ermeneutico* che sanciva l'incompatibilità tra il *ne bis in idem* e il concorso formale di reati<sup>SSSSSSSS</sup>.

A fronte di questo, però, il percorso argomentativo è piuttosto complesso e a tratti discutibile. La Corte opera un'*elaborazione del proprio parametro decisionale*; l'operazione è però piuttosto scivolosa sia per il presupposto da cui parte, sia per il modo argomentativo prescelto.

Il presupposto è scivoloso poiché la Consulta da un lato utilizza il principio interpretativo della CEDU come parametro (*rectius* norma interposta), dall'altro ammette che tale principio è di per sé ancora particolarmente vago e non univoco; ora il discorso della Corte costituzionale è che tale non univocità si concretizza nel *non poter affermare che il fatto si riduca all'unicità della condotta ma che tuttavia esiste una sorta di nucleo contenutistico dal quale si può dedurre la centralità del fatto materiale* rispetto ad una ricostruzione basata sulla qualificazione giuridica. Figurativamente, la ricostruzione del giudice delle leggi vuol restituire l'immagine simile a quella di un atomo, al centro del quale esiste un nucleo solido circondato da una nube indistinta di elettroni; la nube, la parte periferica di significati possibili, è ancora troppo vaga per essere argomentativamente affidabile, allora ci si richiama a quel nucleo che si pretende di applicare.

In realtà, questa rappresentazione non è altro che una finzione retorica: che tale nucleo possieda un'autonoma e autentica solidità di senso mi pare piuttosto discutibile; ciò che sembra maggiormente verosimile è che lo stesso *centro solido* cui fa riferimento la Consulta sia a sua volta costruito dalla stessa Corte costituzionale la quale, a proprio modo, estrapola dalla giurisprudenza CEDU la porzione di significato che ritiene utile alla decisione. Affermare che da una serie di decisioni difformi (e per certi versi contraddittorie) possa essere isolato una

---

infatti, viene scavalcata per la sola circostanza che il reato già giudicato definitivamente concorre formalmente, ai sensi dell'art. 81 cod. pen., con il reato per il quale si procede». E poco dopo al n. 11: «Il nesso di necessità predicato nel diritto vivente tra concorso formale di reati e superamento del *ne bis in idem* inevitabilmente reintroduce nel corpo dell'art. 649 cod. proc. pen. profili di apprezzamento sulla dimensione giuridica del fatto, che erano stati espulsi attraverso l'adesione ad una concezione rigorosamente naturalistica di condotta, nesso causale ed evento». <sup>SSSSSSSS</sup> Nel dispositivo della sentenza leggiamo che l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. è dichiarata «nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussista concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo processo penale». Tra parentesi, anche se la Consulta non affronta direttamente la questione, ci chiediamo se la vicenda di cui si discorre non possa iscriversi, anche, nella generale avversione che il giudice delle leggi ha dimostrato più volte in relazione al concetto di automatismo nelle materie penalistiche. È chiaro, tuttavia, che la giurisprudenza costituzionale ha appuntato le proprie critiche verso gli automatismi legislativi non, come nel caso di specie, verso un automatismo ermeneutico che però, a chi scrive, pare viziato dallo stesso presupposto, ossia ridurre il libero apprezzamento del singolo giudice. Sul tema degli automatismi legislativi, si v. G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 209 ss.; F. MODUGNO, *Al fondo della teoria*, cit., 489 ss.; L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Gruppodipisa.it*, settembre 2014, 2 ss., E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. BUTTURINI-M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli, 2014, 85 ss.

porzione di significato assiologicamente superiore e logicamente priore mi pare un'opera demiurgica più che ermeneutica.

È interessante, poi, notare che in questo lavoro di selezione di significati non venga fatto minimamente riferimento ad alcun contenuto costituzionale in forza del quale orientare questa sorta di *meta-interpretazione*: il principio CEDU viene vagliato, destrutturato e ricomposto, non in virtù di una qualche conformità a Costituzione, ma semplicemente in forza della sensibilità giuridica del giudice delle leggi; operazione questa sulla quale torneremo tra poco.

Vi sono poi una serie di ulteriori interrogativi che appaiono centrali: se il principio CEDU non è sufficientemente definito, perché non univocamente affermato dalla giurisprudenza europea, la Corte costituzionale sta davvero utilizzando "contro" il diritto vivente interno, un diritto vivente europeo? In termini ancora più semplici: esiste questo diritto vivente europeo? Si può partire da una giurisprudenza asseritamente contraddittoria per trarne un principio da utilizzare come norma interposta? L'impressione è in realtà che la Corte prenda semplicemente spunto dalla giurisprudenza CEDU per elaborare una propria visione del *ne bis in idem*, utilizzando il principio europeo come scudo retorico per smantellare l'interpretazione della Cassazione.

È anche interessante la scelta degli argomenti utilizzati. Certamente si sarebbe potuti arrivare alla medesima conclusione attraverso stilemi più formalisti e probabilmente meno opinabili, i quali però, probabilmente, avrebbero svelato l'essenza "non europea" del ragionamento del giudice delle leggi<sup>\*\*\*\*\*</sup>.

In primo luogo l'argomento letterale: lo stesso testo dell'art. 649 c.p.p. sembra di per sé propendere per una visione fattuale del *ne bis in idem*, quando afferma il divieto di ri-processare un soggetto per «il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze». Medesima conclusione si sarebbe raggiunta utilizzando l'argomento storico dell'*intentio legislatoris*: è piuttosto noto infatti che i lavori preparatori del codice di procedura penale facevano riferimento al fatto per come naturalisticamente inteso e non per come giuridicamente qualificato<sup>+++++</sup>. Eppure, evidentemente, tali argomenti, nella gerarchia della Corte costituzionale vengono superati dalla priorità del diritto vivente e forse dal desiderio di non apparire come chi, sancendo quale debba essere la naturale interpretazione di un testo di legge, voglia appropriarsi dei compiti del giudice di legittimità. Anche se, come vedremo ora,

\*\*\*\*\* Interessanti riflessioni sulla scelta antiformalista naturalmente connessa ad una teoria interpretativa costituzionalmente orientata sono svolte in M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, in *Giur. cost.*, 2006, 3418 ss. e spec. 3425 ss., il quale delinea «una sorta di gerarchia tra i criteri ermeneutici che, per effetto dei sopravvenuti principi costituzionali (e dei precetti costituzionali in genere) nonché della giurisprudenza della Corte costituzionale, permette di rivedere la "scala" dell'art. 12 delle preleggi». L'Autore, dopo aver rammentato il dibattito svoltosi sulla citata disposizione per quanto concerne in particolare il dualismo tra «lettera» e «spirito» della legge, superato nell'ottica dei canoni di totalità e coerenza dell'interpretazione, enfatizza il ruolo svolto dai principi costituzionali, rispetto ai quali deve essere ricercata la conformità delle disposizioni, nell'ottica di un'interpretazione sistematica intesa in senso più ampio rispetto a quello tradizionale. Secondo tale impostazione, certamente condivisibile, la Carta costituzionale si pone a fondamento di una «nuova teoria dell'interpretazione» (l'espressione è di L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 110, che richiama Calamandrei), per effetto della quale: 1) la coerenza dell'ordinamento deve essere ricercata sul piano costituzionale; 2) l'argomento della *ratio* trova nuova linfa nell'art. 3, comma 1, Cost.; 3) deve essere privilegiata l'interpretazione conforme a Costituzione (ancora M. RUOTOLO, *Per una gerarchia*, cit., 3426).

+++++ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, 2006, 1217 ss, in particolare nota 2.

la Corte sembra in realtà svolgere questa stessa funzione su un piano ancora più alto dal punto di vista sistemico.

#### 4. Meta-interpretazione e super-nomofilachia

Ripetiamo che la Corte, in buona sostanza, svolge un'operazione che potremmo definire di *meta-interpretazione*: essa cioè - al fine di elaborare con esattezza il parametro costituzionale (segnatamente la norma interposta) da applicare nel caso di specie - interpreta la norma (ossia il risultato di un'interpretazione) della Corte EDU#####.

Il fatto che, come appena detto, lo scopo di tale meta-interpretazione sia l'elaborazione del parametro da applicare non deve trarre in inganno. *Ictu oculi* infatti potrebbe sembrare che la Corte stia esercitando la competenza che si autoattribuì in occasione delle note sentenze

---

##### Sull'interpretazione conforme a Costituzione, diritto dell'UE, Cedu, v. tra i tanti, i contributi di C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 161 ss., E. LAMARQUE, *Una sentenza «interpretativa di inammissibilità»?*, in *Foro it.*, 1996, 3096 ss.; L. CARLASSARRE, *Le questioni inammissibili e la loro riproposizione*, in *Studi in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985, 164. ss., G. AMOROSO, *L'interpretazione «adeguatrice» nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in *Foro italiano*, 1998, V, 101 ss., A. ANZON, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 1998, 1090 ss., E. LAMARQUE, *Le sezioni unite penali della Cassazione «si adeguano»...all'interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, 141 ss., E. LAMARQUE, *Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo. (Un'indagine sul «seguito» delle pronunce costituzionali)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 685 ss., A. RAUTI, *L'interpretazione adeguatrice come metacriterio ermeneutico e l'inversione logica dei criteri di rilevanza e non manifesta infondatezza*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione». Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio*, Torino, 2002, 520 ss., A. ANZON, *«Diffusione» del controllo di costituzionalità o «diffusione» del potere di attuazione giudiziaria della Costituzione?*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*, cit., 379 ss., T. GROPPI, *Verso una giustizia costituzionale «mitigata»? Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Politica del diritto*, 2002, 217 ss., L. ELIA, *Modeste proposte di segnaletica giurisprudenziale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 3688 ss., M. ESPOSITO, *«In penetrabilibus pontificum erat»: brevi considerazioni sulla parabola discendente del diritto scritto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 2995 ss., V. MARCENÒ, *Le ordinanze di manifesta inammissibilità per «insufficiente sforzo interpretativo». Una tecnica che può coesistere con le decisioni manipolative (di norme) e con la dottrina del diritto vivente?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, relazione al Convegno La circolazione dei modelli e delle tecniche di giudizio di costituzionalità in Europa, Roma, 27-28 ottobre 2006, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 3418 ss., G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale: una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista «Giurisprudenza costituzionale»*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, 2006, 903 ss., E. LAMARQUE, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005)*, *Relazione illustrativa della ricerca condotta nell'ambito del Servizio Studi della Corte costituzionale*, Roma, 2007, 2 ss.; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2007, 793 ss., F. MODUGNO, *Alcune riflessioni a margine della ricerca su «Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali – anni 2000-2005»*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 275 ss., nonché ID., *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., 65 ss., R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo...anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE-C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008, 89 ss., F. MODUGNO, *La «supplenza» della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2009, 107 ss., M. D'AMICO-B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative. Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008*, Torino, 2009, F. MODUGNO, *Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione: un breve excursus*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, 1961 ss., M. RUOTOLO, *L'incidenza della Costituzione repubblicana sulla lettura dell'art. 12 delle preleggi*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), ID., *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, cit., 440 ss.; infine, se si vuole, A. LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in *Consulta Online*, 24 gennaio 2012.

gemelle, ossia quella di vagliare la compatibilità delle norme CEDU con i principi costituzionali come operazione priore al loro divenire norme interposte nel giudizio di costituzionalità. In realtà, in questo contesto, la Consulta svolge un'attività che dal punto di vista strutturale è meramente interpretativa e dal punto di vista funzionale persegue obiettivi latamente (ma non troppo) nomofilattici. Nella definizione della norma CEDU non vi è infatti alcun confronto con i principi costituzionali, non vi è nulla, si potrebbe dire, di costituzionalmente orientato (o orientante), vi è semplicemente un'operazione di interpretazione secondo strumenti logici, vale a dire un lavoro di *falsificazione mediante induzione*: la Corte costituzionale confronta una serie di sentenze della Corte EDU (induzione) per trarne la parziale confutazione (falsificazione) del principio interpretativo precedentemente ipotizzato dal giudice *a quo*. Dunque non vi è l'attribuzione di un significato costituzionalmente orientato all'interpretazione del principio CEDU, non vi è nemmeno la spendita puramente formale o retorica di questo argomento. La Corte "semplicemente" svolge una sorta di attività *super-nomofilattica* definendo ermeneuticamente quale sia la effettiva portata del principio CEDU. Ora è chiaro che dal punto di vista teleologico l'operazione è costituzionalmente orientata alla produzione di un parametro di giudizio; ma dal punto di vista strettamente interpretativo la Corte non lavora con materiale costituzionale, non evoca principi o norme con i quali l'interpretazione europea debba essere congruente; semplicemente definisce lei stessa la portata di una interpretazione data da un altro giudice (e per di più un giudice sovranazionale).

Potrebbe sembrare che io sia critico rispetto a tale operazione, che voglia sottintendere che la Corte costituzionale si sia appropriata di una competenza non sua. In realtà sono di tutt'altro avviso. Ritengo che sia dal punto di vista teorico-normativo, sia da un punto di vista pratico-consequenzialista l'operazione sia corretta e addirittura necessaria: dal primo punto di vista credo che i rapporti tra ordinamento interno e ordinamento CEDU, per come disegnati dall'art. 117 Cost., conferiscano alla Consulta questo *potere implicito* di controllo ermeneutico; dal secondo punto di vista, nella crescente permeabilità che le disposizioni del nostro ordinamento nazionale subiscono a favore di significati estranei dall'esterno dell'ordinamento stesso, permeabilità che rafforza l'intrinseca polisemia di ogni disposizione, sono tranquillizzato dal fatto che sia la nostra Corte costituzionale a svolgere un ruolo di *gatekeeper*.

Se mai è interessante vedere quale tipo di quadro ordinamentale si può dedurre da questi assunti.

## 5. Gerarchia e competenza nell'interpretazione

Come visto la decisione in sé si atteggia come una classica sentenza interpretativa di accoglimento, colpendo l'interpretazione maggioritaria dell'art. 649 c.p.p. secondo la quale sarebbe possibile processare nuovamente un soggetto nel momento in cui la medesima condotta avesse prodotto, secondo le modalità del concorso formale di reati, una lesione a beni giuridici ulteriori non oggetto del primo giudizio. Dunque, evocando la classica tassonomia crisafulliana, viene ablatata non una disposizione (o una porzione di essa) ma una norma, ossia l'enunciato interpretativo che da essa se ne trae; enunciato che, nel caso di specie,

appare in certo modo qualificato, essendo frutto dell'interpretazione maggioritaria della giurisprudenza, il c.d. diritto vivente.

Dal punto di vista della tecnica argomentativa, la decisione non è solo un'interpretativa ma diremmo un'*interpretativa quintessenziale*: non solo infatti l'oggetto della decisione è un enunciato interpretativo, ma tutto il percorso argomentativo si muove lasciando su un pallido sfondo il testo delle norme, siano esse oggetto o parametro, ma in relazione ad una pluralità di significati da esse deducibili e tra loro concorrenti. Se i due termini della questione sono formalmente l'art. 649 c.p.p. e l'art. 117 Cost., in realtà il materiale argomentativo sul quale opera la Corte è di ben altra natura. Il vero oggetto è sì *l'art. 649 c.p.p. ma per come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità*, mentre il parametro sostanziale si individua tramite l'interposizione normativa dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea, a sua volta assunto nell'interpretazione della Corte di Strasburgo; su quest'ultimo punto la Consulta è addirittura *tranchante* affermando chiaramente, contro un'eccezione di parte privata basata sulla lettera della disposizione CEDU, «che il significato delle disposizioni CEDU e dei suoi Protocolli va tratto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo»<sup>§§§§§§§§</sup>.

La vicenda odierna è un'ulteriore declinazione concreta di un fenomeno che abbiamo imparato a conoscere bene in questi anni: l'intrinseca polisemia linguistica, propria di qualunque enunciato e *a fortiori* di quelli normativi, viene elevata a potenza (quantomeno in termini pratici) dalla pluralità di soggetti legittimati ad interpretare il medesimo significato; così su questa norma del codice di procedura penale concorrevano conflittualmente (o almeno tale era il parere del giudice remittente) l'interpretazione della Corte di Cassazione e quella della Corte EDU; conflitto risolto da un terzo soggetto interpretante: la Corte costituzionale.

La relazione diretta tra numero di interpreti e numero di significati, mi pare troppo evidente per dover essere argomentata: banalmente si può affermare *quot capita tot sententiae*; va, invece, sottolineato che se la torsione problematica di questo fenomeno trova soluzioni agevoli in un contesto endo-nazionale, il quale di fatto (anche se non di diritto) si compone in maniera gerarchicamente ordinata, con l'attività nomofilattica in mano alla Corte di Cassazione, diversamente, nell'attuale contesto della tutela multilivello, le cose si complicano: in primo luogo le varie corti appartengono a culture giuridiche diverse, determinando una lettura inevitabilmente diversa dei medesimi istituti; in omaggio alle teorie ermeneutiche della precomprensione, si potrebbe dire che ciascun giudice è portatore di un diverso universo pregiudiziale (preferisco dire assiologico) che inevitabilmente investe l'attribuzione di significato al testo. In secondo luogo esse non si trovano tra loro in alcun rapporto gerarchico che possa risolvere quei conflitti che inevitabilmente vengono a crearsi.

In un simile scenario, ci chiediamo se la relazione tra istanze interpretative non sia destinata a replicare l'andamento della teoria delle fonti, e a trovare il proprio criterio ordinatore nella competenza piuttosto che nella gerarchia interpretativa.

Diviene evidente che, come in tutti i discorsi sulla competenza, il punto nodale è capire a chi spetti la *Kompetenz-kompetenz*, ossia la competenza di distribuire le competenze; ruolo che, almeno nel caso di specie, ha svolto la Corte costituzionale; se infatti la riforma dell'art. 117

<sup>§§§§§§§§</sup> Cfr. n. 2.2 del *Considerato in diritto*: la parte privata aveva eccepito il difetto di rilevanza perché il testo francese della norma si riferiva all'imputato rispetto al quale fosse stato espresso un giudizio di merito, «acquitté ou condamné»; mentre nel caso di specie la prima pronuncia penale aveva proscioltto l'imputato per prescrizione dei reati.

Cost. ha introdotto a tutti gli effetti la normativa CEDU come parte del nostro parametro costituzionale (nelle forme della normativa interposta), la Corte (a partire dalle c.d. sentenze gemelle) si è assunta l'onore e l'onere di vagliare la compatibilità di questo diritto con l'ordinamento costituzionale. Nel caso di specie la Consulta ha operato sul piano ermeneutico in modo non dissimile: prima vagliando il senso concreto dell'interpretazione della Corte EDU e poi esaminando la costituzionalità del diritto vivente, fino ad estrapolare dai due contesti assiologici diversi, ciascuno con le relative *Sinndeutungen*, un terzo significato costituzionalmente orientato\*\*\*\*\*.

## 6. La cascata delle interpretazioni

Gli esiti della sentenza nel giudizio *a quo* ci danno lo spunto per un'ulteriore riflessione in tema di interpretazione.

Se infatti da un lato, certamente, il *bis in idem* non sussiste con riferimento alle 72 persone offese del procedimento Eternit *bis* (sulle 258 totali) che non comparivano tra le persone offese del primo procedimento, ad avviso di uno dei primi commentatori della sentenza «La Consulta ha peraltro lasciato aperto uno spiraglio anche per quanto riguarda la prosecuzione del processo Eternit *bis* rispetto alle 186 persone che già figuravano tra le persone offese del procedimento per i reati *ex art. 434 c.p. e 437 c.p.* ... il giudice *a quo* sembrerebbe infatti chiamato a prendere sì in considerazione il "fatto storico" oggetto del giudizio di primo grado, ma *così come "illuminato" e ritagliato dalle fattispecie ex art. 437 e 434 c.p. aggravate dagli eventi previsti dai relativi capoversi*. In conclusione ci sembra allora che - in relazione alle 186 persone offese che già figuravano nel primo processo - si profili più una complessa valutazione a carico del giudice *a quo*, consistente nel vagliare l'identità del fatto storico *alla luce degli elementi che nel primo processo hanno costituito la base fattuale per valutare la sussistenza dei reati contro l'incolumità pubblica ex artt. 437 e 434 c.p. nella forma aggravata dall'evento*»+++++++.

Appare così evidente che *il principio declinato in via interpretativa dalla Corte costituzionale sia a sua volta suscettibile di ulteriore interpretazione in sede di concreta applicazione*, lasciando al giudice *a quo* il compito di valutare ermeneuticamente l'identità o meno dei fatti storici che devono fungere da base per la qualificazione giuridica+++++++.

Questo passaggio ci dà lo spunto per un'ultima riflessione; recentemente attenta dottrina ha sostenuto l'inaffidabilità della nota distinzione crisafulliana tra disposizione e norma: partendo

\*\*\*\*\* Sulla relazione tra attribuzione di senso e contesti assiologici, ho provato a svolgere qualche considerazione in A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007.

+++++++ S. ZIRULIA, *Ne bis in idem: la consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo eternit bis prosegue)*, in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2016, enfasi nel testo; l'A. richiama per motivare la propria posizione quella parte della decisione in base alla quale qualora il precedente giudizio «abbia riguardato anche quella persona occorrerà accertare se la morte o la lesione siano già state specificamente considerate, unitamente al nesso di causalità con la condotta dell'imputato, cioè se il fatto già giudicato sia nei suoi elementi materiali realmente il medesimo, anche se diversamente qualificato per il titolo, per il grado e per le circostanze».

##### Uno spunto nel senso che la sentenza della Corte costituzionale sia oggetto di interpretazione da parte dei giudici comuni, sembra potersi rinvenire già in F. MODUGNO, *Al fondo della teoria dell'«interpretazione conforme a Costituzione»*, in *Diritto e società*, 2015, 489, laddove l'illustre A. ammette la possibilità che i giudici disapplicino disposizioni per effetto di declaratorie di illegittimità riguardanti casi simili, ove il principio enunciato dalla Corte costituzionale sia sufficientemente chiaro.

dal presupposto figlio dell'indagine semiotica (e probabilmente del decostruttivismo di Derrida) che la interpretazione non è altro che l'aggiunta di altre proposizioni alla proposizione interpretanda, si è utilizzato, secondo le modalità della *reductio ad absurdum*, l'argomento della *progressio ad infinitum* per sostenere che in tal modo la norma vera e propria sarebbe praticamente irraggiungibile e, dunque, ontologicamente inesistente in quanto sarebbe sempre possibile aggiungere ulteriori proposizioni a quella di partenza e, dunque, non giungere mai ad un risultato consolidato, ad una norma (non dico definitiva ma nemmeno sufficientemente) definita

Non è questo il luogo per contestare sul piano teorico tale elaborata tesi, tuttavia ci pare che la vicenda in oggetto, dal punto di vista pratico, ne rappresenti, al tempo stesso, la prova del presupposto e la confutazione della conclusione.

Tutta l'operazione svolta dalla Corte costituzionale si muove su un piano squisitamente ermeneutico, ponendosi quale punto di snodo di *una cascata di interpretazioni*: come detto il testo delle disposizioni appare sullo sfondo, così come ampiamente trascurato appare l'utilizzo dell'argomento letterale; diversamente il materiale con cui si opera è puramente interpretativo: l'interpretazione della Corte EDU, l'interpretazione della Cassazione, l'interpretazione del giudice *a quo*. Assetti di enunciati di senso parzialmente difformi tra loro, che la Corte a propria volta reinterpreta, costruendo un ulteriore assetto di enunciati, che a propria volta il giudice ordinario (in questo e in altri casi) sarà chiamato a reinterpretare per applicare.

Come detto, questa vicenda dimostra la correttezza inconfutabile del presupposto: la rappresentazione statica che vede due ipostasi contrapposte, la disposizione legislativa e la norma giudiziaria, appare oramai completamente inadeguata a descrivere la realtà; questo però non vuol dire che la norma di per sé non esista o non possa esistere. Mi viene in mente il concetto kelseniano di *Unbestimmtheit*, l'indeterminatezza intrinseca della proposizione normativa che si rastrema progressivamente dall'emanazione legislativa fino all'applicazione giudiziaria. La sostanza del processo di progressiva definizione non è cambiata; ciò che è

---

§§§§§§§ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, 401, secondo cui «una volta che si neghi la coincidenza fra disposizione e norma perché la prima non è altro che un enunciato bisognoso d'interpretazione, la conclusione obbligata è che neppure dopo l'interpretazione della disposizione la norma sembrerebbe "esistere" davvero, perché l'enunciato interpretativo, in quanto enunciato, necessita dell'ascrizione di significato che solo un'ulteriore azione interpretativa può assicurare. (...) A voler condurre la distinzione fra disposizione e norma alla sua logica conseguenza, allora, si dovrebbe concludere che la norma non viene mai davvero ad esistenza, perché si comporta come un'entità metafisica, oggetto di intuizione pura, ovvero perché resta ineffabile, nel senso che parrebbero darsi solo enunciati "sulla" e non "della" norma. In definitiva: quando si dice che l'interprete "crea" la norma si opera una riduzione semplificatrice, perché l'interprete crea (vedremo poi in che senso) solo un nuovo enunciato bisognoso a sua volta d'interpretazione».

\*\*\*\*\* Valorizza invece l'argomento letterale M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 434, per il quale «l'opera di adeguamento di un testo, infatti, non può essere condotta sino al punto di leggerci quel che non c'è, anche quando la costituzione vorrebbe che vi fosse. Il punto va chiarito. Non si vuole dire, ovviamente, che l'interpretazione possa acquietarsi nell'esegesi del testo: s'è già accennato che isolando un testo dal suo contesto formale e materiale non si possono identificare interpretazioni affidabili. Il testo, però, in quanto suo oggetto, definisce ogni possibile perimetro dell'attività ermeneutica, sicché il metodo di interpretazione letterale, lungi dall'essere "primitivo", come azzardato dalla nostra Corte costituzionale, è "primario", nel senso che — come opportunamente prescrive l'art. 12 disp. prel. indicando una scala che non è affatto "rovesciabile" — viene logicamente prima degli altri e ne condiziona l'operatività». La definizione dell'interpretazione letterale come metodo "primitivo" è contenuta nella nota sentenza della Corte costituzionale 15 gennaio 2013, n.1. Una posizione opposta e fortemente giusrealista è sostenuta da F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme*, in *Rivista AIC*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2014, n. 2, 13, e ID., *Al fondo della teoria dell'interpretazione conforme alla Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2015, 469 ss.; sia inoltre consentito rinviare a A. LONGO, *Tempo, interpretazione, Costituzione*, Napoli 2016, diffusamente.

cambiato è l'assetto del sistema, il ruolo e il numero degli operatori che concorrono a tale processo (che è *rastremazione dei significati possibili tramite l'aggiunta di enunciati ulteriori*); un sistema meno gerarchico e più competenziale, meno piramidale e più rizomatico. L'esito tuttavia non muta: la norma finale esiste nella singola applicazione come momento finale dell'interpretazione giudiziale; interpretazione e applicazione sono ancora inscindibilmente legati come esito l'una dell'altra: la norma come significato è frutto di un processo sempre più complicato, ma rimane il fatto che essa vive e viene ad esistenza definitiva solo nell'applicazione giudiziale come risposta ad un caso pratico che essa fin dalla nascita è destinata a risolvere. Solo nella disciplina di tale caso essa trova la propria ultima definizione e giunge a conoscere finalmente sé stessa e la propria *raison d'être*.

## IL VALORE AMBIENTALE NEL BILANCIAMENTO COSTITUZIONALE E GLI INTERESSI SENSIBILI NELLA NUOVA CONFERENZA DI SERVIZI

di Marcello di Francesco Torregrossa\*

SOMMARIO: 1. Il valore ambientale nella giurisprudenza costituzionale. 2. Il bilanciamento costituzionale del valore ambientale. 3. Il bilanciamento amministrativo dell'interesse ambientale.

### 1. Il valore ambientale nella giurisprudenza costituzionale

**L**a materia ambientale viene espressamente introdotta nella Carta fondamentale attraverso la legge costituzionale n. 3 del 2001, secondo cui, nella disciplina relativa al riparto di competenze tra Stato e regioni, essa risulta di competenza esclusiva del primo soggetto, in relazione alla *"tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali"*.

Come è evidente, l'art. 117, lett. s), della Costituzione, fornisce unicamente un criterio di ripartizione dei rapporti tra Stato, regioni ed enti locali, evitando qualsiasi definizione sostanziale del concetto giuridico di ambiente. Sebbene la *ratio* della legge costituzionale di riforma del Titolo V mirasse a favorire l'intervento delle regioni nel procedimento legislativo, la scelta di riconoscere una competenza esclusiva in materia ambientale troverebbe la propria motivazione nella necessità di pervenire ad un quadro normativo uniforme in tutto il territorio, avuto comunque riguardo al carattere trasversale della materia, la cui peculiarità risiede, per natura, nel coinvolgimento di tutti i livelli del governo, sia statali che regionali<sup>+++++</sup>.

Attesa la scelta del legislatore di non indicare alcuna nozione sostanziale dell'ambiente nella riforma del 2001, il dibattito giurisprudenziale e dottrinale successivo ad essa è incentrato sulla delimitazione delle competenze tra Stato e regioni, con la conseguenza che sono ancora oggi valide ed attuali le considerazioni effettuate in precedenza, rivolte, principalmente, ad elaborare un istituto giuridico unitario dell'ambiente ed inserirlo all'interno della categoria dei c.d. "nuovi diritti", intendendo con tale termine, secondo un mero criterio formale, quei diritti costituzionali che non sono espressamente contemplati dalla Carta, ma che, stante l'ampiezza delle formule adoperate dalla Costituzione in materia di diritti fondamentali, trovano implicitamente, strumentalmente o incidentalmente riconoscimento, tramite il ragionamento interpretativo della Corte costituzionale<sup>#####</sup>.

Di conseguenza, l'emersione di tali nuovi diritti (ed in particolare del concetto giuridico di ambiente), nonché il susseguente ampliamento degli spazi di tutela dei cittadini e degli individui, è merito della elaborazione da parte della Consulta, che, attraverso la sua opera adeguatrice, è

\* Dottore di ricerca in Autonomia individuale e autonomia collettiva presso l'Università di Roma – Tor Vergata  
+++++ Cfr., *ex multis*, Corte Cost. sentt. n. 407/2002, n. 536/2002, n. 222/2003, n. 331, 2003, n. 108/2005, n. 380/2007, n. 244/2011.

##### V. F. MODUGNO, I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale, Torino, 1995, p. 2 ss.

stata chiamata più volte a trovare una soluzione alle contingenze dell'evoluzione sociale, adeguando il testo formale alle esigenze reali e alle concrete necessità del diritto vivente<sup>ssssssssss</sup>.

Tuttavia, dal punto di vista temporale, la Corte di Cassazione è stata il primo organo a prendere in considerazione l'istituto dell'ambiente, in un periodo storico caratterizzato dall'assenza di un equilibrio tra il fatto creativo ed il fatto distruttivo dell'uomo, ossia dove "*le forze distruttive [erano] maggiori delle forze costruttive*"<sup>\*\*\*\*\*</sup>. La Corte Suprema, con la sentenza n. 5172/79, ha abbandonato la prospettiva meramente "dominica" di questo diritto, e ha assegnato, ai sensi del combinato disposto degli art. 32 e 2 Cost., un contenuto di socialità e di sicurezza al diritto alla salute, così da ricavarne, tra l'altro, un vero e proprio diritto all'ambiente salubre, fondamentale, incondizionato e assoluto dell'individuo, che si esprimeva come modo d'essere della persona umana<sup>+++++</sup>.

Solo successivamente, anche nelle pronunce dei giudici costituzionali, ha iniziato ad emergere progressivamente un interesse per l'ambiente in quanto tale, oltre la mera tutela del paesaggio<sup>#####</sup>, la cui definitiva affermazione è avvenuta con la sentenza n. 210/87, con la quale la Corte ha riconosciuto la legittimità di norme statali volte alla "*salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività*", configurando il danno ambientale come una "*offesa al diritto che vanta ogni cittadino individualmente e collettivamente. Trattasi di valori che in sostanza la Costituzione prevede e garantisce (artt. 9 e 32 Cost.), alla stregua dei quali le norme di previsione abbisognano di una sempre più moderna interpretazione*"<sup>ssssssssss</sup>.

La ricostruzione da parte della Consulta di un diritto all'ambiente secondo lo schema tradizionale del diritto soggettivo ha tuttavia suscitato perplessità nella dottrina, che qualificava l'espressione "diritto all'ambiente" non in termini di diritto in senso tecnico, ma piuttosto come formula riassuntiva di singole situazioni soggettive diversamente tutelabili, la cui *ratio* logico-giuridica poneva le proprie basi sulla stessa nozione di ambiente.

<sup>ssssssssss</sup> In tal senso, la Corte costituzionale si è occupata, tra l'altro, del "diritto alla vita" (sentenze nn. [27 del 1975](#); [35 del 1997](#); [223 del 1996](#)), del diritto "all'identità personale" definito come "diritto ad essere se stessi" ([sentenza n. 13 del 1994](#)), della libertà personale, intesa non solo come garanzia da forme di coercizione fisica della persona, ma che comprende anche la libertà di autodeterminazione del soggetto ([sentenza n. 30 del 1962](#)), del diritto d'informazione (sentenze [n. 84 del 1969](#) e [n. 348 del 1990](#)), dell'obiezione di coscienza (sentenze [n. 164 del 1985](#); [n. 470 del 1989](#); e [n. 467 del 1991](#)).

Con riguardo alla graduale emersione dell'interesse ambientale nell'ambito della legislazione comunitaria e nazionale si veda R. FERRARA, I principi comunitari della tutela dell'ambiente, in *Dir. amm.*, 2005, p. 526; G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente (parte generale)*, Torino, 2008, p. 3; S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012; M. RENNA, I principi in materia di tutela dell'ambiente, in *Rqda*, 2012, p. 62; D. SORACE, *Tutela dell'ambiente e principi generali sul procedimento amministrativo*, in Grassi S., Sandulli M.A. (a cura di), *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2014, p. 3; G. ROSSI, *L'evoluzione del diritto dell'ambiente*, in *Rqda*, 2015, p. 2.

<sup>\*\*\*\*\*</sup> V. M.S. GIANNINI, *Diritto dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 1125.

<sup>+++++</sup> Cfr. S. PATTI, *Diritto all'ambiente e tutela della persona*, in *Giur. it.* 1980, p. 859 ss.

<sup>#####</sup> Cfr. M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano 2000, p. 8 ss.

<sup>ssssssssss</sup> A conferma di queste considerazioni, la Corte ritorna sul tema con le decisioni nn. 617 e 641/87, ribadendo che l'ambiente costituisce un bene giuridico suscettibile di tutela costituzionale in quanto «*elemento determinativo della qualità della vita*» tanto che «*la sua protezione (...) esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assurge a valore primario ed assoluto*». Né, a giudizio della Consulta, la pur innegabile varietà di estrinsecazioni delle forme di godimento di esso e, per conseguenza, della sua tutela, è di ostacolo alla configurazione di un bene unitariamente inteso. Cfr. S. GRASSI, *Principi costituzionali e comunitari per la tutela dell'ambiente*, in Scritti in onore di Alberto Predieri, Milano 1996, vol. II, p. 926, che parla di un nuovo diritto con struttura unitaria che sintetizza un complesso di diritti; e A. ZORZI GIUSTINIANI, *La protezione dell'ambiente nuova frontiera del costituzionalismo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, cit., vol. IV, p. 3722, il quale ne rileva la «*natura proteiforme*» propria dei diritti di terza generazione.

Nello specifico, la necessità di evitare che l'utilizzazione incontrollata di alcuni beni possa arrecare danni alle risorse naturali, al punto da compromettere irreversibilmente l'indispensabile equilibrio fra individuo e natura, ha provocato un vasto movimento di pensiero attorno alla definizione del concetto giuridico di ambiente.

Le diverse indagini, svolte sia dalla cultura in generale che dalla ricerca giuridica in particolare, hanno avuto come principale obiettivo quello di costruire una nozione unitaria dell'ambiente e comprensiva di tutti gli elementi che lo dovrebbero comporre dando luogo, inizialmente, a definizioni particolarmente generiche, quali quella che considerava l'ambiente come *"l'insieme, in un dato momento, degli agenti fisici, chimici, biologici e dei fattori sociali suscettibili di avere un effetto diretto o indiretto, immediato o a termine, sugli esseri viventi e le attività umane"*\*\*\*\*\* ovvero quell'altra, secondo cui l'ambiente rappresentava *"quelle condizioni oggettive esterne che determinano le modalità di realizzazione del benessere biologico e psichico"*+++++++.

Queste definizioni, mosse più da stimoli emozionali che da argomenti razionali, erano per il giurista inutilizzabili, in quanto impedivano di individuare definiti strumenti giuridici di attuazione della relativa tutela.

Pertanto, l'esistenza di un bene giuridico che possa qualificarsi con il termine ambiente è stata tutta da accertare, con la conseguenza che la relativa indagine, per essere metodologicamente corretta, doveva procedere preliminarmente su un piano biologico e, successivamente, sulla misura in cui l'ordinamento giuridico la recepisce e la disciplinasse.

Sotto il primo profilo, quello biologico, è stato osservato che nella locuzione ambiente erano ricomprese parecchie voci: *"l'abitazione, il posto di lavoro, il complesso residenziale, il paesaggio, il prossimo ed altri elementi essenziali"*++++++. Da questo punto di vista, quindi, il termine ambiente si presentava come una espressione convenzionale, riferibile ad una pluralità di elementi che dovevano presentare l'estremo della tollerabilità, sia reciprocamente, sia nel rapporto con l'individuo§§§§§§§§§§, al fine di definire il grado di soddisfazione che ad esse poteva essere attribuito per renderle compatibili l'una con l'altra.

Inoltre, sempre con riferimento al criterio naturalistico, all'interno della nozione era ricondotta anche l'attività dell'uomo, in quanto *"con la comparsa dell'uomo nella storia - anzi nella preistoria - l'ambiente cessa di essere un dato semplicemente naturale"*, dal momento che *"l'uomo è artifex per eccellenza"*, non permettendo all'ambiente di rimanere naturale\*\*\*\*\*. L'equilibrio che non fosse artificiale, infatti, risulterebbe del tutto improduttivo ed inutile per l'uomo *"perché quasi tutta la materia organica prodotta è distrutta dagli organismi che formano l'ecosistema"*+++++++.

Su altro piano, l'indagine giuridica, partendo dalle voci sopra citate, che rappresentavano i vari interessi che fanno capo ad un soggetto, si concretizzava nella composizione del conflitto di tali interessi, attraverso la predeterminazione del grado di rilevanza delle relative posizioni soggettive

\*\*\*\*\* Definizione proposta dal *Conseil international de langue française*, citata da S. PATTI, voce Ambiente, p. 31.

+++++++ Cfr. N. LIPARI ed altri, *Il problema dell'uomo nell'ambiente*, in *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, p. 21.

+++++++ Cfr. J.G. HEMEKE, *Le ineguaglianze naturali fra gli individui sotto il profilo morfologico e psicologico*, in *Individuo e ambiente*, p. 138.

§§§§§§§§§§ Cfr. J.G. HEMEKE, *cit.*

\*\*\*\*\* Cfr. V. MATHIEU, *Presentazione, Individuo e ambiente*, Bologna, 1973, p. 7-8.

+++++++ Cfr. CAPPELLI, *Intervento in Individuo e ambiente*, Bologna, 1973, p. 153.

e la definizione dei poteri che a ciascun soggetto, titolare di quel determinato interesse, l'ordinamento giuridico assegnava.

Si passava così da una posizione di indifferenza dell'ordinamento verso determinati bisogni (interessi di fatto) a forme di tutela di diverse gradazioni, rappresentate, come è noto, dalle posizioni giuridiche soggettive di interesse legittimo e diritto soggettivo, il cui grado di rilevanza è espresso dalla natura della sanzione predisposta dal legislatore in caso di violazione di essi: l'annullamento dell'atto, il risarcimento del danno e la sanzione penale.

In tale contesto, tuttavia, la convergenza di più interessi verso una determinata "cosa" non comportava *tout court* una identità del bene in senso giuridico, così come spiegato dalla teoria generale del diritto che, infatti, considera il bene in senso giuridico come "*una sintesi fra il particolare interesse tutelato e la situazione soggettiva predisposta dall'ordinamento giuridico come strumento di tutela*"#####. Da questo assunto emerge chiaramente che l'area dei poteri accordata al titolare è posta in diretta relazione con la qualificazione del bene in senso giuridico e che tali poteri sono in funzione dell'utilità che allo stesso soggetto viene garantita dall'ordinamento giuridico.

Poteri ed utilità sono, quindi, i due termini in cui si articola la rilevanza del bene in senso giuridico, mentre la "cosa" è un elemento neutro, che acquista rilevanza soltanto in virtù del titolo che giustifica il godimento#####.

Di conseguenza, a titolo esemplificativo, il grado di purezza dell'acqua non è sufficiente a far assumere il ruolo di bene in senso giuridico a quella cosa, se l'ordinamento giuridico non accorda ad un soggetto il potere di tutelare quell'interesse, nel caso in cui l'inquinamento superi i limiti di tollerabilità stabiliti dalla normativa stessa.

In definitiva, al termine ambiente deve attribuirsi un significato non contenutistico, ma convenzionale, espressivo, cioè, di un fenomeno in cui convergono diversi elementi materiali, quali l'aria, l'acqua, il suolo e comportamenti umani, i quali ricevono una tutela che non solo è formalmente differenziata, ma che presenta caratteri di diversità all'interno di ciascun elemento: l'acqua, ad esempio, è diversamente disciplinata a seconda che serva per l'irrigazione o sia destinata ad uso potabile\*\*\*\*\*.

Sulla base di tali considerazioni, la giurisprudenza costituzionale aveva ormai assunto l'ambiente come un valore costituzionale che individuava un diritto fondamentale della persona alla sua fruizione e, contestualmente, un dovere della collettività ai fini della sua conservazione, tenuto conto della sua natura unitaria, così come affermato nella pronuncia n. 641/87, secondo cui "*l'ambiente è un bene di valore assoluto e primario, è un bene giuridico, in quanto riconosciuto e tutelato da norme. Infine, è un bene immateriale unitario*"#####.

In definitiva, quindi, la Corte costituzionale aveva configurato un diritto all'ambiente, inteso come "*diritto fondamentale ed interesse della collettività*", posto a presidio di un bene, l'ambiente, di "*valore assoluto, primario ed unitario, se pur composto da molteplici aspetti rilevanti per la vita naturale ed umana*".

##### Cfr. S. PUGLIATTI, *voce Beni (teor.gen)*, in Encl. dir., vol. V, Milano, 1969 p. 174.

##### Cfr. R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1934, p. 78.

\*\*\*\*\* V. Corte cost. n. 239/1982.

##### Sul punto, v. P. MADDALENA, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza costituzionale*, in Giorn. dir. amm., n. 3/2010, pag. 307.

Come anticipato, la riforma costituzionale del 2001, sebbene si sia limitata ad elencare espressamente l'ambiente tra le materie di competenza esclusiva dello Stato (senza fornire una definizione della stessa), ha costretto i giudici della Corte costituzionale a conciliare le precedenti considerazioni con il nuovo contenuto dell'art. 117 della Costituzione, cercando di ancorare il valore ambientale ad un contenuto maggiormente oggettivo, piuttosto che finalistico.

Atteso che sia da escludere l'identificazione della tutela dell'ambiente con una materia in senso stretto, in quanto essa investe inestricabilmente altri interessi e competenze, il dato testuale del nuovo articolo 117 Cost. comporterebbe, tuttavia, una intrinseca difficoltà nel "*concepire, sul piano giuridico, una competenza esclusiva che si intreccia con altri interessi e competenze. La competenza, cioè la misura di un potere, è strettamente legata al singolo potere di cui si tratta, e parlare di intreccio di competenze significa trasformare una competenza per sua natura unica, in quanto riferita ad un potere, in una competenza comune a più poteri*"<sup>#####</sup>.

Di conseguenza, la connotazione eminentemente teleologica, che la tutela dell'ambiente aveva rivestito nelle precedenti pronunce della Consulta, viene affiancata da una concezione oggettivistica del bene giuridico, così come confermano le considerazioni di diritto delle successive sentenze della Corte costituzionale, dove si osserva che la "*tutela dell'ambiente ha un contenuto allo stesso tempo oggettivo, in quanto riferito ad un bene, l'ambiente (sentt. n. 367 e n. 378 del 2007; n. 12 del 2009), e finalistico, perché tende alla migliore conservazione del bene stesso (sentt. n. 104 del 2008; n. 10, n. 30 e n. 220 del 2009)*". La Corte ha quindi precisato che "*l'oggetto tutelato non è il concetto astratto delle bellezze naturali, ma l'insieme delle cose, beni materiali, o le loro composizioni, che presentano valore paesaggistico*", di talché l'ambiente costituisce "*un bene della vita, materiale e complesso, la cui disciplina comprende anche la tutela e la salvaguardia delle qualità e degli equilibri delle sue singole componenti*".

La concezione dell'ambiente assunta dalla Corte costituzionale, inteso come bene giuridico su cui concorrono diverse competenze, in relazione alle qualità e agli equilibri fra le sue singole componenti, comporta un diretto effetto anche nelle eventuali operazioni di bilanciamento del valore ambientale, il quale si concretizza sotto due profili, a seconda che l'operatore giuridico operi il bilanciamento tra due voci che compongono la stessa nozione di ambiente ovvero esegua il bilanciamento del valore ambientale con un differente valore costituzionale. Nella prima ipotesi, il relativo giudizio di comparazione avviene sui criteri di compatibilità e di tollerabilità dell'influenza dei vari elementi, quali l'uomo, la fauna, la flora, il suolo, l'acqua, l'aria, il clima e il paesaggio; nel secondo caso, invece, sebbene l'assolutezza attribuita a questo diritto dalla Corte nella sentenza n. 641/87, che nella sua perentorietà sembrerebbe escludere ogni bilanciamento, le successive pronunce confermano il consolidamento dell'indirizzo che vede nell'ambiente un valore di primario rilievo costituzionale<sup>#####</sup>, postulando pertanto una comparazione ed un bilanciamento di esso con gli altri interessi espressi nella Carta fondamentale, quali, ad esempio, la proprietà privata o la libertà di impresa, rispetto ai quali il valore ambientale può integrare le clausole generali della utilità e della funzione sociale di cui agli articoli 41 e 42 della Costituzione.

<sup>#####</sup> Così P. MADDALENA, *op. cit.*, p. 309.

<sup>#####</sup> Cfr. Corte cost. 302/88 e 324/89, secondo cui l'ambiente si estrinseca in una situazione soggettiva, sia pure di multiforme applicazione. Sulla struttura complessa e polidimensionale del diritto all'ambiente si vedano le argomentazioni di G. PASCALE, *Il diritto umano all'ambiente come diritto umano di nuova generazione*, in Riv. coop. giur. int. 2010, p. 63 ss.

## 2. Il bilanciamento costituzionale del valore ambientale

Il bilanciamento in concreto - e quindi al di là di ogni valutazione circa la sua effettiva riconduzione tra i canoni ermeneutici<sup>\*\*\*\*\*</sup> - rappresenta un'operazione di composizione tra i vari principi e valori costituzionali, in apparenza confliggenti ai fini del caso disciplinato dalla legge. Attraverso la sua applicazione, pertanto, è possibile, da un lato, riconoscere una eventuale preminenza di un valore rispetto a quello contrastante e, su altro versante, esso permette di verificare che la scelta operata dal legislatore non sacrifichi in modo eccessivo l'interesse pretermesso<sup>+++++</sup>.

A livello costituzionale, il presupposto della teoria del bilanciamento è costituito dalla *summa divisio* tra principi e regole, la cui principale differenza risiede nella discrezionalità, riconosciuta all'organo legislativo, di tutelare, con maggiore o minore forza, gli interessi contenuti nei relativi precetti<sup>+++++</sup>.

Segnatamente, i principi costituzionali, ossia l'oggetto specifico del bilanciamento stesso, sono "precetti di ottimizzazione", i quali non richiedono necessariamente un rispetto assoluto, ma un maggiore grado di osservanza in relazione alle contingenze fattuali e giuridiche, con la conseguenza che, in fase attuativa, essi postulano una scelta a seconda del peso che il legislatore intende attribuire a quell'interesse di fronte ad altri interessi interferenti<sup>ssssssssssssssss</sup>.

Per contro, le regole non richiedono tale scelta, in quanto esse sono "*applicabili nella forma del tutto o niente*"<sup>\*\*\*\*\*</sup>, secondo i criteri della sussunzione (e non del bilanciamento), di talché, qualora si verificasse la fattispecie prevista dalla regola, troveranno diretta esecuzione le conseguenze da essa statuite.

In definitiva, quindi, la differenza tra principi e regole si rinviene "*nell'esistenza o meno di una attuazione temperata, ossia nella possibilità di scelta al momento dell'applicazione*"<sup>+++++</sup>.

Il bilanciamento consiste, infatti, in una verifica sulla funzionalità della legge, intesa come la capacità di quest'ultima di comporre l'apparente conflittualità tra principi applicabili al caso disciplinato *ex lege*. Del resto, appare evidente come tale operazione presupponga la necessità di

---

\*\*\*\*\* Con riferimento alla natura giuridica del bilanciamento, cfr. F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, p. 55 e ss.; in senso contrario R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 60, secondo il quale la differenza tra l'opera di interpretazione - attraverso cui si individuano i limiti ai diritti, dando un significato preciso alla lettera della legge - e bilanciamento - per mezzo del quale non si intende individuare un unico significato normativo ad un enunciato legislativo ma si mira ad ottenere una soluzione soddisfacente in presenza di un concreto conflitto tra interessi - è netta. In una posizione intermedia, A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giurisprudenza costituzionale*, in M. LA TORRE - A. SPADARO, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 130, secondo il quale, pur svolgendosi il bilanciamento e l'interpretazione su due piani formalmente diversi (sul piano degli interessi, il primo; sul piano delle disposizioni, la seconda), in realtà si tratta di «esperienze reciprocamente intrecciate e compenstrate», al punto da rendere incerta ogni chiara linea di demarcazione.

+++++ V. A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità - Ordinamento italiano*, in Enciclopedia giuridica Treccani, XXVIII, Roma 1991, p. 23 e ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., p. 33 e ss.; A. MORRONE, *Bilanciamento*, in Enciclopedia del diritto, Annali, 2008, Volume II, Tomo II, p. 185 e ss.; G. SCACCIA, *Ragionevolezza delle leggi*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, vol. V, p. 4811 e ss.

##### V. A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Torino, 2014, p. 16 ss. e 88 ss.; C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, in *Dir. pubblico* 1/2015, p. 35 e ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 147 e ss.

ssssssssssss V. R. ALEXY, *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. LA TORRE - A. SPADARO, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 38.

\*\*\*\*\* V. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, p. 51.

+++++ Cfr. C. PADULA, *Dove va il bilanciamento degli interessi? osservazioni sulle sentenze 10 e 155 del 2015*, in [www.federalimi.it](http://www.federalimi.it), 14 ottobre 2015.

valutare se all'interno della Costituzione medesima, che costituisce essa stessa un compromesso tra interessi contrapposti delle diverse parti sociali, sia rinvenibile una gerarchia tra i valori ivi contenuti.

Come è noto, le posizioni dottrinarie sono particolarmente divergenti su tale questione: da un lato, la prima corrente di pensiero considera il patto costituzionale come un insieme conflittuale di valori; *ex adverso*, la contrapposta posizione ritiene la Costituzione come una struttura connotata da una profonda coesistenza dei principi, la quale, grazie al suo carattere rigido, trova una propria tutela dalle decisioni delle maggioranze future.

Sotto questo profilo, la giurisprudenza costituzionale, sin dalla sua prima opera di bilanciamento risalente agli anni '70 del secolo scorso, ha dimostrato una particolare prudenza nel rilevare espressamente una scala gerarchica tra i vari valori costituzionali, ad eccezione della netta presa di posizione con riferimento ai principi supremi (così come riconosciuti nella nota sentenza n. 1146/1988), i quali, per loro natura intrinseca, comportano un condizionamento maggiore, rispetto agli altri principi, nelle scelte discrezionali legislative.

In tale quadro, giova ricordare che proprio il bilanciamento tra il valore ambientale e la libertà di iniziativa economica rappresenta l'archetipo su cui la Corte costituzionale ha fondato la sua opera di elaborazione in merito all'equilibrio tra un nuovo diritto e i principi costituzionale espressi, stante, da un lato, il carattere aperto, a-coerente e a-completo dell'ordinamento giuridico stesso e, dall'altro, in considerazione del fatto che il valore ambientale non si pone come interesse sovraordinato all'interesse economico dell'impresa, determinando così, in sede di bilanciamento, la necessità per il giudice delle leggi di circoscriverne il contenuto minimo.

Nello specifico, le necessità economiche ed occupazionali, avvertite negli anni Settanta del secolo scorso, hanno determinato una primazia delle esigenze imprenditoriali del tempo, sia a livello legislativo che giurisprudenziale, agevolando un forte sviluppo industriale, al di là di qualsiasi ragionata e profonda ponderazione dei limiti ambientali, contrapposti per natura a quest'ultimi.

Successivamente, con lo sviluppo di una coscienza ambientale più marcata nella comunità internazionale ed interna, il bilanciamento tra questi due valori ha raggiunto un nuovo punto di equilibrio, favorendo una applicazione concreta del riconoscimento di questo nuovo diritto e

##### Cfr. CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in Opere, Milano, 1959, vol. V, p. 414, il quale affermava: «Si può dire che queste Costituzioni sono l'indicazione di temi provvisori, dei punti in contrasto sui quali si svolge la lotta politica: un catalogo di divergenze, e non un catalogo di convergenze, un indice di dissensi e non un indice di consensi».

##### V. C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, p. 106, il quale, ricordando come la nostra Costituzione nasca dal rifiuto del formalismo e come patto sociale fondato sulla condivisione di valori, ricorda come essa abbia adempiuto ad un'opera di «omogeneizzazione delle diverse ideologie», costituendo un disegno costituzionale «realmente unificante», in cui i valori costituzionali danno luogo ad un sistema complesso sì, «ma ordinato ed immune da contraddizioni logiche».

##### Come noto, essi sono non solo «i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana».

##### V. A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, 2014, p. 1 ss..

##### Cfr. M. CECCHETTI, *Principi*, cit., 211 ss., per il quale il richiamo congiunto della salute e dell'ambiente rappresenta un'endiadi da cui si ricava un vero e proprio diritto all'ambiente salubre.

riconoscendo fallimentare le politiche di imprese dirette al solo profitto economico, a scapito di salute ed ambiente

Tuttavia, ad oggi, in relazione agli indici economici e sociali raggiunti, sembrerebbe ritornare la problematica dell'equilibrio tra ambiente e impresa, così come dimostra la decisione della Corte costituzionale n. 85/2013, avente ad oggetto il caso Ilva, nella quale il bilanciamento operato della Corte, sulla base dell'assunto che tutti i diritti fondamentali sono in rapporto di integrazione reciproca (e non di prevalenza gerarchica), appare diretto ad una maggiore considerazione delle esigenze, quanto mai drammatiche, occupazionali ed economiche, in relazione ad un modello di sviluppo sostenibile

La suddetta decisione della Corte costituzionale rappresenta un punto di riferimento attuale in tema di bilanciamento di valori costituzionali confliggenti, in quanto elenca in maniera univoca i criteri su cui basare tale operazione. In primo luogo, i giudici della Consulta affrontano il requisito della necessità, secondo cui è possibile limitare un diritto o un interesse costituzionale solo in presenza della necessità di attuare un altro valore che l'ordinamento pone sullo stesso piano

Il secondo criterio, quello della sufficienza, postula la verifica del rapporto tra l'accrescimento di tutela del diritto ritenuto prevalente e la diminuzione di salvaguardia dell'altro, valutando se le esigenze di garanzia di quest'ultimo siano soddisfatte in modo "non insufficiente".

Infine, il terzo e decisivo requisito è quello della proporzione, il cui fine risiede nella valutazione della proporzione riguardo alla compressione dei diritti costituzionalmente rilevanti, ossia nella verifica, secondo un principio di ragionevolezza, del rispetto del nucleo essenziale del valore costituzionale che viene limitato.

Cfr. C. CHIARIELLO, *La tutela costituzionale dell'ambiente come limite alla normativa sugli appalti*, tesi di dottorato, Università degli studi di Roma La Sapienza, a.a. 2015-2016.

Cfr. A. MORELLI, *Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), n. 1/2013, secondo cui il principio dello sviluppo sostenibile è costituito da tre elementi: *environment*, ossia l'insieme di tutti gli elementi che contribuiscono alla tutela ambientale; *economy*, che orienta il bilanciamento in considerazione degli interessi economici degli operatori; *equity*, criterio che attribuisce rilevanza agli interessi della collettività, quale la tutela del livello occupazionale.

Nello specifico, la sentenza in esame afferma che *“la ratio della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra i diritti fondamentali tutelati nella Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.) da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso”*. Sul tema, cfr. UCCELLO BARRETTA L., *Tutela della salute e dell'ambiente nel caso Ilva*, in CATELLANI E., PANIZZA S., ROMBOLI R., (a cura di), *Profili attuali di diritto costituzionale*, Pisa, 2015; COLOMBO R., COMITO V., *L'Ilva di Taranto e cosa farne. L'ambiente, la salute, il lavoro*, Roma, 2013.

V. Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85 (par. 9, considerando in diritto) *«Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro»* (sentenza n. 264 del 2012). *Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»*.

Considerati i criteri fissati dalla Corte costituzionale, sulla base dell'integrazione reciproca tra i diritti fondamentali tutelati dalla Carta fondamentale, non è possibile rinvenire, secondo una scala gerarchica di natura assoluta, una prevalenza a priori di un valore costituzionale sugli altri, dal momento che la scelta circa tale primazia, tenuto conto della tutela sistemica di questi valori, appartiene ad una valutazione di merito oggettivamente politico, il quale, sebbene in un periodo caratterizzato da una politica legislativa non sufficientemente ragionevole, costituisce ancora un divieto espresso per l'organo giudiziario#####.

Pertanto, le considerazioni effettuate dalla Corte costituzionale riconoscono al giudizio di bilanciamento una natura dinamica, che si estrinseca su due livelli applicativi, ancorché collegati: da un punto di vista sostanziale, la natura dinamica di tale operazione si evince nella stessa individuazione di una gerarchia tra valori costituzionali confliggenti, in quanto appare evidente, come implicitamente riconosciuto dalla sentenza sopra descritta, la presenza di una scala di valori mobile#####, basata sulla tipicità, in modo tale da tener conto delle evoluzioni dell'opinione pubblica e del costume sociale\*\*\*\*\*.

In secondo luogo, il carattere dinamico del bilanciamento dei valori costituzionali si manifesta nel suo stesso procedimento costitutivo, il quale si concretizza in un processo sistemico e, giustappunto, dinamico tra diversi soggetti istituzionali, le cui determinazioni concorrono a formare il bilanciamento stesso. In particolar modo, i soggetti coinvolti sono l'organo legislativo, che, in qualità di soggetto rappresentativo delle parti politiche, è deputato alla scelta di politica legislativa avente ad oggetto la sintesi degli interessi in conflitto, e l'organo giudiziario costituzionale, il quale invece, sulla base di criteri tecnico-giuridici, interviene nel processo di bilanciamento attraverso una valutazione sull'esito di quest'ultimo rispetto i principi costituzionali vigenti.

In conclusione, il bilanciamento di valori costituzionali, nell'ottica di un sistema giuridico unitario e di equilibrio tra poteri, coinvolge sia il legislatore, che rinvia all'amministrazione

---

##### La legge 11 marzo 1953, n. 87, recante "Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale", all'art. 28, prescrive che "*Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento*". Come noto, il ruolo "politico" dei giudici costituzionali rappresenta un tratto caratterizzante di tale tipologia di organo: «alla base di tutti i sistemi di giustizia costituzionale c'è la politica e c'è la giurisdizione. I vari sistemi nascono dal dosaggio di questi due momenti» (così E. CHELLI, *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 31). Con riferimento al caso italiano è stato autorevolmente affermato che «la funzione della Corte è politica, ma allo stesso tempo non appartiene alla politica» (v. G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Einaudi, Torino, 2005). Infatti, se si dà ad un organo il potere di annullare le leggi, sia pure in base ad un parametro che è quello dato dalla Costituzione, si dà a questo organo la possibilità di incidere sull'indirizzo politico, perché le leggi realizzano l'indirizzo politico dei parlamenti, dei governi, delle maggioranze. Perciò la funzione della Corte è, per il suo oggetto, ma, la Corte, pur svolgendo una funzione politica, non appartiene alla politica, dal momento che l'organo non ha una collocazione nel sistema politico analoga agli organi politici (al Parlamento, al Governo, allo stesso Capo dello Stato che ha, sia pure con un potere "neutro", una politicità nella sua rappresentanza).

##### Cfr. F. MODUGNO, *La ragionevolezza*, cit., p. 34, secondo cui il bilanciamento operato dalla Corte costituzionale «consiste in un giudizio che, caso per caso, dispone i principi costituzionali in una sorta di gerarchia mobile, per cui un principio è anteposto ad un altro per la soluzione del caso di specie».

\*\*\*\*\* Così R. ROMBOLI, *Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti*, in V. ANGIOLINI, *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, p. 215. Nello stesso senso A. PIZZORUSSO, *Ragionevolezza e razionalità nella creazione e nell'applicazione della legge*, in M. LA TORRE - A. SPADARO (a curadi), *La ragionevolezza nel diritto*, cit., p. 55, secondo il quale occorre procedere ad una attenta e sistematica rassegna dei casi, in modo che il controllo di ragionevolezza non si trasformi in un "controllo di opportunità della legge [...] ossia in una valutazione circa la giustizia della legge".

l'esecuzione e la gestione di quanto individuato normativamente, sia i giudici costituzionali, il cui compito consiste nel controllo della correttezza dell'applicazione della scelta di politica legislativa. Di conseguenza, le decisioni di quest'ultimo, con riferimento alla coerenza del bilanciamento effettuato rispetto al diritto vivente, producono degli effetti diretti sulle susseguenti scelte di politica legislativa del primo soggetto, così come si riscontra nella legge 7 agosto 2015, n. 124, che recepisce in maniera evidente il nuovo equilibrio assunto tra il valore ambientale e quello imprenditoriale.

### 3. Il bilanciamento amministrativo dell'interesse ambientale

Come dimostrato dalle innovazioni apportate dalla legge 7 agosto 2015, n. 124, recante "*deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*", le considerazioni svolte dai giudici costituzionali, riguardo all'attuale equilibrio tra impresa ed ambiente, si riverberano direttamente sulle decisioni legislative in materia di procedimento amministrativo, il quale, come è noto, rappresenta il luogo deputato, in concreto, alla risoluzione del bilanciamento tra interessi contrapposti.

In particolare, la normativa in esame contiene al suo interno una serie di disposizioni direttamente applicabili, come l'articolo 3, in tema di "*silenzio tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici*", che prevede l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso ai procedimenti in cui sono coinvolte più amministrazioni pubbliche, ancorché esse siano preposte alla tutela di interessi sensibili come l'ambiente, il paesaggio, i beni culturali o salute<sup>+++++</sup>; ovvero la stessa legge contiene una serie di disposizioni di delegazione, come l'art. 2, con il quale viene demandato all'organo governativo il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi. Sotto quest'ultimo profilo, il d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127 ("*Norme per il*

---

<sup>+++++</sup> V. art. 17-bis, l. n. 241/90 introdotto dall'art. 3, l. n. 125/2015, rubricato Silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici: "*1. Nei casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche, le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta entro trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell'amministrazione procedente. Il termine è interrotto qualora l'amministrazione o il gestore che deve rendere il proprio assenso, concerto o nulla osta rappresenti esigenze istruttorie o richieste di modifica, motivate e formulate in modo puntuale nel termine stesso. In tal caso, l'assenso, il concerto o il nulla osta è reso nei successivi trenta giorni dalla ricezione degli elementi istruttori o dello schema di provvedimento; non sono ammesse ulteriori interruzioni di termini.*

*2. Decorsi i termini di cui al comma 1 senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito. In caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali coinvolte nei procedimenti di cui al comma 1, il Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, decide sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento.*

*3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche.*

*In tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente. Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito.*

*4. Le disposizioni del presente articolo non si applicano nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi*".

In dottrina, cfr. F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla legge Madia*, in *Federalismi*, 2015; M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015, n.124 sulle attività economiche: le novità in materia di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, in *Federalismi*, 2015; E. SCOTTI, *Silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 566 ss.

riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124") introduce una serie di novità, riconducibili ai criteri generali della semplificazione e dell'accelerazione, quali la conferenza semplificata per le questioni di minore rilevanza, la riduzione di tutti i termini, siano essi istruttori o decisori, con la conversione di questi agli istituti della decadenza o del silenzio assenso e il depotenziamento della tutela dei c.d. interessi sensibili.

Tali modifiche legislative rappresentano quindi, in maniera tangibile, la differente sensibilità che l'ordinamento giuridico riserva oggi nei confronti della materia ambientale, tornato nuovamente, come già avvenuto in passato, ad un atteggiamento di favore verso gli interessi economici ed imprenditoriali rispetto a quest'ultima.

In primo luogo, l'art. 17-bis della legge n. 241/90 statuisce espressamente che qualsiasi atto di assenso di una pubblica amministrazione che debba intervenire in un procedimento di un'altra amministrazione è sostituito da un silenzio assenso, nel caso in cui essa non si pronunci nel termine ordinario di trenta giorni, ad eccezione delle materie sensibili (tra le quali è ricompresa quella ambientale), dove il suddetto termine è esteso a novanta giorni. Ne consegue, *ictu oculi*, che la differente tutela tra interessi "ordinari" ed interessi "sensibili" si sostanzia, con le nuove previsioni normative procedurali, ad un mero allungamento dei termini per la formazione del relativo silenzio assenso, a differenza di quanto accadeva precedentemente che, con riferimento agli interessi sensibili, la regola dell'assenso presunto non poteva essere considerata legittima, in quanto "non tutti gli interessi tollerano una disciplina procedimentale che comporti una semplificazione in grado di sacrificare la corretta ponderazione di alcuni valori"#####.

Oltre alla novità introdotta dall'art. 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, che nonostante abbia una mera natura procedimentale fa chiaramente emergere la *ratio* sostanziale sottesa ad essa, l'elemento innovativo maggiormente significativo ed indicativo, rispetto alla reale intenzione legislativa, è costituito dalla nuova normativa in materia di conferenza di servizi, che rappresenta la sede concreta dove avviene il confronto discrezionale tra i vari interessi pubblici.

L'obiettivo principale della conferenza di servizi, infatti, è quello di dirimere i problemi del pluralismo che caratterizzano i moderni ordinamenti democratici, attraverso un metodo di coordinamento dei vari interessi coinvolti nell'assunzione di decisioni complesse#####. In linea generale, pertanto, la funzione della conferenza di servizi risiede proprio nel ricomporre, a livello procedimentale, la frammentazione delle competenze ordinamentali e degli interessi pubblici protetti, cercando di divenire l'ambiente adeguato al bilanciamento di quest'ultimi.

Prima dell'intervento del d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127, l'art. 14-quater, in tema di conferenza di servizi decisoria, disponeva che in caso di dissenso espresso in tale sede, qualora lo stesso fosse particolarmente qualificato - inteso come proveniente da una autorità preposta alla tutela di interessi pubblici di particolare importanza, come ad esempio l'ambiente - si produceva un effetto

##### V. E. CASETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 335 ss.

##### Sulle funzioni della conferenza si v. G. COMPORTE, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996; L. DE LUCIA, F. LUCIANI, *Contributo allo studio della conferenza di servizi decisoria*, in *Studi in onore di G. Guarino*, II, Padova, 1998, p. 61.; F. G. COCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 255; S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 621; D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Conferenza di servizi*, in *Enc. Giur., Annali*, II, vol. agg., Milano, 2009, p. 271; I.M.G. IMPASTATO, *La conferenza di servizi*, Torino, 2008.

di arresto procedimentale, fatto comunque salvo la possibilità di intervento del Consiglio dei Ministri, previa intesa con gli enti locali<sup>\*\*\*\*\*</sup>.

In tal modo, il legislatore aveva previsto la concreta salvaguardia dei valori e degli interessi qualificati, riconoscendo, in primo luogo, un potere di veto amministrativo ai soggetti posti alla loro protezione e designando, in ultima istanza, l'autorità politica come soggetto legittimato a compiere una valutazione, altamente discrezionale, di compromesso tra i vari interessi contrapposti.

Come evidenziato dal Consiglio di Stato, con la decisione del 15 gennaio 2013, n. 220, tale valutazione politica poteva contrastare, interamente o in parte, l'atto di dissenso qualificato, però esso "[doveva] fondarsi su una motivazione evidentemente divergente rispetto a quella, che [fornisse] adeguato e congruo conto delle ragioni specifiche per cui gli elementi del giudizio di compatibilità assunti dall'amministrazione dissenziente [andavano], in quel concreto caso, diversamente valutati", non potendo pertanto disapplicare i parametri del giudizio tecnico, in quanto "l'apprezzamento compiuto dal Consiglio dei Ministri [era] invece atto anche di alta amministrazione, che non [costituiva] un procedimento di riesame del dissenso qualificato, ma un'eventuale e dominante riconsiderazione dei suoi effetti, che [potevano] essere così impediti".

L'impostazione giurisprudenziale descritta è stata recepita e confermata dallo stesso legislatore, che, con la legge 11 novembre 2014, n. 164 (legge di conversione del d.l. 12 settembre 2014, n. 133), ha modificato l'art. 14-*quater*, comma 3, inserendo al suo interno l'inciso secondo cui il provvedimento *de quo* del Consiglio dei Ministri aveva "natura di atto di alta amministrazione", il quale doveva essere adottato attraverso una congrua e compiuta motivazione degli elementi di fatto e di diritto, qualora esso si ponesse in contrasto con il dissenso manifestato espressamente dall'amministrazione preposta alla tutela di interessi sensibili.

In definitiva, quindi, la normativa previgente poneva la conferenza di servizi al centro del bilanciamento degli interessi confliggenti, riservando ad essa un carattere centrale rispetto alla salvaguardia della preminenza del valore ambientale, dal momento che, da un lato, prevedeva nella prima fase di confronto tra i vari interessi pubblici, ossia quella di carattere amministrativo, la possibilità di arrestare il procedimento, seppur regolato dal principio di maggioranza, nei casi di dissenso qualificato e, dall'altro, rimetteva al Consiglio dei Ministri, quale organo politico, la facoltà di compiere un confronto discrezionale tra gli interessi in gioco, diretto a superare il dissenso qualificato del soggetto amministrativo.

\*\*\*\*\* Cfr. G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2015, p. 314, secondo cui «L'idea sottostante alla conferenza di servizi decisoria è che la determinazione conclusiva del procedimento debba costituire il frutto della concertazione di più amministrazioni investite a vario titolo della tutela di interessi inerenti il procedimento in corso». Per un esame del precedente istituto, si rinvia F.G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. Amm.*, 1999, n. 2; D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi ed amministrazione della complessità*, Torino, 2002; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Conferenza di servizi (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2008; G. PAGLIARI, *La Conferenza di servizi*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 608.

In ambito giurisprudenziale, invece, il Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2014, n. 1059, esaminando la legittimità di un parere negativo manifestato da una amministrazione "sensibile" al di fuori della conferenza di servizi e premettendo l'esigenza di procedere al confronto fisico di tutti i rappresentanti delle amministrazioni convocate, ed in particolare le amministrazioni a protezione di valori e interessi sensibili, ha ammesso tale evenienza, riconoscendo così l'effettiva rilevanza della salvaguardia di quest'ultimi, al di là di aspetti puramente procedimentali, in quanto «non è però dato far discendere da tali esatti presupposti conseguenze formalistiche, eccessive ed ultronee, che arrivano a negare la stessa ragione di base dei detti principi di confronto dialettico e di leale collaborazione che presiedono alla conferenza di servizi, e con essi i fondanti criteri di economicità e di efficacia che, a norma del principio generale dell'art. 1 l. n. 241 del 1990, debbono comunque presiedere alla complessiva azione amministrativa (anche in riferimento al principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione, di cui all'art. 97 Cost.)».



caratterizzato dalla necessaria primazia degli elementi economici ed occupazionali sui valori ambientali di nuova generazione.

Ciò trova applicazione nelle innovazioni apportate al procedimento amministrativo, le cui modifiche si incentrano proprio sulle amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili e sulla sede amministrativa deputata al loro bilanciamento, ossia la conferenza di servizi.

## La responsabilità civile dei magistrati: recenti novità\*

di Fabio Elefante\*\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Quis custodiet ipsos custodes?* – 3. L'indipendenza del giudice. – 4. Dalla legge 117/88 alla legge 18/2015. – 5. La responsabilità dei magistrati. – 6. La responsabilità dello Stato per attività giudiziaria.

### Introduzione

**L**a *vexata quaestio* della responsabilità dei magistrati è oggetto di una sintetica ma

approfondita riflessione di Piero Alberto Capotosti del 1968<sup>1</sup>.

Occasione della Sua riflessione è la fondamentale sentenza n. 2 del 1968 della Corte

costituzionale, che, risolvendo un dibattito aperto sin dall'instaurazione del nuovo ordinamento costituzionale, escluse il contrasto con l'art. 28 della Costituzione degli artt. 55 e 74 c.p.c., che, come già il codice del 1865 (art. 783) e, prima ancora, quello napoleonico<sup>2</sup>, circoscrivevano la responsabilità civile del magistrato (giudice e pubblico ministero) ai soli casi di dolo, frode e concussione.

La sentenza n. 2 del 1968 pone i (primi) punti fermi della materia chiarendo che:

- l'art. 28 Cost. si riferisce, oltre che agli uffici amministrativi, anche a quelli giudiziari, in quanto "l'autonomia e l'indipendenza della magistratura e del giudice ovviamente non pongono l'una al di là dello Stato, quasi *legibus soluta*, né l'altro fuori dall'organizzazione statale";
- il rinvio alla legge ordinaria contenuto nell'art. 28 Cost. deve intendersi non nel senso della automatica ed indistinta applicazione della disciplina di cui all'art. 2043 c.c., a tutti i pubblici funzionari, ma nel senso che la responsabilità potesse essere variamente disciplinata e graduata e che, pertanto, "la singolarità della funzione giurisdizionale, la natura dei provvedimenti giudiziari, la stessa posizione, *super partes*, del magistrato possono suggerire, come hanno suggerito *ante litteram*, condizioni e limiti alla sua responsabilità; ma non sono tali da legittimarne, per ipotesi, una negazione totale che violerebbe apertamente quel principio

\* Contributo inserito fra le anticipazioni di Nomos-Le attualità nel diritto n.3/2016 e pubblicato negli scritti in onore di Piero Alberto Capotosti.

\*\* Professore straordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Dipartimento di Economia e Diritto, Università di Roma "Sapienza".<sup>1</sup>

<sup>1</sup>P. A. Capotosti, *Profili costituzionali della responsabilità dei magistrati*, in *Foro Amm.*, 1, 1968, fasc. 44, pp. 193 ss..

<sup>2</sup>Cfr. A. Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, Milano, Giuffrè, 1995 (versione orig. 1987), pp. 106 ss..

o peccherebbe di irragionevolezza sia di per sé (art. 28) sia nel confronto con l'imputabilità dei "pubblici impiegati" (D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, art. 3 della Costituzione)<sup>3</sup>;

- la responsabilità personale del magistrato e quella dello Stato possono non coincidere, nel senso che, ferma la responsabilità dello Stato laddove vi sia la responsabilità del pubblico funzionario (per la Corte, "una legge che negasse al cittadino danneggiato dal giudice qualunque pretesa verso l'Amministrazione statale, sarebbe contraria a giustizia"), non può escludersi una responsabilità dello Stato più ampia di quella del magistrato, "desunta da norme o principi contenuti in leggi ordinarie (se esistono)".

Il peculiare interesse della riflessione di Capotosti, al di là di aspetti più direttamente connessi alla (allora) netta contrapposizione tra i teorici della responsabilità diretta e quelli della responsabilità indiretta dello Stato *ex art. 28 Cost.* ed a posizioni dottrinarie (all'epoca fortissime) ora abbandonate (quale quella della riconducibilità della sentenza non alla volontà del giudice ma solo a quella della legge), è dato da alcuni Suoi spunti che sembrano profetizzare la futura evoluzione normativa e che costituiscono una preziosa chiave di lettura ed analisi della recente legge 27 febbraio 2015, n. 18 (Disciplina della responsabilità civile dei magistrati). Con tale disciplina l'ordinamento italiano ha colto l'occasione della necessità di adeguarsi alla sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 24 novembre 2011, C-379/10, *Commissione c. Italia*<sup>4</sup> per una più complessiva (e vedremo molto problematica) revisione della materia della responsabilità per l'esercizio del potere giudiziario.

I passaggi che ritengo essenziali della riflessione del Maestro sono i seguenti:

le impugnazioni vanno considerate quali rimedi agli errori giudiziari;

l'errore giudiziario può sussistere anche al di là della materia penale (in cui la tradizione lo ha confinato);

il rapporto tra la responsabilità di cui all'art. 28 Cost. e la riparazione degli errori giudiziari di cui all'art. 24, comma 4, Cost. va intesa nel senso che la vittima dell'errore giudiziario (nell'ampio senso sopra inteso) deve avere una equa riparazione, mentre la responsabilità civile del giudice (estesa anche allo Stato) emerge solo laddove sia configurabile un rimprovero soggettivo del suo comportamento;

la non configurabilità di errori giudiziari e della responsabilità civile in relazione a sentenze passate in giudicato.

Questi passaggi devono essere tenuti presenti e testati nello sviluppo delle analisi, soprattutto, al fine di trarre conclusioni in ordine alla natura ed alla coerenza del nuovo regime di quella che deve definirsi come responsabilità da attività giudiziaria.

Sul piano terminologico sembra, infatti, da considerare solo parziale la tradizionale (e per questo mantenuta nel titolo) nozione di responsabilità del magistrato, sussistendo ormai (dopo la legge n. 18/2015) una più ampia ed articolata responsabilità da attività giudiziaria, rispetto

<sup>3</sup> Questo passaggio della decisione è fortemente criticato da E. Casetta, *La responsabilità dei funzionari e dei dipendenti pubblici: una illusione del costituente?*, in *Giur. cost.*, 1968, 294 ss., sull'assunto della sostanziale vanificazione che ne deriva del principio di responsabilità affermato dall'art. 28 Cost..

<sup>4</sup> Analogo rilievo da parte della concorde dottrina, per tutti v. F. Biondi, *Sviluppi recenti e prospettive future della responsabilità del magistrato*, in *Rivista AIC*, 1/2012, pp. 10 ss..

alla quale la prima si pone in termini di specie a genere, costituendone solo una ipotesi,

peraltro decisamente limitata.

Il richiamato studio di Piero Alberto Capotosti si intitola *Profili costituzionali della responsabilità dei magistrati* ed è innegabile, in effetti, che la responsabilità civile dei magistrati si inquadri in un più complessivo meccanismo di controllo della magistratura e che, in questo senso, rappresenti una componente costituzionale dell'ordinamento giuridico, a prescindere dal rango formale della fonte normativa che la disciplina.

Il nuovo quadro normativo, dando finalmente seguito all'apertura contenuta nella sentenza n. 2 del 1968 della Corte ed a molteplici istanze dottrinarie<sup>5</sup>, vede l'abbandono del parallelismo tra la responsabilità dello Stato e quella del magistrato, ammettendo la responsabilità del primo in ipotesi in cui sia da escludersi un rimprovero soggettivo all'organo giudiziario. Da ciò emerge, poi, ancor più chiara l'irriducibilità del tema ad una questione di responsabilità professionale di una categoria di funzionari cui la Costituzione riconosce uno *status* differenziato e di peculiare autonomia, dovendosi affrontare lo stesso in ottica di complessiva responsabilità civile discendente dall'esercizio della giurisdizione e di come questo impatti sul rapporto tra lo Stato e quelli che, a seconda delle prospettive, possono indicarsi quali destinatari dell'esercizio del potere giurisdizionale o interessati al servizio giustizia.

Un tema di diritto costituzionale, tuttavia, necessariamente intrecciato con i profili e le funzioni civilistiche della responsabilità e quelli processualcivistici delle forme e dei modi del suo esercizio, essendo regole sostanziali e processuali del diritto civile (e le loro concrete interpretazioni giudiziali) quelle che definiscono il bilanciamento tra i principi costituzionali di indipendenza e di responsabilità dei magistrati.

Nel tema della responsabilità civile per l'esercizio della giurisdizione, a ben vedere, si incrociano una notevole serie di questioni. Vengono ad un tempo in emersione temi quali la responsabilità dello Stato e del controllo sul potere, l'errore giudiziale e la sentenza ingiusta (e relative forme di riparazione), la libertà interpretativa del (singolo) giudice (soggettivamente considerato) e la certezza del diritto-ordinamento (oggettivamente inteso), il tema dell'indipendenza interna ed esterna del magistrato (rispetto alle Corti superiori e rispetto le parti del giudizio), della integrazione tra ordinamento nazionale ed eurounitario (che ha, come detto, occasionato la riforma) e relativi meccanismi di integrazione/cooperazione, del rapporto tra giudizio di responsabilità e mezzi di impugnazione, del rapporto tra giudizio di responsabilità e autonomia costituzionalmente garantita del Consiglio di Stato e della Corte dei conti. Viene infine in rilievo, in via di opzione sistemica, il tema della funzione (solidaristico-riparatoria o general preventivo-sanzionatoria) della responsabilità civile<sup>6</sup> ed il suo rapporto (di integrazione/cumulo o opposizione/sostituzione) con quella disciplinare.

<sup>5</sup> Nel senso della necessità di estendere la responsabilità dello Stato ai casi in cui non fosse prevista la responsabilità (a quel tempo, per dolo) del magistrato, l'importante saggio di A. M. Sandulli, *Atti del giudice a responsabilità civile*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, III, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 1293 ss. (già edito in *Dir. e soc.* del 1974).

<sup>6</sup> Così, tra gli altri, A. Pace, *La responsabilità dei magistrati*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012, p. 2.

La varietà dei profili spiega la ragione per cui al tema si accostano da prospettiva e con sensibilità diverse giuristi di varie discipline e perché ogni soluzione (normativa o esegetica) proposta difficilmente riesca a conciliare i vari aspetti.

Volendo precisare il taglio dell'analisi che si viene a sviluppare nelle pagine che seguono, ritengo utile chiarire che ad esse resta del tutto estraneo il tema della legittimazione del potere giudiziario e quello, al primo collegato, della responsabilità politica dei magistrati.

Questo approccio, pure diffusamente seguito nella trattazione scientifica del tema della responsabilità dei magistrati<sup>7</sup>, mi pare definitivamente superato con la fine del contesto storico culturale in cui, tra gli anni sessanta e settanta dello scorso secolo, esso è emerso<sup>8</sup>.

Una responsabilità politica delle magistrature non appartiene all'ordinamento costituzionale italiano, come pacificamente riconosciuto dalla dottrina maggioritaria<sup>9</sup>, ed, invero, anche negli ordinamenti dove una tale responsabilità (o una analoga responsabilità costituzionale<sup>10</sup>) sussiste, questa rimane quale ipotesi del tutto eccezionale<sup>11</sup>. Più finalizzata a costituire una valvola di sicurezza del sistema, che un effettivo strumento di trasmissione di indirizzo politico<sup>12</sup>.

L'analisi condotta nega, poi, la (rigida) opposizione tra giudice professionale, cui si riconetterebbe il modello comune della responsabilità civile, e giudice burocrate cui si riconetterebbe il modello pubblicistico della responsabilità disciplinare, costruita con ricchissima ricostruzione e documentazione storica da Giuliani e Picardi in uno dei fondamentali studi sul tema della responsabilità dei giudici<sup>13</sup>.

Questa ricostruzione, tesa a supportare un modello processuale paritario, coerente all'*ordo iudicarius* isonomico medioevale, e a indebolire la logica statualistica del diritto (non solo) processuale, evidenzia con assoluta precisione la possibile sovrapposizione funzionale (rispetto al fine di controllo dei magistrati) tra responsabilità civile e disciplinare. Ma essa appare riduttiva, dacché risolve il tema delle responsabilità nella "sanzione" del magistrato, laddove l'ordinamento italiano (analogamente ad altri di *civil law*) si è indirizzato (anzitutto) verso un modello riparatorio dei pregiudizi economici. E, soprattutto, non si attaglia più ad un modello nel quale la responsabilità civile del singolo organo giudiziario si collega (a mo' di appendice) a quella disciplinare, rispetto cui si atteggia quale sanzione ulteriore, in una complessiva funzione di controllo misto sul magistrato<sup>14</sup>.

La differenziazione tra la concezione burocratica del potere giudiziario nelle aree di *civil law* e il modello professionale del giudice di *common law* è nota ed è noto come sia in corso un

<sup>7</sup> Tra gli altri: F. Pintus, voce *Responsabilità del giudice*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 189 ss.; V. Varano, *Responsabilità del magistrato*, voce *Digesto IV, disc. priv.*, XVII, Torino, Utet, 1998, pp. 175 ss., F. Biondi, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, G. Volpe, *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati L'ordinamento giudiziario*, a cura di A. Pizzorusso, Bologna, il Mulino, 1974, pp. 439 ss.

<sup>8</sup> Sul tema v. G. Moschella, *Magistratura e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2009 ed ivi ampia bibliografia.

<sup>9</sup> Cfr. G. Zagrebelsky, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforma*, in *Giur. cost.*, 1982, I, pp. 792-795.

<sup>10</sup> Sulla responsabilità costituzionale, quale sottospecie della responsabilità politica, dei magistrati nell'ordinamento statunitense e tedesco v. M. Cappelletti, *Giudici irresponsabili? Studio comparativo sulla responsabilità dei giudici*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 34-36.

<sup>11</sup> A. Tsaoussi, E. Zervogianni, *Judges as Satisfiers: A Law and Economics Perspective on Judicial Liability*, EJLE 2010, 347, riportano che dal 1804 al 1960 negli Stati Uniti è stata disposta la rimozione di 19 giudici statali e 7 giudici federali.

<sup>12</sup> Cfr. G. Silvestri, *La riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, a cura di S. Gambino, Milano, Giuffrè, 2004, p. 11.

<sup>13</sup> A. Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, cit., *passim*.

<sup>14</sup> V. *infra*, paragrafo 6. Prima della legge Vassalli, S. Bartole, *Della responsabilità civile del giudice e di quella (per inadempimento) del legislatore ordinario*, in *Giur. it.*, 1976, I, pp. 1535 ss., spec. pp. 1342-1344 e G. Zagrebelsky, op. cit., p. 791 propongono una

estensione della responsabilità dei giudici e di assegnare al CSM la funzione di decidere non solo in ordine alla responsabilità disciplinare, ma anche in ordine a quella risarcitoria.

progressivo avvicinamento tra le due famiglie di ordinamenti, nonostante le diverse origini storiche dei due modelli. Il primo discendente dal monopolio statale sul potere giudiziario, sottratto alla comunità civile, frantumato come corpo intermedio ed istituzionalizzato, in discontinuità con la tradizione, quale servizio reso da peculiari funzionari pubblici nell'esercizio dei poteri sovrani dello Stato. Il secondo nato dall'assorbimento progressivo e senza soluzione di continuità di istituti e regole medioevali, tra cui quella del ruolo normativo della magistratura e la sua legittimazione politica.

D'altronde, l'indiscutibile connessione tra statualità della funzione giudiziale e responsabilità disciplinare, storicamente ricostruita in tutti i suoi passaggi costitutivi da Giuliani e Picardi, non impedisce che nel modello europeo continentale, tutto ispirato al modello burocratico-funzionariale<sup>15</sup>, convivano soluzioni ordinamentali affatto diverse (rispetto alle quali la storia politico costituzionale degli Stati ha evidentemente prevalso sul modello astratto, pur nella identità del percorso di statalizzazione della funzione giudiziaria)<sup>16</sup>.

E, parimenti, la continuità del *common law* rispetto alla esperienza medioevale e la peculiare posizione istituzionale dei suoi giudici non vale affatto a renderli soggetti né ad un sindacato giurisdizionale sul loro operato, sul modello dell'età comunale<sup>17</sup>, né ad una *actio quasi poenalis* di derivazione romanistica, sul modello della azione verso il *iudex qui litem suam fecerit*<sup>18</sup>, essendo invece loro riconosciuta la *judicial immunity*<sup>19</sup>.

Nondimeno resta affascinante il rilievo che oggi come nell'*Ancient Regime* francese, la classe politica pensi di ricorrere all'azione di responsabilità civile quale contrappeso all'autonomia del potere giudiziario, ogni qual volta essa veda messo in discussione il suo primato e riscontri la indisponibilità di efficaci mezzi di controllo politico disciplinare o paradisciplinare sul "ceto" dei giuristi.

E la storia del fallimento del tentativo del *Code Louis* del 1667 di conseguire la "normalizzazione" del Parlamento di Parigi<sup>20</sup>, al pari della sterilizzazione della legge 13 aprile 1988, n. 117 (Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati) da parte della Cassazione italiana (che ha fatto prevalere una lettura estremamente protettiva dell'ordine giudiziario<sup>21</sup>), convincono ad approfondire anche gli aspetti sistemici della responsabilità dello Stato introdotti dalla legge n. 18/2015,

<sup>15</sup> Definizione proposta da M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984.

<sup>16</sup> Sulla attuale differenziazione in tema di responsabilità dei giudici tra ordinamenti *civil law* e *common law* v. G. Grasso, *La responsabilità civile dei magistrati nei documenti internazionali e negli ordinamenti di Francia, Spagna, Germania e Regno Unito*, in *Foro it.*, 2015, V, pp. 309 ss.

<sup>17</sup> Sulla responsabilità dei giudici nell'età comunale e sull'azione di sindacato nei loro confronti v. l'ampio saggio di U. Nicolini,

*Il principio di legalità nelle democrazie italiane*, Padova, Cedam, 1955<sup>2</sup>, pp. 385 ss.

<sup>18</sup> Sulla responsabilità dei giudici nel diritto romano ed, in specie, sul collegamento tra questa e la evoluzione dell'organizzazione giudiziaria v. R. Lambertini *Giustiniano e il iudex qui litem suam fecerit*, su [www.studitaroantichi.org](http://www.studitaroantichi.org).

<sup>19</sup> Per una analisi del regime statunitense odierno e per una riflessione su un possibile avvicinamento con il modello europeo continentale in tema di responsabilità dei giudici v. A. Tsaoussi, E. Zervogianni, op. cit., pp. 333–357.

<sup>20</sup> Sul fallimento del progetto di Luigi XIV di utilizzare la responsabilità civile quale mezzo di controllo della casta giudiziaria ed, in specie, del Parlamento di Parigi v. N. Picardi, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, in *Rivista di diritto processuale*, fasc. 2, 2007, pp. 284–287. Ma già in A. Giuliani, N. Picardi, op. cit., pp. 57 ss.

<sup>21</sup> Cfr., *ex multis*, V. Roppo, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa del finale*, in *Riv. dir. priv.*, n. 2, 2006, pp. 347 ss. e A. Pace, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell'Ue del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, in *Rivista AIC*, 1/2012.

senza concentrarsi (solo) sulla posizione del giudice (alla cui tutela soccorrerà, verosimilmente, la inevitabile azione correttivo-interpretativo della Suprema Corte<sup>22</sup>).

Si evidenzia, infine, che la riforma della responsabilità disciplinare<sup>23</sup> sarà accennata in alcuni passaggi dell'analisi e non affrontata *funditus*, essendo oggetto di analisi la responsabilità del magistrato, ma non quella dello Stato. Chi scrive ritiene, infatti, che proprio la responsabilità dello Stato-giudice sia l'aspetto più problematico e meno esplorato della nuova disciplina.

### *Quis custodiet ipsos custodes*<sup>24</sup>?

Il tema (della fondazione e) del controllo del potere è l'essenza stessa del costituzionalismo<sup>25</sup>. Riferito ai poteri neutrali, dei quali quello giurisdizionale è il prototipo storico, esso diviene un problema complesso in ogni ordinamento giuridico<sup>26</sup>.

Se in relazione alle amministrazioni indipendenti, pur ammesso che queste siano davvero forme di neutralizzazione istituzionale<sup>27</sup>, la procedimentalizzazione delle scelte decisorie e la soggezione al controllo giurisdizionale<sup>28</sup>, rappresentano almeno in via astratta una possibile soluzione della questione, trasferendo il tema nella misura e nella adeguatezza del sindacato esercitato dai giudici sulle autorità indipendenti, la questione del controllo sul potere giudiziario presenta complicazione maggiore.

Nell'ordinamento italiano, escluso, in nome dell'indipendenza del giudiziario, qualsiasi controllo politico e la stessa soggezione al Parlamento, sostituita dalla più oggettiva ed elastica soggezione alla legge, purché conforme a Costituzione, escluso che il potere esecutivo, nella persona del Ministro della Giustizia, possa andare oltre l'esercizio di una azione disciplinare, la cui decisione compete, in prima battuta, al supremo organo di amministrazione della giurisdizione (dove la componente corporativa dei magistrati è maggioritaria) e, ad ultimo, all'organo di vertice della giurisdizione<sup>29</sup> ed esclusa, ancora in nome dell'indipendenza degli organi giudiziari, qualsiasi forma di controllo esterno, non resta che l'auto-controllo interno.

Meccanismo questo potenzialmente perfetto in un sistema che vede i giudici non gerarchizzati ma distinti solo per funzioni e ciascun organo giudiziario garantito nella sua indipendenza interna ed esterna<sup>30</sup>.

<sup>22</sup> Nello stesso senso, v. E. Cesqui, *Il rapporto tra responsabilità disciplinare e responsabilità civile, non è solo questione procedurale. La legge sulla responsabilità civile alla prova dei fatti, un orizzonte incerto*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2015, p. 200

<sup>23</sup> Sulla evoluzione della responsabilità disciplinare dopo le riforme Castelli e Mastella, v. F. Dal Canto, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, Relazione svolta in occasione delle VI Giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale, dedicate al "Poder judicial", 27-28 settembre 2007, in *Rivista AIC* 2007.

<sup>24</sup> Giovenale, *Satire*, VI, 347.

<sup>25</sup> Tra i tanti, cfr. M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 51, 2006, fasc. 2, pp. 1643-1668.

<sup>26</sup> Cfr. V. Vigoriti, *La responsabilità del giudice: timori esagerati, entusiasmi eccessivi*, in *Foro it.*, 2015, V, p. 289.

<sup>27</sup> Sulle possibili funzioni politico costituzionali dei poteri neutrali v. M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994.

<sup>28</sup> Sulla questione della soggezione dei poteri neutrali al controllo giurisdizionale v. G. Guarino, *Le Autorità garanti nel sistema giuridico*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, Cedam, 1999, p. 42.

<sup>29</sup> Sul tema, in chiave storica, v. A. Giuliani, N. Picardi, op. cit., pp. 106 ss. Sul tema v. anche G. Zagrebelsky, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: considerazioni su alcuni aspetti generali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, pp. 416 ss.

<sup>30</sup> Sulla indipendenza interna v. le riflessioni di R. Romboli, *Attività tabellare del Consiglio superiore della magistratura e indipendenza interna del giudice*, in AA. VV., *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, a cura di B. Caravita, Roma-Bari, Laterza, 1994, p. 13.

Sul piano del controllo sulle persone, il controllo penale è pienamente adeguato alla funzione. E norme procedurali assicurano che il suo esercizio non sia indebolito dalla *vicinitas* di "casta" tra controllore e

controllato.

Sul piano del controllo degli atti giudiziari, il tema dell'auto-controllo pone, invece, questioni complesse, intrecciandosi con quello dei mezzi di impugnazione.

Portata al suo estremo, tale forma di auto-controllo richiederebbe, però, oltre a meccanismi sanzionatori (disciplinari e, in caso, penali) sull'organo giudiziario che devii dai propri doveri e a meccanismi riparatori dei danni patrimoniali cagionati da provvedimenti erronei (non riparabili né riparati con i mezzi di impugnazione), una eterna rivedibilità della decisione giudiziale finale.

Ma «protrarre all'infinito l'auto-controllo giurisdizionale delle decisioni significherebbe di fatto negare protezione ai diritti e lasciare aperte le controversie<sup>31</sup>».

In nome della stabilità dei rapporti giuridici, pertanto, l'auto-controllo giudiziale porta ad una decisione definitiva, il giudicato, che costituisce uno degli aspetti maggiormente caratterizzanti (quando non il *proprium*) della funzione giurisdizionale. E sempre in nome della stabilità dei rapporti giuridici e della tutela dei diritti e dell'affidamento che questa comporta, l'ordinamento finisce per internalizzare quale rischio e prezzo inevitabile del sistema il pericolo della decisione ingiusta.

La previsione di mezzi straordinari di impugnazione del giudicato, costituisce, in definitiva, in un tale contesto, una limitata eccezione autocorrettiva.

Tra le eccezioni all'intangibilità del giudicato è, però, da sempre ricompresa l'ipotesi del dolo del giudice.

In tale ipotesi, la decisione, ancorché definitiva ed inoppugnabile, può essere, a seconda del processo, revocata o revisionata e l'interessato ha altresì sempre diritto a vedersi riconoscere il risarcimento del danno.

La sentenza n. 2 del 1968 della Corte costituzionale, in specie, chiarì che tale diritto, come espressamente previsto dal codice di rito, e quindi sulla scorta di una tradizione secolare, era azionabile non solo nei confronti del giudice, ma altresì nei confronti dello Stato. Superando per questa via, in attuazione dell'inequivoco disposto costituzionale, il dogma sovranista ottocentesco della irresponsabilità dello Stato per gli atti *iure imperii* (quali i provvedimenti giudiziari).

Similmente, è sempre stato il riconoscimento della responsabilità, anche in questo caso sia penale sia civile, per l'ipotesi (in vero del tutto infrequente nella pratica) del diniego di giustizia.

Sicché il controllo sull'azione dolosa o sull'inazione (anche colposa) del giudice è sempre stato pieno, quantomeno dalla recezione dei codici francesi negli ordinamenti preunitari e, poi, dopo l'unificazione nazionale.

Controllo sulla persona del giudice e controllo sugli atti o sui comportamenti in caso di dolo o di diniego di giustizia, pertanto, risultano convergenti.

Nessuna contraddizione sussiste, d'altronde, tra il "mito" del giudicato e la regola della responsabilità civile, essendo questa destinata ad operare solo dopo una decisione definitiva penale

<sup>31</sup> G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 51.

che accerti l'illecito ed il presupposto per la revocazione della decisione viziata dal dolo.

Il tema del giudicato nemmeno si pone nel caso di una decisione dolosa corretta, prima ancora di acquistare definitività, dal meccanismo delle impugnazioni. Come nessun tema poneva il diniego di giustizia, essendo questo ontologicamente non collegato a provvedimenti definitivi ed anzi essendo destinato a sanzionare inerzie o altri comportamenti omissivi.

Ma in un tale contesto, la (indubbia) coerenza sistematica dei rimedi lasciava ai margini l'ipotesi più frequente di errore giudiziario. Quello ascrivibile ad errori interpretativi delle norme, del fatto o delle prove, rispetto ai quali ammettere la risarcibilità varrebbe a consentire un giudizio sul giudizio, al di fuori dei mezzi ordinari di impugnazione, ed, in caso, a considerare un giudicato, ad un tempo, definitiva ed intangibile *regola iuris* di un rapporto e atto illecito, fonte di responsabilità dello Stato e del giudice. Contraddizione logica, non pratica. Ben potendo sopravvivere il primo giudicato, inteso quale accertamento dispositivo, all'accertamento della sua erroneità. Con conseguente salvezza dei principi della stabilità dei rapporti e dell'affidamento riposto nel giudicato dagli interessati. Ma indiscutibilmente una lacerazione logica del sistema.

Il punto nodale della responsabilità del magistrato è, quindi, da sempre, quello della responsabilità per colpa, che pone il problema ad un tempo teorico e pratico della conciliazione di una tale responsabilità con il giudicato e con l'indipendenza del giudice.

Ed è attorno a tale problema che si è costantemente acceso il contrasto ideale tra magistratura, politica e dottrina (quest'ultima notevolmente divisa al suo interno).

La riflessione attorno tali questioni, sviluppatasi già a partire dell'instaurazione dell'ordinamento repubblicano, si è poi sempre più intrecciata (non solo nella dottrina costituzionalistica<sup>32</sup>) con quella sulla creatività interpretativa del giudice e sul rapporto tra questo e la legge in un sistema a Costituzione rigida.

Il più ampio ed accurato studio recente dedicato ai profili costituzionali della responsabilità dei magistrati<sup>33</sup> muove, ad esempio, proprio dall'analisi in ordine alla sussistenza o meno di un potere discrezionale dei magistrati nella loro attività interpretativa e nella loro gestione dei poteri processuali, per farne derivare la necessità di una più ampia sfera di responsabilità.

Si tratta di un approccio certamente suggestivo, che indubbiamente descrive il contesto culturale nel quale si inserisce il dibattito politico e dottrinario in ordine alla responsabilità civile dei giudici. Ma è, in vero, opinabile la premessa di legare la responsabilità al potere interpretativo, come se una maggiore o minore estensione di questo incidesse davvero sulla questione dell'errore giudiziario o dell'abuso doloso della giurisdizione. Il potere cui riconnettere la responsabilità è quello giurisdizionale in quanto tale, che, a prescindere dai margini (più o meno ampi) di creatività ermeneutica, costituisce a tutti gli effetti dichiarazione autoritativa del diritto oggettivo nel caso concreto. Ed una tale dichiarazione, laddove erronea (per dolo o colpa del giudicante), pone il tema teorico della responsabilità. La giurisdizione,

<sup>32</sup> Cfr. N. Trocker, *La responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, pp. 1283 ss

<sup>33</sup> F. Biondi, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, cit.. Nella stessa prospettiva, sembrano anche le riflessioni di A. Giuliani, N. Picardi, op. cit., *passim*, e di M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012.

per altro verso (come comprova la stessa nozione di diniego di giustizia), prima ancora che potere,

costituisce obbligo/funzione. Ed invero la responsabilità si collega all'obbligo ed alla funzione non meno che al potere.

Anche laddove il giudice fosse davvero mera bocca della legge, come proposto in chiave ideologica dal giusnaturalismo illuminista e, per lungo tempo imposto dal positivismo e dal formalismo giuridico in chiave culturale, si porrebbe, in effetti, un tema di controllo sulle decisioni e di eventuale responsabilità del magistrato.

E la circostanza che anche in contesti culturali, quali quelli di *common law*, dove la creatività del potere giudiziario e la sua funzione di controllo diffuso di costituzionalità sono pacificamente componenti dell'ordinamento costituzionale (ed anzi uno dei suoi principali elementi di separazione dei cicli funzionali e contrappeso tra organi<sup>34</sup>), sussista il dogma della *judicial immunity* sembra in vero smentire tale tesi. Come ulteriore smentita della stessa sembra essere la circostanza che la attuale riflessione dottrinale statunitense<sup>35</sup> in ordine all'introduzione, accanto alle tradizionali forme di responsabilità politica e disciplinare, di una responsabilizzazione civile dei giudici per dolo e negligenza inescusabile viene avanzata (non già quale limite al potere discrezionale/creativo dei giudici, bensì) quale strumento per ridurre gli errori giudiziari. Questo indirizzo è prova evidente che la responsabilità civile dei giudici non deriva logicamente e necessariamente dalla teoria dell'interpretazione, dalla interpretazione conforme, dalla integrazione eurounitaria o dal riconosciuto ruolo costituzionale della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Ma discende dal rischio di errore (doloso o colposo) insito in ogni attività umana.

Non si vuole, in questo senso, negare una connessione tra i fenomeni. Essendo innegabile sul piano storico che lo sviluppo della riflessione politica e dottrinale sulla (necessità di) estensione della responsabilità civile dei giudici alla colpa grave abbia per lo più coinciso con il rilievo dell'accresciuto potere della giurisdizione in un moderno Stato sociale di diritto (in generale) ed in quello italiano (con la peculiare posizione istituzionale di autonomia del giudiziario qui prevista, in particolare)<sup>36</sup>. Né che la modulazione della responsabilità civile da attività giudiziaria possa influenzare (non tanto l'autonomia interpretativa del potere giudiziario, in quanto tale, ma) l'autonomia del singolo organo giudicante.

Si ritiene tuttavia necessario rimarcare che il tema della responsabilità dei giudici è, anzitutto, il tema degli errori giudiziari. E che la connessione di tale tema con la teoria dell'interpretazione va considerata (non quale *ratio* della disciplina bensì) al fine (proprio) di evitare che una regola di responsabilità possa incidere sulla libertà interpretativa e sul principio di soggezione del giudice solo alla legge (e non già agli indirizzi dei giudici della responsabilità verso cui sarebbe, in seguito, chiamato a rispondere).

È condivisibile che «ogni cultura giuridica ... elabor[i] una peculiare concezione del ruolo del giudice – e, conseguentemente, del regime del suo ufficio – associando ad essa un modo concreto di chiamare il magistrato a rispondere degli illeciti commessi nell'esercizio delle sue

<sup>34</sup> Si usa l'espressione nel senso proposto da G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, I, Milano, Giuffrè, 1979.

<sup>35</sup> Cfr. A. Tsaoussi, E. Zervogianni, op. cit., pp. 333 ss.

<sup>36</sup> Cfr. M. Cappelletti, *Giudici irresponsabili? Studio comparativo sulla responsabilità dei giudici*, cit., pp. 5 ss.

funzioni<sup>37</sup>». Ed in tale elaborazione è inevitabile che abbia rilievo l'ormai pacifico riconoscimento dell'accresciuto peso sociale della giurisdizione.

Ma si ritiene essenziale tenere distinti i piani. Dacché la responsabilità del giudice e dello Stato per l'errore nell'esercizio della giurisdizione è tema più grande e articolato. Rispetto al quale la teoria dell'interpretazione e la discrezionalità in questa insita gioca certamente un ruolo. Ma non si risolve in essa.

Questa precisazione si ritiene, poi, essenziale nel momento in cui l'ordinamento si è avviato, ai sensi della legge n. 18/2015, verso un modello di distinta "responsabilità" dello Stato e del giudice. Il tema della discrezionalità dell'interpretazione si pone come rilevante in relazione alla posizione del secondo, mentre come, vedremo, la posizione dello Stato presenta profili in parte diversi.

Ciò chiarito, non può non condividersi che, sul piano storico, il tema della responsabilità dei giudici (nel nostro ordinamento) per attività colposa è andato acquistando di interesse a fronte della generale giudiziariizzazione degli ordinamenti giuridici moderni.

Tale fenomeno, in via generale, può spiegarsi in molti modi. Con l'emergere della cosiddetta politica dei diritti<sup>38</sup>, con l'ampliarsi dello stato sociale<sup>39</sup> (Bognetti 1988), con il gigantismo delle organizzazioni sociali ed economiche di una società massificata<sup>40</sup>, con il venire meno della sintesi omogenea politica nel passaggio da Stato monoclasse a Stato pluriclasse<sup>41</sup>, con la crescita della domanda di giustizia<sup>42</sup>, con la perdita del principio di autorità<sup>43</sup>.

Ma riferito all'ordinamento costituzionale italiano sembra innegabile che si sia assistito da un lato al progressivo indebolimento del potere legislativo dall'altra al progressivo rafforzamento del potere giudiziario<sup>44</sup>.

All'indebolimento del legislativo hanno cooperato un'ampia serie di fattori:

(dapprima) la ipertrofia dello Stato sociale, che ha portato a regolare fin nel dettaglio ed in maniera incessante quasi ogni aspetto del vivere collettivo ed ha amplificato l'ambito di intervento ed il ruolo di sintesi del potere giudiziario, chiamato a (cercare di) ricondurre a ragionevolezza la continua sovrapposizione di regimi parziali e transitori, privilegiando la interpretazione sistematica ovvero quella più creativa;

(progressivamente) la massificazione dei rapporti sociali ed economici, che ha amplificato la domanda di giustizia e la sua incidenza sull'economia e la società;

(costantemente) la riluttanza della classe politica a disciplinare settori politicamente controversi e socialmente sensibili, rispetto ai quali si è assistito ad una sostanziale abdicazione a favore della autoregolazione sociale ed all'inevitabile ruolo di supplenza del potere

<sup>37</sup> M. J. Solla Sastre, *Le responsabilità del giudice in Spagna: una ricostruzione storico-giuridica (1834-1870)*, in *Giornale di storia costituzionale/ Journal of constitutional history* 23/1 2012, p. 141.

<sup>38</sup> S. A. Scheingold, *The Politics of the Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*, New Haven, London, Yale University press, 1974.

<sup>39</sup> G. Bognetti, *La divisione dei poteri: saggio di diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 2003.

<sup>40</sup> M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, cit., pp. 31 ss..

<sup>41</sup> M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, pp. 45 ss..

<sup>42</sup> L. M. Friedman, *Total Justice*, New York, Russell Sage Foundation, 1994, p. 27.

<sup>43</sup> M. Luciani, ult. op. cit., pp. 21-22.

<sup>44</sup> M. Luciani, ult. op. cit., pp. 2-11.

giudiziario, talora in autonomia, talora ausiliato dalla giurisprudenza costituzionale e, di recente, sovranazionale;

(in via logica) la natura stessa delle norme dello Stato sociale, di natura programmatica e flessibile, come tali richiedenti definizione ermeneutica;

(in un crescendo) il decadimento della tecnica redazionale delle disposizioni, che richiede un ruolo sempre più razionalizzante e correttivo del giudiziario;

(in connessione coll'evoluzione del diritto eurounitario) la dilatazione degli ambiti di amministrazione c.d. neutrale ed indipendente, rispetto ai quali l'intervento giudiziale (specie del giudice amministrativo) assume ruolo di contrappeso ordinamentale;

(in connessione con lo sviluppo del modello di economia di mercato) il trasferimento sul piano sovranazionale (con il consenso implicito delle classi dirigenti nazionali) di ampie quote di potere regolatorio.

Il rafforzamento del potere giudiziario, oltre a derivare quale effetto immediato dalla perdita di ruolo del legislativo, è poi disceso dal superamento della legalità formale a favore di quella costituzionale (che oggi include la tutela della Carta europea dei diritti dell'uomo) e

dall'inserimento del giudice nel circuito dell'attuazione del diritto eurounitario<sup>45</sup>. Ma anche da una complessiva perdita di credibilità della classe politica a favore delle componenti tecnocratiche del sistema ordinamentale. E tra di esse il potere giudiziario costituisce, ad un tempo, la componente più accessibile e la più strutturata, essendo attivata dalla azione di parte, senza filtro politico-sociale, ed essendo munita di ampi ed incisivi poteri di intervento per la realizzazione degli interessi privati.

La *vexata questio* della responsabilità civile dei giudici va allora considerata non solo quale attuale epifania dell'eterna ricerca del controllo sul controllore, *quis custodiet ipsos custodiet* ci tramanda la tradizione, ma nella complessiva giudiziariizzazione degli ordinamenti giuridici moderni e, soprattutto, nello specifico contesto italiano, dove si è assistito ad un indebolimento non solo ideologico della classe politica e dove le magistrature godono di una delle sfere di autonomia costituzionale più ampia in senso assoluto<sup>46</sup>.

## L'indipendenza del giudice

La responsabilità civile del giudice incide sul principio di indipendenza della magistratura<sup>47</sup>. Sulla scorta di questo pacifico rilievo, che porta negli ordinamenti di *common law* ad assolutizzare la tutela del giudice riconoscendogli la *judicial immunity*, la nostra Corte costituzionale ritiene necessario un bilanciamento tra indipendenza e responsabilità e legittimo

<sup>45</sup> È opinione condivisa dalla pressoché unanime dottrina: per tutti, v. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992.

<sup>46</sup> Cfr. M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Politica del diritto*, 29, 1998, fasc. 3, pp. 365-382, nonché in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 880 ss..

<sup>47</sup> Rilievo pacifico sin da L. Mortara, *Commentario del Codice e delle leggi di Procedura Civile*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, Vallardi, s.d. (ma 1910), vol. II, p. 506. Per una recente attenta riflessione sugli effetti della responsabilità sull'indipendenza della funzione giudiziaria, v. M. A. Sandulli, *Riflessioni sulla responsabilità civile degli organi giurisdizionali*, in *federalismi.it*, n. 10/2012, p. 9.

uno statuto di responsabilità differenziato e privilegiato rispetto a quello degli altri funzionari pubblici (sentt. nn. 2/1968, 26/1987 e 468/1990).

Il concetto di responsabilità civile non richiede peculiari chiarimenti. Se non il richiamo della progressiva prevalenza della *ratio* riparatoria/solidaristica della stessa, rispetto alla originaria visione retributivo-sanzionatoria<sup>48</sup>.

L'indipendenza del giudice, ai fini che interessano, richiede invece qualche precisazione ulteriore, non tanto in relazione al significato, pacificamente condiviso, di indipendenza funzionale o in relazione alla sua riconosciuta garanzia costituzionale sia nei confronti di poteri o soggetti esterni all'ordine giudiziario sia nei confronti degli altri giudici, quanto in merito alla sua funzione nell'ordinamento costituzionale<sup>49</sup>.

Nella tradizione liberale dello Stato di diritto, che *in parte qua* ancora permea la nostra Costituzione, il giudice, soggetto solo alla legge, è indissolubilmente legato a questa. L'indipendenza del giudice è tutt'uno con la sua neutralità ed entrambe sono precondizioni per la razionale, sillogistica, oggettiva, certa ed egualitaria applicazione del comando normativo.

Indipendenza, in questo contesto, non implica alcuna discrezionalità né alcun potere dell'interprete, ma unicamente l'assoggettamento alla *voluntas legis*, che si assume evidente ed intrinsecamente razionale *ratio scripta* e che tramite il giudice si propaga neutralmente nell'ordinamento. Vi è quindi continuità tra la garanzia di indipendenza e la sostanza della funzione

<sup>50</sup>

Così concepita l'indipendenza, un tema di responsabilità può emergere solo in caso di volontario allontanamento dall'interprete dalla *ratio scripta* o in caso di assoluta sua inettitudine alla ricostruzione della stessa. Ipotesi quindi entrambe estreme e per le quali la medesima tradizione giusnaturalistico-illuminista aveva predisposto la responsabilità per il dolo del giudice (con conseguente revocazione della decisione) e il controllo della *Cour de Cassation*.

La premesse ideologiche e le basi sociali di tale modello sono, come noto, rapidamente tramontate e la rottura ordinamentale costituita dall'instaurazione dell'ordinamento repubblicano ha fatto il resto. Se, infatti, nella Costituzione repubblicana l'assetto e la funzione della giurisdizione sembrano mantenersi coerenti alla tradizione, salvo i rafforzamenti ed i presidi posti ad assicurare l'indipendenza interna ed esterna dei magistrati, l'instaurazione della legalità costituzionale vale a modificare in radice il rapporto giudice-legge.

In particolare, la scelta della legge costituzionale n. 1 del 1948 di assegnare al giudice il ruolo di filtro per l'accesso al giudizio di costituzionalità vale a porre i magistrati in una prospettiva diversa rispetto alla legge, cui sono soggetti solo nella misura in cui questa sia conforme ai superiori principi costituzionali e che, alla luce della giurisprudenza costituzionale, sono tenuti

<sup>48</sup> Sulle funzioni della responsabilità civile e su come essa possa atteggiarsi rispetto all'esercizio dei pubblici poteri, sia consentito rinviare a F. Elefante, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentale*, Padova, Cedam, 2002, spec. pp. 112 ss. e pp. 313 ss.

<sup>49</sup> Sull'indipendenza della magistratura l'imponente e ormai classico studio di S. Bartole, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, Cedam, 1964, spec. pp. 197 ss.

<sup>50</sup> Cfr. C. Mezzanotte, *Sulla nozione di indipendenza del giudice*, in AA. VV., *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, a cura di B. Caravita, cit., 1994, pp. 14.

ad interpretare autonomamente in maniera conforme alla Carta fondamentale ed, in specie, alla luce dei diritti fondamentali riconosciuti dagli artt. 2 e 3 Cost.<sup>51</sup>.

Ne discende una crisi d'identità della funzione giurisdizionale, dacché la Costituzione non si presenta (pur ammesso che la legislazione ordinaria si fosse mai presentata davvero come *ratio scripta universalis*) certa, misurabile, prevedibile. Bensì essa afferma una pluralità di valori e principi antagonisti, che lasciano aperto il conflitto politico-ideologico sotteso e pongono all'interprete un problema di ricostruzione e di bilanciamento.

In questo nuovo contesto l'indipendenza, non più presupposto della meccanica attuazione della univoca *ratio legis* e per questa via dell'uguaglianza, finisce per risolversi nella protezione della libera autodeterminazione interpretativa del giudice dalle interferenze di altri poteri.

Indipendenza, quindi, quale presupposto del pluralismo ideologico e valoriale dei giudici e, in questo senso, quale massima affermazione della creatività (quando non della politicità) del giudice.

Così concepita l'indipendenza funzionale, la responsabilità civile diviene elemento quasi incompatibile, potendo facilmente tradursi in una compressione di quella libera autodeterminazione interpretativa in cui l'indipendenza è venuta a risolversi.

Questo spiega la posizione di molta dottrina, che ritiene ontologicamente incidente sull'indipendenza dei giudici la regola della responsabilità<sup>52</sup>. E chiarisce perché le (ovvie) resistenze della corporazione dei magistrati, ad una estensione della regola della responsabilità, siano sempre state più forti da quelle componenti associative che più hanno fatto del pluralismo interpretativo la propria bandiera ideologica<sup>53</sup>.

Insita, ovviamente, nell'estremizzazione pluralistico-creativa della funzione giurisdizionale è la perdita dell'unità giuridica dell'ordinamento, della sua certezza e, in ultima analisi, della razionalità/prevedibilità, che costituiscono la stessa base funzionale del diritto oggettivo.

Il tema dell'indipendenza, nell'accezione risultante dal quadro costituzionale, si connette allora a quello della certezza giuridica, che esprime anch'esso principi e valori di rango costituzionale<sup>54</sup>.

Diviene, anche in questo caso, un problema di bilanciamento, dovendosi conciliare il pluralismo interpretativo con la sua peculiare capacità di adattare l'ordinamento alle dinamiche evolutive sociali, con la esigenza e la tendenza alla regolarità/stabilità, che della giurisdizione (e prima ancora della normazione) è funzione essenziale, e con la garanzia di uguaglianza che ispira l'intero tessuto costituzionale.

<sup>51</sup> Sul valore della coppia assiologica fondamentale, di cui agli artt. 2 e 3 Cost., si v. tra i moltissimi fondamentali contributi di

A. Ruggeri, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista AIC*, 4/2013.

<sup>52</sup> In questo senso, tra gli altri, per l'estrema linearità e chiarezza della posizione v. A. Anzon Demmig, *La responsabilità del giudice come rimedio contro interpretazioni «troppo creative»: osservazioni critiche*, in AA. VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, *Annuario AIC 2004*, Padova, Cedam, 2008, pp. 253 ss., spec. 256-260.

<sup>53</sup> Sulla posizione di Magistratura democratica di fronte alla riforma del 2015, v. M. Nisticò, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistematico e profili problematici*, in *Rivista AIC-Osservatorio costituzionale*, maggio 2015, p. 14, nt. 47. Per la ricostruzione storica delle posizioni della magistratura associata e di suoi correnti nel dibattito politico sulla responsabilità dei giudici v. A. Giuliani, N. Picardi, op. cit., pp. 170 ss. e pp. 207-211.

<sup>54</sup> Si condivide, in questo senso, l'autorevole insegnamento di C. Mezzanotte, op. cit., pp. 3 ss., spec. pp. 13-14.

Divengono, allora, essenziali ed in questo senso (materialmente) costituzionali le regole procedurali tese alla creazione di uniformità interpretativa<sup>55</sup> e, al contempo, fondamentale la discriminazione tra l'erronea applicazione del diritto originata da ignoranza del medesimo e degli orientamenti giurisprudenziali a questo relativi dal mero fisiologico disaccordo tra giudici di gradi o ambiti territoriali diversi in ordine alla corretta interpretazione.

Il discrimine in questione è, peraltro, sottile. E va riguardato con estrema attenzione, dovendosi preservare l'autonomia interpretativa dell'organo giudicante anche laddove questa conduca a soluzioni non conformi agli orientamenti tradizionali o prevalenti. Ma è un discrimine essenziale ad evitare che la indipendenza, da principio strumentale alla terzietà del giudice ed alla sua funzione di garante imparziale dei diritti, si risolva nella irresponsabilità pur in caso di *ignorantia iuris* o nella perdita assoluta, in ottica di eccessivo soggettivismo interpretativo, del minimo di uniformità del sistema, in ambo i casi con perdita di legittimazione sostanziale della giurisdizione.

Il pluralismo interpretativo, discendente dal pluralismo culturale, sociale e valoriale, deve allora essere riguardato e preservato nella sua dinamica di processo progressivo e collettivo di definizione di un diritto uniforme ragionevole<sup>56</sup>. Di processo di temporanea e transitoria unificazione dell'ordinamento giuridico, in un contesto nel quale l'unità di senso del sistema non può mai essere intesa quale dato ontologico preesistente. Processo questo che, nelle dinamiche attuali raggiunte dall'integrazione dell'ordinamento eurounitario e dal rilievo costituzionale assunto dalla tutela dei diritti fondamentali da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, presenta a sua volta carattere plurale e orizzontale e non si svolge più (solo) secondo la tradizionale dinamica gerarchico-lineare.

Il bilanciamento tra indipendenza e responsabilità, in questa prospettiva, va ricercato al fine di salvaguardare il minimo di certezza del diritto compatibile con il pluralismo del sistema.

È in quest'ottica, allora, che va analizzata la disciplina derivata dalla interpolazione della legge n. 117/88 operata dalla legge n. 18/2015.

### **Dalla legge 117/88 alla legge 18/2015**

La legge 117/88, c.d. legge Vassalli (dal nome del ministro proponente) costituì la contestata attuazione della volontà referendaria espressasi, a larghissima maggioranza (circa l'80%), per l'abrogazione degli artt. 55, 56 e 74 c.p.c., l'8 ed il 9 novembre 1987.

Il modello di responsabilità discendente da questa legge non fu, infatti, (come preteso dai proponenti il referendum) nel senso della estensione alla colpa grave della responsabilità diretta dei giudici e dello Stato anteriormente prevista e nemmeno nel riconoscimento di una responsabilità dello Stato per errori non riconducibili ad un rimprovero soggettivo dell'organo giudiziario (come "suggerito" dalla sentenza n. 2 del 1968 della Corte costituzionale, come proposto da larga parte della dottrina e come una parte, in vero, affatto minoritaria della

<sup>55</sup> V. art. 111 Cost., art. 374 c.p.c., art. 99 c.p.a., art. 1, comma 7, del d.l. n. 453/1993 (come novellato dalla legge n. 69/2009).

<sup>56</sup> Cfr. nella sua prospettiva storica e anticonvenzionale P. Grossi, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 43 ss..

giurisprudenza aveva cominciato a riconoscere<sup>57</sup>), ma nel senso di una responsabilità diretta del solo Stato, per i casi di colpa grave, salvo rivalsa (obbligatoria) sul magistrato (entro modesti limiti quantitativi).

L'azione diretta residuò, di contro, solo nelle tradizionali ipotesi di dolo, essenzialmente coincidenti con la commissione di un reato (quantomeno di abuso di ufficio<sup>58</sup>) da parte del magistrato. Che in tale caso, come già nel regime previgente, rispondeva senza limiti dei danni cagionati sia nei confronti del danneggiato sia, in sede di regresso, nei confronti dello Stato.

Più nel dettaglio l'articolata disciplina risultante dalla legge Vassalli e dalla giurisprudenza di legittimità su di essa formatasi prevedeva il seguente regime.

Laddove il fatto non costituisse reato:

la responsabilità era diretta dello Stato, in persona del Presidente del Consiglio dei ministri (art. 4), per l'operato di un suo organo;

la responsabilità dello Stato presupponeva l'illecito civile del magistrato, con conseguente assoluto parallelismo (art. 2, comma 1);

l'illecito del magistrato era configurabile in caso di dolo o di colpa grave o di diniego di giustizia;

la colpa grave era tipizzata (art. 2, comma 3) come: grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile, affermazione o negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza o inesistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento, emissione di un provvedimento *de libertate* fuori dai casi consentiti dalla legge o senza motivazione (o meramente apparente);

l'attività di interpretazione delle norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove non poteva dare luogo a responsabilità (art. 2, comma 2: c.d. clausola di salvaguardia);

la azione era proponibile solo dopo l'esperimento dei mezzi ordinari di impugnazione o comunque quando una modifica o una revoca non erano più possibili, in caso di atti

impugnabili<sup>59</sup>, e solo dopo l'esaurimento del grado del procedimento nel cui ambito si era verificato il danno, in caso di atti inoppugnabili o per cui non esistevano altri rimedi (art. 4, comma 2);

<sup>57</sup> Nel senso di riconoscere la responsabilità per atti giudiziari dello Stato a titolo di colpa, ex art. 2043, ed a prescindere dalle limitazioni allora previste per i giudici, v. Trib. Roma, 29 settembre 1982, Giust. civ., 1982, 3138 ss.; Cass. 24 marzo 1982, n. 1879, Foro it., Rep. 1982, voce Responsabilità civile, n. 91.

<sup>58</sup> Cass. 3 gennaio 2014, n. 41. Nello stesso senso P. Trimarchi, *Colpa grave e limiti della responsabilità civile dei magistrati nella nuova legge*, Relazione tenuta il 17 aprile 2015 nel convegno su *La responsabilità civile dei magistrati* presso il Palazzo di Giustizia di Milano.

<sup>59</sup> Intesa quale esaurimento dei giudizi di impugnazione e non già quale mera proposizione degli stessi; cfr. Cass., sez. III, n. 5955/2014.

per la giurisprudenza<sup>60</sup> la mancata proposizione della impugnazione, laddove astrattamente idonea a fare valere il vizio denunciato, rendeva inammissibile la domanda risarcitoria<sup>61</sup>;

la azione era soggetta al filtro preventivo di ammissibilità del tribunale competente, avverso la cui decisione di inammissibilità era possibile reclamo in corte di appello e successivo ricorso per Cassazione (art. 5);

il giudice dissenziente poteva fare constatare tale dissenso, in apposito verbale sigillato (art. 16);

il giudice interessato poteva, in ogni tempo, fare intervento adesivo dipendente nel giudizio risarcitorio (art. 6);

la azione di rivalsa da parte dello Stato era atto dovuto (art. 8, comma 1), era attivata dopo il risarcimento del danno all'interessato (art. 7), era di competenza (territoriale inderogabile) del tribunale del distretto di corte di appello competente per i procedimenti penali a carico dei magistrati *ex art. 11 c.p.p.* (art. 8, comma 2) ed era quantitativamente limitata ad un terzo dello stipendio annuo del magistrato (art. 8, comma 3).

Laddove, invece, il fatto costituisse reato:

la responsabilità era diretta e concorrente sia del magistrato sia dello Stato;

la costituzione di parte civile nel giudizio penale avverso il magistrato o la azione civile proposta dopo la condanna in sede penale non richiedevano un previo filtro, mentre questo era necessario in caso di azione civile proposta prima della definizione del giudizio penale;

al regresso nei confronti del magistrato si procedeva, senza limiti quantitativi, anche secondo la disciplina della responsabilità amministrativa, da parte della Corte dei conti.

Tale disciplina, politicamente molto controversa dacché ritenuta da parte della magistratura lesiva del principio di indipendenza, fu vagliata dalla sent. n. 18/1989 della Corte costituzionale, che la ritenne idonea a salvaguardare l'indipendenza dei magistrati nonché l'autonomia e la pienezza dell'esercizio della funzione giudiziaria.

Per la Corte, in particolare, la "limitatezza e tassatività delle fattispecie in cui è ipotizzabile una colpa grave del giudice, rapportate a negligenza inescusabile in ordine a violazioni di legge o accertamenti di fatto, ovvero all'emissione di provvedimenti restrittivi della libertà fuori dei casi consentiti dalla legge o senza motivazione; la specifica e circostanziata delimitazione della responsabilità per diniego di giustizia, non consentono di ritenere che esse siano idonee a turbare la serenità e l'imparzialità del giudizio".

La stessa sentenza considerò il filtro preliminare previsto, quale strumento processuale idoneo a garantire *"adeguatamente il giudice dalla proposizione di azioni manifestamente infondate, che possano turbarne la serenità"*, impedendo, al tempo stesso, di creare con malizia i presupposti per l'astensione e

<sup>60</sup> Cfr. Cass. n. 11438/1999, che parla di interruzione del nesso causale tra provvedimento e danno ingiusto in caso di mancata impugnazione; a sua volta Cass. n. 9288/2005 ritiene che «quando l'azione risarcitoria è fondata sull'adozione di un provvedimento in astratto assoggettabile a un mezzo di gravame a critica limitata e, per il soggetto che si ritenga danneggiato, l'impugnazione non sia in concreto ammissibile, non avendo egli da dolersi del vizio alla cui ricorrenza è condizionato quel tipo di gravame, la domanda nel giudizio di responsabilità non può conseguentemente ritenersi improponibile, poiché l'impugnazione era di fatto preclusa dalla legge e, quindi, "non prevista" o "non più possibile" secondo il disposto dell'art. 4; il giudizio di responsabilità potrà, quindi, essere correttamente instaurato entro i termini di cui all'art. 4, comma 2, della legge n. 117 del 1988, decorrenti dalla data di "esaurimento del grado del procedimento" ove il fatto si è verificato».

<sup>61</sup> Cfr. F. Verde, *La responsabilità del magistrato*, Bari, Cacucci, 2015, pp. 133-140.

la *ricusazione*”. Mentre la successiva sentenza n. 468 del 1990 dichiarò l’incostituzionalità dell’art. 19, comma 2, della legge Vassalli nella parte in cui, nei giudizi aventi ad oggetto fatti anteriori al 16 aprile 1988 (data di entrata in vigore della legge stessa) ma successivi al 7 aprile dello stesso anno (data dell’abrogazione della disciplina codicistica) non prevedeva che il tribunale competente verificasse, con rito camerale, la non manifesta infondatezza della domanda. Con sostanziale “costituzionalizzazione” del filtro a garanzia della indipendenza e autonomia della funzione giurisdizionale.

L’applicazione concreta di tale disciplina è stata, come noto, del tutto marginale e modesta e, per lo più limitata, al settore della giustizia penale<sup>62</sup>.

La giurisprudenza ha finito per ricondurre quasi ogni fattispecie alla c.d. clausola di salvaguardia, secondo cui non può dar luogo a responsabilità l’attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove, ritenendo ipotizzabile una grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile nell’esercizio delle funzioni giudiziarie, solo quando “nel corso dell’attività giurisdizionale si sia concretizzata una violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma stessa ovvero una lettura di essa in termini contrastanti con ogni criterio logico o l’adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore o la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo o ancora lo sconfinamento dell’interpretazione nel diritto libero<sup>63</sup>”. Mentre è stata ricondotta nell’area di esenzione di cui alla clausola di salvaguardia qualsiasi “lettura della legge secondo uno dei significati possibili, sia pure il meno probabile e convincente, quando dell’opzione interpretativa seguita si dia conto e ragione nella motivazione<sup>64</sup>”.

La Cassazione ha ritenuto rientrante nella clausola di salvaguardia anche il motivato dissenso dall’indirizzo delle Sezioni unite “ove - come nella specie - motivato in diritto pur senza l’opportuno richiamo alle pronunzie disattese” in quanto “comunque espressione dell’attività di interpretazione delle norme riservata al magistrato<sup>65</sup>. Ed ha ritenuto ancor meno configurabile “una responsabilità da dissenso quando dallo stesso cennato indirizzo si sono discostati pronunziati a sezioni semplici di questa Corte Suprema”.

Nella medesima prospettiva ermeneutica, la Cassazione ha identificato la colpa grave con l’errore revocatorio<sup>66</sup>. E sempre la Suprema Corte ha escluso che l’azione di responsabilità del magistrato per grave violazione di legge possa costituire uno strumento per riaprire il dibattito sulla correttezza o meno dell’interpretazione adottata nel provvedimento posto a base della domanda respinta dal magistrato della cui responsabilità si discorre, “in particolar modo quando il giudicante sia la Corte di cassazione, giudice di ultima istanza<sup>67</sup>”.

È evidente, in queste posizioni, sia l’attenzione (giudicata da larga parte della dottrina corporativa ed eccessiva<sup>68</sup>) a proteggere l’indipendenza funzionale, intesa quale libero

<sup>62</sup> Cfr. G. Campanelli, *Lo “scudo” giurisprudenziale quale principale fattore della “inapplicabilità” della legge sulla responsabilità civile dei magistrati o quale perdurante sistema di tutela dell’autonomia e dell’indipendenza dei giudici?*, in *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, a cura di Id., Pisa, Pisa University Press, 2013, pp. 54 ss.

<sup>63</sup> *Ex multis* v. Cass. sez. III, nn. 7272/2008 e 11593/2011.

<sup>64</sup> Cass. sez. I, n. 11859/2001.

<sup>65</sup> Cass. sez. I, n. 8260/1999.

<sup>66</sup> Cass. sez. I, n. 12357/1999.

<sup>67</sup> Cass. sez. III, n. 2637/2013. Dal che discende(va) una sostanziale irresponsabilità della supreme magistrature.

<sup>68</sup> Cfr. V. Roppo, op. cit., p. 355.

convincimento nell'interpretazione delle norme e nella valutazione delle prove e dei fatti, riducendo l'area di responsabilità all'errore percettivo (con esclusione di quello valutativo) del materiale normativo o fattuale, sia la volontà di evitare che il giudizio di responsabilità si risolva in un anomalo ed asistemico processo al processo.

In parziale contraddizione, peraltro, con questa seconda preoccupazione si pone l'orientamento sempre seguito dalla Cassazione in tema di proponibilità dell'azione risarcitoria, laddove, discostandosi da autorevole dottrina processualistica<sup>69</sup>, ha ritenuto che per i provvedimenti cautelari il termine biennale di decadenza decorra dal momento in cui siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione e non dall'esaurimento del grado del procedimento nell'ambito del quale si è verificato il danno<sup>70</sup>. In questo senso il provvedimento cautelare, pur essendo sempre revocabile nel corso del giudizio, finisce per essere reso autonomo dall'accertamento principale cui esso accede, con la conseguenza che il giudizio sulla responsabilità per la sua emissione può divenire parallelo e concorrente al giudizio di merito. La questione, come vedremo nel paragrafo successivo, eccede il tema processuale della decorrenza del termine di proponibilità, venendo ad incidere sulla misura stessa della responsabilità dei giudici di merito. Ma non è implausibile considerare tale orientamento giurisprudenziale più originato da una lettura protettiva (avendo esso originato numerose improcedibilità per intervenuta decadenza) che una posizione univoca. Ed è da vedere se esso sarà confermato anche nel nuovo quadro disciplinare, nel quale le ipotesi di responsabilità (dello Stato) sono decisamente aumentate.

Il complessivo assetto della giurisprudenza è stato oggetto di diffuse critiche in dottrina, ritenendosi complessivamente inadeguato un modello di responsabilità ridotto, in sostanza, ai casi di abnormità e di dolo. Come aspre critiche ha ricevuto l'utilizzo del filtro preliminare quale sindacato di pieno merito, da cui è derivata la declaratoria di inammissibilità di oltre il 90% delle domande proposte<sup>71</sup>.

Non si è potuto non rilevare il paradossale, ma sostanziale regresso derivante da tale disciplina rispetto all'indirizzo (minoritario, ma autorevolmente supportato dalla sent. n. 2/1968 della Corte costituzionale), che aveva cominciato ad ammettere una responsabilità per colpa grave (non del giudice ma) dello Stato<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> Per la necessità di attendere l'emaneazione della sentenza a cognizione piena dichiarativa dell'esistenza o dell'inesistenza del diritto cui si riferiva la misura cautelare concessa, v. A. Proto Pisani, *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Foro it.*, 1988, V, pp. 409 ss., spec. pp. 413-420.

<sup>70</sup> Cass. sez. I, n. 18329/2002.

<sup>71</sup> Critico avverso il filtro, non in quanto tale, ma per l'utilizzo fattone in concreto dalla giurisprudenza, è N. Zanon, *La responsabilità dei giudici*, in AA. VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, cit., pp. 218 ss. Ritene, invece, affatto irrilevante il filtro ai fini del mancato riconoscimento dei risarcimenti, P. Trimarchi, *Colpa grave e limiti della responsabilità civile dei magistrati nella nuova legge*, cit., in base al (condivisibile) rilievo che le medesime azioni sarebbero state comunque respinte nel merito. Nello stesso senso, G. Scarselli, *L'eliminazione del filtro di ammissibilità nel giudizio di responsabilità civile dei magistrati*, in *Foro it.*, 2015,

V, p. 327. L'opinione dominante in dottrina era, peraltro, nel senso della "responsabilità" del filtro quale limite alla tutela degli interessati: cfr. F. Biondi, *Sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Considerazioni a margine della legge n. 18 del 2015*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2015, p. 173.

<sup>72</sup> Segnalano tale arretramento della tutela, G. Giacobbe, M. Nardoza, *Potere e responsabilità nell'ordine giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 101, e A. Pace, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, cit., p. 10, spec. nt. 42.

Sono state avanzate soluzioni ermeneutiche tese a ridurre l'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione della normativa<sup>73</sup> o a ridurre l'ambito applicativo della clausola di salvaguardia, riconducendo alla colpa grave l'erronea applicazione delle regole normative sull'interpretazione<sup>74</sup>.

Sono state proposte varie riforme della normativa, che non hanno mai superato i vari passaggi parlamentari. Fino a quando, occasionata dalla posizione assunta dalla Corte di giustizia, il legislatore non ha colto l'occasione, con la legge n. 18/2015, di una complessiva riforma della materia.

Occasione di tal intervento riformatore, come detto, è stata giurisprudenza eurounitaria.

La Corte di giustizia, sulla scia delle sentenze *Francoovich*, *Brasserie du Pêcheur* e *Factortame* in tema di responsabilità dello Stato per violazione del diritto eurounitario, prima con la sentenza *Köbler*<sup>75</sup> del 2003 poi con le sentenze *Traghetti del Mediterraneo*<sup>76</sup> del 2006 e *Commissione c. Italia*<sup>77</sup> del 2011 ha affermato il contrasto con il diritto europeo di ogni limitazione della responsabilità dello Stato per l'esercizio della funzione giurisdizionale a requisiti più stringenti della violazione manifesta del diritto eurounitario.

In questa caratterizzazione della violazione quale manifesta (requisito più stringente della violazione sufficientemente caratterizzata, di cui rispondono lo Stato amministrazione e lo Stato legislatore) è evidente l'attenzione della Corte alla peculiarità e delicatezza della funzione giudiziale. Ma è del pari evidente la distanza tra il modello perseguito dalla Corte, al fine di realizzare (ad ogni costo) la *primauté* e la uniformità dell'ordinamento eurounitario, rispetto alle logiche nazionali, tutte legate ad una tradizione di protezione più intensa della *jurisdiction*.

In particolare, con la sentenza *Köbler* del 2003, la Corte ha specificato che i criteri per il concretizzarsi di una violazione manifesta del diritto sono: la chiarezza e la precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o meno dell'errore di diritto, la posizione eventualmente fatta propria da un'istituzione comunitaria, nonché la mancata osservanza dell'obbligo previsto dall'art. 234 TCE (cioè l'obbligo di rinvio pregiudiziale). Ed ha altresì precisato, all'evidente fine di munire di coerenza i suoi precedenti, che il carattere manifesto della violazione si può desumere dalla circostanza che la decisione ignori manifestamente la giurisprudenza comunitaria in materia.

<sup>73</sup> Secondo F. P. Luiso, *L'attività interpretativa del magistrato e la clausola di salvaguardia*, in *Corr. giur.*, 2008, pp. 730 ss., Id., *La responsabilità civile del magistrato secondo la legge 13 aprile 1988 n. 117*, in AA. VV., *La responsabilità dei magistrati*, a cura di M. Volpi, Napoli, Jovene, 2009, pp. 184 ss., (come già per F. Carnelutti) si dovrebbe riconoscere la responsabilità del giudice per *errores in procedendo*, lasciando la esenzione solo per gli *errores in iudicando* e questa "immunità" non dovrebbe riguardare né il pubblico ministero né la volontaria giurisdizione né ad alcune delle attività esecutive o ascrivibili all'area delle procedure concorsuale.

<sup>74</sup> F. Verde, op. cit., pp. 103 ss., spec. pp. 117-123.

<sup>75</sup> Corte di Giustizia UE, sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01; *Köbler contro Repubblica d'Austria*. Tra i numerosissimi commenti, si segnala quello di G. Alpa, *La responsabilità dello Stato per «atti giudiziari»*. A proposito del caso *Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, fasc. 1, pp. 169 ss., che contesta in radice l'indirizzo della Corte.

<sup>76</sup> Corte di Giustizia UE, sentenza 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo Spa contro Repubblica italiana*. Tra i numerosissimi commenti si segnala quello di v. F. Biondi, *Un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati (nota a Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 2006, TDM contro Italia)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* del 19/06/2006.

<sup>77</sup> Con la sentenza *Commissione c. Repubblica Italiana*, C-379/10 del 24 novembre 2011. Tra i numerosissimi commenti si segnala quello di A. Pace, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, cit., pp. 1 ss..

Nella medesima sentenza la Corte ha respinto i due (tradizionali) argomenti spesi dalla Repubblica austriaca, in merito alla incompatibilità di una tale responsabilità con l'autorità di cosa giudicata della sentenza di ultimo grado (*res iudicata facit ius*) e con il principio di indipendenza del giudice.

La Corte, al riguardo, sostiene che l'azione di risarcimento non interferirebbe sul giudicato né sul piano sostanziale né su quello processuale e che l'estensione della responsabilità a tutti i casi di violazione manifesta del diritto non potesse incidere sulla indipendenza del giudice, essendo in questione la sola responsabilità dello Stato e non già quella dell'organo giudicante<sup>78</sup>.

Con la sentenza *Traghetti del Mediterraneo* del 2006, richiamando esplicitamente la sentenza *Köbler* ed applicandone i principi al caso italiano, la Corte ha affermato che la c.d. clausola di salvaguardia prevista dalla legge n. 117 del 1988 non è compatibile con il diritto europeo, in quanto, «da un lato l'interpretazione delle norme di diritto rientra nell'essenza vera e propria dell'attività giurisdizionale poiché, qualunque sia il settore di attività considerato, il giudice ...

dovrà normalmente interpretare le norme giuridiche pertinenti ... al fine di decidere la controversia che gli è sottoposta» e «dall'altro lato, non si può escludere che una violazione manifesta del diritto comunitario vigente venga commessa, appunto, nell'esercizio di una tale attività interpretativa».

Con la sentenza *Commissione c. Italia* del 2011, infine, preso atto dell'inerzia del legislatore nazionale, la Corte di giustizia ha statuito che «il diritto dell'Unione osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulti da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale», così censurando l'art. 2, comma 2, della legge n. 117 del 1988, proprio perché «dall'esplicito tenore di quest'ultima disposizione emerge che [la] responsabilità resta esclusa, in via generale, nell'ambito dell'interpretazione del diritto e della valutazione dei fatti e delle prove».

Con queste decisioni, in definitiva, la Corte di Lussemburgo, in nome della *primauté* e dell'effettività del diritto eurounitario, ha sanzionato sia l'*error in procedendo* del mancato rinvio pregiudiziale sia l'*error in iudicando* della manifesta violazione del diritto eurounitario da parte delle Supreme corti nazionali. Ponendosi in continuità con l'indirizzo che in nome dell'esigenza «di salvaguardare l'integralità del sistema giudiziario dell'Unione e, in particolare, lo strumento del rinvio pregiudiziale, concepito come strumento di raccordo fra sistema procedurale nazionale e sistema procedurale europeo» la aveva portata a mettere in discussione, in taluni casi<sup>79</sup>, lo stesso giudicato nazionale, laddove idoneo ad impedire il pieno dispiegarsi del valore unificante dell'ordinamento eurounitario<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> *Contra*, G. Alpa, loc. op.cit.

<sup>79</sup> Sulle sentenze della CGUE *Lucchini*, *Olimpiclub*, *Kempter*, *Kubne & Heitz NV* v. C. Di Seri, *Primauté del diritto comunitario e principio della res iudicata nazionale: un difficile equilibrio*, in *Giur. it.*, 2009, pp. 2835 ss. Sulle sentenze *Elchinov* ed *Intereidil* si v. E. Cannizzaro, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3/2013, pp. 659 ss.

<sup>80</sup> Cfr. E. Cannizzaro, op. cit., pp. 674-676. Per una approfondita ed estremamente interessante analisi del rapporto tra giudicato e decisioni delle Corti sovranazionali, v. R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Atti del XXVII Congresso nazionale*

Ma rinviando al sesto paragrafo un approfondimento sul tema, resta da rilevare che la ottemperanza alla sentenza *Commissione c. Italia* ha finito per imporre una rivisitazione complessiva della disciplina interna.

Concepita quale sanzione per la mancata cooperazione delle (supreme) giurisdizioni nazionali e quale strumento per assicurare l'effettività e l'uniformità dell'ordinamento eurounitario da parte degli Stati membri, il concetto di violazione manifesta del diritto è palesemente incompatibile con la tutela dell'indipendenza funzionale dei giudici (quantomeno in relazione al diritto interno, nel quale non sussiste un monopolio interpretativo quale quello della Corte di giustizia in relazione al diritto eurounitario, ma sussiste anzi la piena autonomia interpretativa ex art. 101, comma 2, Cost.)<sup>81</sup>. Applicando a questi una responsabilità così concepita ne deriverebbe, infatti, una potenziale coincidenza tra riforma della decisione e sanzione dell'organo giudiziario inferiore, con assoluta compressione non solo della autonomia interpretativa, ma altresì della serenità minima per lo svolgimento della funzione.

Ne discende che dall'attuazione dei principi derivanti dalla giurisprudenza comunitaria non poteva che derivare la rottura del parallelismo proprio della legge Vassalli e, pertanto, lo sdoppiamento della tematica nella responsabilità dello Stato da attività giudiziaria e nella responsabilità civile del giudice, legate, a questo punto, a presupposti in parte diversi, con inevitabile ricaduta sulla funzione delle responsabilità medesime.

La questione sarebbe rimasta "confinata" alle violazioni del diritto eurounitario, laddove il legislatore avesse seguito l'indirizzo giurisprudenziale<sup>82</sup> e dottrinario, di introdurre una specifica responsabilità dello Stato solo per tale ipotesi<sup>83</sup>. Ma la obiettiva incompatibilità di una tale soluzione con il principio di uguaglianza e la sua contraddizione con la tutela dei diritti (fondamentali o meno) privi di copertura eurounitaria ha imposto il più complessivo intervento riformatore recato dalla legge n. 18/2015<sup>84</sup>.

Le novità fondamentali della nuova disciplina sono costituite, oltre che dall'abbandono del principio del "parallelismo" della responsabilità dello Stato rispetto a quella dei magistrati, dalla soppressione del filtro di ammissibilità<sup>85</sup> e dalla ridefinizione delle ipotesi di colpa grave e del rapporto tra questa e la clausola di salvaguardia<sup>86</sup>.

Con la nuova disciplina, la clausola di salvaguardia non opera più in caso (di dolo, ma la questione è irrilevante, coincidendo questo con la commissione di un reato, ma neppure in caso) di colpa grave. Quest'ultima viene poi ad identificarsi, in coerenza (quasi letterale) con la giurisprudenza eurounitaria, con la violazione manifesta del diritto (statale o dell'Unione

---

dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, «Corti europee e giudici nazionali», Verona, 25-26 Settembre 2009, Bologna, 2011,

pp. 239 ss..

<sup>81</sup> Così F. Biondi, *Sviluppi recenti e prospettive future della responsabilità del magistrato*, in *Rivista AIC*, 1/2012, p. 13.

<sup>82</sup> Cass. nn. 2560/2012 e 2637/2013.

<sup>83</sup> In questo senso E. Scoditti, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Foro it.*, 2006, IV, pp. 420 ss., id., *Le nuove fattispecie di "colpa grave"*, in *Foro it.*, 2015, V, pp. 323-324.

<sup>84</sup> Cfr., *ex multis*, R. Romboli, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?*, in *Foro it.*, 2015, V, pp. 346 ss.. Nello stesso senso si erano pronunciati, tra gli altri, *ante riforma*, M. Luciani, op. cit., p. 21, e A. Pace, ult. op. cit., p. 6.

<sup>85</sup> Su cui v. G. Scarselli, *L'eliminazione del filtro di ammissibilità nel giudizio di responsabilità civile dei magistrati*, cit., p. 328.

<sup>86</sup> Ulteriori modifiche hanno riguardato la estensione della risarcibilità al danno non patrimoniale, la estensione del termine di decadenza per la proponibilità della azione (passato a tre anni), la misura della rivalsa (passata alla metà dello stipendio annuo), la previsione del controllo della Corte dei conti sul mancato regresso in caso di dolo, la previsione (alquanto criptica) che è fatta salva la competenza della Corte dei conti in caso di manifesta violazione della legge (su questo, v. *infra* nel testo).

europea), il travisamento del fatto o delle prove, l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento, o ancora la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento. Cui si aggiunge l'emissione di un provvedimento (non più *de libertate*, ma più genericamente) cautelare personale o reale fuori dai casi previsti dalla legge o senza motivazione (che sembra consentirne la estensione anche al di là della materia penale).

Ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta del diritto si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza. In caso di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea si deve tener conto anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>87</sup>.

La differenza più significativa rispetto alla disciplina originaria è rappresentata dall'eliminazione del riferimento alla negligenza inescusabile.

La dimensione soggettiva della colpa non è quindi più necessaria per fondare la responsabilità dello Stato, mentre rimane, invece, insieme al dolo, condizione ai fini dell'azione di rivalsa nei confronti del magistrato.

La rivalsa, peraltro, è espressamente prevista, come obbligatoria, nei (soli) casi di violazione manifesta della legge o del diritto dell'Unione europea e di travisamento del fatto o delle prove. Nulla è invece previsto in ordine alla rivalsa nei casi di errore revocatorio e di emissione di provvedimento cautelare. Il che apre l'alternativa tra ritenere tali ipotesi escluse dalla rivalsa, venendo quindi sanzionate solo in caso di dolo del giudice, ritenerle soggette ad una possibile rivalsa facoltativa, di dubbia compatibilità costituzionale, oppure ancora (come si sostiene da parte della dottrina<sup>88</sup>) rimesse alla giurisdizione contabile in sede di giudizio di responsabilità amministrativa.

Il punto, di notevole importanza teorica e pratica, sarà ripreso nel paragrafo successivo, ma va immediatamente rimarcato che la differenziazione tra le ipotesi di responsabilità dello Stato e del giudice, vale a rendere riferibile la precedente giurisprudenza a questa sola seconda ipotesi. Essendo invece tutto da verificare l'ambito d'incidenza della responsabilità "oggettiva" dello Stato per attività giudiziaria, scollegata dal rimprovero soggettivo all'organo giudicante e di risulta il costo sistemico della nuova disciplina.

Nuova e potenzialmente molto problematica è, poi, la nozione di travisamento del fatto e delle prove, che costituisce anch'essa ipotesi di colpa grave e che rileva anche ai fini della rivalsa. Nozione questa che oscilla tra il già previsto errore revocatorio e l'errore valutativo. Ed in tale seconda accezione può costituire una notevolissima estensione della precedente area di responsabilità. Anche su questo ci soffermeremo, pertanto, nel paragrafo che segue.

<sup>87</sup> Cfr. R. Romboli, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva*, cit., p. 350.

<sup>88</sup> In questo senso G. D'Auria, «L'altra responsabilità» dei magistrati, in *Foro it*, 2015, V, pp. 340 ss.

Sul piano processuale, infine, si è identificata la principale novità nella soppressione del filtro di ammissibilità. Si è ricordato che al filtro la giurisprudenza della Corte costituzionale aveva riconosciuto, in più occasioni (sentt. nn. 18/1989 e 468/1990), “rilievo costituzionale”.

In ordine al tale soppressione è aperto un ampio dibattito e, nel primo anno di vigenza della legge 18/2015, sono già state proposte quattro questioni incidentali di costituzionalità, che attendono il giudizio della Corte <sup>89</sup>.

Al riguardo tale soppressione appare irrazionale e sommamente inopportuna, ma non sembra contrastare né con la indipendenza del potere giudiziario, posto che non determina di per sé né la incompatibilità/ricusabilità del giudice né un automatismo tra azione civile e azione disciplinare (essendo questa valutazione rimessa alla Procura generale della Cassazione non diversamente che in caso di un esposto presentato in relazione ai medesimi fatti) né con i diritti di difesa del giudice, rispetto al quale il giudizio attivato non produce effetto, ma unicamente legittima, *ex post* l'azione di rivalsa e nemmeno in ogni caso, stante la diversità di presupposti (in specie la necessità della negligenza inescusabile) nei casi di rivalsa obbligatoria e stante la opinabilità della rivalsa negli altri casi.

### La responsabilità dei magistrati

Così ricostruite ragione e contenuto della nuova disciplina, evidenziata la dualità tra la tematica della responsabilità dello Stato e di quella dei magistrati che ne è derivata, è ora necessario analizzare l'effettivo ambito di quest'ultima. Ed in tale analisi, per acclararne l'incidenza, è necessario partire da una verifica concreta della operatività della regola della responsabilità.

La responsabilità del magistrato trova oggi la sua disciplina nel combinato disposto degli artt. 2, 4, 7 e 13 della legge n. 117/88, come novellata dalla legge n. 18/2015.

Da tali disposizioni risulta che essi sono esposti all'azione diretta del danneggiato (o al regresso dello Stato) in caso di reato, mentre sono soggetti all'obbligatoria rivalsa dello Stato in caso di diniego di giustizia, di violazione manifesta di legge o del diritto dell'Unione europea ovvero di travisamento del fatto o delle prove, determinati da dolo o negligenza inescusabile.

Confrontato con regime precedente risultano, pertanto, alcune sostanziali differenze. L'errore interpretativo delle norme, anzitutto, è espressamente ricompreso nella colpa grave, laddove inescusabile, non operando più al riguardo la c.d. clausola di salvaguardia.

A ben riflettere, però, la giurisprudenza aveva già incluso le interpretazioni aberranti nell'area della responsabilità, nonostante la clausola di salvaguardia, ritenendo queste (e solo queste) letture aberranti frutto di negligenza inescusabile. La differenza tra vecchia e nuova disciplina sembra quindi non tanto sostanziarsi nello svuotamento della clausola di salvaguardia, destinato semmai ad operare nella diversa responsabilità oggettiva dello Stato per violazione

<sup>89</sup> Nel senso della incostituzionalità della soppressione del filtro: v. tra gli altri G. Amoroso, *Riforma della responsabilità civile dei magistrati e dubbi di legittimità costituzionale dell'eliminazione del filtro di ammissibilità e dell'azione risarcitoria*, in *Questione Giustizia*, 3/2015, p. 184. In senso opposto, tra gli altri, V. Vigoriti, *La responsabilità del giudice: timori esagerati, entusiasmi eccessivi*, in *Foro it.*, 2015, V, pp. 290-291; C. M. Barone, *La legge sulla responsabilità civile dei magistrati e la sua (pressoché inesistente) applicazione*, in *Foro it.*, 2015, V, p. 298.

manifesta del diritto, quanto nella esemplificazione dei casi di colpa grave che il legislatore ha tratto dalla giurisprudenza comunitaria.

In particolare risulta rilevante la espressa qualificazione in termini di violazione manifesta del diritto del mancato rinvio pregiudiziale e del contrasto dell'atto con la interpretazione della Corte di giustizia (che ha competenza riservata).

Se il contrasto o, più propriamente, la divergenza interpretativa dalla giurisprudenza eurounitaria sembra potere assumere i tratti di negligenza inescusabile solo laddove affatto immotivata o in caso di assoluta chiarezza ed univocità dell'indirizzo contrastato, più automatico sembra il possibile rimprovero verso l'organo giudiziario nazionale di ultima istanza, allorché si sottragga all'obbligo di rinvio pregiudiziale.

Tale violazione, eminentemente processuale e ridondante sul raccordo tra sistema procedurale nazionale ed europeo, presenta, in effetti, assoluta oggettività. E se è pur vero che anche la decisione sul rinvio pregiudiziale include una questione interpretativa preliminare in base ai criteri stabiliti dalla sentenza *Cilfit*<sup>90</sup>, sembra però difficile negare la responsabilità in caso di un mancato rinvio fondato sulla "teoria dell'atto chiaro" ovvero sull'asserita chiarezza della disciplina eurounitaria tale da non lasciar spazio ad alcun ragionevole dubbio, laddove tale "chiara" ed univoca interpretazione risulti invece in contrasto con la giurisprudenza comunitaria.

Il punto è, ovviamente, delicato, incidendo direttamente sull'indipendenza del giudice nella sua accezione ora dominante. Ma sembra difficilmente superabile il rilievo che la mancata cooperazione con la Corte di giustizia giustificata in nome di un'insussistente univocità ermeneutica sia qualificabile quale negligenza inescusabile, specie laddove tale *quaestio iuris* abbia costituito oggetto di allegazione e contraddittorio tra le parti.

La questione sembra, poi, difficilmente confinabile alla sola violazione manifesta del diritto eurounitario. Le medesime, condivisibili, ragioni che hanno indotto la dottrina dominante ed il legislatore a ritenere inevitabile la estensione dei principi di *Commissione c. Italia*, ora positivizzati nell'art. 2, comma 3-*bis*, della legge n. 117/88, anche alla violazione del diritto interno depongono, infatti, nel senso di proiettare la medesima logica nelle regole procedurali nazionali.

Ci si riferisce, in specie, all'obbligatoria rimessione alle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione (art. 374 c.p.c.), all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (art. 99 c.p.a.) e alle Sezioni riunite della Corte dei conti (art. 1, comma 7, del d.l. n. 453/1993) da parte della sezione semplice che ritenga di non condividere il principio di diritto da queste enunciato, introdotte, rispettivamente, dal d.lgs. n. 40/2006, dal d.lgs. n. 104/2010 e dalla legge n. 69/2009.

Tali regole, finalizzate a (cercare di) ricomporre l'unità dell'ordinamento giuridico e restituire alle supreme magistrature una funzione nomofilattica, nei rispettivi ambiti di competenza<sup>91</sup>, non lasciano all'interprete un margine di apprezzamento, vincolandolo, alternativamente, a conformarsi al principio o a sottomettere all'organo deputato alla

<sup>90</sup> Corte di Giustizia, sentenza 6 ottobre 1982, C-283/81.

<sup>91</sup> Cfr. G. Arieta, F. De Santis, *Corso base di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 2013, p. 563. Conf. v. M. Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2006, p. 773.

individuazione/affermazione del “diritto vivente” la propria argomentata tesi dissenziente, al fine di una rimeditazione dell’orientamento raggiunto.

E se costituisce manifesta violazione del diritto il mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sembra difficile sostenere, nonostante l’art. 2, comma 3-*bis* della legge n. 117/88 riguardi espressamente solo il caso del diritto dell’Unione europea, che lo stesso non si abbia in caso di mancata remissione alle Sezioni unite, alla Plenaria o alle Sezioni riunite.

E sembra, del pari, difficile negarsi che la sottrazione ad un siffatto obbligo sia qualificabile quale negligenza inescusabile, tale dovendosi ritenere sia la ignoranza di un orientamento espresso da tali organi da parte delle sezioni semplici sia (ed a maggiore ragione) l’ignoranza o la elusione della univoca regola processuale, che prescrive, alternativamente di conformarsi o rimettere la questione.

Sull’incidenza della regola della responsabilità sulla cooperazione tra le Corti nell’opera di “unificazione” dell’ordinamento e sulla sua compatibilità con i principi costituzionali ci si soffermerà alla fine del presente paragrafo, ma va qui subito rimarcato che una tale regola vincola (vedremo, non paradossalmente) più le Corti superiori che i giudici di prime cure o di merito, incidendo quindi più che sul libero convincimento del magistrato, in quanto tale, sui rapporti interni tra gli organi giudiziari. Ulteriore novità della riforma, come rilevato, è la introduzione, quale ulteriore ipotesi di colpa grave, del travisamento del fatto e delle prove.

Si tratta di nozioni incerte, che si prestano a differenti interpretazioni, essendo utilizzate dalla giurisprudenza e dal legislatore in diverse prospettive e a diversi fini<sup>92</sup>.

La giurisprudenza civile identifica il travisamento del fatto nell’errore percettivo e revocatorio<sup>93</sup>, ed identificava il travisamento delle prove nella mancata motivazione su un punto decisivo oggetto di discussione. Il primo quale presupposto della revocazione *ex art.* 395, comma 4, c.p.c., il secondo ai fini del ricorso per cassazione *ex art.* 360, n. 5, c.p.c., anteriormente alla novella recata dal d.l. n. 83/2012, che ha eliminato tale motivo di ricorso, sostituendolo con la diversa e ben più limitata ipotesi dell’omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti. L’errore revocatorio quale affermazione o negazione di un fatto incontrovertibilmente contrastante con gli atti del giudizio, costituisce però autonoma ipotesi di colpa grave, ai sensi della legge n. 117/88. Il che rende non agevole l’utilizzo della categoria civilistica.

Quanto all’errore valutativo del materiale probatorio, appare tuttavia chiaro che risolvere in questo senso l’interpretazione del travisamento delle prove varrebbe a dilatare in modo

<sup>92</sup> Cfr. A. Macchia, *Riflessioni a margine della “clausola di salvaguardia” in tema di responsabilità civile dei magistrati, alla luce delle novelle introdotte dalla legge n. 18 del 2015, e dei riflessi di tipo costituzionale e convenzionale*, in [www.associazionemagistrati.it](http://www.associazionemagistrati.it); E. Scoditti, *La nuova fattispecie di «colpa grave»*, cit., pp. 323-326; F. Verde, op. cit., pp. 82-91; F. Biondi, ult. op. cit., pp. 165 ss.. Il Consiglio superiore della magistratura nel *Parere, ai sensi dell’art. 10 legge n. 195/58, sul Disegno di legge concernente: “Riforma della disciplina riguardante la responsabilità civile dei magistrati”* (Delibera del 29 ottobre 2014) afferma che «Appare quindi indispensabile uno sforzo del legislatore volto a precisare, anche per evitare un aumento esponenziale e tuttavia inutile del contenzioso, che il travisamento debba essere espressamente qualificato come inescusabile o comunque come “palese” o “evidente” o “macroscopico”, e debba quindi consistere in un errore di percezione o in una mera svista materiale che abbia indotto il giudice a supporre l’esistenza di un fatto la cui verità era esclusa in modo incontrovertibile, oppure a considerare inesistente un fatto accertato in modo parimenti indiscutibile alla stregua degli atti e dei documenti di causa».

<sup>93</sup> *Ex multis*: Cass. S.U. n. 13181/2013.

irragionevole l'area della responsabilità (anzitutto dello Stato, che risponderebbe anche al di là dei casi di negligenza inescusabile, presupposto della responsabilità del magistrato). Si avrebbe altresì assoluta contraddizione tra la eliminazione del relativo motivo, quale possibile ricorso per Cassazione, e la previsione di una responsabilità risarcitoria (dello Stato ed in caso di negligenza inescusabile dei giudici di merito) nella medesima ipotesi.

La giurisprudenza penale, a sua volta, (dopo la modifica dell'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., di cui alla l. n. 46/2006) ha una nozione alquanto estesa, identificando il travisamento delle prove nella "palese e non controvertibile difformità tra i risultati obiettivamente derivanti dall'assunzione delle prove e quello che il giudice di merito ne abbia inopinatamente tratto"<sup>94</sup> e ritenendo il travisamento del fatto quale vizio revocatorio, ai fini del ricorso straordinario *ex art. 625-bis* c.p.p..

Anche tale lettura rischia, peraltro, di dilatare in modo eccessivo l'area della responsabilità, laddove nel travisamento non si richieda anche un errore non solo decisivo (che altrimenti non vi sarebbe danno) ma anche manifesto (nel senso delineato dalla CGUE nella sentenza *Köbler*).

Piuttosto sembra utile il richiamo della giurisprudenza disciplinare, che, ai fini dell'applicazione dell'illecito disciplinare introdotto dall'art. 2, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 109/2006 (travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile), ha identificato il travisamento in una condotta negligente, sciatta, superficiale da parte del giudice che lo porta ad una decisione del tutto stravagante rispetto alle risultanze in atti. In particolare, esso «è riferito ad ipotesi nelle quali il giudice ha affermato/negato un fatto falso/vero o ha omesso di valutare un fatto decisivo, assai più raramente quando vi sia stato un, sia pure macroscopico, errore valutativo, escludendo poi la responsabilità ogni qual volta la decisione sia riconducibile ad una possibile, quand'anche opinabile, interpretazione di diritto».

La lettura datane dalla giurisprudenza disciplinare sembra la più aderente, in termini di *ratio*, alla logica della responsabilità civile. Anche considerando lo stretto legame tra le due forme di responsabilità, attestato dall'obbligo di azione disciplinare di cui all'art. 9 della legge n. 117/88 per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento.

Risolvere, d'altronde, il travisamento del fatto e delle prove nel solo errore revocatorio, come la giurisprudenza civile e penale, pare contrastare con la distinta previsione delle due ipotesi da parte della legge Vassalli, come novellata, e contrasterebbe con la giurisprudenza comunitaria<sup>95</sup>. Mentre fare coincidere travisamento con erronea valutazione varrebbe a dilatare l'area della responsabilità al di fuori di ogni senso sistematico e, in riferimento al magistrato, a comprimere del tutto la sua indipendenza funzionale.

In questo ambito sembra allora potere trovare (residua) applicazione la clausola di salvaguardia, di cui all'art. 2 della legge n. 117/88. E, di risulta, sembra potersi ipotizzare che il travisamento vada a identificarsi con le valutazioni abnormi del materiale probatorio<sup>96</sup>.

Si tratta, peraltro, di un aspetto estremamente delicato, su cui è da confidare nell'attenta attività esegetica della Suprema Corte.

<sup>94</sup> Cass., sez. IV, n. 21602/2007.

<sup>95</sup> Cfr. E. Scoditti, *ult. op. cit.*, pp. 324-325.

<sup>96</sup> Così, G. Fiandaca, *Giustizia: cari magistrati, dormite sonni tranquilli*, in *Il Garantista*, 6 marzo 2015.

Al di là di queste (problematiche) ipotesi, per le quali (art. 7) è prevista l'obbligatoria rivalsa da parte dello Stato, restano le ipotesi dell'errore revocatorio e della emissione di un provvedimento cautelare personale e reale fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione.

Da tale mancata inclusione nell'obbligo di rivalsa sono state fatte derivare tre possibili conseguenze: l'assenza di una responsabilità del magistrato; la facoltatività della rivalsa; l'assoggettamento di tali due casi di colpa grave alla giurisdizione contabile (come nelle ipotesi di reato)<sup>97</sup>.

Per quanto attiene l'errore revocatorio, il tema potrebbe essere diversamente risolto laddove si aderisse a quelle ipotesi interpretative che lo identificano con il travisamento del fatto (per cui opera la rivalsa obbligatoria).

Laddove, tuttavia, non si ritenesse riconducibile (ai fini della rivalsa) l'errore revocatorio al travisamento del fatto e delle prove, il tema emergerebbe in tutta la sua criticità, considerata, da un lato, l'irragionevolezza di una esenzione di responsabilità in una ipotesi (quella dell'errore revocatorio) più grave di quelle sanzionate (quali il travisamento delle prove), dall'altro, la incongruenza sia dell'ipotesi di una rivalsa facoltativa sia dell'ipotesi della competenza della Corte dei conti.

Una rivalsa facoltativa (e quindi potenzialmente discriminatoria) in capo al Presidente del Consiglio dei ministri non può che apparire contrastante con l'indipendenza esterna della magistratura. Ma, a parte questo facile rilievo, va osservato che non essendo ricompreso nella fattispecie di cui all'art. 7 l. n. 117/88, l'errore revocatorio verrebbe a costituire illecito risarcibile alle condizioni di cui all'art. 2 della medesima legge, il che è dire a prescindere da una negligenza inescusabile degli organi giudiziari. E se può ritenersi ammissibile una responsabilità oggettiva dello Stato in caso di errore decisivo quale quello revocatorio, non sembra compatibile con l'ordinamento costituzionale una responsabilità oggettiva del magistrato, che azzererebbe, *in parte qua*, la sua indipendenza interna rispetto al giudice della revocazione.

Nemmeno la configurazione, in una tale ipotesi, della giurisdizione contabile varrebbe, peraltro, a superare tali criticità. Dacché se l'obbligo dell'azione da parte della Procura, potrebbe valere a superare il primo profilo di incompatibilità con la Costituzione, la non equivalenza tra negligenza inescusabile di cui all'art. 7 l. n. 117/88 e colpa grave ai fini della responsabilità amministrativa lascerebbero aperto il secondo profilo critico.

È peraltro revocabile in dubbio la stessa configurabilità di una giurisdizione contabile, *in parte qua*, difettando un'espressa *interpositio legislatoris* (costituzionalmente necessaria per fondarla).

Il comma 3-*bis* dell'art. 2 della legge n. 117/88, laddove fa salva la giurisdizione contabile, sembra infatti doversi interpretare in relazione alla competenza di cui all'art. 13 della medesima legge, per le ipotesi di regresso in caso di reato. E non già quale generalizzata sussistenza di

<sup>97</sup> Nel senso della assenza di rivalsa, tra gli altri, F. Verde, op. cit., pp. 185-187; nel senso rivalsa facoltativa da parte del Presidente del Consiglio dei ministri e della concorrente competenza della Corte dei conti, G. D'Auria, op. cit., pp. 343-344; nel senso della dubbia legittimità costituzionale tanto della rivalsa facoltativa quanto della mancanza di rivalsa, R. Romboli, ult. op. cit., p. 351.

una giurisdizione contabile in materia di rivalsa, che porrebbe, difficilmente solubili, questioni di coordinamento procedurale e sostanziale.

Analogo discorso deve farsi in relazione alla colpa grave per emissione di provvedimento cautelare senza base normativa o motivazione.

Tale ipotesi potrebbe, in vero, essere ricondotta agevolmente alla violazione di legge, per ricondurla alla rivalsa obbligatoria. Ma in questo modo, anche qui, si verrebbe a privare di senso la distinzione operata dal legislatore e a privare di alcuna specifica funzione la previsione normativa.

In definitiva, escluso che possano ricondursi queste due ipotesi ad una inammissibile ipotesi di rivalsa facoltativa e che possa ammettersi una espansione *in parte qua* della giurisdizione contabile, sembra doversi concludere nel senso di una diversa alternativa.

Quella tra l'inclusione delle due ipotesi nella rivalsa obbligatoria, che varrebbe a negare valore normativo autonomo alle due previsioni, ma eviterebbe una irragionevole discriminazione. E quella dell'esclusione della responsabilità personale del giudice, ferma la responsabilità dello Stato verso i soggetti danneggiati.

Così identificata (con le sue criticità esegetiche) il contenuto della nuova disciplina, al fine di analizzarne l'esatto impatto sistemico, vanno poi approfonditi alcuni aspetti della sua area di operatività.

Va, al riguardo, nuovamente richiamato l'art. 4, comma 2, della legge n. 117/88 (non modificato dalla legge n. 18/2015), per il quale l'azione di risarcimento del danno contro lo Stato può essere esercitata soltanto quando siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi previsti avverso i provvedimenti cautelari e sommari, e comunque quando non siano più possibili la modifica o la revoca del provvedimento ovvero, se tali rimedi non sono previsti, quando sia esaurito il grado del procedimento nell'ambito del quale si è verificato il fatto che ha cagionato il danno.

Da tale previsione, oltre che dal richiamato indirizzo giurisprudenziale, che vede nella proposizione dei mezzi d'impugnazione una condizione di ammissibilità dell'azione risarcitoria, deriva che la manifesta violazione del diritto o il travisamento di fatti o prove intervenuti, come di regola, in provvedimenti impugnabili o finiscono per divenire responsabilità condivisa delle corti chiamate a decidere le impugnazioni (senza emendare i vizi) o, assumendo la macroscopicità di tali vizi, finiscono per essere corretti in queste forme, lasciando alla responsabilità la (ragionevole) funzione di costituire un rimedio per i danni non riparabili con i mezzi di impugnazione.

In particolare, considerando l'ipotesi paradigmatica della sentenza, i vizi di questa verrebbero a risalire verso il massimo organo di legittimità, laddove errori di diritto, o verso il grado di appello (che nel caso della giustizia amministrativa o contabile coincidono), laddove errori di fatto.

L'onere d'impugnazione e di attivazione dei rimedi, a ben vedere, finiscono per rendere configurabile la responsabilità o in riferimento ad errori ripetuti da vari organi (concentrandosi sul giudice di grado superiore che non abbia posto rimedio all'errore della decisione impugnata) o in riferimento a danni discendenti dall'efficacia provvisoria della decisione precedente.

La questione si presenta diversamente a fronte di atti inoppugnabili, non revocabili o modificabili, per i quali la responsabilità resta collegata al solo autore<sup>98</sup>.

Mentre a parte rimane la criticità dei provvedimenti cautelari, per i quali, in sede civile, il reclamo chiude la fase cautelare di impugnazione senza consentire un ricorso di legittimità, in sede penale si prevede il ricorso per Cassazione ed in sede amministrativa si consente l'appello.

Ragionando sulla modificabilità in ogni tempo dei provvedimenti cautelari, potrebbe sostenersi l'assorbimento dei vizi degli stessi nella decisione di merito del grado di giudizio, dove sono stati emanati, con l'effetto di riportare l'area della responsabilità alla logica sopra descritta.

Questo varrebbe, tra l'altro, ad evitare che il giudizio sulla liceità del provvedimento cautelare possa intervenire in parallelo al merito del giudizio.

Ma è nota la diversa posizione della Cassazione<sup>99</sup>, che applicando letteralmente l'art. 4, tratta distintamente cautela da merito.

È questa, quindi, l'area dove più facilmente può emergere una responsabilità dei giudici di merito.

Per tale ragione la mancata inclusione nei casi di rivalsa obbligatoria dell'emissione di un provvedimento cautelare senza presupposti, oltre che quale irragionevolezza, potrebbe altresì essere letta come scelta protettiva della funzione giudiziale più esposta e critica. Potrebbe cioè derivare dalla finalità della riforma che, in coerenza con la giurisprudenza comunitaria, è stata soprattutto quella di munire di effettività gli strumenti di unificazione dell'ordinamento (in specie l'obbligo di remissione al massimo organo nomofilattico da parte delle sezioni semplici delle altre corti) con la regola della responsabilità, piuttosto che dilatare la potenziale sfera di sanzione di tutti i magistrati.

Questa mancata inclusione nell'area della rivalsa, quindi, potrebbe leggersi come considerazione del rischio insito nella cognizione sommaria, rispetto alla quale, ferma la responsabilità oggettiva dello Stato in caso di manifesto errore, non si vorrebbe porre il giudice in una situazione di costante timore. Stante questo quadro disciplinare, restano da valutare due aspetti la compatibilità (intesa come ragionevole bilanciamento) della nuova disciplina con l'indipendenza della magistratura.

Al riguardo, si è chiarito che la nuova disciplina presenta, in definitiva, alcune variabili.

La prima variabile riguarda la continuità o meno della giurisprudenza in ordine al concetto di negligenza inescusabile rispetto agli orientamenti ante 2015.

La seconda riguarda la declinazione pratica che sarà data alle nozioni, come detto incerte, di travisamento del fatto e delle prove.

La terza riguarda la lettura che sarà data in ordine alla esclusione dalla rivalsa obbligatoria delle ipotesi di errore revocatorio e di provvedimento cautelare al di fuori dai casi consentiti.

Sembra presumibile che la Cassazione non muterà indirizzo sulla negligenza inescusabile. Non ve ne sarebbe d'altronde ragione. La estensione oggettiva della responsabilità dello Stato, per adeguarsi al *dictum* eurounitario, ha operato escludendo la rilevanza, a quel fine, della

<sup>98</sup> Al riguardo, v. A. Proto Pisani, loc. op. ult. cit., e F. Verde, op. cit., pp. 133-146.

<sup>99</sup> Cass. sez. I, n. 18329/2002.

negligenza inescusabile. Non già modificando questa. Né sembra rilevare la rimodulazione del rapporto tra colpa grave e clausola di salvaguardia, posto che una interpretazione o una valutazione viziata da inescusabile negligenza, come naturale, è sempre stata fuori da essa.

La declinazione del travisamento realisticamente inciderà sulla responsabilità dello Stato, potendo estenderla o contenerla, ma, ferma la nozione di negligenza inescusabile, non inciderà significativamente sul magistrato. Sarebbe in teoria possibile, ma è presumibile che la Cassazione, coerentemente alla sua tradizione, farà buona guardia dell'indipendenza dell'ordine cui appartiene.

La terza questione, di contro, è la più imprevedibile. Tenderei ad escludere che le Sezioni unite accettino l'espansione della giurisdizione contabile. Ma è indubbio che ogni soluzione ermeneutica presenti qualche criticità con i principi costituzionali. Quella proposta, di ritenere esclusa la rivalsa *tout court*, massimizza la tutela dell'indipendenza. Ma è implicita in essa una

“lettura” della responsabilità intesa quale rimedio riparatorio del danno (che sarebbe garantito dallo Stato) e quale strumento di unificazione dell'ordinamento oggettivo (di cui la responsabilità o meglio la sua minaccia sarebbe garanzia), in ambo i casi in ottica oggettiva e sistemica. Ma è chiaro che essa non potrà che apparire insoddisfacente a chi vede nella responsabilizzazione del giudice un mezzo per mettere in relazione persone, al di là dei ruoli, e a chi ipotizza una responsabilità quale controllo esterno del giudiziario<sup>100</sup>.

Si è, però, prima evidenziato che una responsabilità dei giudici potrebbe facilmente emergere in caso di violazione dell'indirizzo delle Sezioni unite, dell'Adunanza plenaria o delle Sezioni riunite.

Qui la violazione di una norma procedurale, espressamente introdotta (a valle di un periodo di estrema contraddittorietà d'indirizzo delle magistrature superiori), non diversamente dal mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sembra potere configurare un caso elettivo di applicazione della violazione manifesta del diritto e di negligenza inescusabile.

Mi riferisco, specificamente, a questa violazione formale, dacché tendo ad escludere, a fronte della richiamata consolidata giurisprudenza, che sul piano interno sarà sufficiente la differenziazione, ancorché poco motivata, della giurisprudenza consolidata per basare una negligenza inescusabile ed una responsabilità.

In caso di mancata remissione, di contro, il rimprovero sarà la mancata cooperazione alla definizione collettiva di un diritto ragionevole ed uniforme (o la assoluta ignoranza dell'orientamento del massimo organo nomofilattico) e non già un dissenso ermeneutico, la cui sanzione varrebbe a minare in radice il principio del libero convincimento.

Questo scenario si ritiene compatibile con il principio d'indipendenza funzionale, intesa quale autonomia interpretativa, dovendo questa essere inserita nel processo progressivo e collettivo di definizione di un diritto uniforme ragionevole. In mancanza del quale l'assolutizzazione della indipendenza del singolo rischia di minare la funzione e il potere esercitato.

<sup>100</sup> Riferimenti in F. Dal Canto, *La legge n. 18/2015 sulla responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: tra buone idee e soluzioni approssimative*, in *Questione giustizia*, 3/2015, pp. 188-189.

In questo processo progressivo e collettivo il punto centrale è la motivazione con la quale ogni organo giudiziario esprime le ragioni della sua decisione, legittimandosi internamente ed esternamente.

Assumendo un caso difficile <sup>101</sup>, di quelli che estremizzano la pluralità di soluzioni possibili, la logica del sistema legittima la pluralità ideale e culturale delle soluzioni da parte dei giudici di merito, il loro accumulo e la possibile formazione di indirizzi dominanti a livello di giurisdizione nomofilattica.

La libertà interpretativa dei giudici di merito è peraltro preservata, a prescindere dagli orientamenti della corte nomofilattica, dalla non riconducibilità alla nozione di negligenza inescusabile di un motivato dissenso dal diritto vivente.

Allorché la “difficoltà” del caso o della soluzione ermeneutica abbiano portato, come verosimile, ad una pluralità di soluzioni alternative nelle stesse supreme corti, le esigenze di unificazione e di prevedibilità dell’ordinamento e del sistema sociale impongono una decisione (provvisoria ma) unitaria. Soluzione provvisoria, si diceva, giacché nulla esclude il perdurare del dissenso e la rimessione alle Sezioni unite (ed ai suoi omologhi presso le altre magistrature) di motivate opzioni di rimediazione della soluzione. Come nulla esclude che la scelta ermeneutica delle Sezioni unite possa essere contestata attraverso la remissione alla Corte costituzionale o il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia di una questione di legittimità costituzionale o di una questione interpretativa in ordine al diritto vivente da questa proposto, sussistendone i relativi presupposti <sup>102</sup>. Come nulla esclude che la soluzione cui fosse pervenuta la giurisprudenza nazionale possa essere oggetto di accertamento e di condanna per violazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, su istanza del soggetto interessato.

Questo assetto orizzontale dei rapporti tra le alte Corti, in un certo modo, riequilibra la compressione che le norme processuali hanno imposto all’autonomia delle sezioni semplici. E connota in ottica non solo verticale il modello.

### **La responsabilità dello Stato per attività giudiziaria**

Nel presente paragrafo si intende proporre una soluzione alle aporie generate dalla nuova normativa, tra tutte: la contraddizione non pratica, ma logica, di due accertamenti opposti in ordine ad una medesima sostanza. Una soluzione in tal senso potrebbe essere quella di introdurre un’ulteriore ipotesi di revocazione del giudicato, per errore giudiziario dovuto a colpa grave.

<sup>101</sup> Cfr. A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, Milano, Giuffrè, 1995.

<sup>102</sup> La Corte di giustizia, Grande Sez., 5 aprile 2016, *PFE*, ad es., ha statuito, a) «l’articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest’ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull’interpretazione o sulla validità del diritto dell’Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivide l’orientamento definito da una decisione dell’adunanza plenaria di tale organo giurisdizionale, e□ tenuta a rinviare la questione all’adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale» (punto 36); b) «l’articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte ad una questione vertente sull’interpretazione del diritto dell’Unione da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell’Unione» (punto 42).

Con ordine. Concentrata sulla tradizionale questione della responsabilità dei magistrati e del bilanciamento tra responsabilità e indipendenza della funzione, la dottrina sembra meno interessata ad analizzare l'esatta portata dell'introduzione di una responsabilità oggettiva dello Stato per attività giudiziaria.

Che si tratti di responsabilità oggettiva<sup>103</sup>, anzitutto, è indiscutibile, essendo richiesto un elemento subiettivo (peraltro oggettivato e non connesso all'organo giudiziario decidente) solo al fine di vagliare l'inescusabilità e gravità dell'inosservanza delle norme, mentre nulla è richiesto nei casi di travisamento del fatto o delle prove, di errore revocatorio e di emissione di misura cautelare al di fuori dei casi consentiti.

Sulla potenziale notevolissima ampiezza della nozione di travisamento, soprattutto delle prove, ci si è già soffermati, ma anche l'area della grave e inexcusabile inosservanza sembra invero ben più ampia di quella della negligenza inexcusabile fin qui considerata per accollare a Stato e giudice le rispettive responsabilità. Anche a fronte dell'ulteriore specificazione che il contrasto dell'atto con gli orientamenti della Corte di giustizia costituisce colpa grave (presunta) non è implausibile ritenere che sia inexcusabile ogni grave errore di diritto e non già solo una sua aberrante interpretazione (che è, invece, il presupposto delle responsabilità personale dell'organo giudicante).

Ma anche a prescindere dalla declinazione che la giurisprudenza darà a questi concetti, resta il rilievo che l'area della responsabilità dello Stato è considerevolmente più grande di prima.

Se quindi il tema della responsabilità per atti giudiziari è stato, fin qui, un tema economicamente marginale, andrà verificato il costo del disservizio della funzione giudiziaria. Costo, invero, inevitabile, stante l'estrema complessità del sistema normativo. Costo che è stato fin qui a carico degli utenti. Ma che la nuova norma ha deciso, in parte, di socializzare.

Questa modifica incide, poi, sulla stessa funzione della responsabilità.

Fino alla legge 18/2015 poteva ancora ragionarsi di una responsabilità vicaria dello Stato, fondata sull'illecito del giudice, e di uno scudo protettivo a favore del magistrato, che non abbia commesso reato, costituito dalla impossibilità di una azione diretta del danneggiato e dalla limitazione quantitativa della responsabilità, parametrata, oltretutto, non al danno provocato, ma al reddito del funzionario.

Ma una volta che l'area di responsabilità dello Stato non coincide con quella del magistrato, sia per la diversità dei presupposti sia per la dubbia rivalsa in taluni casi, non resta che riconoscere, che il modello si è progressivamente spostato verso una riparazione dell'errore giudiziario da parte dello Stato e verso una sanzione paradisciplinare nei confronti del giudice.

Non è, infatti, inutile rilevare che i medesimi presupposti che fondano la cd. responsabilità del giudice fondano altresì la responsabilità disciplinare, che i due giudizi sono connessi al punto che l'uno impone, salvo un filtro preliminare di fondatezza, l'attivazione dell'altro, che nel giudizio di responsabilità si acquisisce *ex officio* l'intero fascicolo di quello disciplinare e che il risarcimento si attegga, in realtà, quale sanzione misurata nel minimo dal danno cagionato e nel massimo da una percentuale (prima un terzo ora la metà) del reddito annuo netto del

<sup>103</sup>N. Picardi, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, cit., p. 305.

magistrato. Un modello di responsabilità, come è chiaro, affatto distante da quello ordinario e concepito piuttosto per rafforzare la deterrenza del rimprovero disciplinare.

Se, fino alla novella del 2015, in definitiva, poteva ancora sostenersi che quella discendente dalla legge Vassalli fosse una responsabilità civile speciale *ex art. 28 Cost.*, giustificata dalla peculiarità della posizione istituzionale del giudice (Corte cost. sent. n. 2/1968) sembra oggi essersi decisamente seguita la diversa opzione, caldeggiata in dottrina<sup>104</sup>, di una più estesa disciplina della riparazione degli errori giudiziari *ex art. 24*, comma 4, *Cost.*

Rispetto a tale qualificazione, poi, non sembra inutile richiamare l'orientamento della più recente giurisprudenza delle Sezioni unite, per le quali la responsabilità dello Stato legislatore per violazione del diritto dell'Unione europea è da atto lecito e comporta un indennizzo (con quanto ne discende ai fini della prescrizione) e non una responsabilità extracontrattuale.

Considerando che la sentenza *Köbler* e le successive sono tutte sviluppate in continuità con le decisioni sulla responsabilità dello Stato legislatore, non sembra infatti incongruo considerare in questa prospettiva anche la disciplina interna, che ne ha attuato i principi.

Il tema non è solo teorico o classificatorio e viene evidenziato non solo e non tanto per dimostrare la lucidità e la profeticità della lontana riflessione di Piero Alberto Capotosti, da cui è partita questa analisi. Ma perché ricondotta alla funzione di oggettiva riparazione degli errori giudiziari, anche incolpevoli, piuttosto che alla sanzione-riparazione dell'illecito del magistrato, la disciplina di cui alla legge n. 117/88 non può che apparire, in un certo senso, parziale e limitata.

Il punto merita un approfondimento.

Nella nozione di riparazione di errore giudiziario, come acutamente rilevato da Capotosti, rientrano tanto le impugnazioni quanto il riconoscimento di un indennizzo in capo all'interessato.

E che una connessione tra mezzo di impugnazione e giudizio di responsabilità vi sia è indiscutibile.

Basti riandare all'insegnamento chiovendiano che sulla base del principio *res iudicata facit ius*<sup>105</sup>, assolutizzando il valore del giudicato, negava il risarcimento proprio in ragione della *res iudicata*. O

rammentare che fino al 1988 di danno poteva parlarsi solo in caso di dolo ovvero nel caso in cui l'ordinamento consente di superare, in ogni tempo, l'intangibilità dell'accertamento definitivo.

Il danno stesso, d'altronde, ha natura o misura diverse a seconda se il provvedimento lesivo sia stato riformato o annullato o se, viceversa, le decisioni dei giudici di gravame si siano allineati nella decisione, rendendola intangibile.

Il rovesciamento di prospettiva che, sulla scorta del rilievo solo formale del giudicato stesso, ha ritenuto qualificabile la decisione definitiva come un illecito e fondare su di essa l'azione

<sup>104</sup> G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., pp. 219-220. Ma già prima, G. Duni, *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 591 ss., spec. p. 608.

<sup>105</sup> G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, Nicola Jovene, 1923<sup>3</sup>, p. 482. Nello stesso senso S. Satta, *Commentario al Codice di procedura civile*, Milano, Vallardi, 1959, pp. 211 ss. e l'intera dottrina dell'epoca. Dottrina maggioritaria ancora fino alla nota di Piero Alberto Capotosti del 1968.

risarcitoria è indiscutibilmente meritorio, dacché riconosce tutela a chi subisce una decisione errata. Ma è sul piano sistematico una lacerante contraddizione.

Non può, infatti, non apparire inappagante la convivenza nel sistema di un accertamento definitivo, che disponga un assetto di interessi, e di un accertamento, anch'esso in ultima analisi definitivo, che sul rilievo della illiceità/erroneità del primo preveda un risarcimento o un indennizzo. Come non può apparire inappagante che dolo ed errore revocatorio (ed entro certi limiti il travisamento del fatto) possano determinare la revisione/revocazione del giudizio (lasciando al risarcimento/indennizzo *ex l.* n. 117/88 la funzione di risarcire i danni non riparati dall'annullamento del provvedimento), mentre le altre fattispecie che, del pari, cagionano la

responsabilità dello Stato e del giudice, non possano svellere la intangibilità della decisione lesiva.

Negli anni Settanta del secolo scorso, Aldo Mazzini Sandulli<sup>106</sup>, dopo avere analiticamente contestato la disciplina allora vigente della responsabilità del giudice, dopo avere confutato che il giudicato potesse precludere il risarcimento, dopo avere proposto, in coerenza con la sentenza n. 2/1968 della Corte costituzionale (di cui era stato Presidente e redattore) l'estensione della responsabilità dello Stato ai casi di colpa grave, propose la introduzione di una nuova ipotesi di revocazione. Fondata appunto sull'errore per colpa grave del giudice.

Tale proposta sembra doversi attentamente riconsiderare nello scenario attuale, dacché da essa discenderebbe, ad un tempo, una limitazione della responsabilità dello Stato e una tutela più effettiva dell'interessato, che conseguirebbe non solo una tutela per equivalente, ma anche una reintegrazione specifica del proprio interesse.

Inquadrata come riparazione degli errori giudiziari la nuova disciplina della responsabilità dello Stato da attività giudiziaria potrebbe forse essere vagliata nella sua ragionevolezza, nella parte in cui limita la tutela riparatoria a quella per equivalente, senza consentire la revisione del previo giudizio e senza quindi consentire il conseguimento dell'interesse primario del soggetto interessato, anche in caso di manifesta violazione del diritto e di travisamento delle prove.

La revocazione per errore giudiziario dovuto a colpa grave costituisce un rimedio ulteriore da circoscrivere con attenzione, non potendosi dare la stura ad un processo infinito, che negherebbe l'essenza stessa della funzione giurisdizionale. Se ciò è vero, è parimenti vero che una simile ipotesi revocatoria, eviterebbe la contraddizione non pratica, ma logica, di due accertamenti opposti in ordine ad una medesima sostanza (avendosi, da una parte, una sentenza che accerta il manifesto errore giudiziario commesso con colpa grave e, dall'altra, una sentenza "difettosa" che resta in piedi). Tale nuova forma riparatoria avrebbe, poi, il vantaggio di mantenere presso le giurisdizioni speciali, costituzionalmente garantite nell'autonomia della propria interpretazione giuridica, l'accertamento della manifesta violazione del diritto<sup>107</sup>. Evitando che sia il giudice civile a dovere definire i gravi errori di diritto di giudici appartenenti ad altri ordini, con possibile compromissione della loro autonomia.

<sup>106</sup> A. M. Sandulli, *Atti del giudice a responsabilità civile*, cit., pp. 1305-1306.

<sup>107</sup> Cfr. M. P. Chiti, *La messa in discussione del riparto di giurisdizione attraverso il "Cavallo di Troia" della riforma della responsabilità civile dei giudici*, in *Giorn. dir. amm.*, 10/2012, pp. 1008 ss.

E consentirebbe, altresì, di risolvere il delicato tema del giudicato contrastante con il diritto comunitario, che, come noto, ha mosso la Corte di giustizia a ritenere, in taluni casi, incompatibile con l'ordinamento eurounitario lo stesso art. 2909 c.c.. E consentirebbe di rendere meno *extra ordinem* la introduzione (legislativa o giurisprudenziale) da parti di alcuni ordinamenti di una apposita ipotesi di revocazione per violazione del diritto della Convenzione europea.

La introduzione, invece, di una generale forma di revocazione/revisione per manifesto errore di diritto completerebbe lo sviluppo del sistema verso una prevalenza del valore sostanziale della verità (nel limitato senso umano e procedurale che può darsi al concetto) e restituirebbe ad esso coerenza, senza per questo ledere alcun legittimo affidamento (non potendosi ritenere tale quello riposto in una decisione manifestamente contraria a diritto o viziata da travisamento del fatto)<sup>108</sup>.

---

<sup>108</sup> Per una diversa visione del bilanciamento tra diritto europeo e giudicato nazionale, ispirata alla tutela dell'affidamento da considerarsi quale controlimite costituzionale a ogni lesione dell'intangibilità del giudicato in ambiti dove non sia in discussione una questione di competenza procedurale tra giurisdizione nazionale ed europea, non sia coinvolto unicamente un (ritenuto) recessivo interesse di un ente organismo pubblico o non si tratti di un giudicato formatosi in modo incostituzionale, v. R. Caponi, op. cit., pp. 350 ss.

## L'ATTUALITÀ DEL PARLAMENTARISMO RAZIONALIZZATO

di Matteo Frau \*

SOMMARIO: 1. Il principio del parlamentarismo nel concetto di «parlamentarismo razionalizzato». – 2. Il «parlamentarismo razionalizzato» malinteso. – 3. Il significato della razionalizzazione del parlamentarismo nella dottrina di Boris Mirkine-Guetzévitch. – 4. Mirkine-Guetzévitch precursore. – 5. La rivincita e l'evoluzione del fenomeno della razionalizzazione del parlamentarismo.

### 1. Il principio del parlamentarismo nel concetto di «parlamentarismo razionalizzato»

Qualsiasi indagine avente ad oggetto il parlamentarismo razionalizzato non potrebbe dirsi validamente avviata se non contenesse una riflessione preliminare sul «parlamentarismo».

Quello di parlamentarismo è un concetto di difficile definizione. Nella sua celebre opera del 1934, *La réforme du parlementarisme*, René Capitant, dopo essersi chiesto cosa sia il parlamentarismo, risponde recisamente: «il parlamentarismo altro non è che il governo da parte di ministri responsabili. Due regole sono sufficienti a riassumerlo: il Governo governa, il Parlamento controlla»<sup>\*\*\*\*\*</sup>.

Ma Boris Mirkine-Guetzévitch, che nel 1931 aveva già anticipato molte delle principali riflessioni di René Capitant e di altri studiosi successivi (v. *infra*, § 4), fu sino all'ultimo restio a dare una risposta così netta. Egli, che pure aveva identificato con estrema precisione il «principio del parlamentarismo», «il senso politico del parlamentarismo moderno», le «tendenze del parlamentarismo razionalizzato», nel suo ultimo scritto dedicato all'argomento, *L'échec du parlementarisme « rationalisé »* del 1954<sup>#####</sup>, ammette ancora la difficoltà di definire il «parlamentarismo» in sé considerato e osserva: «Gli specialisti di diritto pubblico e della scienza politica si accorderanno su cosa intendere per Parlamentarismo? Ne dubitiamo»<sup>#####</sup>. Ciò perché, afferma lo studioso di origini ucraine, «tipico del fatto costituzionale e politico è la sua costante evoluzione» e pertanto, tipico del parlamentarismo è il «divenire istituzionale»<sup>#####</sup>.

\* Ricercatore confermato di diritto pubblico comparato – Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi di Brescia.  
 \*\*\*\*\* R. CAPITANT, *La réforme du parlementarisme*, Paris, Sirey, 1934, 10 (ora anche in ID., *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2004, 327), che aggiunge: «Rien de plus simple, rien de plus banal apparemment que ce rappel. Rien de plus utile, en vérité, rien de plus fécond si l'on en saisit le sens profonde. Cela signifie, en effet, que le régime parlementaire est le contrepied de la séparation des pouvoirs» (*ibidem*).  
 ##### B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *L'échec du parlementarisme « rationalisé »*, in *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1954, 97 ss., trad. it. ID., *Il fallimento del parlamentarismo «razionalizzato»*, in ID., *Comparazioni teoriche e razionalizzazioni costituzionali*, Lecce, Pensa, 2009, 203 ss.  
 ##### *Ivi*, 203.  
 ##### *Ibidem*.

Pertanto, sebbene molti autorevoli studiosi contemporanei delle forme di governo utilizzino il termine parlamentarismo come sinonimo di governo parlamentare<sup>\*\*\*\*\*</sup>, vi è almeno una differenza tra i due concetti, dovuta al fatto che il suffisso «ismo», indicando un movimento o una tendenza, valorizza il carattere dinamico del primo rispetto al secondo. La vocazione del parlamentarismo, come fenomeno in continua trasformazione, come perenne «divenire istituzionale», permette forse di prescindere da alcune logore e meno logore *querelles* riguardanti il governo parlamentare e la sua *wahre Form* (inclusa la diatriba sulla possibilità di una *reductio ad unum* e pertanto di una definizione unitaria della forma di governo parlamentare).

Dunque, quello di parlamentarismo è un concetto di per sé aperto e fluido. Tuttavia, se si parla più specificamente di razionalizzazione del parlamentarismo o di parlamentarismo razionalizzato, è naturale che buona parte di tale fluidità sia destinata a disperdersi, venendo imprigionata nelle forme istituzionali che l'attività di razionalizzazione costituzionale del potere mira a catturare o a costruire in un dato momento storico e politico (*infra*, § 2 e § 3). Ne discende che, almeno nell'ambito più ristretto del parlamentarismo razionalizzato, la distinzione tra parlamentarismo e governo parlamentare perde quasi del tutto la sua ragion d'essere, potendosi indifferentemente parlare di razionalizzazione del parlamentarismo o di razionalizzazione del governo parlamentare.

Anche Boris Mirkin-Guetzévitch è infatti costretto a rintracciare un determinato e più stringente significato storico di parlamentarismo che funga da elemento comune a tutte le esperienze sussumibili all'interno di quel nuovo fenomeno giuridico manifestatosi nel primo dopoguerra che egli definisce appunto «razionalizzazione del parlamentarismo». Tale minimo comun denominatore è dato dal «principio del parlamentarismo», ossia il principio della dipendenza politica dei ministri dalla maggioranza parlamentare, che nelle Costituzioni del primo dopoguerra viene tradotto nella previsione giuridica delle dimissioni del Ministero come conseguenza obbligata di un voto parlamentare di sfiducia, anch'esso tipizzato dalle Costituzioni scritte<sup>+++++</sup> (*infra*, § 3).

Il parlamentarismo razionalizzato non include invece, quale elemento essenziale del concetto, il principio della scelta del Ministero da parte del Parlamento.

\*\*\*\*\* Ad esempio, PH. LAUVAUX, *Le parlementarisme*, Paris, PUF, 1987, 3, afferma: «*Mais en dehors des jugements de valeur* [l'a. ha appena citato Victor Hugo che, in «*Napoléon le Petit*», enumera le libertà garantite dal parlamentarismo, definendolo «*une perle*», *s'impose une signification qui n'a d'autre sens qu'institutionnel : le parlementarisme, c'est le gouvernement parlementaire, quelles que soient ses modalités particulières de fonctionnement et les appréciations d'ordre politique que l'on peut porter à son sujets*]. Ma A. D'ANDREA, *L'orpello della democrazia*, Brescia, biblioFabbrica, 2015, 41, preferisce mantenere la distinzione tra «governo parlamentare» e «parlamentarismo», traducendo – se si può dire così – in riflessione scientifico-costituzionalistica la definizione valoriale e letteraria di Victor Hugo: «Distinguerai, da questo punto di vista, tra parlamentarismo e forma di governo parlamentare trattandosi di due aspetti diversi, il primo dei quali rileva essenzialmente con riguardo a ciò che si fa rientrare nella forma di Stato [poiché, per l'appunto, il parlamentarismo è il fenomeno storico che si prefigge il «superamento dello Stato assoluto» grazie alla progressiva valorizzazione del Parlamento e della funzione parlamentare]; il secondo attiene piuttosto a un successivo assetto ordinamentale già operante dentro le coordinate di uno Stato orientato in senso liberale» e dunque attiene a «un preciso modello di organizzazione governativa evoluta».

+++++ Cfr. B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel. Le problème de la rationalisation du pouvoir dans les constitutions de l'Europe d'après-guerre*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1928, 18. In seguito, ID., *Le régime parlementaire dans les récentes Constitutions européennes*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1950, 610, precisa che, nelle Costituzioni successive al 1918, il regime parlamentare riceve una formula giuridica «*stricte et complète*», dal momento che tali Costituzioni definiscono «*la règle principale du parlementarisme qui consiste dans la dépendance politique des ministres de la majorité, dans l'obligation juridique, pour le ministère, de se retirer dès qu'il est l'objet d'un vote de méfiance*». Anche L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 644, afferma che il «criterio "giuridico" del sistema parlamentare» (che è anche «lo schema di partenza» nell'analisi dell'a.) è quello «della responsabilità politica istituzionale dell'esecutivo verso il legislativo».

L'evoluta regola politica della derivazione parlamentare del Gabinetto, pur tempestivamente tradotta in norma giuridica da alcuni testi costituzionali del primo dopoguerra, tra cui la Costituzione austriaca del 1920 (che positivizza l'ideale kelseniano del primato del Parlamento)#####, era osteggiata dalla dottrina della separazione «*souple*» tra Esecutivo e Legislativo nel regime parlamentare#####. Adhemar Esmein considerava l'idea bagehotiana dell'elezione del primo ministro britannico da parte dei rappresentanti\*##### alla stregua di un «errore giuridico» e di «un'esagerazione»#####. Nel solco tracciato da Esmein, si mossero via via Léon Duguit, Robert Redslob, Hugo Preuß, Georges Burdeau e gli altri fautori della teoria dell'equilibrio e del «*dualisme renouvelé*»##### (v. *infra*, §§ 2-4).

Nell'ambito del parlamentarismo razionalizzato è anzitutto la Repubblica di Weimar a conformarsi a questa direttrice di fondo. Qui, come ricorda da ultimo Dieter Grimm, «da

---

##### «Il principio del governo parlamentare fa sì che sulla nomina dei ministri, e cioè dei capi delle varie branche dell'amministrazione, influisca la rappresentanza del popolo e a questa democratizzazione al vertice – considerata un'eccezione alla regola della separazione dei poteri – corrisponde alla base l'autogoverno dei comuni» (H. KELSEN, *Demokratisierung der Verwaltung*, in *Zeitschrift für Verwaltung*, 1921, 5 ss., trad. it. ID., *La democrazia nell'amministrazione*, in ID., *Il primato del parlamento*, Milano, Giuffrè, 1982, 63-64). Circa la Costituzione austriaca deve precisarsi che l'elezione parlamentare del Governo federale disciplinata dall'art. 70 B-VG era anche il frutto di una parziale ispirazione al modello del governo direttoriale svizzero. Come puntualizza B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, Giard et Brière, 1931 (2ª ed., 1936), trad. it. ID., *Le nuove tendenze del diritto costituzionale*, in ID., *Comparazioni teoriche e razionalizzazioni costituzionali*, cit., 159: «Il risultato [dei lavori preparatori della Costituzione] fu un edificio che richiamava, da un lato, la forma costituzionale elvetica e che, dall'altro, rifletteva la più avanzata tendenza del diritto costituzionale, come quella espressa da H. Kelsen, professore all'Università di Vienna». È noto che la Costituzione austriaca del 1920 è stata direttamente influenzata sotto vari aspetti dalla dottrina di Hans Kelsen, chiamato dal Cancelliere Renner a collaborare alla sua redazione. Cfr., *ex multis*, T. OLECHOWSKI, *Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung*, in R. WALTER-W. OGRIS-T. OLECHOWSKI (a cura di), *Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit*, Wien, Manz, 2009, 211 ss.

##### M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2ª ed., Paris, Sirey, 1929, 368, scrive: «*Le gouvernement parlementaire, ainsi compris, reste bien un cas de séparation des pouvoirs souple et ne devient pas un régime de confusion des pouvoirs. Le cabinet des ministres n'est pas un comité du Parlement*». Il primo ad affermare che il governo parlamentare non ammette una separazione «*tranchée*» del potere esecutivo e del potere legislativo, ma nemmeno una confusione degli stessi, bensì soltanto una certa reciproca penetrazione, fu A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel*, Larose et Forcel, Paris, 1896, 99-100. La tesi è stata poi sviluppata da Léon Duguit e dal suo allievo Maurice Hauriou in modo differente, come bene illustra F. BRUNO, *Il problema del rafforzamento dell'Esecutivo: Tosato costituente e la dottrina costituzionalistica francese della Terza Repubblica*, in M. GALIZIA (a cura di), *Egidio Tosato costituzionalista e costituente*, Milano, Giuffrè, 2010, 379-396.

##### W. BAGEHOT, *The English Constitution*, London, Chapman and Hall, 1867, 13 (oggi consultabile in formato ebook in [www.archive.org](http://www.archive.org)): «*[The prime minister] is elected by the representatives of the people*».

##### A. ESMEIN, *op. cit.*, 97 (Per questa posizione di Adhemar Esmein cfr. F. BRUNO, *Il problema del rafforzamento dell'Esecutivo*, cit., 384, nt. 44.). Gli fa eco più tardi M. HAURIOU, *op. cit.*, 368, per cui le parole utilizzate da Bagehot con riferimento alla presunta fusione dei poteri legislativo ed esecutivo e al fatto che il Gabinetto altro non è che un comitato esecutivo del Parlamento sarebbero state dette «*par manière de boutade*», trattandosi di «*une exagération évidente*».

##### Come ricorda P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, Giappichelli, 2001, 124 ss., la contrapposizione storica tra l'assetto dualista della monarchia limitata britannica (o dei regimi di tipo orleanista nell'Europa continentale), da un lato, e l'assetto monista del governo di gabinetto inglese (o dei modelli parlamentari continentali fondati sulla subordinazione dell'Esecutivo al Legislativo), dall'altro lato, si traduce, soprattutto grazie al contributo dei costituzionalisti francesi del primo Novecento, da dibattito sulla «tipizzazione di forme storiche del regime parlamentare» a dibattito intorno al tentativo di «costruire una *teoria* del regime parlamentare» e di elaborarne il relativo «principio organizzativo fondamentale». Le ricostruzioni teoriche del regime parlamentare imperniate sulla «*idée maîtresse*» dell'equilibrio (secondo la definizione di L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, vol. II, 3ª ed., Paris, E. de Boccard, 1928, 806) si contrappongono così a quelle basate sull'idea di «*association*», che mira invece a ricostituire, sotto l'egida del principio democratico, l'unità del potere sovrano storicamente spezzatasi con l'emersione della borghesia e l'avvento dello stato liberale. Il ricorso all'idea guida dell'equilibrio, osserva Ridola, nasconde però «una profonda ambivalenza» e offre «chiavi di lettura in definitiva antitetiche della storia del regime parlamentare», come dimostra, ad esempio, l'inconciliabilità fra il principio dell'equilibrio secondo Duguit, basato sul «dualismo paritario fra esecutivo e legislativo», e il principio dell'equilibrio secondo Redslob, basato invece su di «un'istanza arbitrale costituita dall'asse presidente-corpo elettorale» (*ivi*, 127-128).



governo»#####. E nessuno può dubitare del fatto che la struttura istituzionale della Repubblica di Weimar collocasse il *Reichstag* al centro dei processi decisionali#####.

Ciò premesso, le ragioni che giustificano oggi un'indagine sul significato del parlamentarismo razionalizzato sono diverse.

Anzitutto questo concetto resta uno dei più fraintesi nella letteratura costituzionalistica, in quanto esso viene spesso utilizzato nel significato di “insieme dei dispositivi costituzionali volti a favorire la stabilità del governo”. Non è così né nella storia del diritto costituzionale, come dimostra un rapido sguardo al contenuto complessivo del parlamentarismo razionalizzato nelle Costituzioni del primo dopoguerra (*infra*, § 2), né nella dottrina di Mirkin-Guetzévitch, che infatti definisce i dispositivi costituzionali finalizzati alla stabilità del governo come altrettante forme di «razionalizzazione della procedura parlamentare», espressione non coincidente con quella di «razionalizzazione del parlamentarismo» e relativa piuttosto a una delle specifiche finalità cui quest'ultima può eventualmente tendere (*infra*, § 3).

In secondo luogo, si deve constatare che il fenomeno del parlamentarismo razionalizzato non è mai tramontato. Si tratta semmai di un fenomeno in continua espansione ed evoluzione, ormai fecondamente influenzato dalla sopravvenuta consapevolezza dei limiti intrinseci della razionalizzazione costituzionale del potere. La metamorfosi del parlamentarismo razionalizzato ha riguardato sia l'oggetto metagiuridico su cui deve intervenire la razionalizzazione giuridica sia le tecniche e le fonti atto che contraddistinguono quest'ultima (*infra*, § 5). Di qui la necessità di una riflessione aggiornata.

## 2. Il «parlamentarismo razionalizzato» malinteso

Il significato che comunemente si attribuisce alla locuzione «parlamentarismo razionalizzato» è quello che Olivier Duhamel indica nel *Dictionnaire constitutionnel* del 1992, in cui, alla voce dedicata appunto al «*parlementarisme rationalisé*», si legge: «un insieme di regole giuridiche destinate a preservare la stabilità del governo in assenza di una maggioranza parlamentare costante»#####.

Conformemente a tale definizione, Philippe Lauvaux identifica il concetto di parlamentarismo razionalizzato nel tentativo «di creare, o di riprodurre artificialmente le condizioni della stabilità

##### *Ibidem*. Per la peculiare accezione del «parlamentarismo» come carattere attinente alla «forma di stato» v. *supra*, nt. 5.

##### Anche per C. MORTATI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *La Costituzione di Weimar*, Firenze, Sansoni, 1946, 27, «il Reichstag viene accresciuto nei suoi poteri, che, mentre sono esclusivi nel campo della legislazione, si estendono agli atti più importanti di governo, ed ha così la possibilità di uniformare al suo volere la politica generale dello Stato, assumendo la figura di principale rappresentante del popolo» (pur essendo a sua volta «limitato nell'attuazione di tale politica da organi, che, pur responsabili innanzi ad esso e revocabili, godono di una posizione costituzionale che rende loro possibile di opporsi, in determinati casi e con date garanzie, ai suoi voleri»). Si deve aggiungere che lo stesso Hugo Preuß vedeva nell'art. 50 della Costituzione di Weimar, relativo alla controfirma degli atti presidenziali, una garanzia costituzionale atta ad evitare che il *Reichspräsident*, nonostante la mole dei suoi poteri, agisse contro la volontà del Parlamento (*rectius*, di un Parlamento politicamente in grado di agire). Cfr. H. PREÜß, *Denkschrift zum Entwurf des allgemeinen Teils der Reichsverfassung vom 3. Januar 1919*, in ID., *Staat, Recht und Freiheit. Aus 40 Jahren deutscher Politik und Geschichte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1926, oggi anche nella ristampa per i tipi di Olms, Hildesheim, 2006, 387.

##### O. DUHAMEL, *Parlementarisme rationalisé*, in O. DUHAMEL-Y. MÉNY (a cura di), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, 694.



parlamentarismo. È in questa direzione che si muove, ad esempio, la razionalizzazione costituzionale invocata da Ernst Fraenkel nel saggio del 1932 intitolato *Verfassungsreform und Sozialdemokratie*, in cui si propone una riforma dell'art. 54 della Costituzione weimariana al fine di introdurre un meccanismo di sfiducia positiva (l'antesignano di quel «voto di sfiducia costruttivo» che sarebbe stato successivamente introdotto nella Legge fondamentale di Bonn), meccanismo teso a rafforzare la stabilità del Gabinetto impedendo alle maggioranze negative formate dai partiti antisistema di sfiduciarlo senza proporre alcuna valida alternativa di governo#####.

Istanze molto simili discendono in Francia dall'acquisita consapevolezza dei problemi che affliggevano il parlamentarismo della III Repubblica francese, in cui, dopo l'affermazione, nel 1879, della c.d. *constitution Grévy*#####, si era progressivamente consolidato in via convenzionale un «*parlementarisme absolu*», fortemente instabile e privo di adeguati contrappesi#####. Negli anni Trenta, tale consapevolezza è certamente ben presente nei lavori del comitato tecnico per la riforma dello stato (cui partecipa anche Mirkin-Guetzévitch)##### e nell'ampia produzione letteraria dedicata alle riforme, a

---

##### E. FRAENKEL, *Verfassungsreform und Sozialdemokratie*, in *Die Gesellschaft*, 1932, 486 ss., trad. it. ID., *Riforma della costituzione e socialdemocrazia*, in *MicroMega*, 1990, n. 4, 61-81. Sull'influenza delle proposte di Ernst Fraenkel nella successiva elaborazione del *konstruktive Misstrauensvotum*, v. D. BURCHARDT, *Der Staat der Ungeduldigen. Ernst Fraenkel, die Weimarer Verfassungskrise und das konstruktive Misstrauensvotum*, in R. CHR. VAN OUYEN-M. H.W. MÖLLERS (a cura di), *(Doppel-)Staat und Gruppeninteressen. Pluralismus – Parlamentarismus – Schmitt-Kritik bei Ernst Fraenkel*, Baden-Baden, Nomos, 2009, 143 ss. La differenza fondamentale con la tesi formulata alcuni anni prima da C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker und Humblot, 1928, 345 (trad. it. ID., *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, 453), che suggeriva di interpretare l'art. 54 *WRV* nel senso di escludere l'obbligatorietà delle dimissioni del Gabinetto in caso di sfiducia votata, per motivi contrastanti, da una maggioranza negativa e incapace di formare un nuovo Governo, è esattamente questa, cioè l'assenza di uno slancio normativista – assenza peraltro del tutto confacente al decisionismo politico schmittiano – che è invece presente nel citato saggio di Fraenkel (pur consapevole del fatto che nel 1932 non esisteva una maggioranza capace di approvare la “sua” riforma costituzionale). Per un approfondimento relativo al dibattito dottrinale sull'art. 54 *WRV* e alle origini weimariane del voto di sfiducia costruttivo v. L. BERTHOLD, *Das konstruktive Misstrauensvotum und seine Ursprünge in der Weimarer Staatsrechtslehre*, in *Der Staat*, 1997, n. 36, 81 ss.

##### Nella dichiarazione del 7 febbraio 1879 il nuovo Presidente della Repubblica Jules Grévy, succeduto a Patrice de Mac-Mahon, affermava: «*Soumis avec sincérité à la grande loi du régime parlementaire, je n'entrerai jamais en lutte contre la volonté nationale exprimée par ses organes institutionnels*». Il passo citato è riportato da P. GUILLAUME-S. GUILLAUME, *Réformes et réformisme dans la France contemporaine*, Paris, Colin, 2012, 15, che evidenziano come Grévy rompesse così con «*la conception orléaniste ou dualiste des lois de 1875*» (basata sullo schema della doppia fiducia di cui doveva godere il Governo, non solo da parte del Parlamento ma anche da parte del Presidente) e come la crisi del 1877 avesse portato a una «*abrogation de fait*» del potere di scioglimento. F. CLEMENTI, *Profili ricostruttivi della forma di governo primo-ministeriale tra elezione diretta e indiretta*, Roma, Aracne, 2005, 26, ricorda che la definizione «*constitution Grévy*» è stata coniata da M. PRÉLOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel* (1957), 11<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, 1990, 493.

##### Per un'analisi approfondita non soltanto degli aspetti problematici del sistema di governo della III Repubblica francese ma anche dell'evoluzione delle istituzioni di governo che quell'esperienza conobbe, v. F. CLEMENTI, *op. cit.*, 15-69.

##### Anche J. BARTHÉLEMY, *La présidence du conseil*, in *Revue d'histoire politique et constitutionnelle*, 1937, 86 ss., che partecipa ai lavori del comitato al fianco di Raphaël Alibert e che in quel tempo era ancora uno strenuo difensore delle istituzioni della III Repubblica, di cui proponeva soltanto una parziale razionalizzazione ma senza alcuna significativa revisione, riconosce il grave problema dell'instabilità governativa, ma lo ritiene parzialmente compensato dalla circostanza che le persone al governo sono sempre le stesse («*ces hommes ont toujours été au gouvernement, soit à un poste de commande, soit à un poste de contrôle. Il y a donc plus de stabilité qu'on ne serait tenté de le croire*»).

partire dal 1934#####. René Capitant scrive che il «grande problema» del parlamentarismo è di combinare insieme responsabilità ministeriale (cioè «la chiave di volta del regime parlamentare») e stabilità ministeriale, poiché «il parlamentarismo ha bisogno di stabilità governativa»#####.

E così, nella Costituzione francese del 1946, l'elemento teleologico della stabilità governativa diverrà effettivamente dominante, anche se gli sforzi profusi in tal senso dai redattori del testo costituzionale non porteranno, com'è noto, al risultato sperato\*\*\*\*\*. Il tema della razionalizzazione costituzionale del governo parlamentare nella direzione della stabilità governativa è del resto ben presente anche nei lavori preparatori della nostra Costituzione repubblicana#####, invero molto più che nelle soluzioni adottate#####.

Si può dunque affermare che la stabilità governativa diviene una caratteristica costante del parlamentarismo razionalizzato solo con le Costituzioni sorte in Europa nei primi anni successivi al secondo dopoguerra, in cui effettivamente prevale lo scopo di ricreare «*par des procédures contraignantes*» le stesse condizioni di efficienza e di stabilità governativa «*telles que l'histoire les a fait naître en Grande-Bretagne*»#####.

Ma non era così prima di allora.

Nell'ambito delle razionalizzazioni costituzionali del primo ciclo novecentesco, cioè quelle ascrivibili ai testi varati tra le due guerre mondiali, i principali modelli di riferimento erano o la

##### Sono del 1934, tra le altre, le seguenti opere: R. CAPITANT, *La réforme du parlementarisme*, cit.; B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *La révision de la Constitution française*, in *L'Année politique française et étrangère*, 1934, 1 ss.; J. BARTHÉLEMY, *La Constitution Doumergue*, in *Revue politique et parlementaire*, 1934, 245 e ss.; B. LAVERGNE, *Réforme de la Constitution française ou révolution*, in *L'Année politique française et étrangère*, 1934, 31 ss.; A. TARDIEU, *La Réforme de l'État. Les idées maîtresses de «L'heure de la décision»*, Paris, Flammarion, 1934. Seguono, più tardi, quelle di L. BLUM, *La réforme gouvernementale*, Paris, Grasset, 1936, di É. GIRAUD, *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif. Le pouvoir exécutif dans les démocraties d'Europe et d'Amérique*, Paris, Sirey, 1938, e di A. SOULIER, *L'instabilité ministérielle sous la Troisième République (1871-1838)*, Paris, Sirey, 1939.

##### R. CAPITANT, *La réforme du parlementarisme*, cit., 329, che osserva anche: «*À quoi sert de concentrer les pouvoirs entre les mains des ministres, si ceux-ci n'ont pas le temps de les exercer ? Il ne peut y avoir ni autorité, ni continuité, ni action gouvernementales sans un minimum de stabilité ministérielle*». Su come ottenerla Capitant ha un'idea molto precisa. In primo luogo, attraverso il sistema elettorale («*le mode de scrutin doit être tel qu'il favorise la formation d'une majorité gouvernementale au sein du Parlement*»). In secondo luogo, attraverso il potere di scioglimento, che nella prassi III Repubblica è di fatto scomparso e che rappresenta «*le corollaire nécessaire de la responsabilité*» (*ibidem*).

\*\*\*\*\* Per un approfondimento del dibattito dottrinale e politico sulle riforme istituzionali, che ha accompagnato l'avvento della Costituzione del 1946 e che poi è proseguito durante la sua vigenza v. F. CLEMENTI, *op. cit.*, 70-118.

##### V., *ex multis*, F. BRUNO, *I giuristi alla Costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, vol. II, Bologna, il Mulino, 1980, 59 ss.; ID., *Il problema del governo alla costituente: il contributo di Egidio Tosato*, in *Il Politico*, 1981, 127 ss.; G. AMATO-F. BRUNO, *La forma di governo italiana. Dalle idee dei partiti all'Assemblea Costituente*, in AA.VV., *Scritti in onore di Egidio Tosato*, Milano, Giuffrè, 1984, vol. III, 3 ss.

##### Basti pensare alla seconda parte, sostanzialmente disattesa, dell'ordine del giorno Perassi e alla scelta di un bicameralismo paritario che include la Camera alta nella relazione fiduciaria, scelta in sé coerente, vista la composizione del Senato italiano, ma certamente in controtendenza rispetto all'evoluzione generale del parlamentarismo razionalizzato, che, come osserva B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel. Le problème de la rationalisation du pouvoir dans les constitutions de l'Europe d'après-guerre*, cit., 29-31, già dal primo dopoguerra si era orientato nel senso di limitare le funzioni della seconda Camera. Più in generale, evidenziano la distanza tra premesse e risultati dei lavori della Costituente in ordine alla razionalizzazione costituzionale del governo parlamentare, ad es., A. BARBERA, *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, Introduzione al volume *Una e Indivisibile*, Milano, Giuffrè, 2007 (ristampa fuori commercio di C. MORTATI, *Costituzione*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, 180 ss.), e G. AMATO-F. BRUNO, *op. cit.*, 21.

##### PH. LAUVAUX, *Parlementarisme rationalisé et stabilité du pouvoir exécutif. Quelques aspects de la réforme de l'état confrontés aux expériences étrangères*, Bruxelles, Bruylant, 1988, 8.



In conclusione, il modello parlamentare dualista della Repubblica di Weimar, al pari di alcuni modelli parlamentari monisti delineati in altre Costituzioni del primo dopoguerra (compreso quello austriaco, nonostante gli accorgimenti procedurali di cui all'art. 74 B-VG), non contemplava regole costituzionali rivolte, secondo la definizione di Duhamel più sopra citata, a «*présérvier la stabilité du gouvernement en l'absence d'une majorité parlementaire constante*».

Ne consegue che la stabilità del governo non è un elemento essenziale nella definizione del parlamentarismo razionalizzato, a meno di affermare, paradossalmente, che i modelli tratteggiati nella Costituzione tedesca del 1919 e nella Costituzione austriaca del 1920 sono estranei alle razionalizzazioni costituzionali del parlamentarismo. Ciò non significa, com'è ovvio, che l'esigenza di stabilità del governo sia un elemento trascurabile nelle tendenze del parlamentarismo razionalizzato. Semplicemente, quest'ultimo non consiste (e quindi non si esaurisce) nelle regole giuridiche che mirano alla stabilità del governo.

Ancor meno condivisibile è l'idea diffusa per cui il parlamentarismo razionalizzato indicherebbe un processo teso a rafforzare l'Esecutivo nei rapporti con il Parlamento. Diverse Costituzioni del primo dopoguerra andavano nella direzione diametralmente opposta, non tanto perché trasformavano in norma giuridica gli effetti politici (ormai acquisiti) del voto di sfiducia, ma piuttosto perché introducevano il fondamentale potere di elezione parlamentare del Ministero, svuotando contemporaneamente il potere di nomina del Capo dello Stato e facendo del Gabinetto un'emanazione della maggioranza parlamentare (*infra*, par. 3). Ciò è quanto stabiliva, ad esempio, la Costituzione austriaca del 1920, che, soprattutto per effetto dell'influenza esercitata dalla dottrina di Kelsen<sup>‡</sup>, introduceva un modello parlamentare incentrato sulla «supremazia assoluta del potere legislativo»<sup>§</sup>. Guardando alle Costituzioni del secondo dopoguerra, un discorso simile potrebbe farsi anche per la razionalizzazione del parlamentarismo operata dalla Costituzione italiana, che certamente ha rafforzato la posizione del Legislativo rispetto al «regime pseudo-parlamentare»<sup>\*\*</sup> instauratosi in via convenzionale sotto il vigore dello Statuto albertino.

Naturalmente, il parlamentarismo razionalizzato si può sempre orientare anche nella direzione di un rafforzamento dell'Esecutivo. In Austria, ad esempio, il tema del rafforzamento dell'Esecutivo (*lato sensu*) diviene centrale con la legge costituzionale del 7 dicembre 1929, che stravolge il parlamentarismo razionalizzato delineato nella Costituzione del 1920 (e fondato appunto sul primato assoluto del Parlamento) non soltanto introducendo l'elezione diretta del

---

funzionamento del governo parlamentare quando si accompagna, come in Germania, con l'istituzione della rappresentanza proporzionale». Per l'opinione conforme degli storici tedeschi cfr., *ex multis*, H. SCHULZE, *La Repubblica di Weimar. La Germania dal 1918 al 1933*, Bologna, il Mulino, 1993, 100. In senso parzialmente difforme si esprime H.A. WINKLER, *La Repubblica di Weimar. 1918-1933: storia della prima democrazia tedesca*, Roma, Donzelli, 1998, 114.

<sup>‡</sup> V. *supra*, nt. 7.

<sup>§</sup> «La Constitution de 1920 était basée sur la suprématie absolue du pouvoir législatif. Le Président de la Fédération n'avait le droit ni de dissoudre le Parlement, ni même de nommer le chef du ministère : le Parlement lui-même nommait les ministres» (B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel. Le renforcement de l'Exécutif et le régime parlementaire*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1930, 493).

<sup>\*\*</sup> Espressione cui ricorre G. MARANINI, *Storia del potere in Italia*, Firenze, Vallecchi, 1967, 139 ss., attribuendola a Stefano Jacini. P. COLOMBO, *Con lealtà di Re e con affetto di Padre*, Bologna, il Mulino, 2003, 155, parla invece di «governo parlamentare mai nato».

Presidente federale e facendone il *dominus* del processo di formazione del Gabinetto ma soprattutto attribuendo a quest'ultimo il potere di scioglimento<sup>††</sup>. E un discorso analogo vale per la revisione della Costituzione polacca del 1921 ad opera della legge costituzionale del 2 agosto 1926, che, oltre a limitare considerevolmente i poteri della Dieta in vari ambiti materiali, rivoluzionava la rigida disciplina del potere di scioglimento di quest'ultima basandolo sulla proposta del Consiglio dei ministri<sup>††</sup>.

Sicché, a sbagliarsi, è anche chi ritiene che «la razionalizzazione parlamentare tende alla stabilità, mentre il rafforzamento dell'esecutivo tende all'efficacia»<sup>§§</sup>.

La razionalizzazione del parlamentarismo può tendere sia alla stabilità governativa sia al rafforzamento dell'Esecutivo, così come può tendere, all'opposto, al rafforzamento del Legislativo<sup>\*\*\*</sup>.

In definitiva, per riscoprire in cosa consiste il parlamentarismo razionalizzato, è necessario tornare alla dottrina originaria di Boris Mirkin-Guetzévitch, in cui tale espressione indica un concetto assai più neutro, che identifica un'articolazione specifica della razionalizzazione costituzionale del potere (*infra*, § 3). Come ha scritto Giorgio Lombardi, la «razionalizzazione consiste nel cercare con forme giuridiche di ottenere un qualcosa che in altri modelli si ottiene attraverso il libero fluire delle forme politiche, attraverso il gioco dei pesi e contrappesi secondo un operare della tradizione e dell'innovazione»<sup>†††</sup>.

Nell'impostazione di Boris Mirkin-Guetzévitch, il parlamentarismo razionalizzato rappresenta appunto il tentativo di incanalare le dinamiche di fondo del governo parlamentare (o, perlomeno, di una certa idea del governo parlamentare) all'interno di uno schema giuridico razionale, che può variare per struttura e per finalità.

In questa più lata accezione l'utilità della nozione di parlamentarismo razionalizzato nello studio delle forme di governo cresce in modo esponenziale. Per fare un esempio, Stefano Ceccanti intende «le razionalizzazioni costituzionali della forma di governo parlamentare come processo aperto»<sup>†††</sup> e utilizza tale nozione per descrivere efficacemente le trasformazioni costituzionali del governo parlamentare in chiave diacronica, individuando tre diverse tendenze principali del parlamentarismo razionalizzato basate su di un criterio distintivo di tipo strutturale: la prima

†La Costituzione del 1920 prevedeva solo l'ipotesi dell'autoscioglimento disposto dal Consiglio nazionale mediante approvazione di una legge ordinaria (art. 29 B-VG).

†† Il testo originario dell'art. 26 della Costituzione polacca del 1921 prevedeva, oltre all'ipotesi di autoscioglimento della Dieta con delibera a maggioranza qualificata dei due terzi dei votanti, anche l'ipotesi dello scioglimento presidenziale, ma solo col consenso del Senato in conformità al modello francese (art. 5 della legge relativa all'organizzazione dei poteri pubblici del febbraio 1875). A differenza di quest'ultimo, tuttavia, la Costituzione polacca prevedeva, da un lato, l'aggravamento procedurale della maggioranza qualificata dei tre quinti dei senatori e, dall'altro lato, l'ulteriore conseguenza che, in caso di consenso, vi sarebbe stato lo scioglimento automatico dello stesso Senato, oltre che della Dieta.

§§ J. LOZANO MIRALLES, *op. cit.*, 415.

\*\*\* Per contro, guardando più in generale all'evoluzione delle democrazie parlamentari contemporanee, è facile constatare che spesso il rafforzamento dell'Esecutivo, alimentato dalla progressiva affermazione del principio maggioritario sul piano politico, si è sviluppato proprio negli spazi lasciati liberi dalla rigida razionalizzazione costituzionale del potere, comportando un'erosione più o meno importante della «funzione parlamentare». Cfr. A. D'ANDREA, *op. cit.*, 103 ss., il quale ragiona di una «rete costituzionale» che fatica a contenere l'espansione del «principio maggioritario».

††† G. LOMBARDI, *Modelli di governo parlamentare razionalizzati. Riflessioni introduttive*, in S. GAMBINO (a cura di), *Democrazia e forme di governo*, cit., 329.

††† S. CECCANTI, *La forma di governo parlamentare in trasformazione*, Bologna, il Mulino, 1997, 7, che osserva altresì come «la razionalizzazione delle forme di governo parlamentari, cioè il tentativo di trasformare una serie di comportamenti pratici fondati su rapporti politici in regole giuridicamente vincolanti, appare come un processo incompiuto, aperto, ma non per questo inconcludente» (*ivi*, 8).

tendenza è quella volta a «moderare la prevalenza parlamentare», la seconda è il «modello neoparlamentare», la terza è il «rilancio del dualismo come semipresidenzialismo maggioritario»<sup>§§§</sup>.

Viceversa, se si lega inscindibilmente il concetto di parlamentarismo razionalizzato all'«obiettivo della stabilità governativa», come fa invece Philippe Lauvaux, si finisce per menomarlo e per ridurlo a una «immagine bidimensionale», cioè piatta, senza profondità e senza prospettiva d'insieme. Lauvaux distingue infatti «tre sistemi di razionalizzazione dei rapporti tra parlamento e governo»<sup>\*\*\*\*</sup>: (1) il primo sistema è definito il «*degré zéro*» della razionalizzazione, cioè una forma di razionalizzazione «*très élémentaire*» che consiste nella previsione costituzionale di un esplicito voto di sfiducia, a maggioranza relativa, per provocare l'obbligo di dimissioni del Governo<sup>†††</sup>; si tratta di un modello che nel secondo dopoguerra è divenuto recessivo ma che è ancor oggi seguito, per esempio, dall'art. 94 della Costituzione italiana (seppure arricchito dai noti aggravamenti procedurali della necessaria motivazione della mozione di sfiducia, del numero minimo di presentatori e del termine dilatorio per la votazione)<sup>‡‡‡</sup>. (2) Il secondo sistema di razionalizzazione consiste invece nel subordinare l'approvazione di tale voto di sfiducia «tipizzato» al voto favorevole della maggioranza assoluta dei componenti dell'assemblea, in conformità al modello originario della Costituzione cecoslovacca del 1920, poi imitato dall'articolo 50 della Costituzione francese del 1946 e dall'art. 49 della vigente Costituzione francese. (3) Infine, il terzo sistema della scala della razionalizzazione («*un système plus ingénieux*») è rappresentato dal voto di sfiducia costruttivo di cui all'art. 67 della Legge fondamentale tedesca, che impone alle forze parlamentari intenzionate a rovesciare il Cancelliere in carica non soltanto di raggiungere, in seno alla Dieta federale, la maggioranza assoluta degli aventi diritto al voto, ma anche di unirsi insieme per eleggere un nuovo Cancelliere e costruire un «*project politique positif*»<sup>§§§§</sup>.

Questo criterio distintivo, basato soltanto sul grado di stabilità governativa astrattamente riconducibile alla disciplina costituzionale del voto di sfiducia, finisce per restringere troppo la portata del concetto di parlamentarismo razionalizzato. E infatti conduce Lauvaux a un giudizio forse affrettato dell'efficacia dell'art. 94 della Costituzione italiana, che, per il solo fatto di rappresentare il «grado zero» della sua classificazione, non viene nemmeno preso in considerazione nell'importante studio comparativo dell'autorevole studioso belga («*Il s'agit là du degré zéro de la rationalisation, caractérisant le parlementarisme italien, qui, pour cette raison même, ne retiendra pas notre attention*»<sup>\*\*\*\*\*</sup>). In realtà, l'art. 94 della Costituzione italiana, che certamente non risponde all'esigenza di stabilità governativa sottesa all'approvazione dell'ordine del giorno Perassi, rappresenta nondimeno soltanto un tassello di un sistema di razionalizzazione del rapporto fiduciario tutt'altro che «elementare», bensì dettato dalla piena consapevolezza, soprattutto grazie a Mortati, delle cause più profonde e meta-costituzionali dell'instabilità governativa nelle

§§§ *Ivi*, 251-257.

\*\*\*\* PH. LAUVAUX, *Parlementarisme rationalisé et stabilité du pouvoir exécutif*, cit., 15-17; ID., *Le parlementarisme*, cit., 77-80.

††† PH. LAUVAUX, *Parlementarisme rationalisé et stabilité du pouvoir exécutif*, cit., 15.

‡‡‡ Basti qui rinviare a M. VILLONE, *Art. 94*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1994, 237 ss.; V. SICA, *La fiducia nel sistema parlamentare italiano*, in AA.VV., *Studi in onore di G.M. De Francesco*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1957, 614 ss.; M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Milano, Giuffrè, 1972, 1-13.

§§§§ PH. LAUVAUX, *Parlementarisme rationalisé et stabilité du pouvoir exécutif*, cit., 16.

\*\*\*\*\* *Ivi*, 15.

pregresse forme di parlamentarismo<sup>††††</sup>. Il modello introdotto dalla Costituzione italiana, se visto nel suo complesso, si ispirava più di altri ad almeno una caratteristica di fondo del coevo governo parlamentare britannico non razionalizzato, ossia l'elasticità e l'adattabilità alle situazioni contingenti del quadro politico, che la disciplina "aperta" della relazione fiduciaria e del potere presidenziale di scioglimento favorisce molto più di quanto non facesse il rigido parlamentarismo razionalizzato della IV Repubblica francese, che pure pretendeva d'ispirarsi a quello stesso modello<sup>###</sup>.

La razionalizzazione del governo parlamentare da parte della Costituzione italiana non è pertanto né minima né «elementare», ma coerentemente rivolta allo scopo di preservare l'elemento della «fluidità» del governo parlamentare<sup>§§§§§</sup>. Semmai, nel contesto italiano, un problema per la stabilità governativa, escludendo il fattore decisivo delle caratteristiche non favorevoli del sistema dei partiti e limitandosi al profilo "normativistico" della disciplina costituzionale della relazione fiduciaria, è legato all'inclusione del Senato della Repubblica nel rapporto di fiducia, circostanza in origine aggravata dalla previsione di una diversa durata delle due Camere<sup>\*\*\*\*\*</sup>.

In sintesi, il concetto di parlamentarismo razionalizzato, che pure nasce con il fenomeno della razionalizzazione costituzionale del voto di sfiducia, implica la presenza di uno schema giuridico razionale più ampio, che ha la pretesa di includere e disciplinare, sin dove possibile e sin dove opportuno, tutte le principali dinamiche istituzionali della democrazia parlamentare. Ne consegue che tale schema razionale abbraccia la struttura complessiva dei rapporti intercorrenti tra gli organi costituzionali coinvolti nell'assunzione delle decisioni politiche. Tanto è vero che, solo per fare un esempio, la sfiducia costruttiva tedesca, come peraltro ammette lo stesso Lauvaux, non può essere compresa se non la si guarda come parte integrante di un intreccio normativo che include, in un tutt'uno, l'investitura del Cancelliere, il voto di sfiducia costruttivo, la questione di fiducia e la disciplina del potere di scioglimento<sup>†††††</sup>. Per le stesse ragioni, la differenza tra il

†††† Basti leggere la relazione esposta da Costantino Mortati davanti alla Seconda Sottocommissione il 3 settembre 1946 (Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, resoconto sommario della seduta del 3 settembre 1946, 83). Per C. MORTATI, *Società e Stato nella nuova Costituzione francese*, in *Comunità*, 1959, n. 67, 46 ss., l'instabilità dei governi, ossia il male principale della III e della IV Repubblica francese «trova la sua causa più profonda nella eterogeneità sociale» e «nella mancanza di centri sociali equilibratori»; di qui l'assenza di «forme rappresentative adeguate alla nuova realtà sociale». Cfr. F. BRUNO, *Costantino Mortati fra Weimar e Bonn*, in M. GALIZIA (a cura di), *Forme di stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 2007, 324.

### G. VEDEL, *Les apports du droit comparé au droit constitutionnel français (1945-1965)*, in A. DE LAUBADÈRE-A. MATHIOT-J. RIVERO-G. VEDEL, *Pages de doctrine*, vol. II, Paris, LGDJ, 1980, 448, a proposito della Costituzione francese del 1946, afferma che «la rationalisation du parlementarisme entendait suppléer aux structures et aux habitudes britanniques par des mécanismes tendant à des effets comparables [...]».

§§§§§ Sul carattere fluido della disciplina costituzionale della forma di governo parlamentare in Italia, v. G. AMATO-F. BRUNO, *op. cit.*

\*\*\*\*\* In questo senso, la scelta dei costituenti italiani è stata di segno opposto a quella che oltralpe ha segnato il passaggio dalla III alla IV Repubblica (nonostante l'influenza delle vicende francesi nel dibattito italiano descritta da U. DE SIERVO, *Le idee e le vicende costituzionali in Francia nel 1945 e nel 1946 e la loro influenza sul dibattito italiano*, in ID. (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, vol. I, *Costituzione italiana e modelli stranieri*, Bologna, il Mulino, 1980, 293 ss.). In proposito, mi sia consentito rinviare a M. FRAU, *Bicameralismo e rapporto di fiducia*, in A. APOSTOLI-M. GORLANI-S. TROILO (a cura di), *La Costituzione in movimento. La Riforma costituzionale tra speranze e timori*, Torino, Giappichelli, 2016, 65 ss.

††††† «La procédure organisée à l'article 67 [della Legge fondamentale] ne peut être considérée isolément mais, au contraire, elle doit être mise en relation avec les dispositions qui réglementent l'investiture du chancelier et son autorité hiérarchique au sein du gouvernement (art. 63 et 64) et, surtout, avec l'article 68 relatif à la seconde procédure de responsabilité, la question de confiance» (PH. LAUVAUX, *Le gouvernement de législature*, in AA.VV., *Le réformes institutionnelles de 1993 vers un fédéralisme achevé* ?, Bruxelles, Bruylant, 1994, 415).

parlamentarismo razionalizzato italiano e il parlamentarismo razionalizzato tedesco non può emergere dal semplice confronto tra il testo normativo dell'art. 94 della Costituzione italiana e quello dell'art. 67 della Legge fondamentale tedesca.

### 3. Il significato della razionalizzazione del parlamentarismo nella dottrina di Boris Mirkine-Guetzévitch

Gli studiosi che, anche di recente, hanno indagato il concetto di parlamentarismo razionalizzato nell'opera di Boris Mirkine-Guetzévitch hanno generalmente preso le mosse dalla monografia del 1931, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*<sup>####</sup>, che raccoglie il contenuto di alcuni articoli pubblicati tra il 1928 e il 1930 sulla rivista trimestrale *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*. La prima compiuta formulazione del concetto di «razionalizzazione del parlamentarismo» risale appunto all'omonimo articolo *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel* pubblicato nel 1928 con il sottotitolo *Le problème de la rationalisation du pouvoir dans les constitutions de l'Europe d'après-guerre*<sup>#####</sup>. Ed è proprio da questo scritto che sembra più opportuno prendere le mosse per comprendere meglio il concetto di razionalizzazione del parlamentarismo nella dottrina di Mirkine-Guetzévitch.

Bisogna subito precisare che la differenza tra le due opere non attiene alla definizione del parlamentarismo razionalizzato, tanto più che l'articolo del 1928 coincide con il primo capitolo della monografia del 1931<sup>\*\*\*\*\*</sup>. E del resto, a ben vedere, il concetto di parlamentarismo razionalizzato, in sé considerato, rimane identico in tutta la copiosa produzione scientifica dello studioso di origini ucraine. Nondimeno, nel 1931 lo slancio “normativista” di Mirkine-Guetzévitch e la sua fiducia nella dottrina della razionalizzazione costituzionale del potere erano già parzialmente compromessi. Inoltre egli aveva già maturato l'idea, parimenti precorritrice, della «*primauté politique de l'Exécutif sous le régime parlementaire*» (v. *infra*, in questo paragrafo). La differenza riguarda appunto la visione del ruolo dell'Esecutivo e l'esigenza del suo rafforzamento, argomenti che sono del tutto assenti nell'articolo del 1928, in cui è conseguentemente molto più agevole percepire il significato “neutro” del parlamentarismo razionalizzato, il quale altro non è se non

#### B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, cit. (trad. it. ID., *Le nuove tendenze del diritto costituzionale*, cit.).

##### B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel. Le problème de la rationalisation du pouvoir dans les constitutions de l'Europe d'après-guerre*, cit.

\*\*\*\*\* Questo e altri articoli dedicati alle «nuove tendenze del diritto costituzionale» (pubblicati negli anni successivi sulla medesima Rivista) confluirono nella monografia del 1931. La parte inedita del lavoro monografico consiste soprattutto nella premessa dell'opera, in cui lo studioso di origini ucraine prende atto della crisi della democrazia che ha colpito diversi stati europei (non solo «un argomento di dissertazione dottrinarica» ma «disgraziatamente una grave realtà politica») e afferma che, in alcuni casi, «gli autori delle nuove Costituzioni avevano commesso gravi errori», come «la ripartizione squilibrata delle competenze e il primato eccessivo del Legislativo». Questi «errori tecnici» sono «fattori della crisi della democrazia», benché spetti «alla sociologia e alla storia della politica» pronunciarsi sulle cause generali di tale crisi (B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Le nuove tendenze del diritto costituzionale*, cit., 7).

una delle diverse speculazioni discendenti dalla dottrina della razionalizzazione costituzionale del potere.

Nell'impianto teorico di Mirkine-Guetzévitch il tema della razionalizzazione del parlamentarismo si collega infatti a un fenomeno molto più vasto e complesso che coincide con il tentativo di sottomettere al diritto, e più precisamente al diritto costituzionale, «*tout l'ensemble de la vie collective*»<sup>+++++</sup>. All'apice del processo c'è la «razionalizzazione giuridica della volontà generale» (intesa come «volontà del popolo» e non come mera «volontà della maggioranza») che si inverte nel testo normativo della Costituzione<sup>#####</sup>. Di qui l'idea della «democrazia espressa in lingua giuridica», in una visione filosofica che combina insieme costituzionalismo liberale, normativismo kelseniano e «antropocrazia»<sup>#####</sup>. Nelle due opere principali della fase “normativista” del pensiero di Mirkine-Guetzévitch, ossia *Les Constitutions de l'Europe nouvelle* del 1928<sup>\*\*\*\*\*</sup> e il coevo articolo *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, poc'anzi citato, sono molteplici i tratti salienti delle Costituzioni sorte tra le due guerre su cui si concentra la brillante analisi dello studioso: l'introduzione del controllo di costituzionalità delle leggi secondo il modello kelseniano (nella Costituzione austriaca e in quella cecoslovacca)<sup>+++++</sup> che egli preferisce nettamente, per ragioni di coerenza logica<sup>#####</sup>, a quello statunitense cui si ispirano invece altre Costituzioni europee del tempo<sup>#####</sup>; il processo di internazionalizzazione del diritto costituzionale, ossia la presenza di norme costituzionali che tendono a rendere vincolante il diritto internazionale<sup>\*\*\*\*\*</sup>; la «razionalizzazione del federalismo»<sup>+++++</sup>; la diffusione di norme costituzionali che riconoscono e proteggono i diritti sociali<sup>#####</sup>; l'inserimento dei partiti politici

+++++ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel. Le problème de la rationalisation du pouvoir dans les constitutions de l'Europe d'après-guerre*, cit., 13.

##### Ibidem.

##### Ibidem, con riferimento a T.G. MASARYK, *Les problèmes de la Démocratie. Essais politiques et sociaux*, Paris, Rivière, 1924, 56.

\*\*\*\*\* B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, Paris, Delagrave, 1928. Le citazioni di tale opera contenute infra in questo articolo si riferiscono alla seconda edizione, sempre per i tipi di Delagrave, del 1930.

+++++ V. M. OLIVETTI, *La giustizia costituzionale in Austria (e in Cecoslovacchia)*, in ID.-T. GROPPI (a cura di), *La Giustizia costituzionale in Europa*, Milano, Giuffrè, 2003, 25 ss. Più in generale, v. H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981.

##### Il modello kelseniano di controllo di costituzionalità delle leggi rappresenta infatti, per Mirkine-Guetzévitch, l'«*achèvement logique*» del processo di razionalizzazione costituzionale del potere (B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, cit., 32-33). Per il legame, saldissimo ma non esclusivo, tra la dottrina di Kelsen e la costruzione del Bundesgerichtshof austriaco v. B. CARAVITA, *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi*, vol. I, *La Corte costituzionale austriaca*, Padova, Cedam, 1985, 39 ss.

##### Per i tratti salienti del modello statunitense basti qui rinviare al classico E.S. CORWIN, *The Doctrine of Judicial Review: Its Legal and Historical Basis and Other Essays*, Princeton, Princeton University Press, 1914, oggi consultabile in formato ebook in [www.archive.org](http://www.archive.org).

\*\*\*\*\* L'internazionalizzazione del diritto costituzionale ha per caratteristica principale «l'introduction dans les constitutions de la force obligatoire du droit international» (B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, cit., 39). Questo tema, decisamente centrale negli studi di Mirkine-Guetzévitch, viene ripreso e sviluppato in numerose altre sue opere, fra cui: ID., *Droit international et droit constitutionnel*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1931, vol. 38, 307 ss.; ID., *Le droit constitutionnel et l'organisation de la paix*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1933, vol. 45, 667 ss.; ID., *Droit constitutionnel international*, Paris, Sirey, 1933; ID., *Les tendances internationales des nouvelles constitutions*, in *Revue générale de droit international public*, 1948, 375 ss.

+++++ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel* (1928), cit., 24 ss., osserva la presenza di due varianti della razionalizzazione costituzionale del federalismo, una che interviene su un assetto federale già esistente, come in Germania, l'altra che, come in Austria, trasforma uno stato precedentemente unitario in stato federale.

##### «Au XX<sup>e</sup> Siècle, le sens sociale du droit, ce n'est plus une doctrine, ce n'est plus une école juridique [...] L'État ne peut plus se borner à reconnaître l'indépendance juridique de l'individu, il doit créer un minimum de conditions nécessaires pour assurer son indépendance sociale» (ivi, 44).

nel dettato della Costituzione e molte altre nuove tendenze del diritto costituzionale su cui non è possibile soffermarsi in questa sede. Tra queste tendenze vi è appunto anche quella alla razionalizzazione costituzionale del parlamentarismo, che viene approfonditamente indagata, per la prima volta, nel citato articolo *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel* del 1928.

In quelle pagine Mirkine-Guetzévitch afferma anzitutto che il «principio del parlamentarismo» è formulato nelle Costituzioni del primo dopoguerra in maniera «molto esplicita», cosa che non è mai accaduta nei testi normativi anteriori, in cui al più vi era un generico richiamo alla responsabilità ministeriale davanti al Parlamento, come nel caso della III Repubblica francese, con riferimento all'art. 6 della legge sull'organizzazione dei poteri del 5 febbraio 1875 (anche se era certamente meno generico – com'è doveroso precisare – il riferimento alla necessaria fiducia del *Reichstag* per l'incarico di Cancelliere contenuto nell'art. 17 della Costituzione imperiale tedesca del 1871 in seguito alla modifica apportata, sia pure tardivamente e invano, dalla legge costituzionale del 28 ottobre 1918).

La razionalizzazione del parlamentarismo consiste pertanto nel tradurre in norma giuridica il principio empirico del parlamentarismo, che per Mirkine-Guetzévitch risiede nel potere politico del Parlamento di provocare le dimissioni del Gabinetto. Dunque la razionalizzazione del parlamentarismo si manifesta anzitutto, semplicemente, nella previsione normativa dell'obbligo giuridico di dimissioni del Ministero in seguito a un voto di sfiducia del Parlamento, presente nell'art. 54 della Costituzione tedesca del 1919, nell'articolo 78 della Costituzione cecoslovacca del 1920, nell'art. 74 della Costituzione austriaca dello stesso anno e in analoghe disposizioni di altre Costituzioni del primo dopoguerra.

Dopodiché Mirkine-Guetzévitch individua tre tendenze specifiche, o linee di sviluppo, riscontrabili nelle prime forme di razionalizzazione costituzionale del parlamentarismo, ossia:

1. La prima tendenza è ciò che egli chiama la «combinazione del parlamentarismo con il governo diretto», alludendo alla disciplina del referendum e dell'iniziativa popolare nella Costituzione di Weimar, al cui modello parlamentare dedica peraltro alcune significative riflessioni.

2. La seconda tendenza consiste nell'affermazione della «*primauté du pouvoir législatif sur l'exécutif*», fenomeno giuridico riscontrabile non soltanto nei due *Länder, Freistaaten* di Prussia e Baviera, ove manca del tutto la figura del Capo dello Stato, ma anche nella Costituzione austriaca, ove tale

Ivi, 18.

Per il testo, tradotto in italiano, del citato art. 17, con le modifiche apportate nella revisione del 1918, v. F. LANCHESTER, *Le Costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., 190-191.

B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel. Le problème de la rationalisation du pouvoir dans les constitutions de l'Europe d'après-guerre*, cit., 18.

Ivi, 19. Due anni dopo, il tema del rapporto tra parlamentarismo e strumenti della democrazia diretta è approfondito in B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Le Parlementarisme et la votation populaire dans les Constitutions d'après-guerres*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1930, 35 ss. (destinato a diventare il quarto capitolo della citata monografia del 1931), in cui Mirkine-Guetzévitch dimostra diffidenza verso gli istituti di democrazia diretta (contra R. CARRE DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1931, 225 ss., che invece afferma la compatibilità tra parlamentarismo e referendum). Cfr., sul punto, S. CECCANTI, *La forma di governo parlamentare in trasformazione*, Bologna, il Mulino, 1997, 43, nt. 14, e F. BRUNO, *Costantino Mortati fra Weimar e Bonn*, in M. GALIZIA (a cura di), *Forme di stato e forme di governo*, cit., 318 e 322, nt. 24. B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel. Le problème de la rationalisation du pouvoir dans les constitutions de l'Europe d'après-guerre*, cit., 19, nel constatare la complessità del modello weimariano, afferma che la «*variante allemande du parlementarisme n'entre d'aucune manière dans cette théorie de l'équilibre*» (l'equilibrio tra potere legislativo e potere esecutivo che, in caso di rottura, deve essere ristabilito dagli elettori, cui il Capo dello Stato si appella tramite l'esercizio del potere di scioglimento).

figura esiste ma non decide la composizione del Gabinetto, che invece è eletto dal Parlamento<sup>\*\*\*\*\*</sup>. Mirkine-Guetzévitch avalla apertamente questa variante del parlamentarismo razionalizzato (cioè l'attribuzione al Parlamento del potere di scegliere il Gabinetto) poiché – come egli osserva – «*le sens politique du parlementarisme contemporain*» non risiede nella circostanza che il Gabinetto deve avere la fiducia della maggioranza del Parlamento ma nel fatto che «*c'est la majorité qui compose le cabinets*»<sup>+++++</sup>. È del tutto naturale – egli aggiunge – che i partiti politici mirino a ottenere la maggioranza allo scopo di prendere il potere e costituire il proprio Gabinetto (se un partito combatte una campagna elettorale solo in nome di un principio politico finisce per non essere più un partito ma «*une société de propagande d'une idée déterminée*»)<sup>+++++</sup>. Il Gabinetto diviene così «*le comité exécutif du parti*», destinato a dare esecuzione alle direttive da quest'ultimo impartite<sup>ssssssssss</sup>. Del resto, anche nel coevo parlamentarismo classico inglese e in quello francese, parimenti non razionalizzato, la scelta di colui che incarna il Ministero non compete (più) al Capo dello Stato<sup>\*\*\*\*\*</sup>. In definitiva, Mirkine-Guetzévitch pensa a una versione continentale-razionalizzata dell'*efficient secret* disvelato da Walter Bagehot nel 1867<sup>+++++</sup>.

3. La terza tendenza si manifesta nelle regole giuridiche che alcuni testi costituzionali del primo dopoguerra dedicano alla «*procédure du parlementarisme*». Si tratta di inediti aggravamenti procedurali del voto di sfiducia (che Mirkine-Guetzévitch riscontra non soltanto nella Costituzione cecoslovacca, ma anche in quelle prussiana, austriaca e greca) ideati «*contre un parlementarisme trop bouleux e contre des chutes trop rapides des cabinets*»<sup>+++++</sup>. Quest'ultima tendenza del parlamentarismo razionalizzato, come si è già osservato *supra*, § 2, è esattamente ciò con cui viene talvolta confusa la nozione stessa di parlamentarismo razionalizzato.

Ferma restando la distinzione tra il concetto di razionalizzazione del parlamentarismo e quello di razionalizzazione delle relative procedure (con il fine della stabilità governativa), nei suoi scritti successivi Mirkine-Guetzévitch muta progressivamente l'approccio complessivo al tema del parlamentarismo.

Già nel 1930, infatti, egli vedeva parzialmente frustrate le aspettative nutrite verso le razionalizzazioni costituzionali del potere, soprattutto a causa del dilagare in Europa, non soltanto di una grave crisi dell'economica, ma più ancora di una crisi della democrazia rappresentativa<sup>ssssssssss</sup>. Georges Burdeau, nel suo *Le régime parlementaire dans les constitutions*

\*\*\*\*\* *Ivi*, 19-20.

+++++ *Ivi*, 21.

+++++ «*La responsabilité des ministres dans les conditions politiques actuelles n'est pas autre chose que le moyen d'obtenir le pouvoir pour exécuter le programme proclamé par le parti*» (*ibidem*).

ssssssssss *Ibidem*.

\*\*\*\*\* *Ivi*, 22.

+++++ «*The efficient secret of the English Constitution may be described as the close union, the nearly complete fusion, of the executive and legislative powers. No doubt by the traditional theory, as it exists in all the books, the goodness of our constitution consists in the entire separation of the legislative and executive authorities, but in truth its merit consists in their singular approximation. The connecting link is the cabinet*» (W. BAGEHOT, *The English Constitution*, cit., 12, trad. it. ID., *La Costituzione inglese*, Bologna, il Mulino, 1995, 52). Per un approfondimento sul pensiero di Bagehot v. G. DI GASPARÈ (a cura di), *Walter Bagehot e la costituzione inglese. Atti del seminario di studio. Roma 14 dicembre 1998*, Milano, Giuffrè, 2001.

+++++ *Ivi*, 23. Si deve tuttavia ribadire che l'aggravamento procedurale del voto di sfiducia nella Costituzione austriaca è assai meno incisivo di quello contenuto nell'avanzatissimo modello cecoslovacco (v. *supra*, § 2).

ssssssssss Scrive al riguardo J. BARTHÉLEMY, *La crise de la démocratie représentative*, Paris, Giard et Brière, 1928, 6: «*Nos pères ont fait des révolutions pour avoir la démocratie représentative, on en est à se demander aujourd'hui qui verserait son sang pour conserver des Chambres, des députés, des sénateurs. La fois s'en va ; elle est morte*».

*européennes d'après guerre*, offre un'autorevole testimonianza di questa svolta: «Mentre nel 1928, nei primi articoli da lui dedicati alle recenti Costituzioni, egli pareva convinto dei benèfici effetti di questa razionalizzazione, nel 1930 l'efficacia di essa gli appariva meno evidente»\*\*\*\*\*.

Quando la fiducia dello studioso franco-ucraino nel parlamentarismo razionalizzato comincia a sgretolarsi, al contempo prende forma una visione innovativa delle tendenze del «parlamentarismo moderno» incentrata sul principio del primato politico dell'Esecutivo. Nel 1930, sulla medesima *Revue du droit public*, appare infatti un nuovo contributo di Mirkine-Guetzévitch, anch'esso dedicato al ciclo de *Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel* (e anch'esso destinato a divenire in seguito parte integrante della monografia del 1931++++++) che stavolta reca, come sottotitolo, *Le renforcement de l'Exécutif et le régime parlementaire*+++++. Se nel 1928 lo studioso franco-ucraino aveva posto l'accento sulla «*modification du parlementarisme en raison de la primauté du pouvoir législatif sur l'exécutif*»+++++, nel 1930 egli si sofferma sull'esigenza della «*primauté politique de l'Exécutif*»\*\*\*\*\*. Il principio in questione, tuttavia, non contraddice affatto la sua originaria analisi del parlamentarismo, poiché ha ad oggetto, per l'appunto, una primazia di natura politica. Nella democrazia moderna la questione dei rapporti tra Legislativo ed Esecutivo è completamente rovesciata rispetto al passato, dal momento che l'annosa «lotta del Parlamento contro il potere del re» non è ormai che un lontano ricordo+++++. Il conflitto fra i due poteri politici si è oggi trasformato in collaborazione e «tale collaborazione si è di sovente trasformata in primato dell'Esecutivo», anche se – sottolinea Mirkine-Guetzévitch – si tratta di «un primato politico e non giuridico»+++++. In questo senso, «*le véritable régime parlementaire*» conferisce all'Esecutivo «una forza molto più grande di quella dell'Esecutivo sotto il regime della separazione dei poteri»+++++. D'altronde, il rafforzamento (politico) dell'Esecutivo s'impone come una necessità «tecnica» del parlamentarismo moderno, poiché «la democrazia trionfante non ha bisogno di guardare l'ortodossia dottrinale», ma semmai di dotarsi dei «mezzi tecnici» per rispondere efficacemente ai bisogni della collettività, mezzi che sono appannaggio

\*\*\*\*\* Cfr. G. BURDEAU, *Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après guerre*, Paris, Les Éditions internationales, 1932, 73, trad. it. ID., *Il regime parlamentare nelle Costituzioni europee del dopoguerra*, Milano, Comunità, 1950, 92. In senso conforme cfr. S. PINON, *Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel*, in *Droits*, 2007, n. 46, 192-196. È invece critico, verso questo giudizio di Burdeau, A. PICHIERRI, nella sua presentazione al volume B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Comparazioni teoriche e razionalizzazioni costituzionali*, cit., XVI.

+++++ Per la precisione, il contenuto dell'articolo del 1930 coincide con quello dei capitoli V, VI e VII della citata monografia del 1931.

+++++ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel. Le renforcement de l'Exécutif et le régime parlementaire*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1930, 490 ss.

+++++ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel. Le problème de la rationalisation du pouvoir dans les constitutions de l'Europe d'après-guerre*, cit., 18.

\*\*\*\*\* B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel. Le renforcement de l'Exécutif et le régime parlementaire*, cit., 490.

+++++ *Ivi*, 521.

+++++ «[...] *cette primauté politique de l'Exécutif, primauté politique et non pas juridique, représente la véritable réalisation des aspirations de la démocratie*» (*ivi*, 523). In questa impostazione non vi è pertanto alcuna critica al parlamentarismo, come osserva anche F. BRUNO, *Il problema del rafforzamento dell'Esecutivo*, cit., 378, quando afferma che «Boris Mirkine-Guetzévitch difende strenuamente, nei suoi innumerevoli scritti, le istituzioni parlamentari francesi e sebbene riconosca che i nuovi e più estesi compiti di Governo richiedono un rafforzamento dell'Esecutivo [...] avverte però che non si tratta di una tendenza anti-parlamentare, in quanto «il vero parlamentarismo», o meglio «l'essenza del regime parlamentare», risiede nella forza dell'Esecutivo».

+++++ *Ivi*, 528.

dell'Esecutivo\*\*\*\*\*. Sicché «il fine della campagna elettorale non è la maggioranza parlamentare ma è il *Governo*»##### (ribadendo qui una considerazione già svolta nell'articolo del 1928).

La riflessione di Mirkine-Guetzévitch sul «problema del *primato politico* (e non costituzionale) dell'Esecutivo»##### deve pertanto essere tenuta distinta da quella che lo studioso dedica, sempre nello scritto del 1930, al rafforzamento dell'Esecutivo come più recente fenomeno giuridico, ossia come nuova tendenza del parlamentarismo razionalizzato riscontrabile nelle revisioni costituzionali della seconda metà degli anni Venti, tra cui quella del 7 dicembre 1929, che ha interessato la Costituzione austriaca, e quella del 2 agosto 1926, che ha modificato la Costituzione polacca#####. E il distinguo vale, a maggior ragione, per le varie manifestazioni dell'«Esecutivo dittatoriale» considerate (e classificate) dallo studioso franco-ucraino sulla scia dell'analisi di Joseph Barthélemy\*\*\*\*\*.

Ciò posto, il primato politico dell'Esecutivo, cioè «*l'omnipotence de l'Exécutif*» che si fonda sulle necessità delle moderne democrazie, sul portato del suffragio universale e sull'evoluzione dei partiti politici, non prescinde mai dal fondamentale potere di controllo attribuito al Parlamento e all'opinione pubblica#####. Ogni giorno «il Parlamento, agendo in nome della nazione, può

---

\*\*\*\*\* *Ivi*, 519. Nel XVIII Secolo, il problema dei rapporti tra il potere legislativo e quello esecutivo ha la dimensione di una teoria filosofica, che è il propellente di ogni spinta rivoluzionaria. Ma nella democrazia moderna, che postula la sconfitta definitiva del potere regale, il medesimo problema riveste «un carattere puramente tecnico», al punto che: «*Cette transformation de la doctrine en technique, de la philosophie du droit en technique politique est peut-être le phénomène le plus caractéristique de l'évolution du droit constitutionnel*» (*ibidem*). Per scrivere l'immortale Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, osserva Mirkine-Guetzévitch, non è necessario ricorrere ai tecnici; ma per scrivere una legge in materia di protezione della maternità o un codice della strada «*il faut constamment avoir recours aux compétences techniques accessibles uniquement au Gouvernement*» (*ivi*, 522).

##### *Ivi*, 522.

##### *Ivi*, 518.

##### *Ivi*, 495-504. Mirkine-Guetzévitch osserva che, in Austria, la legge costituzionale del 7 dicembre 1929 ha comportato, fra le altre cose, una profonda modifica delle competenze e dei rapporti tra l'Esecutivo e il Legislativo, con un notevole rafforzamento dell'Esecutivo (al quale si è già fatto cenno *supra*, § 2): «*Le système précédent, donnant un pouvoir absolu au Législatif et y soumettant entièrement l'Exécutif avec un Président de la Fédération n'ayant que des fonctions honorifiques, était radicalement modifié*» (*ivi*, 496); la revisione costituzionale austriaca presenta «*le fait intéressant du renforcement de l'Exécutif*» (*ivi*, 499). Considerazioni simili vengono svolte anche per la revisione della Costituzione polacca avvenuta con la legge costituzionale del 2 agosto 1926. Ma il rafforzamento dell'Esecutivo nelle revisioni costituzionali della seconda metà degli anni Venti, pur essendo un fenomeno certamente collegato al problema più generale del primato politico dell'Esecutivo (*ivi*, 518), riguarda un profilo più stringente, cioè quello giuridico-costituzionale, mentre il primato politico dell'Esecutivo attiene al significato politico del parlamentarismo moderno.

\*\*\*\*\* J. BARTHÉLEMY, *La crise de la démocratie représentative*, cit., 16 ss., aveva trattato del «fascismo» italiano, del «riverismo» spagnolo e del «pilsudskismo» polacco. B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel. Le renforcement de l'Exécutif et le régime parlementaire*, cit., 504-517, prende spunto dall'analisi di Barthélemy occupandosi dell'«Esecutivo dittatoriale», fenomeno che comprende l'«Esecutivo personale» (cui si deve ascrivere il «pilsudskismo» polacco allorché sfociato nel progetto di revisione del «blocco di governo» del 6 febbraio 1929) e nell'«Esecutivo fascista», che si distingue per il fatto di basarsi su di una «speciale dottrina dello stato». Il rafforzamento dell'Esecutivo, in questo caso, avviene con una modalità differente rispetto al «*droit public démocratique*», ossia in maniera «*ouvertement anti-démocratique, dictatoriale, avec l'Exécutif irresponsable et personnel*» (*ivi*, 527). Non è superfluo sottolineare che, nella monografia del 1931, il tema dell'Esecutivo dittatoriale occupa un capitolo a sé stante (cap. VI), distinto sia da quello dedicato alle revisioni costituzionali che mirano al rafforzamento dell'Esecutivo (cap. V), sia da quello dedicato al «significato politico dell'Esecutivo» (cap. VII). Cfr. ID., *Le nuove tendenze del diritto costituzionale*, cit., VII-VIII.

##### «*Or l'Exécutif est le centre de l'activité dans la démocratie contemporaine ; mais cet Exécutif, nous le répétons, est soumis à un contrôle. Le contrôle est exercé par le parlement qui agit, au nom des électeurs, sous la forme du vote de confiance. Ce contrôle est exercé non seulement par le parlement, mais également par les citoyens eux-mêmes sous la forme du vote de confiance ou de méfiance quotidien que représente la presse*» (B.

revocare il Ministero», sicché «la forza dell'Esecutivo è in stretto legame con la responsabilità, con l'esecuzione del mandato dato dalla nazione attraverso l'intermediazione del Parlamento»#####.

L'articolo del 1928 e quello del 1930 confluiscono, insieme ad altri, nella monografia del 1931, in cui il tema del parlamentarismo razionalizzato e il tema del primato giuridico del Parlamento si fondono con le riflessioni dedicate alle revisioni costituzionali della seconda metà degli anni Venti, tendenti al rafforzamento dell'Esecutivo, e, soprattutto, con la nuova visione del primato politico dell'Esecutivo. Quest'ultima è destinata a divenire un topos nella produzione scientifica di Mirkine-Guetzévitch.

Nel 1934, intervenendo nel dibattito intorno alla riforma del parlamentarismo della III Repubblica, lo studioso franco-ucraino insiste sul punto: «*l'Exécutif fort est une nécessité technique du régime des peuples libres*»#####.

In due successivi articoli, del 1937 e poi del 1950, egli torna approfonditamente sull'argomento del parlamentarismo per riaffermare concetti già sviluppati negli scritti precedenti («Tutta la portata politica del parlamentarismo è là, e là soltanto. Il senso *politico* del parlamentarismo è definito da una sola formula: la maggioranza deve avere il suo Esecutivo»\*\*\*\*\*). Ma in questi due scritti si affronta anche il tema della stabilità governativa, definito stavolta come il «*problème centrale du parlementarisme rationalisé*»#####. Già nello scritto del 1937, il giudizio di Mirkine-Guetzévitch è al riguardo molto netto: «la stabilità governativa non è una questione di diritto»#####, è semmai una questione che attiene alla situazione dei partiti politici, al loro numero e alla loro organizzazione, e quindi alla loro capacità di esprimere una maggioranza capace di agire#####. Nello scritto del 1950, si ribadisce l'impotenza del diritto costituzionale a risolvere il problema della stabilità dei governi («*La stabilité gouvernementale n'est pas un problème constitutionnel*»): nessuna regola rigida può realizzarla se non esistono le condizioni politiche necessarie, motivo per il quale «*les règles constitutionnelles de la procédure parlementaire*» sono destinate a essere inutili o inefficaci; inutili, ove si tratti di un governo sorretto da una forte maggioranza; inefficaci, ove viceversa vi sia un governo di coalizione poggiato su una maggioranza instabile\*\*\*\*\*. Vent'anni più tardi, Leopoldo Elia svolgerà una riflessione pressoché identica nel mettere in discussione l'efficacia della sfiducia costruttiva tedesca#####.

L'ultimo importante scritto di Mirkine-Guetzévitch dedicato all'indagine sul parlamentarismo razionalizzato è il già citato articolo *L'échec du parlementarisme « rationalisé »*, pubblicato nel 1954, un anno prima della sua morte. In quelle pagine Mirkine-Guetzévitch consolida il suo scetticismo

---

MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel. Le renforcement de l'Exécutif et le régime parlementaire*, cit., 525).

##### *Ivi*, 525-526.

##### B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *La révision de la Constitution française*, cit., 29.

\*\*\*\*\* B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Le régime parlementaire dans les récentes Constitutions européennes*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1950, 607.

##### *Ivi*, 613

##### B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Le régime parlementaire dans les Constitutions européennes d'après guerre*, in *Revue politique et parlementaire*, 1937, 27.

##### *Ibidem*.

\*\*\*\*\* B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Le régime parlementaire dans les récentes Constitutions européennes*, cit., 612-613.

##### «In conclusione: o i partiti restano saldi e allora la «sfiducia costruttiva» è un di più; o i partiti si dissociano e allora il congegno stabilizzatore diventa inutilizzabile» (L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., 654, nt. 85).

verso l'efficacia delle razionalizzazioni costituzionali del parlamentarismo e sembra ormai riporre la sua fiducia più negli strumenti della scienza politica che in quelli della scienza giuridica#####.

Stéphane Pinon, uno dei più attenti studiosi della dottrina di Mirkine-Guetzévitch, giunge a sostenere che quest'ultimo non ha mai aderito davvero al parlamentarismo razionalizzato#####. Sembra più corretto affermare che Mirkine-Guetzévitch, com'è probabile, non ha mai creduto nella «razionalizzazione delle procedure del parlamentarismo» al fine di garantire la stabilità del governo, mentre per quanto riguarda, in generale, la razionalizzazione del parlamentarismo, la sua fiducia iniziale è indubitabile, in quanto legata alla fiducia nella razionalizzazione costituzionale del potere. Ma con il progressivo “fallimento” delle Costituzioni dei professori, come si già visto, vengono meno anche le speranze inizialmente riposte nel parlamentarismo razionalizzato.

Ad ogni modo, *L'échec du parlementarisme « rationalisé »* riproduce, talvolta in modo testuale, riflessioni già presenti nelle precedenti opere dedicate allo stesso tema. Vi si ribadisce la difesa, già netta nel 1928, della regola costituzionale che attribuisce la scelta del Ministero alla volontà della maggioranza parlamentare, nonché il principio della primazia politica dell'Esecutivo introdotto nel 1930 e poi più volte ribadito in tutti gli scritti successivi dedicati all'analisi del governo parlamentare. Sebbene, in quest'ultimo prezioso contributo, i riferimenti alla nozione di parlamentarismo razionalizzato siano più ambigui rispetto all'impostazione iniziale (nel senso che talvolta il concetto di razionalizzazione del parlamentarismo si sovrappone a quello, più specifico, di razionalizzazione delle procedure del parlamentarismo), i due concetti restano ben distinti. Piuttosto, Mirkine-Guetzévitch rovescia qui la sua consueta visuale per affermare che il parlamentarismo classico britannico, rappresentando il modello ideale che le Costituzioni europee del secondo dopoguerra tentano invano di imitare, può essere considerato l'autentico parlamentarismo razionalizzato, anche se tale perfetta razionalizzazione non avviene per opera del diritto scritto\*\*\*\*\*.

#### 4. Mirkine-Guetzévitch precursore

Nella prima fase del percorso dottrinale di Mirkine-Guetzévitch, ossia quella che, alla fine degli anni Venti del secolo passato, culmina nell'analisi della razionalizzazione costituzionale del potere, il principale contributo allo studio del regime parlamentare risiede indubitabilmente nell'elaborazione stessa del concetto di parlamentarismo razionalizzato. In proposito si è affermato che la «riflessione sul parlamentarismo razionalizzato costituisce un passaggio fondamentale per la comprensione dello sviluppo del regime parlamentare», in quanto tale concetto, pur con i suoi limiti, è capace di sintetizzare «l'ideologia del parlamentarismo democratico

##### S. PINON, *op. cit.*, 193, osserva: «Le « second » Mirkine-Guetzévitch sera beaucoup moins constitutionnaliste qu'adepte de la science politique. Il a des règles constitutionnelles une vision plus relative, considérant désormais qu'à elles seules, elles n'expliquent rien».

##### «Contrairement à une idée répandue, on sait maintenant que B. Mirkine-Guetzévitch n'a jamais réellement adhéré au « parlementarisme rationalisé »» (ivi, 196).

\*\*\*\*\* «Ma, in fondo, il regime inglese non è più razionalizzato del regime francese? L'infrastruttura del regime inglese non è una razionalizzazione completa – senza che vi intervenga il diritto scritto? [...]» (B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Il fallimento del parlamentarismo «razionalizzato»*, cit., 220-221).





Ed è sempre al fine di dare esecuzione al programma che, nei rapporti tra Governo e Parlamento, si afferma il «primato politico dell'Esecutivo», necessità tecnica del parlamentarismo moderno (v. *supra*, § 3). Nel regime parlamentare la funzione di governo e – come si dirà dopo – la funzione di indirizzo politico non ammettono, perlomeno sul piano della Costituzione materiale, alcuna forma di separazione tra potere esecutivo e potere legislativo: Governo e maggioranza parlamentare sono di fatto fusi in un tutt'uno allo scopo di realizzare la volontà del partito e delle forze sociali dominanti. Residuano la responsabilità del Governo davanti al Parlamento e il connesso potere parlamentare di controllo sublimato nel voto di sfiducia. Quest'ultimo opera come un fondamentale meccanismo di sicurezza qualora il Governo, «onnipotente» ma pur sempre responsabile, non dia fedele esecuzione al «mandato dato dalla nazione attraverso l'intermediazione del Parlamento».

Alcuni anni più tardi René Capitant scriverà, sulla scia di Mirkin-Guetzévitch, che «il parlamentarismo è l'opposto [*le contrepieds*] della separazione dei poteri».

della teoria dell'equilibrio quella tendenza del parlamentarismo razionalizzato che si è riscontrata in alcune Costituzioni del primo dopoguerra e che attribuisce al Parlamento la scelta del Governo: «La scelta del Ministero da parte della Camera, praticata in certe nuove Costituzioni, non è affatto una alterazione del parlamentarismo, come ritengono alcuni critici, al contrario è il compimento del processo di *razionalizzazione del parlamentarismo*» (ivi, 23). Mirkin-Guetzévitch accoglie quindi la visione di Walter Bagehot, che già nel 1867 aveva parlato di un'elezione parlamentare del primo ministro (v. *supra*, nt. 9), mentre Léon Duguit e Maurice Hauriou erano legati al pensiero di A. ESMEIN, *op. cit.*, 97, il quale criticava apertamente l'affermazione di Bagehot (v. *supra*, nt. 10) e sosteneva che, dal punto di vista del diritto, il Gabinetto deriva i suoi poteri dal Capo dello Stato. L'analisi del parlamentarismo moderno condotta da Mirkin-Guetzévitch si completa poi con l'idea forte del «primato politico dell'Esecutivo» (v. *supra*, § 3).

Non è propriamente così, tra gli altri, per G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, 697, che individua «l'attività di indirizzo come il frutto di un accordo necessario tra gli organi costituzionali politici», sul presupposto che né il Parlamento né il Governo vantano al riguardo una posizione di «formale supremazia». Già L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., 643-644, nel criticare la classificazione delle forme di governo basata sulla differente allocazione del potere di indirizzo politico (proposta da P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, Giuffrè, 1969, 104 e 113), affermava che «la forma del governo parlamentare, malgrado la componente del sistema partitico, non comporta mai che il potere di indirizzo si accenti del tutto in uno dei due termini della relazione fiduciaria» (più in generale, «sia nel sistema presidenziale, sia in quello direttoriale si riscontra una partecipazione al formarsi dell'indirizzo politico da parte dell'esecutivo e del legislativo, che, in diversa misura, si rinviene anche nella forma di governo parlamentare»). Tanto la tesi di Silvestri, relativa all'indirizzo politico come «accordo necessario», quanto quella di Elia, relativa alla compartecipazione di Governo e Parlamento «al formarsi dell'indirizzo politico», sono astrattamente compatibili con l'idea di una separazione *souple* tra Esecutivo e Legislativo nel regime parlamentare, mentre Mirkin-Guetzévitch individua il «senso politico» del parlamentarismo moderno esattamente nella fusione dei due tradizionali poteri e nel loro totale asservimento alla volontà unitaria del partito che vince le elezioni. Da esso promanano tanto la maggioranza parlamentare quanto il relativo Governo, entrambi chiamati a dare attuazione al programma sotto la direzione politica dell'Esecutivo (il principio del primato politico dell'Esecutivo è dunque una necessità tecnica del parlamentarismo moderno). In estrema sintesi, il partito che, in seguito alla vittoria elettorale, giunge al potere è l'unico autentico depositario dell'indirizzo politico (anche se Mirkin-Guetzévitch, ovviamente, non usa questa espressione), inteso, secondo la definizione di M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, Napoli, Jovene, 1985, 86, come attività «di guida degli organi dello stato, che vengono così a ricevere dall'esterno le indicazioni sul contenuto del loro operare». Sull'indirizzo politico, in generale, v. almeno V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, 1939, 55 ss.; T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, Giuffrè, 1971; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961. Per la peculiare accezione dell'indirizzo politico come quarta funzione o quarto potere dello stato v. C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., 7 ss.

B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du Droit constitutionnel. Le renforcement de l'Exécutif et le régime parlementaire*, cit., 525-526.

R. CAPITANT, *La réforme du parlementarisme*, cit., 327. V. anche *supra*, nt. 1. Conclusione sostanzialmente condivisa, nella dottrina italiana contemporanea, anche da V. ONIDA, *Costituzione, garanzia dei diritti, separazione dei poteri*, in *Questione Giustizia*, 2005, n. 1, 3, quando afferma: «oggi si può forse dire che il vero significato costituzionale del principio di divisione dei poteri consiste nella separazione e reciproca indipendenza fra poteri di governo o politici da un lato, poteri di garanzia dall'altro». A. D'ANDREA, *op. cit.*, 28 ss., insiste invece nell'importanza del mantenimento di una separazione funzionale tra Esecutivo e Legislativo nel regime parlamentare che sia basata sull'autonomia della «funzione parlamentare»

Persino Georges Burdeau, l'erede del pensiero di Duguit e di Redslob e l'ideatore della nota configurazione del governo parlamentare sunteggiata dalla formula «due poteri, tre organi»<sup>\*\*\*\*\*</sup>, che si fece promotore, in quegli stessi primi anni Trenta, di una nuova versione del parlamentarismo dualista e della teoria dell'equilibrio basata sulla collaborazione inter-organica, fu fortemente influenzato dalla dottrina di Mirkine-Guetzévitch, benché questi fosse fautore di un'idea del regime parlamentare affatto diversa dalla sua. Tanto è vero che, nel 1945, Burdeau si trova costretto a inserire un elemento nuovo nel suo impianto teorico, cioè la «*fonction gouvernementale*»: la funzione di governo è «la funzione che consiste nel decidere», mentre la funzione amministrativa è «la funzione che consiste nel mettere in opera decisioni prese in precedenza»<sup>+++++</sup>. Più tardi, nel suo celebre manuale di diritto costituzionale, Burdeau scrive, parafrasando nella sostanza Mirkine-Guetzévitch<sup>#####</sup>, che la funzione di governo è «*la maîtresse de la production législative*»<sup>ssssssssssssssssssssssssss</sup>.

Tra i meriti del “secondo” Mirkine-Guetzévitch vi è senz'altro anche quello di avere tempestivamente denunciato la limitata efficacia della razionalizzazione giuridica delle procedure parlamentari rispetto all'esigenza di garantire la stabilità governativa, giungendo ad affermare, come si è già osservato, che «la stabilità del governo non è una questione di diritto» (v. *supra*, § 3). Bisogna dire che Mirkine-Guetzévitch si dimostra anche in questo caso un precursore, almeno nella misura in cui da tale nuova impostazione, persino radicale nel suo anti-normativismo, si ricava l'avvertimento che tutti gli interventi giuridici sul sistema di governo sono destinati all'insuccesso in assenza dell'adeguata considerazione del quadro politico e del sistema dei partiti<sup>\*\*\*\*\*</sup>. Simili considerazioni si ritrovano oltre cinquant'anni dopo anche nelle parole di Guy Carcassonne, giurista attivamente coinvolto nelle razionalizzazioni costituzionali di diverse esperienze statuali post-comuniste, il quale, pur riconoscendo che le Costituzioni elaborate tra le due guerre sono state scritte da giuristi geniali, afferma, senza tema di rivelare

---

dalla «funzione di governo». Quest'ultima non può mai, secondo l'a., inglobare il «minimo garantito» della prima, pena l'eccessiva concentrazione del potere politico nell'Esecutivo e il conseguente *vulnus* alla democrazia parlamentare. V. anche F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 96.

<sup>\*\*\*\*\*</sup> V. G. BURDEAU, *Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après guerre*, cit.

<sup>+++++</sup> G. BURDEAU, *Remarques sur la classification des fonctions étatiques*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1945, 213. Tale criterio distintivo, permettendo di individuare l'oggetto della funzione, si rivela più utile di quello relativo alla natura formale dell'atto, «*puisque c'est cet objet, gouverner ou administrer, prendre des décisions ou exécuter, qui commande le genre de puissance mise en œuvre*» (*ivi*, 214).

<sup>#####</sup> V. *supra*, nt. 123.

<sup>ssssssssssssssssssssssssss</sup> G. BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques* (1952), 23<sup>a</sup> ed., a cura di F. Hamon e M. Troper, Paris, LGDJ, 1993, 147.

<sup>\*\*\*\*\*</sup> Nulla di nuovo, sotto questo specifico profilo, nelle riflessioni, fra i molti, di J.C. COLLIARD, *Les régimes parlementaires contemporains*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1978, 280 ss. Deve invece riconoscersi che in Italia, negli anni Cinquanta, è Vittorio Emanuele Orlando a denunciare tempestivamente «l'illusione di costringere entro «norme tassative» come formule il principio «di un ordine appartenente alla politica», dal quale la forma parlamentare è stata animata sin dalle origini», come ricorda P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, cit., p. 120, citando V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948* (1951), in *ID., Scritti giuridici vari (1941-1952)*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 27.





rafforzamento politico dell'Esecutivo, anche e soprattutto il suo rafforzamento sul piano del diritto costituzionale, poiché tramutano il potere giuridico di sfiduciare il Governo nella sanzione giuridica dell'autoscioglimento, indebolendo strutturalmente l'organo parlamentare (come del resto dimostra l'esperienza del governo regionale in Italia dopo la riforma del 1999).

Viceversa, Mirkine-Guetzévitch, pur criticando apertamente il primato «eccessivo o assoluto» del Parlamento nelle Costituzioni del primo dopoguerra, non mette mai in discussione, in sé e per sé, il «primato giuridico del Parlamento», che trova la sua più alta espressione nel potere di sfiduciare il Ministero sorto per mezzo dell'intermediazione parlamentare.

Per l'Esecutivo vale un principio di primazia *politica*, che nasce dal postulato per cui «il regime parlamentare è il *potere politico della maggioranza*»<sup>#####</sup>, potere destinato a esprimersi anzitutto in un'unitaria funzione di governo che, per una necessità tecnica, deve promanare dal Gabinetto. Ma ciò non contraddice la centralità giuridica e strutturale del Parlamento, l'unico organo a elezione popolare diretta e come tale il solo a poter validamente inverare il principio della democrazia (parlamentare) rappresentativa sul piano del diritto costituzionale<sup>#####</sup>.

## 5. La rivincita e l'evoluzione del fenomeno della razionalizzazione del parlamentarismo

La fiducia nel processo di razionalizzazione del parlamentarismo, nonostante lo scetticismo di molti – primo tra tutti, lo stesso Mirkine-Guetzévitch<sup>\*\*\*\*\*</sup> – non è mai tramontata del tutto, come dimostra la circostanza che si tratta di un processo ancora oggi in continua espansione. Basti pensare al tenore delle razionalizzazioni costituzionali che hanno accompagnato la fine dei regimi comunisti o alle tendenze del riformismo costituzionale che hanno da poco attraversato o attraversano stati di democrazia consolidata come la Francia e l'Italia. Ma si pensi soprattutto alle recenti vicende del parlamentarismo britannico, cioè il parlamentarismo classico, convenzionale e “non razionalizzato” per antonomasia, che ha fatto ricorso alla tecnica della razionalizzazione giuridica per disciplinare alcune dinamiche del governo

##### B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Il fallimento del parlamentarismo «razionalizzato»*, cit., 222. In altri termini: «L'essenza stessa del parlamentarismo moderno risiede nell'applicazione politica e governativa del principio di maggioranza» (*ivi*, 224).

##### Tanto è vero che il primato politico dell'Esecutivo di cui tratta Mirkine-Guetzévitch è compatibile persino con il sistema di governo della III Repubblica: «*Cette conception de la primauté politique du pouvoir exécutif, base technique du bon fonctionnement du régime parlementaire démocratique, [...] on peut la réaliser sans aucun voyage à Versailles, sans aucune retouche aux lois constitutionnelles de 1875*» (B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *La révision de la Constitution française*, cit., 29).

\*\*\*\*\* «Si poteva accettare la «razionalizzazione del potere» trent'anni fa e noi stessi abbiamo salutato con favore queste forme nuove del parlamentarismo per rivedere, tuttavia, più tardi il nostro giudizio, perché l'esperienza ha dimostrato che la razionalizzazione del parlamentarismo non ha assicurato, in alcun modo, né la stabilità dell'Esecutivo, né la formazione di un Esecutivo forte [...]» (MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Il fallimento del parlamentarismo «razionalizzato»*, cit., 215-216).

parlamentare tradizionalmente dominate dalle *conventions of the Constitution* più che dagli *statutes*. Il riferimento non riguarda, com'è ovvio, il *Cabinet Manual*, testo notoriamente privo di rilevanza giuridica (ancorché sorto per rispondere a un'impellente esigenza di razionalizzazione, se non altro di tipo gnoseologico, delle dinamiche del parlamentarismo inglese), ma piuttosto il *Fixed Term Parliaments Act* del 2011, che ha introdotto una rigida regolamentazione legislativa del potere di scioglimento e della mozione di sfiducia.

Vero è che la legge in questione deriva da una situazione politica ben precisa e nasce anzitutto per rispondere alle esigenze di equilibrio interno di un governo di coalizione sorto da un *hung Parliament*. Inoltre, il contesto nel quale opera il *Fixed Term Parliaments Act* resta lontanissimo, almeno per ora, dal normativismo giuridico di cui è espressione l'originaria dottrina della razionalizzazione costituzionale del potere. Ciononostante, è indubitabile che il *Fixed Term Parliaments Act* rappresenta un chiaro esempio di razionalizzazione giuridica del governo parlamentare, sperimentata nell'ambito di un'esperienza costituzionale che, fino a pochi anni or sono, costituiva l'antitesi storica del parlamentarismo razionalizzato.

In conclusione, il parlamentarismo razionalizzato non è affatto un fenomeno recessivo. Piuttosto, è un fenomeno in trasformazione, sia per quanto riguarda le tecniche della razionalizzazione sia per quanto riguarda l'oggetto della stessa.

La razionalizzazione del governo parlamentare, oggi non più identificabile nella mera tipizzazione giuridico-costituzionale del voto di sfiducia, deve guardare a quell'insieme organizzato che viene di norma incluso nella definizione di forma di governo in senso stretto e che comprende necessariamente tutti i dispositivi attinenti alla relazione fiduciaria nonché la disciplina del potere di scioglimento. Anche per questa ragione, gli studiosi contemporanei utilizzano sempre più spesso l'espressione «razionalizzazione dei rapporti tra governo e

---

Per il cui inquadramento generale basti qui rinviare alla fondamentale opera di A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), 8<sup>a</sup> ed., London, MacMillan, 1915, trad. it. ID., *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2003, con la preziosa *Introduzione* di A. TORRE, *Dicey, o della «constitutional morality»*, XV-XLI. Quantunque notoriamente non mancassero, anche prima del *FTPA* del 2011, sia le leggi che si occupavano della durata del Parlamento (il *Septennial Act* del 1715 come modificato dal *Parliament Act* del 1911) sia le leggi che attribuivano al monarca il potere di scioglimento (da ultimo il *Regency Act* del 1937). Tuttavia, come osserva C. MARTINELLI, *Le constitutional conventions per la dissolution della House of Commons nell'evoluzione della forma di governo britannica*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2009, 257, «gli aspetti più rilevanti e interessanti dello scioglimento della Camera dei Comuni sono da ricercare nelle convenzioni costituzionali», poiché in esse risiede(va) «la sostanza giuridico-politica della decisione di sciogliere». *The Cabinet Manual. A guide to laws, conventions and rules on the operation of government, 1ST edition, October 2011*, in [www.gov.uk](http://www.gov.uk). L'iniziativa, ispirata all'esperienza neozelandese, ha subito le critiche di quanti paventavano che una raccolta organica di tale natura, nonostante la sua natura meramente ricognitiva, potesse incidere sul contenuto delle convenzioni vigenti e aprire la strada a una costituzione scritta (cfr. G. CARAVALE, «England does not love coalitions»? *Referendum, elezioni e bilancio del primo anno di governo di coalizione nel Regno Unito*, in *federalismi.it*, 2011, «England does not love coalitions»? cit., 16-20). Si deve aggiungere che è previsto un periodico aggiornamento del Manuale per recepire le eventuali modifiche delle leggi e delle convenzioni.

V., ex multis, V. BOGDANOR, *The Coalition and the Constitution*, Oxford-Portland, Hart, 2011; M. OLIVETTI, *Le elezioni del 6 maggio 2010 nel Regno Unito: Westminster adieu?*, in *Rassegna parlamentare*, 2010, 747 ss.; G.G. CARBONI, *Gli effetti del coalition government sul ruolo e le funzioni del Primo Ministro del Regno Unito*, in *Rassegna Parlamentare*, 2014, 373 ss.; C. MARTINELLI, *Le principali riforme costituzionali alla luce del Coalition Agreement*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 645 ss.; C. FUSARO, *L'accordo conservative-lib-dem alla base del Governo Cameron: spunti di interesse costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 639 ss. Va ricordato che, sulla base di una norma di chiusura imposta dalla House of Lords durante il procedimento di formazione della legge, il *FTPA* dovrà essere riesaminato nel 2020, dopo un periodo di "rodaggio".

parlamento». A tale riguardo è doveroso annotare, per inciso, che un limite della concettualizzazione originaria del parlamentarismo razionalizzato da parte di Mirkine-Guetzévitch fu certamente quello di sminuire l'importanza del potere

di scioglimento, che rappresenta invece «il corollario necessario della responsabilità [ministeriale]»,

Inoltre, anche a non voler considerare il «sistema di partito» come elemento strutturale della «forma di governo» (come propose Elia nel 1970), la razionalizzazione del governo parlamentare non può più prescindere da tale elemento, in quanto fattore fondamentale per il buon funzionamento delle strutture giuridiche formali del governo parlamentare. Di qui la razionalizzazione normativa “indiretta” del regime parlamentare che può avvenire sia attraverso la costruzione giuridica di uno «Stato dei partiti regolato», secondo l'insuperato esempio della Legge fondamentale tedesca sia, ovviamente, sul piano della configurazione (costituzionale e/o legislativa) del sistema elettorale. Basti qui considerare la centralità della riflessione intorno al sistema elettorale come elemento di stabilità del governo nei dibattiti costituenti del secondo dopoguerra e nelle successive proposte di riforma istituzionale.

«Ma il regime parlamentare può funzionare senza diritto di scioglimento e la Francia ne è il migliore esempio, poiché, dopo il 16 maggio 1877, la Camera francese non ha mai rimesso prima della scadenza il suo mandato legale» (B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Le nuove tendenze del diritto costituzionale*, cit., 155). V. anche, ID., *Il fallimento del parlamentarismo «razionalizzato»*, cit., 230. Si deve riconoscere che anche L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., 643, allo scopo di corroborare le ragioni della sua innovativa proposta classificatoria, parla esplicitamente di una «sopravalutazione di taluni istituti (come lo scioglimento)» e nega che la presenza di un potere di scioglimento sia decisiva ai fini della configurazione del regime parlamentare.

R. CAPITANT, *La réforme du parlementarisme*, cit., 329. In generale, sul tema dello scioglimento delle assemblee parlamentari v., ex multis: M. VOLPI, *Lo scioglimento anticipato e la classificazione dei regimi contemporanei*, Rimini, Maggioli, 1983; PH. LAUVAUX, *La dissolution des assemblées parlementaires*, Paris, Economica, 1983; P. COSTANZO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, vol. I, *Teoria e pratica dello scioglimento dalle origini al parlamentarismo razionalizzato*, Milano, Giuffrè, 1984.

M. VOLPI, *Il metodo nello studio e nella classificazione delle forme di governo*, in DPCE, 2015, 138-141, il quale ritiene che i «sistemi di partito» non costituiscono un elemento strutturale della forma di governo strettamente intesa, cioè intesa come «regime costituzionale» (secondo la definizione di Olivier Duhamel). I sistemi di partito – sempre secondo l'a. – possono semmai essere ricompresi nel più ampio concetto di «sistema di governo» o «sistema politico». Volpi ricorda anche che Leopoldo Elia, inizialmente fautore di una visione opposta in L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., ha in seguito corretto il suo punto di vista in L. ELIA, *Forme di Stato e forme di governo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2006, 2600, in cui tratta dei sistemi di partito nei termini di «situazioni condizionanti anziché di elementi costitutivi» della forma di governo.

Per un'indagine di carattere generale intorno all'evoluzione dei rapporti tra parlamentarismo, partiti politici e democrazia rappresentativa basti qui rinviare a P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, cit., 1-61, e all'ampia bibliografia ivi citata.

Come ricorda F. LANCHESTER, *Le Costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, cit., 115, *Il Parteienverbot* (divieto dei partiti) mira «all'obbiettivo di uno Stato dei partiti regolato, sulla base della lezione di Gerhard Leibholz» (G. LEIBHOLZ-H. REIF, *Verfassungsrechtliche Stellung und innere Ordnung der Parteien*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1951).

V. almeno F. LANCHESTER, *Sistemi elettorali e forme di governo*, Bologna, il Mulino, 1981.

Ad esempio, il sistema elettorale spagnolo c.d. “proporzionale a circoscrizione provinciale” è già delineato dalla Costituzione, che stabilisce la regola della rappresentanza proporzionale per il Congresso dei deputati (i cui membri non possono essere meno di 300 e più di 400) e la dimensione provinciale delle circoscrizioni per ambedue i rami del Parlamento (cfr. artt. 68 e 69 della Costituzione). La struttura del sistema elettorale, considerando il numero complessivo dei deputati, la dimensione e il numero delle circoscrizioni elettorali e il sistema elettorale meglio definito dal legislatore con l'adozione di liste bloccate e del metodo d'Hondt (scelte legislative, queste ultime, già effettuate nel periodo della transizione costituzionale dalla *Ley para la Reforma Política* n. 1 del 1977 e dal *Decreto-Ley Electoral* n. 20 del 1977 e poi perpetuate dalla *Ley Orgánica del Régimen Electoral General* n. 5 del 1985), rispondeva a una «chiara funzione di ingegneria politica», ossia quella di «assicurare la funzionalità delle nuove istituzioni rappresentative» per mezzo di un sistema elettorale «altamente distorsivo»

Per quanto attiene alle tecniche della razionalizzazione normativa, è ormai consolidata la convinzione che gli obiettivi della stabilità dell'Esecutivo e dell'efficienza del governo parlamentare possono essere perseguiti anche al di fuori della fonte atto di rango costituzionale, agendo sia sulla legislazione di attuazione del dettato costituzionale, ad esempio in relazione all'organizzazione della struttura e delle funzioni del Governo\*, sia sui regolamenti parlamentari, che ormai sono ricorrentemente inclusi nel tema del parlamentarismo razionalizzato†.

Pertanto, più che di razionalizzazione costituzionale del parlamentarismo sarebbe meglio parlare, semplicemente, di razionalizzazione giuridica dello stesso. L'elemento dirimente residuale del parlamentarismo razionalizzato è pertanto costituito, ancora oggi, dalla natura giuridica delle regole destinate a incanalare le dinamiche del governo parlamentare entro un dato ordine razionale, regole che si discostano necessariamente dalle convenzioni costituzionali grazie alle quali è nato e si è sviluppato il parlamentarismo classico. Per usare, ancora una volta, le parole di Mirkin-Guetzévitch, «il parlamentarismo che, nel secolo XIX, fu un insieme mutevole, puramente pragmatico, con regole empiriche, si trasforma in questo nuovo diritto costituzionale, in una dottrina omogenea e rigida»‡. Com'è noto, la natura propriamente giuridica del parlamentarismo razionalizzato non è la conseguenza di una sottovalutazione dell'importanza delle regole convenzionali del parlamentarismo, ma semmai di un differente contesto politico in cui la fonte convenzionale della regolamentazione del sistema di governo non può mai validamente sostituirsi alle strutture giuridiche fondamentali§.

---

(M. SATRUSTEGUI GIL DELGADO, *Problemi del sistema elettorale spagnolo*, in G. ROLLA (a cura di), *Le forme di governo nei moderni ordinamenti policentrici*, cit., 227. Nell'ordinamento tedesco, ove la Legge fondamentale non tratteggia il sistema elettorale della Dieta federale, vi è il c.d. “proporzionale personalizzato”, il quale fa «parte di una disciplina più complessa che, come un imbuto, consente di raccogliere le diverse istanze della società (purché conformi ai valori costituzionali e politicamente “serie”), ma le incanala verso un risultato pressoché obbligato: la stabilità delle istituzioni» (F. PALERMO, J. WOELK, *Germania*, Bologna, il Mulino, 2005, 62 e 67).

\* Nell'ambito dell'ordinamento italiano, questo è il caso, ad esempio, della legge 23 agosto 1988, n. 400, che ha svolto una parziale opera di razionalizzazione del governo parlamentare italiano sopperendo in qualche misura al fallimento dei precedenti e coevi tentativi di riforma costituzionale. V. S. LABRIOLA, *Il Governo della Repubblica. Organi e poteri. Commento alla legge 23 agosto 1988, n. 400*, Rimini, Maggioli, 1989.

† Ma già nel 1934 B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *La révision de la Constitution française*, cit., 29, riteneva che, nell'ambito del sistema parlamentare francese della III Repubblica, l'esigenza di rafforzamento dell'Esecutivo non richiedesse una riforma importante delle leggi costituzionali del 1875 (v. *supra*, nt. 148) bensì una riforma dei regolamenti parlamentari e, tutt'al più, la revisione di qualche articolo delle leggi costituzionali, ad esempio in materia di scioglimento: «*L'amélioration du travail parlementaire [...] sera réalisée soit par la réforme du règlement et de méthode de travail, soit par la modification de quelques articles constitutionnels*». Con riferimento al parlamentarismo razionalizzato italiano, C. LIPPOLIS, *Regolamenti parlamentari, forma di governo, innovazione istituzionale*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 15 novembre 2008, 2, osserva: «I regolamenti del 1971 costituirono la consacrazione del parlamentarismo consensuale o consociativo, della teoria della c.d. centralità del Parlamento che si inscriveva in uno sviluppo dei rapporti politici sfociato nel “compromesso storico”. La fine di questa esperienza nel 1979 e l'avvento del pentapartito, che riaffermava l'autonomia e l'autosufficienza della maggioranza, aprirono un decennio di riforme regolamentari sotto il segno della “governabilità”, vale a dire di un rafforzamento delle capacità decisionali delle camere. Il culmine di questo processo fu costituito dal ribaltamento, nel 1988, del principio di preferenza del voto segreto a favore di quello palese». Simili considerazioni possono farsi, *mutatis mutandis*, per altre esperienze di parlamentarismo razionalizzato, nelle quali talune importanti modifiche dei regolamenti parlamentari si sono rivelate importanti strumenti di razionalizzazione giuridica non soltanto dell'attività del Parlamento ma anche dei rapporti tra Governo e Parlamento. Sul tema della razionalizzazione del parlamentarismo per mezzo dei regolamenti parlamentari v., in generale, P. MASSA, *Parlamentarismo razionalizzato e procedura parlamentare. Lineamenti di diritto parlamentare comparato*, Milano, Giuffrè, 2003; R. IBRIDO, *La dimensione parlamentare della razionalizzazione*, in *Rass. parl.*, 2010, 533 ss.

‡ B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Il fallimento del parlamentarismo «razionalizzato»*, cit., 207.

§ Ciò non toglie che una visione evoluta del parlamentarismo razionalizzato deve considerare, da un lato, l'esigenza di una disciplina costituzionale sufficientemente elastica e, dall'altro lato, la necessità di spazi lasciati liberi dalla regolamentazione scritta. Solo per fare un esempio, nell'ambito dello stringente parlamentarismo razionalizzato tedesco, la nota prassi della c.d.

A ben vedere, anche le regole del parlamentarismo convenzionale obbediscono a una logica razionale, che è presente, ad esempio, nella scelta degli attori partitici e istituzionali di accettare l'esistenza di una *convention of the Constitution*. Ma nel caso del parlamentarismo razionalizzato mutano radicalmente le tipologie procedimentali, i tempi e le tecniche della formazione delle regole (così come il ruolo della dottrina costituzionalistica e comparatistica nella loro progettazione\*\*), nonché i relativi effetti tipici, in conformità alla differente natura delle stesse.

### Abstract

The concept of «*parlementarisme rationalisé*» is still today often misunderstood in the comparative and constitutional literature, as much scholars link it closely to the government's stability. However, when Boris Mirkine-Guetzévitch developed this concept, as a branch of his general doctrine about the «constitutional rationalization of the power», it had a neutral meaning. Later, the author gradually abandoned his confidence in the power of the written law and at the same time developed the new concept of «Political Supremacy of the Executive». So, he no longer believed in the utility of the *parlementarisme rationalisé* compared to the problems of contemporary democracies, but he laid his expectations only in the role of political parties. However the process of rationalization of parliamentary systems is still open today and sometimes it's expanding, as shown, for example, the Fixed Term Parliaments Act (2011). Is therefore necessary to rediscover this concept and update its meaning.

---

falsa richiesta di fiducia («*unechte Vertrauensfrage*»), ha corretto, in qualche misura, la rigidità eccessiva della disciplina costituzionale del potere di scioglimento. Sull'argomento v., *ex multis*, H.H. KLEIN, *Die Auflösung des Deutschen Bundestages nach Art. 68 GG. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Februar 1983 (2 BvE 1-4/83)*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 1983, 402 ss.; W. HEYDE-G. WÖHRMANN, *Die Auflösung und Neuwahl des Bundestages 1983 vor dem Bundesverfassungsgericht*, Heidelberg, Müller, 1984; W.R. SCHENKE-P. BAUMEISTER, *Vorgezogene Bundestagswahlen: Überraschungscoup ohne Verfassungsbruch?*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, 1844 ss.; J. IPSEN, *Zur Regierung verurteilt? Verfassungsrechtliche Probleme der Vertrauensfrage nach Art. 68 GG*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, 2201 ss.; A. ZEI, *L'organizzazione del governo in Germania*, in F. LANCHESTER (a cura di), *La barra e il timone. Governo e apparati amministrativi in alcuni ordinamenti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2009, 178; M. OLIVETTI, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, cit., 44, nt. 186. Circa il secondo aspetto, ha trovato spazio una regolamentazione di tipo convenzionale in tema di *Koalitionsvertrag*, che oggi rappresenta un elemento descrittivo importante del sistema di governo tedesco. V., ad es., A. SCHÜLE, *Koalitionsvereinbarungen im Lichte des Verfassungsrechts. Eine Studie zur deutschen Lehre und Praxis*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1964; P. HÄBERLE, *Die Koalitionsvereinbarungen im Lichte des Verfassungsrechts* in ID., *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3<sup>a</sup> ed., Berlin, Duncker und Humblot, 1998, 627 ss.

\*\* Tale contributo fu massimo nell'ambito dell'elaborazione dei testi costituzionali sorti tra le due guerre mondiali, le c.d. «Costituzioni dei professori», in cui, come osserva B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Le régime parlementaire dans les récentes Constitutions européennes*, 606, si afferma il ruolo «*des théoriciens du droit public qui prirent une part importante à la préparation des nouvelles Constitutions*». La partecipazione dei giuristi all'elaborazione dei testi costituzionali non era un fatto nuovo, ma prima di allora essi non avevano mai giocato «*un rôle décisif*» (*ibidem*). Nelle Costituzioni del secondo dopoguerra l'apporto degli studiosi e della tecnica di razionalizzazione normativa resta essenziale ma certamente cresce di molto quello dei partiti politici chiamati a definire i contenuti compromissori delle Costituzioni.

## Le statut juridictionnel du chef de l'état et sa destitution

par Maria Rosaria Donnarumma\*

SOMMAIRE : 1. Introduction. – 2. La responsabilité du président de la République et la procédure de destitution. – 3. Aperçu de droit comparé. La responsabilité pour haute trahison ou attentat à la constitution en Italie. *L'impeachment* aux États-Unis. – 4. Considérations conclusives.

### 1. Introduction

Suite à la parution, le 12 octobre 2016, par les éditions Stock, du livre : « Un président ne devrait pas dire ça. Les secrets d'un quinquennat », sur les entretiens, au cours des cinq dernières années, du président de la République française, François Hollande, avec deux journalistes de « Le Monde », Gérard Davet et Fabrice Lhomme<sup>1</sup>, on s'interroge sur les conséquences d'une telle sortie. À part les implications politiques, qui semblent se traduire dans un « suicide »<sup>2</sup>, plutôt que dans « un exercice de transparence démocratique »<sup>3</sup> d'après - semble-t-il - les intentions du président, il y a lieu de considérer les conséquences juridiques, tant dans l'immédiat, concernant l'engagement de la procédure de destitution du chef de l'État

---

\*Ancien professeur des Institutions de droit public et de Droit public avancé à l'Université de Naples « Federico II ».

<sup>1</sup> François Hollande avait accepté préalablement les conditions des auteurs du livre, soit l'enregistrement des entretiens et le renoncement à une relecture avant parution. Quelle légèreté et quel manque de prudence surtout pour un homme politique !

<sup>2</sup> « Suicide politique », dont les bases avaient été déjà jetées lors de la décision du président Hollande, après les attentats du 13 novembre 2015 à Paris, de soumettre au congrès un projet de loi constitutionnelle, visant à introduire non seulement un autre état d'exception, l'état d'urgence, en plus de ceux déjà prévus dans la constitution (exercice de pleins pouvoirs par le chef de l'État : art. 16 ; état de siège : art. 36), mais aussi la déchéance de nationalité. Après quatre mois de débats acharnés au parlement et au sein du parti socialiste, Hollande avait annoncé, le 30 mars 2016, qu'il renonçait à son projet. Cfr. M. R. Donnarumma, « L'échec d'une démocratie : la déchéance de nationalité », cette *Revue*, 2016, n° 1.

<sup>3</sup> Selon l'affirmation de Stéphane Le Foll, porte-parole du gouvernement.

(article 68 de la constitution)<sup>4</sup>, qu'après la cessation des fonctions, compte tenu d'un possible déclenchement de l'action en droit pénal (article 413-10 c. p.)<sup>5</sup>.

Il faut aussi s'interroger et réfléchir, en faisant abstraction du cas particulier, sur ce qui a déterminé non seulement en France, mais à l'échelle mondiale, la dégradation de la politique et de son éthique et la perte du « sens de l'État ».

## La responsabilité du président de la République et la procédure de destitution

L'article 67, alinéa 1<sup>er</sup>, de la constitution française, tel que révisé par la loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007, portant modification du titre IX de la constitution, prévoit : « Le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 » (juridiction de la Cour pénale internationale) « et 68 ». Cet article énonce à l'alinéa 1<sup>er</sup> : « Le Président de la République ne peut être destitué qu'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. La destitution est prononcée par le Parlement constitué en Haute Cour ».

L'article 68, dans sa rédaction actuelle, marque un profond changement par rapport à l'article d'origine, qui prévoyait la responsabilité du chef de l'État pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions *seulement* en cas de « haute trahison », et sa justiciabilité par une Haute Cour *de justice*.

Le principe de l'immunité du chef de l'État, en droit interne comme en droit international<sup>6</sup>, a sa raison d'être dans la théorie de l'intérêt de la fonction. Il couvre une immunité fonctionnelle ou *ratione materiae*, concernant les actes accomplis dans l'exercice des fonctions, ainsi qu'une immunité personnelle de juridiction pendant l'exercice du mandat.

<sup>4</sup> La procédure a été lancée, le 7 novembre 2016, par Pierre Lellouche, député du parti « Les Républicains » (L. R.), qui a déposé à l'Assemblée nationale une proposition de résolution pour recueillir les signatures d'au moins un dixième des membres de l'Assemblée, nécessaires pour déclencher la procédure (loi organique n° 2014-1392 du

24 novembre 2014 portant application de l'article 68 de la constitution, article 1<sup>er</sup>, al. 2). Mais le bureau de l'Assemblée, par treize voix contre huit, et à main levée, a jugé, le 23 novembre 2016, la proposition non recevable (loi organique citée, article 2, al. 1<sup>er</sup> et 2), mettant un terme à la procédure.

<sup>5</sup> Par ailleurs, le député L. R. Eric Ciotti a saisi, le 4 novembre 2016, sur la base de l'article 40 du code de procédure pénale (imposant à tout officier public ou fonctionnaire de dénoncer un crime ou délit, dont il acquiert la connaissance dans l'exercice de ses fonctions), le procureur de la République pour violation du secret-défense par le président Hollande, à cause des révélations par lui faites, en août 2013, sur la préparation des raids aériens en Syrie. Une copie d'un document y relatif a été publiée par « Le Monde » le 24 août 2016. Encore, le 7 mars 2014, le président avait montré aux journalistes une liste de 17 terroristes à neutraliser, et le 9 octobre 2015 avait révélé à ses interlocuteurs d'avoir autorisé des opérations d'assassinats, en précisant d'en avoir décidé, lui-même, quatre au moins.

<sup>6</sup> Selon une règle de droit international général. V. aussi la convention sur les missions spéciales, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 8 décembre 1969, article 21, al. 1<sup>er</sup> (cf. M. R. Donnarumma, « La convention sur les missions spéciales », *Revue belge de droit international*, 1972, n° 1, p. 34, en particulier p. 52).

En ce qui concerne l'histoire française, la constitution du 4 novembre 1848, sous la II<sup>e</sup> République<sup>7</sup>, énonçait, à l'article 68, alinéa 1<sup>er</sup>, le principe de la responsabilité du président de la République, des ministres, des agents et dépositaires de l'autorité publique, chacun dans son domaine, pour tous les actes du gouvernements et de l'administration, alors que l'alinéa 2 définissait le « crime de haute trahison », commis par le chef de l'État en cas d'adoption de toute mesure visant à dissoudre ou proroger l'assemblée nationale ou mettre obstacle à l'exercice de son mandat, crime pour lequel il était justiciable par une Haute Cour de justice (article 100). C'est à partir de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, sous la III<sup>e</sup> République<sup>8</sup>, qu'on affirme le principe de l'irresponsabilité du président de la République, sauf en cas de haute trahison (article 6). À cet effet l'article 9 de la loi constitutionnelle du 24 février 1875 prévoyait la constitution du sénat en Cour de justice « pour juger soit le président de la République, soit les ministres, et pour connaître des attentats commis contre la sûreté de l'État ». La constitution de la IV<sup>e</sup> République du 27 octobre 1946 énonçait, à l'article 42, le même principe, tandis que la constitution de la V<sup>e</sup> République du 4 octobre 1958, à l'article 68, alinéa 1<sup>er</sup>, dans sa rédaction originale, tout en confirmant l'irresponsabilité, sauf en cas de haute trahison, et le jugement par une Haute Cour de justice, limitait expressément – ce qui est très important – l'irresponsabilité aux actes *fonctionnels*<sup>9</sup>. L'article 68, alinéa 1<sup>er</sup>, objet en doctrine d'une interprétation largement partagée jusqu'à 1998 (exclusion du privilège de juridiction pour les actes extra-fonctionnels), à partir de cette date a été au centre d'un débat animé, à la suite des lectures divergentes de la part du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation, le premier soulignant le privilège absolu de juridiction, dont jouit le chef de l'État pendant l'exercice de son mandat (décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *cons.* 16)<sup>10</sup>, la seconde soutenant le caractère temporaire de l'immunité pour les actes extra-fonctionnels et la suspension du délai de prescription (assemblée plénière, arrêt *Breisacher* du 10 octobre 2001)<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> On ne mentionne pas la 1<sup>ère</sup> République et la constitution du 24 juin 1793, car sous ce régime il n'y a pas, par la peur d'un retour des Bourbons, un chef de l'État, mais un exécutif collégial, élu par l'assemblée législative.

<sup>8</sup> La constitution de la III<sup>e</sup> République s'articule en trois lois constitutionnelles : la loi du 24 février 1875 sur l'organisation du Sénat, la loi du 25 février 1875 sur l'organisation des pouvoirs publics et la loi du 16 juillet 1875 sur les rapports entre les pouvoirs publics.

<sup>9</sup> Article 68, al. 1<sup>er</sup> : « Le président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison. Il ne peut être mis en accusation que par les deux assemblées statuant par un vote identique au scrutin public et à la majorité absolue des membres les composant ; il est jugé par la Haute Cour de justice ».

<sup>10</sup> Textuellement : « Considérant qu'il résulte de l'article 68 de la Constitution que le Président de la République, pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions et hors le cas de haute trahison, bénéficie d'une immunité : qu'au surplus, pendant la durée de ses fonctions, sa responsabilité pénale ne peut être mise en cause que devant la Haute Cour de Justice, selon les modalités fixées par le même article ;... ». <sup>11</sup> Textuellement : « Attendu que, rapproché de l'article 3 et du titre II de la Constitution, l'article 68 doit être interprété en ce sens qu'étant élu directement par le peuple pour assurer, notamment, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État, le Président de la République ne peut, pendant la durée de son mandat, être entendu comme témoin assisté, ni être mis en examen, cité ou renvoyé pour une infraction quelconque devant une juridiction pénale de droit commun ; ... Que, la Haute Cour de justice n'étant compétente que pour connaître des actes de haute trahison du Président de la République commis dans l'exercice de ses fonctions, les poursuites pour tous les autres actes devant les juridictions pénales de droit commun ne peuvent être exercées pendant la durée du mandat présidentiel, la prescription de l'action publique étant alors suspendue ».

En d'autres termes, il s'agit de deux différentes approches à la lecture de l'article 68, alinea 1<sup>er</sup>, de la constitution, l'une « unitaire » (Cour de cassation), dans le sens de lire en connexion stricte les deux dispositions énoncées par cet article, excluant, donc, le privilège de juridiction pour les actes *extra-fonctionnels*; l'autre « séparatiste » (Conseil constitutionnel), qui en étend, au contraire, l'application à *tous* les actes pendant l'exercice du mandat présidentiel. Ces deux lectures, inconciliables en théorie, mais aboutissant en pratique à un résultat en partie commun, soit l'exclusion de toute poursuite du chef de l'État devant une juridiction de droit commun pendant l'exercice de son mandat<sup>12</sup>, avaient soulevé aussi un débat sur les effets des décisions du Conseil constitutionnel aux termes de l'article 62 (« Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »<sup>13</sup>), et sur les limites découlant de l'objet de la décision (en l'espèce, portant sur la compatibilité, avec la constitution, du traité relatif à la Cour pénale internationale, ce qui en aurait exclu l'autorité de chose jugée<sup>14</sup>). Les difficultés d'interprétation de l'article 68, émergeant des deux décisions citées, poussèrent le président Jacques Chirac, réélu pour un second mandat, à instituer<sup>15</sup>, par le décret n° 2002-961 du 4 juillet 2002, une commission chargée de formuler des propositions sur le statut pénal du chef de l'État.

La commission, présidée par le professeur Pierre Avril, privilégia dans son rapport<sup>16</sup> la position de la Cour de cassation. Tout en reconnaissant l'exigence, découlant du principe de la séparation des pouvoirs et du principe de continuité de l'État, de protéger la fonction présidentielle et, donc, de confirmer l'irresponsabilité du chef de l'État pour les actes fonctionnels, sauf exception, elle proposa de prévoir une inviolabilité temporaire et relative, les délais de prescription et de forclusion étant suspendus durant le mandat.

En outre, la commission souligna l'opportunité d'« éviter de confondre la logique judiciaire et la logique politique », en proposant, par conséquent, que la destitution, justifiée par tout manquement aux devoirs manifestement incompatible avec l'exercice du

<sup>12</sup> À ce propos on peut citer la procédure pour l'affaire des emplois fictifs de la mairie de Paris, qui a pu être intentée contre Jacques Chirac seulement à la fin de son mandat présidentiel, ainsi que les mises en examen de Nicolas Sarkozy, une fois le mandat terminé, pour les affaires *Woerth-Bettencourt* et *Bygmalion*.

<sup>13</sup> Ancien alinéa 2 de l'article 62, actuel alinéa 3 après la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Cette révision (la vingt-quatrième et de large envergure : 39 articles modifiés et 9 articles ajoutés) avait entériné les propositions du comité Balladur, auquel l'ancien président Nicolas Sarkozy avait confié la tâche de procéder à une « réflexion d'ensemble » sur le texte constitutionnel (décret n° 2007-1108 du 27 juillet 2007).<sup>14</sup> Cour de cassation, *arrêt Breisacher* cité : « ... attendu que, si l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel s'attache non seulement au dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire, ces décisions ne s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles qu'en ce qui concerne le texte soumis à l'examen du Conseil ; qu'en l'espèce, la décision du 22 janvier 1999 n'a statué que sur la possibilité de déférer le Président de la République à la Cour pénale internationale pour y répondre des crimes de la compétence de cette Cour ; qu'il appartient, dès lors, aux juridictions de l'ordre judiciaire de déterminer si le Président de la République peut être entendu en qualité de témoin ou être poursuivi devant elles pour y répondre de toute autre infraction commise en dehors de l'exercice de ses fonctions ». <sup>15</sup> Selon un engagement pris en campagne électorale.

<sup>16</sup> Le rapport (cf. *La Documentation française*, Collection des rapports officiels, Paris, 2003) fut présenté le 2 décembre 2002, tandis que la réforme fut adoptée seulement en 2007 (le projet de loi constitutionnelle avait été déposé à l'Assemblée nationale le 3 juillet 2003).

mandat présidentiel, fût prononcée par le parlement constitué en « Haute Cour », et non plus en « Haute Cour de justice ». Cela implique que, ne s'agissant plus d'une juridiction, un manquement aussi ayant justifié la destitution peut, à la fin du mandat, s'il y a lieu, faire l'objet d'une poursuite selon les règles de droit commun. La révision constitutionnelle de février 2007 entérine les propositions de la commission Avril<sup>17</sup>. L'article 68, dans sa nouvelle rédaction, réglant la procédure de destitution, demande à une loi organique de fixer les conditions de son application. Cette loi a été adoptée le 21 octobre 2014 et promulguée le 24 novembre, plus de sept ans après la révision constitutionnelle<sup>18</sup>.

Le Conseil constitutionnel, auquel la loi a été soumise pour le contrôle de conformité au sens des articles 46, alinéa 5, et 61, alinéa 1<sup>er</sup>, en a examiné les dispositions à la lumière notamment du principe de la séparation des pouvoirs<sup>19</sup> et de l'exigence de clarté et de sincérité des débats parlementaires<sup>20</sup>, exigence dégagée du premier alinéa de l'article 3 de la constitution<sup>21</sup>, et s'appliquant à la Haute Cour en tant qu'assemblée parlementaire, ayant compétence pour prononcer la destitution du président de la République, et non plus juridiction. Sous certaines réserves d'interprétation, le Conseil a jugé (décision n° 2014-703 DC du 19 novembre 2014) la plupart des dispositions de la loi organique conformes à la constitution, exception faite pour : a) la limite du droit de chaque parlementaire à la signature d'une seule proposition de résolution par mandat présidentiel, l'ampleur de la restriction dépassant une simple modalité de mise en œuvre de l'article 68 et méconnaissant la portée de cet article (*cons.* 12) ; b) la participation du premier ministre

<sup>17</sup> L'article 67 est ainsi rédigé : al. 1<sup>er</sup> « Le président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68 » - al. 2 : « Il ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite. Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu » - al. 3 : « Les instances et procédures auxquelles il est ainsi fait obstacle peuvent être reprises ou engagées contre lui à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation des fonctions ».

<sup>18</sup> Tandis que la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 voyait les lois organiques y prévues adoptées par le parlement dans des délais raisonnables, celle du 23 février 2007 semblait presque oubliée, un retard dénoncé par la doctrine. Cf. G. Carcassonne, *La Constitution*<sup>9</sup>, Paris, Éditions du Seuil, 2009, p. 331.<sup>19</sup> Cf. aussi Conseil constitutionnel, déc. n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, *Mme Ekaterina B., épouse D. et autres, cons.* 20. Textuellement : « Considérant... qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : " Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution " ; qu'en vertu de l'article 5 de la Constitution, le Président de la République est le garant de l'indépendance nationale et de l'intégrité du territoire ; qu'aux termes du premier alinéa de l'article 20 : " Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation " ; que le principe de la séparation des pouvoirs s'applique à l'égard du Président de la République et du Gouvernement ;... ».<sup>20</sup> L'« objectif de valeur constitutionnelle » (v. déc. n° 82-141 DC, *cons.* 5, où le Conseil emploie pour la première fois une telle expression) et l'« exigence » ne sont pas – comme le témoigne par ailleurs l'emploi des mots « objectif », « exigence » - des catégories nouvelles de règles, créées prétoriennement par le juge, à introduire dans le « bloc de constitutionnalité », mais ils sont tout simplement des moyens de mise en œuvre d'un principe constitutionnel. Cf. F. Luchaire, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 64, 2005, p. 675.

<sup>21</sup> Cf. aussi Conseil constitutionnel, déc. n° 2005-526 DC du 13 octobre 2005, *cons.* 5. Textuellement :

« Considérant... que la faculté... peut permettre d'assurer la clarté et la sincérité du débat parlementaire, sans lesquelles ne seraient garanties ni la règle énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel : " La loi est l'expression de la volonté générale... ", ni celle résultant du premier alinéa de l'article 3 de la Constitution, en vertu duquel : " La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants..." »

aux débats devant la Haute Cour, une telle participation n'étant pas prévue par l'article 68 (*cons.* 36) ; *d*) l'attribution au bureau de la Haute Cour, plutôt qu'à un règlement soumis à l'examen du Conseil constitutionnel, du pouvoir de fixer les conditions de la limite du temps de parole (*cons.* 37) ; *d*) la limite de durée (quarante-huit heures) en tout état de cause des débats devant la Haute Cour, cette restriction ne pouvant être regardée comme nécessaire (*cons.* 40).

La procédure de destitution, prévue par l'article 68 et ses règles d'application, est une procédure très complexe, bien que rapide (prévision de délais brefs et péremptoires), et, au surplus, difficile à déclencher dans un pays, comme la France, caractérisé par le « fait majoritaire », soit l'homogénéité entre la majorité parlementaire et la majorité ayant élu le président de la République, homogénéité qui est devenue la règle après l'introduction, par la révision constitutionnelle du 2 octobre 2000<sup>22</sup>, du « quinquennat » (durée de cinq ans du mandat présidentiel, en coïncidence avec le mandat des représentants à l'assemblée nationale), qui réduit considérablement le risque d'une « cohabitation »<sup>23</sup>.

La procédure s'articule en deux phases principales : *a*) la décision de réunir la Haute Cour (article 68 de la constitution et articles 1<sup>er</sup> à 4 de la loi organique) ; *b*) la procédure devant la Haute Cour (article 68 de la constitution et articles 5 à 7 de la loi organique). Toutes les décisions sont prises à la majorité des deux tiers des membres composant l'assemblée parlementaire concernée ou la Haute Cour, une majorité qualifiée très difficile à atteindre surtout si on est en présence du « fait majoritaire ». Il faut, tout d'abord, déposer, chez l'une des assemblées parlementaires, une proposition de résolution, exposant les « motifs susceptibles de caractériser un manquement au sens du premier alinéa de l'article 68 de la Constitution », proposition qui doit être signée « par au moins un dixième des membres de l'assemblée devant laquelle elle est déposée » (loi organique, article 1<sup>er</sup>, al. 2). La proposition est communiquée sans délai au président de la République et au premier ministre (al.3). Ensuite a lieu le contrôle de recevabilité par le bureau de l'assemblée (article 2, al. 1<sup>er</sup> et 2) et, dans l'affirmative, l'examen de la proposition par la commission permanente

<sup>22</sup> Cf. loi constitutionnelle n° 2000-164.

<sup>23</sup> La V<sup>e</sup> République a connu trois « cohabitations » : de 1986 à 1988 sous Mitterrand, président de la République, et Chirac, premier ministre ; de 1993 à 1995 sous Mitterrand, président, et Balladur, premier ministre ; de 1997 à 2002 sous Chirac, président, et Jospin, premier ministre. L'introduction du « quinquennat », cependant, réduit sensiblement le risque de la « cohabitation », mais ne l'élimine pas complètement, car des événements peuvent se vérifier, tels que la démission ou le décès du chef de l'État, la dissolution de l'assemblée nationale et la possibilité de choix politiques différenciés des électeurs en ce qui concerne l'élection du président de la République et celle des députés à l'assemblée nationale. Toujours dans le but de réduire le risque d'une « cohabitation », le comité Balladur avait même proposé de modifier l'article 12 de la constitution, en prévoyant la dissolution de plein droit de l'assemblée nationale en cas de vacance ou empêchement de la présidence de la République ou, encore, la démission obligatoire du chef de l'État à la suite d'un revers politique à l'occasion des élections législatives suivant l'exercice du droit de dissolution. Aucune des propositions n'a été accueillie.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Presses Universitaires de France - - 217.25.182.114 - 18/04/2013  
compétente en matière de lois constitutionnelles. Quel que soit le résultat de cet examen (adoption ou rejet), la proposition est inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée au plus tard le treizième jour suivant les conclusions de la commission, et soumise au vote de l'assemblée au plus tard le quinzième jour (al. 3). S'il y a la clôture de la session du parlement, l'inscription à l'ordre du jour intervient au plus tard le premier jour de la session ordinaire suivante (al. 4). D'après l'interprétation du Conseil constitutionnel (déc. citée, *cons.* 15), il n'y a pas d'inscription « de droit » ; il s'ensuit qu'en cas de non respect des conditions prévues, la proposition de résolution devient caduque.

Si la proposition est adoptée par la première assemblée à la majorité qualifiée (deux tiers des membres) requise par l'article 68 de la constitution, elle est immédiatement transmise à l'autre assemblée, où se déroule la même procédure, sauf qu'en ce cas la loi organique prévoit expressément l'inscription « de droit » à l'ordre du jour de l'assemblée, qui doit se prononcer « de droit » dans les quinze jours suivant la transmission (article 3).

Le rejet de la proposition par l'une des deux assemblées met un terme à la procédure tendant à la réunion de la Haute Cour (article 4).

Si la proposition de résolution est adoptée par chacune des deux chambres, on passe à la deuxième phase : la réunion de la Haute Cour.

La loi organique prévoit à l'article 5, tout d'abord, la constitution d'un bureau de la Haute Cour (al. 1), présidé par le président de la Cour (al. 3), qui, d'après l'article 68, alinéa 3, de la constitution, est le président de l'assemblée nationale. Le bureau est composé de vingt-deux membres, désignés en nombre égal, en leur sein, par les bureaux des deux assemblées parlementaires, « en s'efforçant de reproduire la configuration politique » de chacune d'elles (al. 2). Le bureau « prend les dispositions nécessaires pour organiser les travaux de la Haute Cour » (al. 4). Cet alinéa a été considéré par le Conseil constitutionnel conforme à la constitution sous une réserve d'interprétation : les règles relatives aux débats devant la Haute Cour, non formulées directement par la loi organique, sont exclues de la compétence du bureau, puisqu'elles doivent être fixées par un règlement de la Haute Cour, soumis au contrôle de conformité constitutionnelle au sens de l'article 61, alinéa 1<sup>er</sup>, de la constitution (déc. citée, *cons.* 25). Pour l'accomplissement par la Haute Cour de sa mission, une commission d'enquête, « chargée de recueillir toute information nécessaire », est constituée (loi organique, article 6). Elle est composée de six vice-présidents de l'une et de l'autre chambre, en s'efforçant de « reproduire la configuration politique de chaque assemblée » (al. 1<sup>er</sup>). La commission, dont le rôle est très important, dispose des prérogatives des commissions d'enquête aux termes de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958, article 6, paragraphes II à IV : enquêtes sur pièces et sur place ; audition de toute personne, si jugée utile ; accès aux informations financières (al. 2), dans les limites fixées au deuxième alinéa de l'article 67 de la constitution, cette disposition concernant l'inviolabilité temporaire du chef de l'État pendant l'exercice de son mandat. Ayant contrôlé la conformité constitutionnelle des dispositions de l'ordonnance, auxquelles la loi organique fait renvoi, le Conseil constitutionnel en cristallise la rédaction.

à la date d'adoption de la loi organique, de façon qu'aucune modification successive de l'ordonnance puisse avoir d'incidence sur les pouvoirs de la commission constituée au sein de la Haute Cour (déc. citée, *cons.* 31).

En outre, le Conseil précise que les dispositions de l'ordonnance, permettant à une assemblée d'interdire la publication de tout ou partie du rapport d'une commission, ne sont pas applicables en l'espèce, car l'article 6, alinéa 4, de la loi organique impose la publicité du rapport (déc. citée, *cons.* 31).

Sur sa demande, le président de la République ou son représentant est entendu par la commission (al. 3), bien sûr – le Conseil constitutionnel souligne – dans les limites fixées par l'article 67, alinéa 2, de la constitution, et sans restrictions du temps de parole (déc. citée, *cons.* 33), avec la seule limite découlant de l'obligation pour la commission de rendre son rapport dans un délai de quinze jours (al. 4).

Ce dernier délai a été considéré raisonnable par le juge constitutionnel, étant donné le délai d'un mois fixé à la Haute Cour pour statuer (article 68, al. 3, de la constitution), et d'autant plus que l'échéance du délai ne prive pas la commission de la faculté de recueillir d'autres informations nécessaires selon les modalités fixées par le règlement de la Haute Cour (déc. citée, *cons.* 35).

L'article 7 de la loi organique concerne les débats devant la Haute Cour, qui sont publics (al. 1<sup>er</sup>). À part les membres, seul le président de la République, qui peut à tout moment se faire assister ou représenter par une personne de son choix (al. 4), a la faculté de prendre la parole (al. 2), ainsi que prendre ou reprendre la parole en dernier (al. 3). Le temps de parole est limité (al. 3), mais il revient, d'après le Conseil constitutionnel, au règlement de la Haute Cour d'en fixer les conditions (déc. citée, *cons.* 37), ainsi que d'organiser les modalités du scrutin, en donnant application à l'article 68, alinéa 4, de la constitution qui dispose : « Toute délégation de vote est interdite. Seuls sont recensés les votes favorables à la proposition de réunion de la Haute Cour ou à la destitution » (déc. citée, *cons.* 39). D'où la nécessité d'une adoption, au préalable, par la Haute Cour, de son règlement pour que les débats puissent être ouverts (déc. citée, *cons.* 41).

« La Haute Cour statue dans un délai d'un mois, à bulletins secrets, sur la destitution » (article 68, al. 3, de la constitution), à compter de l'adoption, par la seconde assemblée, de la proposition de résolution. Si ce délai n'est pas respecté, elle est dessaisie (loi organique, article 7, al. 5).

La décision de la Haute Cour sur la destitution « est d'effet immédiat » (article 68, fin al. 3, de la constitution). En ce cas, c'est au président du sénat d'assurer l'*interim* jusqu'aux nouvelles élections (article 7, al. 4, de la constitution).

Pour conclure et formuler une évaluation d'ensemble de la procédure de destitution consacrée par la révision constitutionnelle de 2007, il y a lieu de souligner, tout d'abord et en général, la relation étroite entre les équilibres d'un système politique donné et l'option retenue pour résoudre la question épineuse de la responsabilité du chef de l'État. D'où, dans le cas français, la syntonie avec le régime semi-présidentiel et son ambiguïté de fond. Comme celui-ci est le résultat d'un compromis difficile, sinon impossible, entre exigences s'inspirant de systèmes institutionnels fort différents : le régime parlementaire moniste et le régime présidentiel<sup>24</sup>, ainsi la procédure de destitution, tout empruntant au modèle de l'*impeachment* anglo-saxon<sup>25</sup>, s'adapte à la singularité des institutions françaises, en optant pour une sorte de responsabilité politique du chef de l'État (la Haute Cour est une assemblée parlementaire, non une juridiction), et en confiant au parlement, constitué en Haute Cour, la tâche de définir et de

donner un contenu concret à une formule très élastique : « manquement... *manifestement incompatible* » avec l'exercice de la fonction présidentielle<sup>26</sup>. D'ailleurs, le passage, dans la rédaction de l'article 68 de la constitution, de la formulation originale à la version actuelle dénonce l'hybridisme du régime semi-présidentiel français, flottant, surtout au début de son histoire, entre parlementarisme et présidentielisme.

### **Aperçu de droit comparé**

Un sujet si complexe pour ses implications juridiques et politiques, comme la responsabilité du chef de l'État, mériterait un ample exposé de droit comparé. N'étant pas le lieu ici, nous nous limiterons à examiner l'Italie, en tant qu'exemple d'un pays en régime parlementaire, et les États-Unis, en tant qu'exemple d'un pays en régime présidentiel.

---

<sup>24</sup> Cf. M. R. Donnarumma, « Le régime semi-présidentiel. Une anomalie française », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 93, 2013, p. 37.

<sup>25</sup> Cf. P. Lavaux, *Sur le soi-disant « impeachment à la française ». Réflexions sur le projet de loi constitutionnelle instaurant une responsabilité politique du président de la République*, Paris, Dalloz, 2003 (39), p. 2646.

<sup>26</sup> « Une coquille vide », selon l'expression de Y. Zoubeidi-Defert : « La responsabilité du chef de l'État : la révision constitutionnelle du 23 février 2007 », *Pouvoirs*, 2007, n° 122, p. 155, en particulier p. 159.

**Italie.** L'article 90 de la constitution énonce à l'alinéa 1<sup>er</sup> : « Le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions, sauf en cas de haute trahison ou attentat à la Constitution », et à l'alinéa 2 : « En ce cas il est mis en accusation par le Parlement en séance commune, à la majorité absolue de ses membres ». L'article 134, en énumérant les compétences de la Cour constitutionnelle, y inclut le jugement sur les accusations dirigées contre le président de la République aux termes de la constitution, tandis que l'article 135, dernier alinéa, prévoit une formation *ad hoc* de la Cour. Ces dispositions ont été intégrées par deux lois constitutionnelles, la loi n° 1 du 11 mars 1953 et la loi n° 1 du 16 janvier 1989, ainsi que par deux lois ordinaires d'application, la loi n° 20 du 25 janvier 1962 et la loi n° 219 du 5 juin 1989<sup>27</sup>. L'irresponsabilité fonctionnelle du chef de l'État, aussi bien dans le domaine civil que pénal, sauf pour les deux crimes cités, est étroitement liée au rôle du président de la République en régime parlementaire moniste, ainsi qu'à la disposition de l'article 89 de la constitution, qui prévoit qu'« aucun acte du Président de la République n'est valable s'il n'est contresigné par les ministres l'ayant proposé » (ou par les ministres compétents<sup>28</sup>)

« qui en assument la responsabilité » (al. 1<sup>er</sup>). « Les actes de rang législatif et les autres indiqués par la loi sont contresignés aussi par le Président du Conseil des ministres » (al. 2). L'immunité ne couvrant que les actes fonctionnels, il implique que pour les actes extra-fonctionnels le président est responsable comme tout citoyen<sup>29</sup>, mais en matière pénale, exception faite pour les crimes cités à l'article 90, il ne peut faire l'objet de poursuite qu'à la fin de son mandat, selon l'interprétation prédominante, et à condition que les délais de prescription ne soient pas expirés. Très débattue est la définition des crimes de « haute trahison » et d'« attentat à la constitution ». Deux thèses se sont confrontées, l'une cherchant leur encadrement dans le code pénal<sup>30</sup> et dans le code militaire pénal de paix<sup>31</sup>, en s'appuyant aussi sur la nécessité de respecter le principe constitutionnel « *nullum crimen sine lege* » (art. 25, al. 2)<sup>32</sup>, l'autre soutenant, suivant aussi l'exemple de nombreuses constitutions étrangères, l'impossibilité de toute assimilation aux crimes de droit commun, étant donné la particularité des fonctions présidentielles<sup>33</sup>. C'est cette dernière thèse qui l'a emporté, d'où la nécessité d'une définition autonome de deux crimes en question. Cela non seulement entraîne une « rupture » de la constitution, en laissant une large marge d'appréciation à la Cour constitutionnelle, mais rend, au surplus, difficile l'interprétation de l'article 15 de la loi constitutionnelle n° 1 de 1953, qui prévoit : « Pour les crimes d'attentat à la Constitution et d'haute trahison commis par le Président de la République la Cour constitutionnelle, en prononçant un jugement de condamnation, détermine les sanctions dans les limites de la peine maximale prévue par les lois en vigueur au moment des faits... ». À quel paramètre doit la Cour faire référence ?

En suivant la thèse de l'autonomie, on a essayé de définir l'« haute trahison » comme toute violation intentionnelle du serment de fidélité à la République (par exemple,

<sup>27</sup> Cf. aussi les règlements parlementaires, adoptés en termes identiques par le sénat et la chambre des députés, respectivement, le 7 et le 28 juin 1989, ainsi que les règles supplémentaires pour les jugements d'accusation, approuvées par la Cour constitutionnelle le 27 novembre 1962.

<sup>28</sup> Étant donné qu'il y a des actes qui ne sont pas proposés par un ministre, puisqu'ils relèvent de la compétence du président

de la République d'un point de vue non seulement formel, mais substantiel. Pour un exemple on peut citer le pouvoir d'accorder la grâce, que la Cour constitutionnelle a attribué à la compétence exclusive du président de la République, en rejetant la thèse de l'acte complexe (chef de l'État et ministre de la justice) : décision n° 200 du 18 mai 2006.

<sup>29</sup> En ce qui concerne la ligne de démarcation entre les deux catégories d'actes, la Cour constitutionnelle, appelée à se prononcer dans le cas des « esternazioni » du président Francesco Cossiga, a déclaré qu'il revient aux juridictions ordinaires de vérifier si l'acte est fonctionnel ou extra-fonctionnel et, seulement après, le président peut présenter à la Cour constitutionnelle un recours pour conflit d'attribution entre les pouvoirs de l'État : décision n° 154 du 26 mai 2004.

<sup>30</sup> Cf., en particulier, les articles 241 et suivants, 283, 287, 289 et 398 du code pénal. <sup>31</sup> Cf., en particulier, l'article 77 du code militaire de paix. <sup>32</sup> Cf. E. Balocchi, « Accusa contro il Presidente della Repubblica e i ministri », *Novissimo digesto italiano*, 1957, vol. 1, p. 179 ; F. Chiarotti, « La giurisdizione penale della Corte costituzionale », *Rivista di diritto processuale penale*, 1957, n° 4, p. 844 ; E. Lignola, « I limiti della irresponsabilità del Presidente della Repubblica », *Il foro penale*, 1960, n° 3, p. 253 ; S. Riccio, *Il processo penale avanti alla Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 1955 ; P. Rossi, « Alto tradimento », *Enciclopedia del diritto*, 1958, vol. 2, p. 110 ; Id., « Attentato contro la Costituzione dello Stato », *Enciclopedia del diritto*, 1958, vol. 3, p. 976.

<sup>33</sup> Cf. G. Di Raimo, « I reati ministeriali e i delitti presidenziali », *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, Firenze, Vallecchi, 1969, vol. 6, p. 187 ; L. Elia, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1958, en particulier p. 136, note 93 ; F. Pierandrei, « Corte costituzionale », *Enciclopedia del diritto*, 1962, vol. 10, p. 874, en particulier p. 1016.

l'attentat à l'intégrité et à l'indépendance de l'État) et l'« attentat à la constitution » comme tout comportement adressé à renverser les institutions constitutionnelles (par exemple, un coup d'État) ou à violer délibérément la constitution.

La procédure s'articule en deux phases : **a)** la mise en accusation par le parlement en séance commune ; **b)** le jugement par la Cour constitutionnelle.

Le dossier (rapports, plaintes) est présenté ou envoyé au président de la chambre des députés (dans sa qualité de président du parlement en séance commune<sup>34</sup>), qui le transmet au comité parlementaire bicaméral compétent pour les autorisations des poursuites . Ce comité, qui peut aussi se saisir d'office<sup>35</sup> et enquêter sur tout complice<sup>36</sup>, a les mêmes pouvoirs d'un juge d'instruction<sup>37</sup>. Cependant il ne peut ordonner des mesures d'enquête (écoutes téléphoniques, perquisitions) ou des mesures préventives (limitation de la liberté personnelle), si la Cour constitutionnelle n'a pas suspendu le chef de l'État de ses fonctions<sup>38</sup>. Le comité doit présenter ses conclusions dans un délai de cinq mois, qui peut être prolongé pour trois mois maximum et une seule fois, si l'enquête est très complexe<sup>39</sup>. À la fin de son enquête il peut : *a)* déclarer son incompétence, s'il estime qu'il ne s'agit pas d'un crime visé par l'article 90 ; *b)* classer sans suite la procédure, par voie d'ordonnance motivée, pour manque de fondement manifeste des accusations ; *c)* présenter son rapport au parlement<sup>40</sup>. Si le parlement, réuni en séance commune, décide, à la majorité absolue de ses membres et à scrutin secret, de mettre en accusation le président de la République, il nomme un ou plusieurs commissaires pour soutenir l'accusation devant la Cour constitutionnelle <sup>41</sup> . L'acte d'accusation, qui doit spécifier les imputations et les éléments de preuve, est transmis dans le délai de deux jours par le président de la chambre des députés au président de la Cour constitutionnelle, qui dans les deux jours suivant la réception le notifie au chef de l'État<sup>42</sup>. Pour le jugement d'accusation la Cour constitutionnelle siège dans une formation extraordinaire, aux quinze juges ordinaires se joignant seize membres, qui sont tirés au sort sur une liste de citoyens éligibles à sénateurs, liste dressée par le parlement tous les neuf ans par voie d'élection avec les mêmes modalités établies pour la nomination des juges ordinaires<sup>43</sup>. La procédure et le jugement sont réglés par les normes pertinentes des codes pénal et de procédure pénale, en tant qu'applicables et sauf disposition contraire<sup>44</sup>. En particulier, les

<sup>34</sup> Cf. art. 63, al. 2, de la constitution. <sup>35</sup> Cf. loi n° 219 du 5 juin 1989, art. 5, al. 3.

<sup>36</sup> *Ibid.*, art. 9.

<sup>37</sup> *Ibid.*, art. 5, al. 4, et art. 6.

<sup>38</sup> *Ibid.*, art. 7, al. 3 et al. 2.<sup>39</sup> *Ibid.*, art. 8, al. 1<sup>er</sup>. <sup>40</sup> *Ibid.*, art. 8, al. 2.

<sup>41</sup> Cf. loi constitutionnelle n° 1 du 11 mars 1953, art. 13.

<sup>42</sup> Cf. loi n° 20 du 25 janvier 1962, art. 17. <sup>43</sup> Cf. art. 135, al. 7, de la constitution.

<sup>44</sup> Cf. loi n° 20 du 25 janvier 1962, art. 34.

juges siégeant doivent être au moins vingt-et-un, dont la majorité représentée par les juges associés<sup>45</sup>. La Cour peut connaître seulement des crimes indiqués dans l'acte d'accusation et, par connexion, des crimes qui constituent des circonstances aggravantes au sens de l'article 61, *sub* 2, du code pénal<sup>46</sup>. Elle peut aussi déclarer la connexion avec un crime prévu par l'article 90 de la constitution, mais non inclus dans l'acte d'accusation. En ce cas le procès devant la Cour est suspendu jusqu'à l'achèvement de la procédure devant le parlement<sup>47</sup>. Au terme du procès la Cour peut acquitter le président (en cas de parité des voix, prévaut l'opinion la plus favorable à l'accusé<sup>48</sup>) ou prononcer un jugement de condamnation, en appliquant, comme on l'a vu, les sanctions pénales dans les limites de la peine maximale prévue, ainsi que les sanctions constitutionnelles (à savoir, la destitution du chef de l'État), administratives et civiles appropriées<sup>49</sup>. La décision est publiée dans le *Journal officiel*<sup>50</sup>. Le jugement est définitif, sauf révision si on découvre ou surviennent des faits ou des éléments de preuve nouveaux, qui rendent évidente l'inexistence du fait attribué ou la non culpabilité du condamné<sup>51</sup>. En Italie les seuls cas de déclenchement de la procédure, pour attentat à la constitution, ont eu lieu en 1991 contre Francesco Cossiga et en 2014 contre Giorgio Napolitano, mais dans les deux cas le comité parlementaire a classé sans suite les procédures pour manque de fondement manifeste des accusations. Pour le président Giovanni Leone, soupçonné d'implication dans l'affaire *Lockheed*<sup>52</sup>, sa démission, le 15 juin 1978, a bloqué le déclenchement de la procédure. À la fin de cet exposé il y a lieu de mentionner deux décisions de la Cour constitutionnelle, la décision n° 24 du 20 janvier 2004 et la décision n° 262 du 19 octobre 2009, dans lesquelles le juge souligne la nature tout à fait exceptionnelle, dans un État de droit, des prérogatives (immunités, privilèges de juridiction) des organes constitutionnels. Il s'agit d'une dérogation au principe d'égalité, se justifiant dans les limites strictement nécessaires pour protéger l'exercice des fonctions et réaliser un équilibre délicat entre les différents pouvoirs de l'État. La discipline constitutionnelle des prérogatives est un véritable « système... que le législateur ordinaire ne peut altérer ni *in peius* ni *in melius* » (déc. n° 262 de 2009, *considerato in diritto*, *sub* 7.3.1)<sup>53</sup>.

<sup>45</sup> *Ibid.*, art. 26, al. 2.

<sup>46</sup> Art. 61, *sub* 2, c. p. : « le fait d'avoir commis le crime pour exécuter ou cacher un autre crime ou bien pour obtenir ou assurer à lui-même ou aux autres le produit ou le profit ou le prix ou l'impunité d'un autre crime ».<sup>47</sup> Cf. loi n° 20 du 25 janvier 1962, art. 27.

<sup>48</sup> *Ibid.*, art. 28, al. 2.<sup>49</sup> Cf. loi constitutionnelle n° 1 du 11 mars 1953, art. 15.<sup>50</sup> Cf. loi n° 20 du 25 janvier 1962, art. 28, al. 4.

<sup>51</sup> *Ibid.*, art. 29.

<sup>52</sup> L'affaire concernait un système de corruption et commissions, mise en place par le groupe *Lockheed* lors de la négociation, avec plusieurs pays, pour la vente d'appareils aéronautiques. In Italie l'affaire bloqua l'activité de la Cour constitutionnelle, à l'époque compétente aussi pour les accusations dirigées contre les ministres (compétence supprimée par la loi constitutionnelle n° 1 du 16 janvier 1989 : v. actuel art. 96 de la constitution), du mois d'avril 1977 jusqu'à 1979, quand la Cour, le 1<sup>er</sup> mars, prononça sa décision (déposée au greffe le 2 août 1979).<sup>53</sup> Les décisions citées avaient pour objet la légitimité constitutionnelle de deux lois, voulues fortement par le président du conseil des ministres à l'époque, Silvio Berlusconi, la loi n° 140 du 20 juin 2003 (« lodo Schifani ») et la loi n° 124 du

**États-Unis.** L'article 2, section 4, de la constitution de 1787 dispose : « The President, Vice President and all civil officers of the United States, shall be removed from office on impeachment for, and conviction of, treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors »<sup>54</sup>. C'est la chambre des représentants qui a « the sole power of impeachment » (article 1<sup>er</sup>, section 2, *sub* 5), tandis que le sénat a « the sole power to try » (article 1<sup>er</sup>, section 3, *sub* 6).

La procédure de l'*impeachment* concerne non seulement le président et le vice-président, mais tout haut<sup>55</sup> fonctionnaire, ainsi que les juges fédéraux, y compris ceux de la Cour suprême.

En ce qui concerne les infractions, le crime de trahison est défini par l'article 3, section 3, de la constitution : « 1. Le crime de trahison envers les États-Unis ne consistera que dans l'acte de faire la guerre contre eux, ou de se ranger du côté de leurs ennemis en leur donnant aide et secours. Nul ne sera convaincu de trahison, si ce n'est sur la déposition de deux témoins du même acte manifeste, ou sur son propre aveu en audience publique. 2. Le Congrès aura le pouvoir de fixer la peine en matière de trahison, mais aucune condamnation de ce chef n'entraînera ni mort civile, ni confiscation de biens, sauf pendant la vie du condamné ».

La corruption n'étant pas définie dans la constitution, on peut faire référence, selon une interprétation courante<sup>56</sup>, au *Bribery Act* de 1790.

Des problèmes soulève, au contraire, l'interprétation d'« other high crimes and misdemeanors », non seulement car la formulation, pour sa souplesse, n'implique pas nécessairement un renvoi à la législation de droit commun, mais surtout puisque la particularité des fonctions exercées amène à adopter la thèse de l'autonomie des infractions visées et, donc, d'une responsabilité « constitutionnelle ». Cela semble être confirmé par les travaux de la Convention de Philadelphie<sup>57</sup> et par la pratique.

À la proposition de George Mason, qui suggérait d'employer le terme « malaadministration », en tant que cause de déclenchement de l'*impeachment*, on opposa qu'une telle prévision se prêtait aux abus, d'où son remplacement par la formulation actuelle, ainsi que l'accent mis sur le caractère tout à fait exceptionnel de la procédure et sur les garanties à prévoir pour freiner les abus de nature politique.

---

faits antérieurs à la prise des fonctions, pour les hautes fonctions de l'État (président de la République, présidents des deux chambres parlementaires, président du conseil des ministres, président de la Cour constitutionnelle, ce dernier omis dans la loi de 2008). Le juge déclara l'illégitimité constitutionnelle de la suspension de l'action pénale, telle que prévue par les deux lois, car en violation de droits et de principes fondamentaux, *in primis* le principe d'égalité.

<sup>54</sup> Sur la procédure de l'*impeachment* cf. R. Berger, *Impeachment : The Constitutional Problems*, Cambridge, Harvard University Press, 1974 ; M. J. Gerhardt, *The Federal Impeachment Process : A Constitutional and Historical Analysis*, Chicago, University of Chicago Press, 2000 ; J. R. Labovitz, *Presidential Impeachment*, New Haven, Yale University Press, 1978.

<sup>55</sup> D'après une convention interprétative, seulement les hauts fonctionnaires sont visés.<sup>56</sup> Cf. M. J. Gerhardt, *op. cit.*, p. 103.

<sup>57</sup> Cf. *The Federalist*, un recueil de 85 articles, écrits sous le pseudonyme de « Publius » (en l'honneur du consul romain

Quant à la pratique, on constate que les tentatives d'une utilisation détournée de l'*impeachment* ont échoué, à partir de l'*impeachment* en 1805 de Samuel Chase<sup>58</sup>, juge de la Cour suprême, qui fut acquitté. Contre les présidents des États-Unis deux fois la chambre des représentants a voté l'*impeachment* : contre Andrew Johnson en 1868 et contre Bill Clinton pour l'affaire *Lewinsky*<sup>59</sup> en 1998, les deux acquittés par le sénat, tandis que la procédure contre Richard Nixon pour le scandale du *Watergate*<sup>60</sup> a été abandonnée après sa démission le 9 août 1974. L'*impeachment* de Johnson est très instructif aussi bien pour la querelle sur la nécessité ou non d'une faute pénale que pour le risque, toujours présent, d'une utilisation détournée de l'*impeachment*. Andrew Johnson, vice-président sous le second mandat d'Abraham Lincoln, fut élu président le 15 avril 1865 après l'assassinat de ce dernier. Le parti républicain, qui avait la majorité au congrès, et surtout sa frange radicale en conflit avec la politique d'apaisement conduite par Johnson envers les États du Sud après la guerre de sécession, non seulement réussit à faire voter en 1867 une loi, le *Tenure of Office Act*, qui enlevait au président le pouvoir de renvoyer les fonctionnaires de l'exécutif sans l'approbation du sénat, mais lança la procédure d'*impeachment*. La défense du président soutenait la thèse de la nécessité d'une faute pénale et la chambre des représentants, en partageant cette thèse, ne donna pas suite à l'accusation, n'étant pas en cause une infraction pénale. En 1868 Johnson révoqua le secrétaire à la défense et les républicains lancèrent à nouveau la procédure, en accusant le président d'avoir violé une loi fédérale. La procédure à la chambre des représentants déboucha sur la mise en accusation à une large majorité, mais le débat au sénat ayant mis en évidence que sous le conflit juridique se cachait plutôt un conflit politique, Johnson fut acquitté non à cause du manque d'une faute pénale, mais pour la nature partisane de l'accusation. Le *Tenure of Office Act* fut déclaré inconstitutionnel par la Cour suprême lors de l'arrêt *Myers v. United States* du 25 octobre 1926<sup>61</sup>, car en violation du principe de la séparation des pouvoirs.

En ce qui concerne la procédure, tandis qu'à la chambre des représentants la mise en accusation est votée, comme toute loi, à la majorité simple, des conditions plus strictes sont prévues pour la deuxième phase devant le sénat. Il s'agit d'un véritable procès, qui se déroule selon des règles et des garanties similaires à celles de la procédure ordinaire. Les sénateurs doivent prêter serment ou déclaration solennelle (« *affirmation* ») avant de siéger. Si c'est le chef de l'État qui est jugé, la présidence du sénat est confiée au président de la

<sup>58</sup> L'un des premiers signataires de la Déclaration d'indépendance des États-Unis en tant que représentant du Maryland. Cf. W. Rehnquist *Grand Inquests : The Historic impeachments of Justice Samuel Chase and President Andrew Johnson*, New York, Harper Perennial, 1999.

<sup>59</sup> Bill Clinton était accusé de parjure, pour avoir nié sous serment sa relation avec une stagiaire à la Maison Blanche, Monica Lewinski.<sup>60</sup> Ainsi dit d'après le nom d'un complexe immobilier, le *Watergate*, abritant les locaux du parti démocrate à Washington où, le 17 juin 1972, furent arrêtés des cambrioleurs transportant du matériel d'écoute. Les enquêtes du *Washington Post* et du sénat (mars 1973-juillet 1974) permirent de découvrir l'existence d'un système d'écoute à la Maison-Blanche et l'implication du président Nixon et de son administration dans des pratiques illégales.

<sup>61</sup> Cf. *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926).

Cour suprême. La condamnation doit être votée à la majorité des deux-tiers des membres présents (article 1<sup>er</sup>, section 3, *sub* 6). Elle ne peut entraîner que la destitution et l'interdiction d'exercer toute fonction honorifique ou de confiance ou rémunérée aux États-Unis ; mais la partie condamnée sera néanmoins responsable et sujette à accusation, procès, jugement et condamnation suivant le droit commun (*id.*, section 3, *sub* 7).

Le pouvoir du président des États-Unis d'accorder des sursis et des grâces pour crimes contre les États-Unis est exclu dans les cas d'*impeachment* (article 2, fin section 2). Le président Gerald Ford put accorder, le 8 août 1974, la grâce à son prédécesseur, Richard Nixon, car celui-ci avait démissionné juste après le lancement, le 27 juillet 1974, de la procédure d'*impeachment* devant la chambre des représentants. Néanmoins la grâce ne peut pas mettre fin à la procédure d'*impeachment*, bien que, lors de l'affaire Nixon, la chambre eût décidé de ne pas y donner suite. La procédure d'*impeachment*, malgré son caractère tout à fait exceptionnel, maintes fois réitéré par la Cour suprême<sup>62</sup>, n'est pas exempte d'abus. Cela amena le juriste Raoul Berger à soutenir la possibilité de soumettre la décision du sénat au contrôle de constitutionnalité de la Cour suprême<sup>63</sup>. La thèse suscita beaucoup de polémiques, jusqu'à l'arrêt *Nixon v. United States* du 13 janvier 1993<sup>64</sup>, quand la Cour suprême trancha le débat en se prononçant négativement, car l'article 1<sup>er</sup>, section 3, attribue au sénat « the sole power to try all impeachments » et l'implication de la Cour aurait violé le principe de la séparation de pouvoirs. De plus, rien dans les travaux de la Convention de Philadelphie ouvrait à la possibilité d'un tel contrôle, mais plutôt allait à l'encontre, les pères fondateurs ayant voulu distinguer l'*impeachment* de toute autre procédure judiciaire.

### Considérations conclusives

« Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la dispositions des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ». C'est la célèbre affirmation de Montesquieu dans *De l'esprit des lois* (livre XI, chapitre IV)<sup>65</sup>, en d'autres termes, la doctrine de la limitation et des contrôles réciproques entre les pouvoirs (« *checks and balances* »), qui est à la base du moderne État de droit.

L'esquisse qu'on vient de faire, à la lumière de trois expériences institutionnelles : le régime semi-présidentiel en France, le régime parlementaire en Italie et le régime présidentiel aux États-Unis, confirme que la question de la responsabilité du chef de l'État et de son statut juridictionnel est non seulement indissolublement liée à la nature du régime, mais caractérise aussi la façon, plus ou moins réussie, de laquelle on applique le principe énoncé par Montesquieu.

<sup>62</sup> Cf. Cour suprême, *Bonsher v. Synar*, 478 U.S. 714 (1986) ; *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988).

<sup>63</sup> Cf. R. Berger, *op. cit.*, p. 213. <sup>64</sup> Cf. *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993).

<sup>65</sup> Cf. Ch. Montesquieu de Secondat, *De l'esprit des lois*, Genève, Barillot et Fils, [1748].

Responsabilité « politique », responsabilité « juridique », responsabilité « constitutionnelle », celles-ci sont les différentes qualifications par lesquelles la doctrine a essayé d'encadrer les solutions inscrites dans les chartes et traditions constitutionnelles.

D'après ce qu'on vient d'exposer, pour la France, après la révision constitutionnelle de 2007, on parle de responsabilité « politique », selon, d'ailleurs, la logique explicitée dans le rapport de la commission Avril <sup>66</sup> ; pour l'Italie, de responsabilité « juridique- constitutionnelle » ; pour les États-Unis, d'une responsabilité « constitutionnelle », flottant entre la responsabilité juridique et la responsabilité politique. Quelle que soit la qualification doctrinale la plus appropriée aux différents systèmes institutionnels, il ne faut pas confondre la responsabilité, prévue et sanctionnée dans les constitutions démocratiques, avec celle que la doctrine appelle « responsabilité politique diffuse », dont le chef de l'État, comme tout opérateur politique, est passible à travers l'exercice, par chacun, du droit de critique politique, responsabilité qui trouve sa sanction, en particulier, à l'occasion du vote aux élections politiques.

Notre étude a été sollicitée par un événement contingent, la parution du livre « Un président ne devrait pas dire ça... », qui a mis fin, au moins pour le moment, à la carrière politique de François Hollande<sup>67</sup>. Mais, plutôt que de s'attarder sur le cas particulier, certainement peu édifiant pour la classe politique française, il faut s'interroger sur un problème plus général, la dégradation de la politique et la perte du « sens de l'État », et sur les moyens pour y porter remède. On ne prétend pas ici de traiter un thème d'une telle envergure se prêtant à plusieurs angles d'analyse, mais seulement de donner un élément de réflexion. Dans ce but l'opinion d'un autre maître à penser français, Carré de Malberg <sup>68</sup>, est éclairante. En répliquant à Léon Duguit<sup>69</sup> lors de la querelle sur la doctrine allemande du *Rechtsstaat*<sup>70</sup>, il indiquait dans la « valeur morale » d'un peuple, et donc des gouvernants élus dans les démocraties contemporaines, la meilleure garantie de l'État de droit et de ses valeurs. Si ça est incontestable, sinon évident, il en découle l'importance, dans une société démocratique, d'alimenter le sens civique et la culture des individus, en affinant leur esprit critique et créant ainsi les anticorps contre la démagogie et les populismes, ce qui est une arme efficace pour prévenir et, le cas échéant, battre les dégénéralions de la politique.

<sup>66</sup> Cf. *supra* p. 4.

<sup>67</sup> Suite à la chute vertigineuse de la cote de popularité, qui lui enlevait toute chance non seulement d'être élu pour un second mandat présidentiel, mais aussi de gagner les primaires de son propre parti, le premier décembre 2016 Hollande a annoncé sa décision de ne pas poser sa candidature aux élections de mai 2017.<sup>68</sup> Cf. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 2 tomes, Paris, Sirey, 1920-'22, en particulier tome 1, p. 242.<sup>69</sup> Cf. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel* <sup>3</sup>, 5 tomes, Paris, Fontemoing, 1927-'28.

<sup>70</sup> Cf. R. Gneist (von), *Der Rechtsstaat*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1966 (réimpression anastatique de la 2<sup>ème</sup> édition, 1879 ; G. Jellinek, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*<sup>2</sup>, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1905 (la première édition est de 1892) ; Id., *Das Recht modernen Staates, Allgemeine Staatslehre*<sup>2</sup>, Berlin, O. Haring, 1905 (la première édition est de 1900). Pour une esquisse de l'État de droit, cf. M. R. Donnarumma, « Una tematica sempre attuale : lo "Stato di diritto" », *Diritto e*

## GLI HUNG PARLIAMENTS NELL'ESPERIENZA DEL REGNO UNITO E IN ALCUNI ORDINAMENTI DEL COMMONWEALTH

di Mario Altomare \*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'impatto degli *hung parliaments* sulla forma di governo britannica – 3. I “Parlamenti appesi” e il principio del *power sharing* negli ordinamenti devoluti: quali lezioni per *Westminster* e *Whitehall*? – 4. I *minority parliaments* in Canada – 5. Gli *hung parliaments* nell'esperienza australiana – 6. La *multi-party governance* in Nuova Zelanda – 7. Conclusioni

### 2. Introduzione

**N**ella condizione in cui nessuno dei partiti politici è in grado di controllare da solo la maggioranza assoluta dei seggi – comunemente nota nel linguaggio politologico e costituzionalistico anglosassone con l'espressione *hung Parliament*<sup>††</sup> – «almost all the established rules of the political game would come under challenge»<sup>‡‡</sup>. Pertanto, è lecito domandarsi quale configurazione si troverebbe ad assumere l'assetto dei rapporti tra l'Esecutivo e la Camera da cui esso trae la propria legittimazione a governare, dal momento che l'assenza di una maggioranza assoluta dei seggi comporta la diretta conseguenza di alterare il continuum maggioranza parlamentare-Governo, che costituisce un limite strutturale nell'esercizio della funzione di scrutinio di cui è titolare l'Assemblea rappresentativa; oppure quali soluzioni alternative si prospettano nel caso in cui non sia possibile costituire un *single-party government* e quale ruolo sarebbero chiamati a svolgere il Primo Ministro, la Corona e i partiti politici nell'ambito del processo di formazione del Governo a seguito di una *inconclusive election*.

L'analisi che viene svolta in questa sede si pone l'obiettivo di analizzare le principali problematiche politico-istituzionali poste dall'elezione di un “Parlamento appeso”, per delineare una considerazione diversa di tale fenomeno, ritenuto solitamente una sporadica anomalia<sup>§§</sup> o

\* Dottore in Relazioni Internazionali – Dipartimento di Scienze Politiche, Università di Roma “La Sapienza”.

†† Letteralmente “Parlamento appeso” o “impiccato”. Tale terminologia, ormai ampiamente diffusa nel linguaggio politologico e costituzionalistico britannico, sembra sia derivata dall'espressione di origine americana *hung jury*, che indica quella situazione in cui la giuria diventa incapace, per le sue divisioni interne, di raggiungere un verdetto finale. Sul punto si rinvia a House of Commons - Justice Committee, *Constitutional processes following a general election*, Fifth Report of Session 2009-2010, HC 396, 29.3.2010, 7.

‡‡ D. Butler, *Governing without a majority. Dilemmas for hung Parliaments in Britain*, Basingtoke, MacMillan, 1987, 10.

§§ Nella storia britannica i casi di *hung parliaments* si sono verificati nelle due elezioni del 1910, nel 1923, nel 1929, nel 1974 e nel 2010. Dopo il “Parlamento appeso” che era emerso dalle elezioni generali del gennaio 1910, Asquith formò un Governo di minoranza con l'obiettivo di portare il Paese a nuove elezioni. Nel dicembre 1910 il Partito Liberale ottenne la maggioranza relativa dei seggi e il Governo di minoranza che ne conseguì si rese fino al 1915 grazie al sostegno esterno fornito dai parlamentari irlandesi. Le elezioni del dicembre 1923 videro costituirsi il primo Esecutivo di minoranza a guida Laburista, sotto la direzione di Ramsey MacDonald, che guidò il Paese fino all'ottobre 1924, quando il c.d. caso Campbell determinò la caduta del Governo. Con le elezioni generali del maggio 1929 si giunse ad un nuovo Governo di minoranza formato dal Partito Laburista e appoggiato dai Liberali, con l'impegno di varare una riforma elettorale, ma l'impennarsi della crisi economica e l'aumento della disoccupazione determinarono la caduta del Governo nel 1931. Le elezioni del febbraio 1974 produssero un nuovo *hung Parliament* da cui si costituì un nuovo Governo laburista di minoranza guidato da Harold Wilson con il solo obiettivo politico di preparare le elezioni anticipate svoltesi nell'ottobre di quello stesso anno, in cui i Laburisti

una pericolosa aberrazione se si fa riferimento, soprattutto, all'esperienza dell'ordinamento britannico, la cui cultura politica da secoli apprezza la stabilità tipica degli Esecutivi monopartitici<sup>\*\*\*</sup> e la possibilità che viene data agli elettori di esprimere una scelta diretta a favore di un partito, di un programma, di una squadra di governo e di un leader<sup>†††</sup>. A tal scopo, verranno prese in considerazione le esperienze degli ordinamenti devoluti di Scozia e Galles, esempi utili per individuare le "lezioni" di cui le istituzioni britanniche possono tener conto nell'eventualità di nuovi "Parlamenti appesi", e quelle degli ordinamenti canadese, australiano e neozelandese, dove gli *hung parliaments* si sono affermati con caratteristiche diverse sulla base di dinamiche legate alla configurazione del sistema dei partiti (Canada e Australia), o per modifiche sostanziali apportate al sistema elettorale in senso stretto (Nuova Zelanda).

### 3. L'impatto degli *hung parliaments* sulla forma di governo britannica

Come noto, il parlamentarismo maggioritario britannico si caratterizza, tradizionalmente, per la presenza di una maggioranza solida che sostiene il Governo, per la coesione interna al partito di maggioranza e l'episodicità dei casi di dissenso da parte dei *backbenchers* alle indicazioni di voto dei *party whips*<sup>‡‡‡</sup>. È chiaro come tali elementi consentano al Governo di dirigere i lavori della Camera titolare del rapporto fiduciario, con la conseguenza «di trasformare il controllo parlamentare sull'esecutivo in attività per lo più meramente formali»<sup>§§§</sup>. Tuttavia, occorre rilevare che, soprattutto a partire dagli anni '70, la capacità dell'Esecutivo di indirizzare l'attività dell'Assemblea rappresentativa è condizionata in gran parte dai rapporti di forza che si vengono

---

ottennero un vantaggio di soli tre seggi. Le evidenti difficoltà di governare il Paese con una tale esigua maggioranza indussero Wilson a ritirarsi a favore del compagno di partito James Callaghan, il quale guidò un Esecutivo di minoranza tra il 1976 e il 1979, grazie all'appoggio dei Liberal-democratici, sulla base dell'accordo noto come *Lib-Lab Pact*. L'ultimo "Parlamento appeso" si è verificato nelle elezioni del 6 maggio 2010, che hanno decretato la sconfitta del Partito Laburista, al potere dal 1997, e una tiepida vittoria dei Conservatori, che hanno conquistato 306 su 650 e formato un Governo di coalizione con i Liberal democratici guidati da Nick Clegg, che è stato in grado di durare fino alla scadenza naturale della legislatura nel maggio 2015 (N. Blewett, *The Peers, the Parties and the People: the General Elections of 1910*, Toronto, University of Toronto, 1972; D. Fisichella, *Le elezioni inglesi del febbraio 1974*, in *Diritto e Società*, 1974; A. Michie- S. Hoggart, *The Pact: Inside Story of the Lib-Lab Government, 1977-78*, London, Quartet Books, 1978; I. McLain, *What's Wrong with the British Constitution?*, Oxford, Oxford University Press, 2010; D. Denver, *The Results: How Britain Voted*, in *Parliamentary Affairs*, 2010, 588-606; M. Olivetti, *Le elezioni del 6 maggio 2010 nel Regno Unito: Westminster Adieu?*, in *Rassegna Parlamentare*, 2010, 747-772; G. Caravale, *Una costituzione in trasformazione. Recenti sviluppi della forma di governo britannica*, in F. Lanchester (a cura di), *La Costituzione degli altri. Dieci anni di trasformazioni in alcuni ordinamenti costituzionali stranieri*, Milano, Giuffrè, 2012). In realtà, secondo David Butler, gli *hung parliaments* non sarebbero così rari nella storia britannica, né i Governi monopartitici sarebbero così predominanti. Infatti Butler afferma che: «For 34 of the last 100 years, Britain has experienced coalition or minority rule», al contrario di quanto aveva sostenuto nel 1852 il Premier Disraeli, secondo il quale «England does not love coalitions» (D. Butler, *Hung parliaments: context and background*, in A. Brazier – S. Kalitowski (a cura di), *No Overall Control. The Impact of "Hung Parliaments" on British Politics*, London, Hansard Society, 2009, 3; G. Caravale, "England does not love coalitions"? *Referendum, elezioni e bilancio del primo anno di governo di coalizione nel Regno Unito*, in *federalismi.it*, 2011, 1).

<sup>\*\*\*</sup> O. Massari, *L'alternanza nel Regno Unito: il modello Westminster alla prova del governo di coalizione*, in G. Pasquino - M. Valbruzzi, *Il potere dell'alternanza. Teorie e ricerche sui cambi di governo*, Bologna, Bononia University Press, 2011, 161.

<sup>†††</sup> F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*. Milano, Giuffrè, 2006, 56.

<sup>‡‡‡</sup> F. Rosa, *Il controllo parlamentare sul governo del Regno Unito. Un contributo allo studio del parlamentarismo britannico*, Milano, Giuffrè, 2012, 83.

<sup>§§§</sup> G. Caravale, *Il governo legislatore. Esecutivo e attività normativa in Gran Bretagna e negli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 2004, 10.

a stabilire successivamente alle elezioni politiche\*\*\*\*. Come fa notare David Butler, dalle elezioni del febbraio 1974 che produssero il primo *hung Parliament* del secondo dopoguerra, la cosiddetta «no man's land between a clear Conservative Majority and a clear Labour Majority»††† si è allargata in ragione della crescita elettorale dei Liberali, che prima della metà degli anni Settanta raggiungevano il 7% e successivamente circa il 19%‡‡‡, ed è cambiato il modo in cui il collegio maggioritario uninominale a un turno solo (il *Plurality* o il *First-Past-The-Post*) tende a trasformare i voti in seggi nella Camera dei Comuni, un meccanismo che è stato spiegato ricorrendo alla cosiddetta “legge del cubo”§§§§. Su questo punto, Butler sostiene che, se dal 1931 al 1970 la *cube law* assegnava 18 seggi al partito vincente per ogni oscillazione di voto pari all'1%, dal 1970 in poi la sovra rappresentanza è passata da 18 a 12 seggi, per cui la “legge del cubo” è diventata la “legge del quadrato”\*\*\*\*\*.

In questo mutato contesto politico, Butler e Vernon Bogdanor†††† ritengono più probabile che si verifichi una situazione di *hung Parliament*, in cui è stata riscontrata una maggiore frequenza dei casi di ribellione da parte dei deputati del partito di maggioranza relativa al Governo. Su questo aspetto, occorre menzionare gli studi condotti da Philip Norton per il periodo 1974-1979‡‡‡‡ e da Philip Crowley e Mark Stuart§§§§§, oltre alla ricerca della *House of Commons*\*\*\*\*\*, in riferimento al periodo della coalizione Cameron-Clegg, che ha governato dal 2010 al 2015. In merito al primo periodo, in cui si sono susseguiti gli Esecutivi laburisti di minoranza guidati prima da Harold Wilson e dopo da James Callaghan, si possono contare 309 divisioni della *House of Commons*, di cui 169 hanno registrato le defezioni di almeno 10 deputati, e almeno un deputato laburista ha votato contro il Governo, il quale è stato sconfitto 42 volte. Il tasso di ribellione di questo periodo si è attestato complessivamente al 21%, raggiungendo i picchi del 30% e del 36% nelle ultime due sessioni parlamentari. Un dato degno di nota soprattutto se si prende in considerazione il fatto che, ad esempio, nella legislatura 1979-83, in cui il Governo conservatore di Margaret Thatcher poteva contare su un solido vantaggio di 43 seggi, vi sono state solo 18 ribellioni ad opera dei *backbenchers* conservatori e l'Esecutivo è stato sconfitto una sola volta. Mentre quando il sostegno

\*\*\*\* P. Norton, *The Changing Face of the British House of Commons in the 1970's*, in *Legislative Studies Quarterly*, 1980, 333 ss.

††† D. Butler, *Hung parliaments*, cit., in A. Brazier – S. Kalitowski (a cura di), *Op. cit.*, 8. Negli ultimi 50 anni, sottolinea Butler, il numero dei MPs non appartenenti a nessuno dei due partiti più grandi è aumentato dall'1% (nel 1955) al 14% (nel 2005).

‡‡‡ I dati sono riportati nella seguente ricerca: Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università “La Sapienza” di Roma, *Country Profile del Regno Unito*, 2015, 440, reperibile sul sito <http://www.riformeistituzionali.gov.it/media/2380/ricerca-sapienza-paesi-europei.pdf>.

§§§§ F. Lanchester, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna, Il Mulino, 1981, 134. L'Autore spiega che tale legge indica una regolarità politico-statistica per cui in un sistema bipartitico stabile il rapporto tra il cubo delle percentuali dei voti ottenuti dai due partiti è tendenzialmente uguale al rapporto tra la percentuale dei seggi ottenuti dagli stessi partiti ( $A^3/B^3=a^3b^3$ ).

\*\*\*\*\* D. Butler, *Hung Parliaments*, cit., in A. Brazier - S. Kalitowski (a cura di), *Op. cit.*, 9. Butler sottolinea, inoltre, che «Landslides are smaller than they used to be and narrow majorities have become narrower». Sul punto si rilevi anche la posizione di John Curtice, il quale afferma che la teoria secondo la quale il meccanismo del *First-Past-The-Post* facilita l'alternanza dei due principali partiti al potere governativo, premiandoli con una sovra rappresentanza in seggi, «rests not only on the way it makes life difficult for the third parties, but also on the way in which it treats the two largest party», (J. Curtice, *So What Went Wrong with the Electoral System? The 2010 Electoral Result and the Debate About Electoral Reform*, in *Parliamentary Affairs*, 2010, 624).

†††† V. Bogdanor, *Multy-Party Politics and the Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, 10 ss; V. Bogdanor, *A hung parliament: a political problem, not a constitutional one*, in A. Brazier – S. Kalitowski (a cura di), *Op. cit.*, 15 ss

‡‡‡‡ P. Norton, *Dissension in the House of Commons. 1974-1979*, Oxford, Clarendon Press, 1980

§§§§§ P. Cowley - M. Stuart, *A coalition with wobbly wings: backbench dissent since May 2010*, 2010, disponibile su <http://www.revolt.co.uk/Wobbly%20Wings.pdf>.

\*\*\*\*\* House of Commons - Library, *Hung parliaments in the twentieth century*, Briefing Paper n. 04951, 2015.

del Governo conservatore guidato da John Major è sceso nella legislatura 1992-1997, in cui aveva un vantaggio di soli 21 seggi, si sono verificate 5 sconfitte governative<sup>†††††</sup>.

Per quanto riguarda il secondo periodo, occorre osservare come il tasso di ribellione sia stato il più alto del secondo dopoguerra, dato che i deputati della maggioranza hanno votato contro il Governo nel 35% delle *divisions* della Camera dei Comuni, superano il record del 28% affermatosi nella legislatura 2005-2010. La prima sessione parlamentare (2010-2012) ha visto il numero di ribellioni più alto (239) e, tra il settembre 2010 e il febbraio 2011, il tasso di ribellione ha superato addirittura il 50%. Le sconfitte subite dal Governo di coalizione sono state soltanto 6 nella Camera dei Comuni, seppure su questioni importanti della sua azione politica come l'intervento militare in Siria<sup>‡‡‡‡‡</sup>. Come sottolineano Cowley e Stuart, gli episodi di dissenso si sono registrati soprattutto tra le fila dei Conservatori, i quali hanno manifestato un forte disagio a governare con un partito minore e per il fatto di non poter intervenire sulle proposte governative che erano già state oggetto di mediazione politica<sup>§§§§§§</sup>. Il Partito Liberal democratico pensava, invece, di trarre importanti vantaggi dalla sottoscrizione di un accordo di coalizione in cui inserire le riforme istituzionali coerenti con il proprio programma politico<sup>\*\*\*\*\*</sup>.

Dalle indagini sin qui richiamate emerge chiaramente come il dissenso dei *backbenchers* sia cresciuto soprattutto nei periodi di "Parlamento appeso" o quando il vantaggio dei seggi del partito di maggioranza è stato minimo<sup>††††††</sup>, anche se occorre leggere tale comportamento di dissenso come tendenza generale, affermata a partire dal Governo Heath del 1970-74, nella quale i deputati di maggioranza hanno affermato il loro diritto a svolgere un ruolo di controllo all'interno della Camera dei Comuni e hanno abbandonato l'atteggiamento deferenziale nei confronti del leader del loro partito, nonché del Governo<sup>‡‡‡‡‡</sup>.

Oltre a ciò, occorre osservare che, durante l'esperienza del Governo di coalizione Cameron-Clegg, l'autonomia dei *backbenchers* si è rafforzata in particolare grazie ad «un rapporto di

<sup>†††††</sup> I dati sulle legislature 1979-1983 e 1992-1997 sono ripresi da R. Blackburn et. al, *Griffith and Ryle on Parliament: Functions, Practice and Procedures*, London, Sweet and Maxell, 2003, 180-186 e da F. Rosa, *Op. cit.*, 84.

<sup>‡‡‡‡‡</sup> Una sconfitta che, come fanno notare Meg Russell e Philip Cowley, dimostra come il tasso di ribellione molto alto abbia reso difficile per il Governo controllare la sua maggioranza e abbia dato al Parlamento importanti spazi di autonomia dal Governo. Inoltre, i due Autori rilevano che la sconfitta sulla Siria «was unprecedented in at least the last 100 years. [...] the only comparable votes involve Lord Palmerston (1855-1858, 1859-1865), Lord Aberdeen (1852-1855), and even Lord North (1770-1782)» (M. Russell – P. Cowley, *The Policy Power of the Westminster Parliament: The "Parliamentary State" and the Empirical Evidence*, in *Governance*, 2015, 137). Sulla vicenda della sconfitta del Governo subita mozione relativa all'intervento in Siria nell'agosto 2013 cfr. G. Caravale, *Debolezza dei partiti tradizionali e nuovo vigore del parlamento*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2013. Per un'analisi sui principali cambiamenti che hanno interessato i poteri di guerra del Parlamento britannico e di quello canadese cfr. P. Lagasse, *Parliament and the War Prerogative in the United Kingdom and Canada: Explaining Variations in Institutional Change and Legislative Control*, in *Parliamentary Affairs*, 2016, 1-21.

<sup>§§§§§§</sup> F. Rosa, *Gli assestamenti del parlamentarismo maggioritario nel Regno Unito*, in *Quad. cost.*, 2012, 694.

<sup>\*\*\*\*\*</sup> Sul punto è intervenuta anche Judi Atkins, la quale sostiene che i che i «conflicts were more likely to occur within, rather than between, the Coalition's constituent parties», per cui le correnti interne al *Conservative Party* tra modernizzatori e tradizionalisti, o tra euroscettici più e meno intransigenti, avevano portato alle sconfitte sulla questione del *same-sex marriage* e del referendum sui rapporti tra Gran Bretagna ed Unione Europea (J. Atkins, *Introduction: Conflict, Cooperation and the Cameron-Clegg Government*, in *The Political Quarterly*, 2015, 81). Inoltre, si rilevi l'opinione di Stephen Evans, che sottolinea come le insoddisfazioni mostrate dai *backbenchers* conservatori fossero riconducibili alla questione dell'allocazione degli incarichi di governo: «Conservatives were excluded from office because it was necessary to include Liberal Democrats in the government. [...] After thirteen years of opposition this was bound to create bad feeling among individuals who were first and foremost career politicians» (S. Evans, *Reluctant Coalitionists: The Conservative Party and the Establishment of the Coalition Government in May 2010*, in *The Political Quarterly*, 2012, 484).

<sup>††††††</sup> F. Rosa, *Il controllo parlamentare*, cit., 83.

<sup>‡‡‡‡‡</sup> G. Caravale, *Il governo del Premier nell'esperienza costituzionale del Regno Unito*, Milano, Giuffrè, 1997, 164.

collaborazione trasversale»§§§§§§§§, che si è realizzata soprattutto a seguito dell'istituzione, nel giugno 2010, della *Backbench Business Committee*, la quale, incaricata di decidere sulle questioni inerenti le attività di interesse dei *backbenchers*, «ha favorito il voto libero dei singoli deputati, maggiormente svincolati dalle direttive del partito»\*\*\*\*\*. Tale Commissione costituisce un valido esempio di come si siano accresciute le possibilità dei singoli deputati di bilanciare la preponderanza del Governo nella programmazione dei lavori, conferendo maggiori spazi alle proposte dei “deputati semplici” accanto a quelli previsti per l'Opposizione, nell'obiettivo di ricercare un approccio slegato dalle logiche di appartenenza partitica per rendere più efficace il funzionamento della Camera nel suo complesso e, in particolare, dei suoi *Select Committees*.

In proposito, si può osservare come il rafforzamento del ruolo esercitato dalle Commissioni incaricate di controllare l'attività di ogni dicastero sia stato uno dei punti chiave delle raccomandazioni contenute nel rapporto *Rebuilding the House*, pubblicato nel 2009 dall'*House of Commons Reform Select Committee*, presieduto dal laburista Tony Wright. Tale rapporto aveva lo scopo di studiare la modernizzazione delle procedure della Camera dei Comuni, per rafforzarne i poteri collegiali e dare maggiore influenza ai MPs. Un'indagine svolta da Lucy Fisher sul ruolo dei *Select Committees* della *House of Commons* rivela come la loro importanza e autonomia si sia rafforzata a seguito dello scandalo di corruzione del 2009 che aveva coinvolto diversi deputati, delle proposte di riforma del *Wright Committee*, alcune delle quali sono state attuate dal primo Governo Cameron†††††††† e del verificarsi di una situazione di *hung Parliament* dopo le *General Election* del 2010, che aveva portato alla formazione del primo Governo di coalizione in tempo di pace. Su quest'ultimo aspetto, la Fisher evidenzia che, «as committee membership is divided between political parties according to the proportion of seats each party has in the House of Commons, the hung Parliament result of 2010 general election provided for a more equal split of committee members between Labour and the Conservative»#####. Anche Margaret Hodge, deputata laburista, ritiene che la coalizione che ha governato dal 2010 al 2015 «has broken down some of the old tribal loyalties, so people don't always think that they've got to toe the line or do what their leader says. That's allowed a new independence of thought and expression, which has helped the select committee»§§§§§§§§. Dunque, l'esperienza della coalizione ha reso più rappresentativa la composizione dei *Select Committees* e ciò ha condotto ad una maggiore neutralità e ad una maggiore predisposizione delle forze politiche a ricercare pratiche consensuali e di compromesso nello svolgimento della consueta attività delle Commissioni. Come sottolinea la Hodge, riferendosi al lavoro svolto dal *Public Account Committee* durante il periodo dell'ultimo

§§§§§§§§ G. Caravale, *La fine di una legislatura atipica*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2015, 2.

\*\*\*\*\* *Ivi*, 2-3. Per un approfondimento sulle procedure di lavoro della Commissione cfr. H. White, *Select Committee under Scrutiny. The impact of parliamentary committee inquires on government*, Institute for Government, 2015.

†††††††† Queste includono l'elezione dei presidenti dei *Select Committees* a scrutinio segreto e con l'*Alternative Vote*. I presidenti sono eletti dall'aula sulla base di una mozione che distribuisce i posti tra i partiti. Ogni candidatura va presentata da almeno 15 deputati del partito di appartenenza e da 5 deputati appartenenti ad altri partiti. Inoltre, i membri dei *Select Committees* devono essere selezionati all'interno del loro gruppo parlamentare, sempre a scrutinio segreto. Si rilevi, inoltre, che in un'indagine sull'impatto della *Wright Reform* compiuta nel 2013 dal *Political and Constitutional Reform Committee* della Camera dei Comuni è emerso che i *Select Committees* sono diventati più efficienti e che le modalità di elezione dei loro membri e dei loro presidenti hanno reso tali organismi più democratici e trasparenti (House of Commons Political and Constitutional Reform Committee, Report: *Revisiting Rebuilding the House: The Impact of the Wright Reforms*, Third Report of Session 2013-14, HC 82, luglio 2013).

##### L. Fisher, *The Growing Power and Autonomy of House of Commons Select Committees: Causes and Effects*, in *The Political Quarterly*, 2015, 424.

§§§§§§§§ L'opinione della Hodge è riportata sul saggio della Fisher, sul punto cfr. *ivi*, 425.

Governo di coalizione, lo scrutinio è stato più efficiente perché scevro da condizionamenti partitici di sorta e dalla logica *adversarial* che tradizionalmente caratterizza l'istituzione parlamentare di Westminster\*\*\*\*\*.

Le circostanze che rendono più equilibrato il rapporto tra potere legislativo e potere esecutivo durante le fasi di *hung Parliament* dipendono anche dal tipo di Governo che si viene a formare dopo una *inconclusive election*. Spostando l'analisi sul piano degli effetti sulla *governance*, occorre subito osservare quali alternative concrete si sono poste dopo l'elezione di un "Parlamento appeso" nella storia britannica. Susanna Kalitowski ne individua tre++++++:

- La formazione di un *single-party minority Government*, caratterizzato dal sostegno esterno di uno o più partiti e dall'esistenza di un programma concordato tra questi e il partito di maggioranza relativa (come avvenuto nel 1910 con il Governo del liberale Herbert Asquith).
- La formazione di un *single-party minority Government*, fondato sulla ricerca del sostegno parlamentare *day-to-day* e sulla base di accordi *ad hoc* (come accaduto con i Governi di minoranza del 1923, 1929 e 1974).
- La formazione di una *majority coalition* (come il caso dell'ultima coalizione tra Conservatori e Liberal democratici).

Come fanno notare alcuni scienziati della politica e costituzionalisti britannici++++++, le coalizioni formate da due partiti con ideologie politiche parzialmente differenti ma non contrastanti, possono vantare un'elevata stabilità parlamentare, derivante dall'ampio numero di seggi che insieme riescono a controllare. Ciò è dimostrato dal fatto che, sotto la coalizione guidata da Cameron e Clegg, si siano registrate elevate percentuali di successo dei *Government bills* (91,5% per la sessione 2010-12, 82,4% per la sessione 2012-13, 83,3% per il 2013-14 e, infine, 100% per l'ultima sessione 2014-15)+++++, pur in presenza di una riduzione significativa dell'attività di iniziativa legislativa svolta dall'Esecutivo (passando da 47 *Government bills* della sessione 2010-12 fino a 27 della sessione 2014-2015).

Inoltre, è importante evidenziare come, nell'ambito di una coalizione di governo, la posizione egemone del Premier verrebbe ridimensionata per la necessità di tenere uniti i *coalition partner* e di istituire appositi comitati interni al Governo allo scopo di prevenire e gestire le eventuali situazioni di disaccordo, con la conseguenza di rafforzare la centralità e la collegialità del

\*\*\*\*\* In merito all'approccio *non partisan* adottato dal *Pulic Accounts Comiittee*, la Hodge afferma: «People leave their crude party politics at the door. You never forget your political perspective or your value system, but often I sit back and look at this array of people with whom I work. Our values are very different. I've got Stewart Jackson – very rights wing within the Conservatives – and then Austin Mitchell – very much to the old Labour left. But then every report we do is in the end a unanimous report».

+++++ S. Kalitowski, *Hung-up over Nothing? The Impact of a Hung Parliament on British Politics*, in *Parliamentary Affairs*, 2008, 398.

+++++ R. Fox, *Five Days in May: A New Political Order Emerges*, in *Parliamentary Affairs*, 2010, 607-622; R. Hazell - A. Paun, *Hung Parliaments and the Challenges for Westminster and Whitehall: How to Make Minority and Multiparty Governance Work (with Commentaries by Turnbull, Beith, Evans and Crick)*, in *The Political Quarterly*, 2010, 213-227; T. Bale, *The Black Widow Effect: Why Britain's Conservative - Liberal Democrat Coalition Might Have An Unhappy Ending*, in *Parliamentary Affairs*, 2011, 323-337; V. Bogdanor, *The Coalition and the Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2011, 9-10; B. Young - T. Bale, *When Second-Best is Still a No-Brainer: Why Labour Should Shoot for a Majority Coalition in May 2015*, in *The Political Quarterly*, 2015, 133-140.

+++++ I dati sono contenuti in Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università "La Sapienza" di Roma, *Op. cit.*, 417 e dal sito <http://www.legislation.gov.uk/ukpga>.

Gabinetto\*\*\*\*\*. In merito a questo aspetto, l'alleanza tra Conservatori e Liberal democratici del 2010 si è rivelata emblematica avendo stabilito in un apposito documento, definito un «piccolo monumento al pragmatismo britannico»+++++, l'istituzione di un *Coalition Committee*, incaricato di appianare le divergenze politiche che non avevano trovato risoluzione in altra sede, e di un gruppo di lavoro informale - il *Coalition Operation and Strategic Planning Group* - il quale aveva il compito di prendere in considerazione le strategie di lungo periodo della coalizione, oltre che «deal with day-to-day problem solving and to look ahead at the political and legislative landscape and try to ensure that there will be no surprise»#####.

Per quanto riguarda, invece, i Governi di minoranza, si può notare come essi possano rendere «more complicated for the government to pass legislation, budgets and even to survive since the opposition always has the theoretical ability to defeat the executive»#####. Tuttavia, ciò non comporta che gli Esecutivi di minoranza siano più deboli e meno efficaci di quelli di coalizione, perché, in realtà, «it is easier to maintain unity within a single-party minority government than in a coalition as no up-front dilution of party policy is required»\*\*\*\*\*. Un'amministrazione di minoranza può, inoltre, beneficiare dell'assenza di un accordo programmatico che impegna due o più forze politiche, dal momento che, da un lato, avrebbe un margine di manovra più ampio nel cercare di ottenere l'appoggio di partiti diversi e ideologicamente distanti in differenti aree di *policy*; dall'altro, non si vedrebbe limitata dalla necessità di accontentare un partner permanente, offrendogli incarichi governativi o concessioni politiche di varia natura+++++. Secondo Brazier, inoltre, un Governo di minoranza potrebbe avere le stesse chance di un *majority Government* di far approvare i propri disegni di legge, come dimostra l'esperienza passata: «The Labour government managed to pass 83 acts in 1965 when it had a tiny majority, well above the average number passed when it later had a large majority in 1966-70. In the full calendar year 1974, with two general elections, 58 bills reached the statute book. [...] Conversely, in 1994, only 41 acts were passed, the lowest number for a non-election year since 1950»#####.

Un ultimo aspetto da esaminare attiene al ruolo del Primo Ministro, della Corona e dei partiti nell'ambito del processo di formazione dell'Esecutivo in caso di “Parlamento impiccato”. Su questo tema, la Kalitowski evidenzia quali alternative si pongono di fronte al Premier in carica, il cui partito non è riuscito a ottenere la maggioranza assoluta dei seggi: «resign immediately (as Baldwin did in 1929); only resign if defeated after a vote in the Commons (as Baldwin did earlier in 1923); or solicit support from other parties and only resign if it is not forthcoming (as Asquith did twice successfully in 1910 and Heath unsuccessfully in 1974)»#####. All'indomani delle elezioni generali del 2010, Gordon Brown ha seguito l'esempio di Heath e ha cercato di stringere un'alleanza con i Liberal democratici di Clegg, data la presunta affinità politica tra questi e i Laburisti. Come era successo per Heath, Brown si è dimesso senza attendere la riunione del

\*\*\*\*\* G. Caravale, “Hard times” per il governo di coalizione? *Cronache dal Regno Unito, gennaio-aprile 2012*, 2012, 2.

+++++ C. Fusaro, *L'accordo conservative-libdem alla base del Governo Cameron. Spunti di interesse costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2010, 639.

##### R. Fox, *Op. cit.*, in *Parliamentary Affairs*, 615.

##### R. Hazell - A. Paun, *Op. cit.*, in *Parliamentary Affairs*, 215.

\*\*\*\*\* *Ibidem*.

+++++ R. Hazell, *Lessons for Whitehall and the Palace*, in R. Hazell - A. Paun (a cura di), *Making Minority Government Work. Hung Parliaments and the Challenges for Westminster and Whitehall*, London, The Constitution Unit and the Institute for Government, 2009, 68.

##### A. Brazier, *Parliamentary Procedure without a Commons Majority*, in Brazier A., Kalitowski S. (a cura di), *Op. cit.*, 35.

##### Kalitowski S., *Hung-up over Nothing?*, cit., in *Parliamentary Affairs*, 399.

nuovo Parlamento per cercare di ottenerne la fiducia, dopo che il leader dei Liberal-democratici aveva ritenuto che solo il partito di maggioranza relativa avesse il diritto di formare il nuovo Esecutivo, cioè il Partito Conservatore di David Cameron<sup>\*\*\*\*\*</sup>. Sulla base della procedura seguita nel 2010, la convenzione attualmente contemplata nel *Cabinet Manual* prevede che, in caso di *hung Parliament*, il Primo Ministro uscente debba dimettersi, qualora non riesca a ottenere la fiducia dai Comuni e qualora si raggiunga una soluzione politica alternativa<sup>+++++</sup>. Come viene segnalato dal *Select Committee on the Constitution* della *House of Lords*, occorre precisare che non vi è alcun «established duty on an incumbent Prime Minister after a hung parliament to remain in office until a new government can be formed»<sup>+++++</sup>.

Inoltre, il testo del *Cabinet Manual* prevede che, in una gamma di alternative possibili per la formazione del nuovo Esecutivo, la scelta deve essere compiuta dai partiti politici attraverso reciproche consultazioni, dirette a comprendere chi sia in grado di ottenere la fiducia dei Comuni e diventare il nuovo Primo Ministro. Nel caso in cui si dovesse formare una coalizione, Akash Paun avverte che «the process may take longer than in 2010, since parties may be more determined to tie down other parties at the outset»<sup>ssssssssss</sup> e sottolinea che i partiti si mettano d'accordo preventivamente su una serie di aspetti pratici connessi al funzionamento di un ipotetico *multi-party arrangement*: «Key issues include how to keep both parties informed of all relevant policy developments, how to resolve differences and how much scope to allow for agreement to disagree»<sup>\*\*\*\*\*</sup>.

Per quanto riguarda il ruolo della Corona, bisogna notare che, ove l'esito elettorale non attribuisca a nessun partito una maggioranza assoluta dei seggi, la scelta del futuro Premier sarebbe, in teoria, più discrezionale<sup>+++++</sup>. Alcuni studiosi<sup>+++++</sup> ritengono che la Corona debba limitarsi a “ratificare” il risultato delle consultazioni interpartitiche, mentre Rodney Brazier sostiene che, nel caso in cui gli attori politici non si mostrino in grado di risolvere la situazione di stallo, la Sovrana possa sentire i leader dei partiti coinvolti nelle negoziazioni prima di esercitare il suo potere di scelta del Primo Ministro<sup>ssssssssss</sup>. Infine, si può ricordare il precedente di *hung*

\*\*\*\*\* G. Caravale, *La formazione del governo britannico in caso di hung parliament*, in *forumcostituzionale.it*, 27 aprile 2015.

+++++ Cabinet Office, *The Cabinet Manual. A Guide to Laws, Conventions and Rules on the Operation of Government*, p. 14, Ref 406764/1011, ottobre 2011 par. 2.12, consultabile al sito [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/60641/cabinet-manual.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/60641/cabinet-manual.pdf)

Marco Olivetti riconosce che la convenzione in virtù della quale il Primo Ministro uscente, il cui partito ha perso la maggioranza assoluta dei seggi, non rassegna le dimissioni ma cerca di formare per primo un nuovo Esecutivo, costituisce il perno delle regole stabilite nel *Cabinet Manual* (M. Olivetti, *Op. cit.*, in *Rassegna Parlamentare*, 758).

+++++ House of Lords Select Committee on the Constitution, *Constitutional implications of coalition government*, 5<sup>th</sup> Report of Session 2013-2014, HL Paper 130, 2014, 12.

ssssssssss A. Paun, *Westminster in an age of minorities. How to form and sustain a government after another hung parliament*, Institute for Government, 2015, 2.

\*\*\*\*\* *Ibidem*.

+++++ G. Caravale, *Il governo del premier*, cit., 81. Ad esempio, l'Autrice ricorda il caso della crisi politica del 1931, quando re Giorgio V invitò il laburista Ramsay McDonald a formare un Governo di unità nazionale insieme con le opposizioni, per far fronte alla crisi della Grande Depressione e a seguito del collasso del secondo Governo laburista di minoranza, circostanza quest'ultima che avrebbe avuto la conseguenza di attribuire il nuovo incarico di governo al leader dei Conservatori essendo questi il secondo partito ai Comuni; M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, Giappichelli, 2013, 116.

+++++ D. Butler, *Governing without a majority*, cit., 72 ss.; R. Blackburn, *Monarchy and the Personal Prerogatives*, in *Public Law*, 2004, 552 ss.; V. Bogdanor, *The Coalition*, cit., 21-24.

ssssssssss R. Brazier, *Constitutional Practice. The Foundations of British Government*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 33 ss.; R. Brazier, *Monarchy and the Personal Prerogatives. A Personal Response to Professor Blackburn*, in *Public Law*, 2005, 45-47.

*Parliament* verificatosi nel 1974, in cui la Sovrana si trovò di fronte all'alternativa di nominare Harold Wilson, leader del Partito Laburista che controllava la maggioranza relativa, o il Primo Ministro uscente Edward Heath, il quale stava cercando di formare un Governo di coalizione tra Conservatori e Liberali, in grado così di controllare la maggioranza assoluta. Solo il fallimento di Heath portò la Sovrana a nominare Wilson, ma la dottrina sostenne che, nel caso in cui il tentativo di Heath avesse avuto successo, l'intervento di Elisabetta II sarebbe stato determinante per superare l'*impasse*\*\*\*\*\*.

#### 4. I “Parlamenti appesi” e il principio del *power sharing* negli ordinamenti devoluti: quali lezioni per *Westminster* e *Whitehall* ?

Gli *hung parliaments* e i Governi di coalizione e di minoranza costituiscono oramai la norma negli ordinamenti scozzese e gallese, data l'adozione di un sistema elettorale misto - il c.d. *Additional Member System* - che bilancia gli effetti distorsivi del *First-Past-The-Post* con un tipo di rappresentanza proporzionale.

A partire dal 1999, anno in cui si sono tenute le prime elezioni per l'Assemblea scozzese di Holyrood, nessun partito in Scozia è riuscito ad ottenere la maggioranza assoluta, ad eccezione del periodo 2011-2016 in cui lo SNP ha guadagnato 69 seggi su 129. Tra il 1999 e il 2007 l'Esecutivo scozzese si è retto su una coalizione laburista-liberaldemocratica, dato che i Laburisti, pur attestandosi come primo partito, avevano conquistato solo la maggioranza relativa dei seggi sia nel 1999 che nel 2003. Nelle elezioni del 2007, invece, i Laburisti sono stati sconfitti dai Nazionalisti Scozzesi, i quali hanno formato un Governo di minoranza, retto da un “*co-operation agreement*”+++++ con i Verdi, favorevoli all'indipendenza scozzese. Dopo l'esperienza del primo e finora unico *single-party majority Government* della legislatura 2011-2016, in cui lo SNP, forte della maggioranza assoluta che lo sosteneva, si è sentito legittimato a richiedere il referendum sull'indipendenza scozzese+++++, la Scozia è tornata nel maggio scorso all'esperienza del Governo di minoranza, formato dallo SNP e guidato dalla *First Minister* Nicola Sturgeon, la quale ha escluso l'eventualità di trovare un nuovo *formal arrangement* con altri partiti, perché i Nazionalisti Scozzesi hanno ottenuto «a clear and unequivocal mandate» di governare la regione scozzese.

Secondo Bogdanor, l'esperienza delle prime elezioni devolute scozzesi ha messo in luce come gli accordi di coalizione e i *co-operation agreements* possono rappresentare un'essenziale deterrente ai metodi e alle procedure della *adversarial politics* che caratterizzano le pratiche politico-

\*\*\*\*\* R. Brazier, *Government Formation from a Hung Parliament*, in *Public Law*, 1986, 387-406; J. Rasmussen, *Constitutional Aspects of Government Formation in a Hung Parliament*, in *Parliamentary Affairs*, 1987, 150; H. Wilson, *The Governance of Britain*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1976, 25 ss.

+++++ Tale accordo prevedeva una cooperazione su diversi piani: in cambio dell'impegno dei *Greens* a votare per il candidato *First Minister* proposto dallo SNP, questo si impegnava a consultare il gruppo parlamentare dei Verdi sulle proposte delle misure chiave da adottare ogni anno; inoltre lo SNP accettava di nominare un membro del partito dei Verdi come presidente di uno dei *Subject Committees* del Parlamento Scozzese; infine, i due partiti si impegnavano a rafforzare i poteri del Parlamento di Holyrood, con l'obiettivo di raggiungere una piena indipendenza e in particolare lo SNP si impegnava ad emanare una legislazione diretta a contrastare i cambiamenti climatici e la costruzione di nuove centrali nucleari.

+++++ G. Caravale, *Il Referendum del 18/09/2014: Scotland Chooses the Best of Both Worlds*, in *federalismi.it*, n. 18/2014.



A differenza della Scozia, dove l'unica coalizione che ha governato è stata quella tra Laburisti e Liberal-democratici, in Galles si è avuta la formazione di due alleanze partitiche ben distinte: prima tra i Laburisti e i LibDem (ottobre 2000-aprile 2003) e poi la coalizione tra *Labour* e *Plaid Cymru* dal luglio 2007 fino al 2011. L'esperienza di quest'ultima coalizione si è rivelata particolarmente interessante, poiché era costituita dalle due maggiori forze politiche gallesi, da sempre rivali: il Partito Laburista Gallese e il *Plaid Cymru* e per questo è stata definita come la «first “grand coalition”» o «the unlikely coalition». Nel 2011 si è formata, invece, un'amministrazione di minoranza a guida laburista, così come era avvenuto nelle prime elezioni per l'Assemblea Nazionale Gallese nel 1999. Le recenti elezioni del 5 maggio 2016 hanno determinato un nuovo *hung Parliament* in Galles, a seguito del quale il *First Minister* uscente, il laburista Carwyn Jones, è stato riconfermato nel suo ruolo grazie all'accordo raggiunto tra i Laburisti e il *Plaid Cymru* ed è riuscito così a formare un Esecutivo di minoranza, sostenuto dagli Indipendentisti Gallesi.

Dall'esame dell'esperienza gallese, come fanno notare Crowley, Palmer e Thornton, emerge che i «political parties in the UK can adapt to a system where a single-party majority government is the exception rather than the rule». Pertanto, se i Governi di minoranza, o di *single-seat majority*, si sono affermati in diverse occasioni, tutti i partiti gallesi hanno dimostrato comunque il loro impegno a cooperare per risolvere una situazione di stallo, formando, o tentando di mettere in piedi, una coalizione di governo. In questo senso, quindi, anche il sistema partitico nazionale può trasformare la propria *adversarial politics* in una intensa opera di mediazione inter- e intrapartitica., sull'esempio di Cardiff. Oltre a ciò, l'esperienza della coalizione che ha governato in Galles dal 2007-2011 può essere utile per le future coalizioni britanniche, in particolare per ciò che attiene alla natura dell'accordo su cui il Governo *Labour – Plaid Cymru* si è retto – denominato *One Wales Agreement*. Su questo punto, Akash Paun ritiene che un accordo dettagliato come quello gallese possa contribuire ad assicurare la stabilità di una ipotetica coalizione che si dovesse stabilire a *Whitehall*, senza limitarne la possibilità di manovra in caso di eventuali crisi politiche, poiché «the agreement provides a point of reference in case of disagreement later on».

## 5. I *minority parliaments* in Canada

Dopo aver esaminato il caso del Regno Unito, appare opportuno concentrare l'attenzione sull'esperienza dell'ordinamento canadese, il quale «has far more recent experience than the UK of minority rule». L'assenza di una maggioranza assoluta nella *House of Commons*

Da parte del *Plaid Cymru*, l'opzione di unirsi in coalizione con il partito di governo a livello nazionale, detentore della maggioranza assoluta a Westminster, appariva la via più facile per raggiungere l'obiettivo principale: l'indizione di un referendum per attribuire piena potestà legislativa all'Assemblea di Cardiff, come stabilito tra l'altro dal *Government of Wales Act 2006*, su cui invece l'ipotesi della *rainbow coalitions* non dava molte garanzie.

Le due espressioni si trovano in M. Crowley – R. Palmer – S. Thornton, *Government Formation*, in A. Brazier – S. Kalitowski (a cura di), *Op. cit.*, 66-67.

*Ivi*, 71.

A. Paun, *United We Stand? Coalition Government in the UK*, London, Institute for Government, 2010, 21.

A. Paun, *Introduction*, in R. Hazell – A. Paun (a cura di), *Op. cit.*, 15.

canadese viene, infatti, opportunamente identificata con l'espressione "*minority Parliament*", dal momento che la formazione di Esecutivi di minoranza ha sempre conseguito all'elezione di una Camera dei Comuni "impiccata". Nel quadro di un progressivo superamento del bipartitismo classico verso un sistema a multipartitismo temperato<sup>\*\*\*\*\*</sup>, il Canada ha sperimentato 13 Governi di minoranza, distinguibili in tre periodi differenti: i Governi del liberale Mackenzie King tra il 1921 e il 1925 e ancora tra il 1926 e il 1930; un secondo periodo di Governi guidati, di volta in volta, da uno dei due maggiori partiti (Conservatori e Liberali) tra il 1957 e il 1979; infine, gli Esecutivi di minoranza compresi tra il 2004 e il 2011<sup>+++++</sup>. I Canadesi non sembrano invece favorevoli alle coalizioni di governo dato che il loro voto è indirizzato soprattutto verso il candidato Premier<sup>+++++</sup>. Ciò vale a spiegare come l'ultimo Governo di coalizione della storia canadese si è formato nel 1917, a seguito della deflagrazione della Prima guerra mondiale<sup>ssssssssssssssss</sup>, mentre nel dicembre 2008 ci fu il tentativo, poi fallito, di formare un Governo di coalizione da parte dei tre partiti di opposizione (Partito Liberale, Nuovo Partito Democratico e Blocco del Québec).<sup>\*\*\*\*\*</sup>

Sebbene i *minority Governments* tendono a durare di meno rispetto ai *majority Governments*<sup>+++++</sup>, ciò non vuol dire che i primi non siano capaci di suscitare cambiamenti

\*\*\*\*\* T.E. Frosini, *Le "derivazioni" dirette del sistema inglese: Australia, Canada, Nuova Zelanda*, in P. Carrozza – A. Di Giovine – G. F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Roma – Bari, Laterza, Vol. II, 2009, 64. Dopo un secolo e mezzo in cui il sistema partitico è stato caratterizzato dalla presenza dei due partiti tradizionali – i Liberali e i Conservatori – nel corso degli anni si sono affermate altre forze politiche come i Progressisti di ispirazione socialdemocratica (prima con il *Co-operative Commonwealth Federation* e poi con il *New Democratic Party*), i populistici del *Reform Party* (che nel 2000 hanno dato vita alla formazione politica della *Canadian Alliance*, dalla cui fusione con il *Progressive-Conservative Party* è sorto il *Conservative Party of Canada*), la formazione indipendentista del *Bloc Québécois* (sorto nel 1990, si pone l'obiettivo di portare a livello statale le istanze francofoni della regione del Québec) e altri partiti che hanno conquistato spazi e seggi (come lo *United Farmers of Australia* o il *Social Credit* e altri).

+++++ P. Russell, *Two Cheers for Minority Government: The Evolution of Canadian Parliamentary Democracy*, in *Canadian Public Administration*, 2008, 536.

+++++ Y. Dufrense- N. Nevitte, *Why Do Publics Support Minority Government? Three Tests*, in *Parliamentary Affairs*, 2014, 825. L'A. avanza tre diverse ipotesi che evidenziano le ragioni per cui i Canadesi sostengono o si oppongono alla formazione dei Governi di minoranza: «Hypothesis 1. Supporters of major political parties who expect their own party to lose the election, along with supporters of minor political parties, will be more likely to support minority governments. Hypothesis 2. People who are more averse to the concentration of authority will be more inclined to support minority governments. Hypothesis 3. Voters who are more concerned about the performance of the economy will be more inclined to oppose minority governments».

ssssssssssssssss Il 12 ottobre 1917 il Primo Ministro conservatore Robert Borden formò un *Union Government*, sostenuto dal Partito Unionista del Canada, costituito da ex membri del Partito Conservatore, da MPs liberali e alcuni membri indipendenti, dopo che era naufragato il progetto di formare un Governo di coalizione con i Liberali di Sir Wilfrid Laurier. Quest'ultimo rifiutò a causa dell'opposizione dei rappresentanti del Québec alla coscrizione militare - che doveva essere introdotta dalla coalizione proposta da Borden - temendo che il leader dell'opposizione nazionalista, Henri Bourassa, potesse sfruttare a proprio vantaggio una simile situazione.

\*\*\*\*\* A seguito delle elezioni dell'ottobre 2008, il Primo Ministro Stephen Harper aveva costituito un Governo di minoranza e nel novembre 2008 il Ministro delle Finanze aveva presentato il progetto economico governativo, aspramente criticato dai tre partiti suddetti, i quali avevano annunciato la loro intenzione di votare al più presto una mozione di censura e formare un Governo di coalizione che avrebbe goduto della maggioranza dei seggi. Harper considerò un colpo di stato il tentativo messo in atto dall'opposizione e chiese la *prorogation* alla Governatrice Generale, che accolse la richiesta di Harper. La conseguenza fu il rinvio del voto di fiducia nel mese di gennaio, dando nel frattempo la possibilità ad Harper di trovare un accordo sul bilancio con i Liberali ed evitare così la sfiducia dell'opposizione.

+++++ In media la durata è di 1 anno, considerato che tutti i Governi di minoranza dal 1957 al 1979 sono durati 1 o 2 massimo, mentre la durata più lunga è stata registrata dai Governi liberali di Mackenzie King tra il 1921-1925 e 1926-1930, e dall'ultimo Governo Harper in carica dal 2008 al 2011. I dati sono ripresi da P. Russell, *Learning to Live with Minority Parliaments*, in P. Russell – L. Sossin (ed.), *Parliamentary Democracy in Crisis*, Toronto, University of Toronto Press, 2009, 133.

rilevanti sul piano dei rapporti Governo-Camera dei Comuni e nell'ambito della *governance* del Paese.

Per quanto riguarda il primo aspetto, bisogna rilevare che, generalmente, quando governa un Esecutivo di minoranza, «the capacity of individual MPs to influence policy can significantly increase. The government must ensure that it has the support of MPs from its own party as well as support from some opposition MPs to implement its policies»<sup>#####</sup>. Ciò comporta la disponibilità del Governo minoritario di modificare le proprie proposte legislative sulla base delle richieste dei MPs o di offrire incentivi ai membri dell'opposizione per passare allo schieramento di maggioranza relativa<sup>#####</sup>.

Tuttavia, a fronte della maggiore influenza esercitata dai MPs sulla definizione delle politiche governative, non si riscontra un elevato tasso di dissenso nella Camera dei Comuni ove non vi sia la maggioranza assoluta. Uno studio sulla condotta di voto dei deputati nel periodo del Gabinetto laburista di minoranza guidato da Paul Martin (38esimo Parlamento, 2004-05) e durante i due Governi conservatori di minoranza con a capo Stephen Harper (39esimo Parlamento, 2006-08; 40esimo Parlamento, 2008-11), mostra che la «party discipline is quite high for all the parties – except for the Liberals in the 38th Parliament»<sup>\*\*\*\*\*</sup>, per cui tra i *backbenchers* Liberali almeno 1 su 20 ha votato contro il Governo in ciascuna delle 190 divisioni del 38esimo Parlamento e le sconfitte governative sono state in totale 104. In riferimento al 39esimo e 40esimo Parlamento di minoranza, invece, si rileva che il tasso di lealtà partitica dei *backbenchers* Conservatori si è attestato, rispettivamente, al 97% e al 98%, anche se le sconfitte subite dai Governi Harper sono state numerose: 104 tra il 2006 e il 2008 e 105 tra il 2008 e il 2011. Questi dati mostrano come la coesione interna al Partito Conservatore sia stata, più che altro, un effetto della *leadership* del Premier Harper, improntata ad una maggiore centralizzazione e ad uno stringente controllo sulle attività del *caucus* del partito<sup>+++++</sup>. Allo stesso tempo, l'approccio tenuto da Harper nei confronti degli altri partiti, basato sulla contrapposizione degli schieramenti, non ha permesso alle opposizioni parlamentari di convergere sui provvedimenti legislativi proposti dall'Esecutivo, con la conseguenza che quest'ultimo non è riuscito a mantenere il consueto controllo sulle attività della Camera dei Comuni<sup>#####</sup>. Si riscontra, infatti, che gli Esecutivi di minoranza guidati da Harper hanno registrato nel 39esimo e 40esimo Parlamento di minoranza un tasso di successo dei *Government bills* che si attesta, rispettivamente, intorno al 51% (125 *bills* introdotti alla Camera dei Comuni, di cui 65 approvati) e al 46% circa (128 *bills* introdotti, di cui 59 approvati). Forte della maggioranza assoluta dei seggi nella legislatura 2011-2015, invece, il Governo conservatore monocolore ha rilevato un tasso di successo pari al 74% (138 sono stati i *bills* introdotti alla Camera dei Comuni e 105 quelli che hanno ricevuto il *royal assent*). Mentre, se si fa riferimento all'esperienza dei Governi di minoranza

##### M. Chalmers, *Canada's Dysfunctional Minority Parliament*, in R. Hazell – A. Paun (a cura di), *Op. cit.*, 32.

##### Si rilevi il caso della MP conservatrice Belinda Stronach, la quale il 18 maggio 2005, due giorni prima del voto sulla legge di bilancio, lasciò il suo partito per ottenere un incarico ministeriale nel Governo di Paul Martin. Oppure il caso di David Emerson, eletto tra le fila dei Liberali nel 2006 e poi passato ai Conservatori, sotto il primo Governo conservatore di minoranza guidato da Harper.

\*\*\*\*\* J.F. Godbout – B. Høyland, *Coalition Voting and minority governments in Canada*, in *Commonwealth and Comparative Politics*, 2012, 467.

+++++ M. Harris, *Party of One: Stephen Harper and Canada's Radical Makeover*, Toronto, Penguin, 2014; B. Rathgeber, *Irresponsible Government. The Decline of Parliamentary Democracy in Canada*, Toronto, Dundurn, 2014.

##### M. Modern, *Indigenizing Parliament: Time to Re-Start a Conversation*, in *Canadian Parliamentary Review*, 2016, 24-33.



che il Premier uscente abbia la possibilità di dimettersi o di attendere la riunione del Parlamento neo-eletto e verificare l'esistenza di una maggioranza parlamentare capace di sostenere il suo Esecutivo. Nel caso in cui il Primo Ministro dovesse decidere di dimettersi e tenuto conto della volontà dei partiti politici, il *Governor General* solitamente chiede al leader del partito dell'Opposizione Ufficiale, che ha più possibilità di ottenere la fiducia della Camera dei Comuni, di formare un nuovo Esecutivo. In merito a questo punto, si ricordi che, a seguito delle *inconclusive election* del 23 gennaio 2006, l'allora Primo Ministro uscente Paul Martin consigliò alla *Governor General* di conferire l'incarico di formare un nuovo Esecutivo al leader dei Conservatori Stephen Harper, dal momento che il suo partito deteneva il maggior numero di seggi ai *Commons* e la Governatrice generale decise così di seguire il consiglio del Premier. Nel caso in cui il Premier riuscisse a ottenere la fiducia della Camera dei Comuni, egli è ovviamente legittimato a governare. Come prescrive la *confidence convention*, se il Governo viene invece immediatamente sconfitto sul voto di fiducia, il Primo Ministro non ha scelta e deve rassegnare le dimissioni.

## 6. Gli *hung parliaments* nell'esperienza australiana

A differenza del Canada, dove ad una *inconclusive election* è seguita sempre la formazione di Governi minoritari, la particolarità con cui gli *hung parliaments* si sono affermati in Australia risiede nel fatto che l'assenza di una maggioranza assoluta costituisce ormai la norma al Senato, eletto con formula proporzionale attraverso il *Single Transferable Vote*, mentre rappresenta ancora l'eccezione per la Camera dei Rappresentanti, eletta con il sistema maggioritario dell'*Alternative Vote*. Nella seconda Camera a partire dal 1948, anno in cui è stata introdotta la rappresentanza proporzionale, i Governi che si sono succeduti hanno potuto contare su una stabile maggioranza parlamentare solo per 16 anni (1951-56; 1959-62; 1975-81; 2005-07)\*\*\*\*\*. Mentre la Camera dei Rappresentanti è divenuta *hung* solo due volte: nel 1940 e, più recentemente, nel 2010.

Nella prima circostanza, la *Coalition* di centro destra (costituita all'epoca dallo *United Australia Party* e dal *Country Party*) formò un Governo di minoranza guidato dal Primo Ministro Robert Menzies, leader dello UAP, con il sostegno di due deputati indipendenti. L'Esecutivo fu in grado di durare solo un anno fino all'agosto del 1941, quando Menzies si rese conto di aver perso la maggioranza sufficiente per governare, a causa di frizioni interne alla coalizione suscitate dai problemi sorti in materia di politica estera ed economica+++++. Anche nel 2010 si è formata un'amministrazione di minoranza, data la sostanziale parità di seggi tra l'ALP (*Australian Labor Party*) e la *Coalition* (questa volta formata dal *Liberal Party of Australia*, *Liberal National Party of Queensland*, *National Party of Australia* e dal *Country Liberal Party*). Tutte e due le forze politiche avevano bisogno di almeno 4 deputati per avere la maggioranza assoluta in Parlamento, dato che avevano ottenuto 72 seggi ciascuno in una Camera composta da 150 membri. Al termine di faticose consultazioni, l'ALP, con a capo Julia Gillard, è riuscita a concludere un *confidence and*

2012, 40; P. Neary, *The Morning After a General Election: The Vice-Regal Perspective*, in *Canadian Parliamentary Review*, 2012, 23; B. M. Hicks, *The Westminster Approach to Prorogation, Dissolution and Fixed Date Elections*, in *Canadian Parliamentary Review*, 2012, 25;

\*\*\*\*\* N. Horne *Hung parliaments and minority governments*, Canberra, Library of Parliament, 2010, 2.

+++++ C. Twomey, *A history of Australia*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2011; M. Drum – J. W. Tate, *Politics in Australia*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2012, 52.

*supply agreement* con i Verdi per ottenere il sostegno dell'unico loro deputato, Adam Bandt e ulteriori accordi di questo tipo sono stati stabiliti con 3 rappresentanti indipendenti (Tony Windsor, Robert Oakeshott ed Andrew Wilkie). Le elezioni federali del 2010 hanno, dunque, manifestato un tendenziale sgretolamento del bipartitismo rigido e confermato il ruolo crescente esercitato nel sistema politico australiano dai partiti minori, che si fanno strada conquistando l'elettorato sulla base di programmi incentrati su obiettivi specifici e puntando su battaglie civili locali o globali.

Quest'ultima esperienza di "Parlamento appeso" costituisce la più recente e, pertanto, la più utile per cogliere, da un lato, gli aspetti principali che caratterizzano il rapporto tra il Governo e la Camera dei Rappresentanti, l'unica verso la quale esso è responsabile; dall'altro le problematiche relative alla formazione dell'Esecutivo.

Dal 2010 al 2013, il Governo Gillard è riuscito a realizzare il proprio indirizzo politico attraverso la legislazione, ottenendo l'approvazione di 561 *Government bills* su 610 introdotti, superando i precedenti Governi di maggioranza del liberale John Howard (per l'esattezza il quarto Governo Howard in carica dal 2004 al 2007) e del laburista Kevin Rudd (in carica dal 2007 al 2010), i quali, rispettivamente, sono riusciti a far approvare 549 e 409 disegni di legge di origine governativa. Nel periodo considerato, non si sono rilevati episodi di voto contrario tra i *backbencher* laburisti, sebbene occorre segnalare che nel settembre 2011 il Governo è stato costretto a ritirare il *Migration Legislation Amendment (Offshore Processing and Other Measures) Bill 2011*, dato che nella riunione del *caucus* del partito erano emerse posizioni dissenzienti tra alcuni deputati dell'ALP che avrebbero impedito al Governo di raggiungere la maggioranza necessaria per far passare il provvedimento. A ciò è seguita la decisione dell'Esecutivo di appoggiare un *Private Member's bill* abbastanza simile nei contenuti a quello di origine governativa, che venne però respinto dal voto contrario dei *Greens* e degli altri partiti di opposizione.

---

Un accordo che stabilisce l'impegno di un partito di opposizione o di uno o più deputati indipendenti a votare la fiducia al Governo, a respingere le mozioni di censura e votare il bilancio, senza entrare a far parte della compagine governativa e mantenendo comunque immutate le proprie posizioni politiche.

C. Bassu, *Australia*, Bologna, Il Mulino, 2012, 112 ss.

*Ivi*, 91.

B. Cassidy, *The Party Thieves: The Real Story of the 2010 Election*, Melbourne, Melbourne University Press, 2010, 11 ss; A. Crabb, *Stop at Nothing: The Life and Adventures of Malcolm Turnbull*, in *Quarterly Essay*, 2009, 95.

Nel settembre 2013 la Gillard è stata sfiduciata dal suo partito e, pertanto, si è dovuta dimettere sia dalla carica di leader del partito che di Primo Ministro. In Australia, infatti, il Primo Ministro è tale solo fin quando ha la fiducia del partito che lo ha scelto come leader. Sul punto cfr. G. Singleton et. al, *Australian Political Institution*, London, Pearson, 2012, 188 ss.

I dati sono tratti dal sito del Parlamento australiano:

[http://www.aph.gov.au/Parliamentary\\_Business/Bills\\_Legislation/Bills\\_Digests](http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Digests)

In generale i partiti politici australiani hanno sempre mantenuto una ferrea disciplina interna: Christopher Kam rileva che tra il 1950 e il 2004 la *Coalition* di centro destra ha registrato una percentuale di *dissenting divisions* pari all'1,72% e i Laburisti una percentuale ancora inferiore, pari allo 0,03%. Valori molto bassi se rapportati a quelli riferiti ai partiti canadesi: per i Liberali la percentuale si attesta all'8,77%, per i *Progressive Conservative* al 15,11%, per il *Bloc Québécois* al 3,30% e, infine, per la *Reform/Alliance* al 6,89% (C. Kam, *Party Discipline and Parliamentary Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 82).

R. Barney, *The impact of minority government on executive dominance and legislative scrutiny in the 43<sup>rd</sup> Parliament*, Department of the Senate, 2014, 9. Spesso avviene che il Governo, quando si trova in difficoltà ad adottare una posizione chiara su una determinata questione, lasci più spazio ai *Private Members* di presentare le loro proposte legislative e permetta che si possa votare secondo coscienza, senza seguire le indicazioni della maggioranza, come è stato il caso del *Marriage Amendment (Same-Sex Marriage) Bill 2012*, presentato dal *backbencher* laburista Stephen Jones e successivamente respinto dalla Camera.

Oltre a ciò, bisogna riconoscere che sono stati i deputati indipendenti il vero ago della bilancia nella tenuta del Governo Gillard. Gli *independents* che si erano impegnati a sostenere l'Esecutivo minoritario sui voti di fiducia e di bilancio, tramite apposito accordo, hanno votato in linea con le disposizioni governative in media il 74% circa delle 491 divisioni della Camera dei Rappresentanti, mentre gli altri rappresentanti indipendenti, privi di ogni impegno verso il Governo, hanno votato a favore dei provvedimenti di questo in media il 35% delle divisioni e l'Esecutivo laburista di minoranza ha subito 61 sconfitte in totale#####. Come evidenziano Prosser e Denniss, i deputati liberi da affiliazioni partitiche non si sono limitati ad approvare o respingere i *Government bills* e a presentare disegni di legge di propria iniziativa, ma sono riusciti ad esercitare un'influenza significativa sull'agenda politica del Governo: «By the end of these 3 years of a 'minority parliament', these independents (and the other cross-benchers) laid claim to serious concessions from the Gillard Government, significant changes to key government legislation and substantial policy wins for regional Australia»#####.

Tra l'altro, i parlamentari indipendenti hanno giocato un ruolo centrale nella negoziazione con i maggiori partiti dell'*Agreement for a Better Parliament: Parliamentary Reform 2010*, accordo diretto a rafforzare la centralità del Parlamento nei rapporti con l'Esecutivo#####. Tra le riforme più importanti vi sono quelle che riguardano l'attività delle Commissioni parlamentari, per cui è stato reintrodotta la *Selection Committee* con poteri più ampi a quelli che esercitava tra il 2004 e il 2007 e, in particolare, è stata stabilita la possibilità, quando lo richieda un membro del *Selection Committee*, di deferire un disegno di legge, sia di origine governativa che parlamentare, ad una Commissione congiunta per la preparazione di una relazione contenente raccomandazioni#####; sono stati allungati i tempi a disposizione del Governo per rispondere alle relazioni delle Commissioni (6 mesi, mentre prima erano soltanto 3); infine è stata istituita la *House Appropriation and Administration Committee*, una Commissione permanente incaricata di controllare le attività di amministrazione e i finanziamenti del Dipartimento della Camera dei Rappresentanti.

Inoltre, l'assenza di una maggioranza assoluta ha incrementato notevolmente il peso delle Commissioni parlamentari, molte delle quali erano presiedute da un membro dell'opposizione e hanno potuto esercitare così un'efficace attività di controllo sull'operato del Governo di minoranza. In uno studio di John Halligan e Richard Reid viene messo in risalto come tra il 2010 e il 2013 «the rate of dissent in parliamentary committee reports was 39 per cent [...]»#####, mentre tra il 2008 e il 2010 tale tasso scende al 17%. Dunque, emerge

##### Dati disponibili su Parliamentary Library, *The Hung Parliament: procedural changes in the House of Representatives*, 2013, 54, reperibile su

[http://www.aph.gov.au/About\\_Parliament/Parliamentary\\_Departments/Parliamentary\\_Library/pubs](http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs).

##### B. Prosser – R. Denniss, *Minority governments and marginal members: new issues for political and policy legitimacy in Australia*, in *Policy Studies*, 2015, 438.

##### Per una valutazione complessiva delle riforme introdotte durante il Governo di minoranza di Julia Gillard cfr. House of Representatives Standing Committee on Procedure, *Monitoring and review of procedural changes implemented in the 43<sup>rd</sup> Parliament: 4<sup>th</sup> report*, Parliamentary Paper No 438/2012, 2012.

##### In un'indagine svolta da Bernard Wright viene calcolato che, entro al fine del luglio 2013, il numero dei *bills* presentati ai *Joint Committees* sono stati 224, con 182 di questi inviati dal *Selection Committee* (B. Wright, *Committee work in a hung Parliament - a House of Representatives perspective*, Canberra, Presiding Officers and Clerks Conference, 2013, 1).

##### J. Halligan – R. Reid, *Conflict and Consensus in Committees of the Australian Parliament*, in *Parliamentary Affairs*, 2016, 240. Nel 43esimo Parlamento (2010-2013) le relazioni di minoranza o di dissenso sono state in totale 53, di cui 37



Governatore Generale, sarebbe quello di «take such counsel as is proper and expedient to assist her in deciding who is the most appropriate person to invite to form a Government with a reasonable prospect of maintaining itself in office»#####.

## 7. La *multi-party governance* in Nuova Zelanda

Rispetto alle esperienze britannica, canadese e australiana, in cui gli *hung parliaments* sono emersi sulla base di significative trasformazioni della società politica e del sistema partitico, l'ordinamento neozelandese è l'unico in cui i “Parlamenti appesi” sono scaturiti da una riforma del sistema elettorale in senso stretto, che ha segnato il passaggio dal metodo *plurality* al sistema proporzionale a membro misto#####.

A partire dalle elezioni generali del 1996, le prime in cui è stato applicato il *Mixed-Member Proportional System*, la Nuova Zelanda è stata governata da Esecutivi formati, di volta in volta, da uno dei due maggiori partiti (i Laburisti dal 1999 al 2008 e il Partito Nazionale dal 1996 al 1999 e dal 2008 ad oggi) con il supporto di uno o di più piccoli partiti, fornito tramite la conclusione di accordi *ad hoc* di varia natura. L'eterogeneità dei diversi *arrangements* che i partiti neozelandesi hanno concluso per costituire maggioranze coese a sostegno dell'Esecutivo ha condotto Jonathan Boston e David Bullock a parlare di *multi-party governance* o *inter-party governing arrangements*. Con tali espressioni essi intendono riferirsi «to all types of arrangements where two or more parties cooperate on a regular basis to enable the business of government to be transacted»#####. Gli accordi così negoziati di volta in volta comprendevano un vasto spettro di possibilità: si va dagli accordi che prevedevano una ferrea disciplina all'interno della coalizione di governo##### a quelli stipulati sulla base della formula dell' *agree to disagree* o del *party distinction*, in virtù della quale i due partner avevano la possibilità di mantenere distinte e separate le proprie posizioni politiche#####, passando per i c.d. *confidence*

##### R. Brazier, *Choosing a Prime Minister*, in *Public Law*, 1982, 402-403.

##### Si ricordi che nel 1985 venne istituita una *Royal Commission* per valutare la possibilità di modificare il sistema elettorale e nel 1986 pubblicò un rapporto che promuoveva l'adozione del *Mixed-Member Proportional System*. Con il referendum del 1993 i cittadini neozelandesi si espressero a favore del superamento del *plurality* e il proporzionale a membro misto venne ufficialmente introdotto con l'*Electoral Act 1993* a partire dalle elezioni del '96 (M. Calabrò, *Sistemi elettorali e comportamenti di voto: una comparazione fra Germania e Nuova Zelanda*, in *Quaderni dell'Osservatorio Elettorale – Regione Toscana*, 2013, 77 ss.). Inoltre, si ricordi che, prima del 1996, il sistema politico neozelandese veniva comunemente definito come un sistema “*more Westminster than Westminster*”, caratterizzato dalla presenza di Gabinetti monopartitici a maggioranza risicata, dal predominio dell'Esecutivo, da un sistema bipartitico, dall'adozione di un sistema elettorale maggioritario, da un sistema di governo unitario e centralizzato, dalla concentrazione del potere legislativo in un Parlamento unicamerale e dall'assenza di qualunque tipo di previsione sulla revisione costituzionale. Sul punto cfr. A. Lijphart, *Le democrazie contemporanee*, Bologna, Il Mulino, 2014, 43.

##### J. Boston - D. Bullock, *Experiments in Executive Government under MMP in New Zealand: Contrasting Approaches to Multi-Party Governance*, in *New Zealand Journal of Public and International Law*, 2009, 43.

##### In questa categoria rientra, ad esempio, l'accordo di coalizione stipulato dal *National Party* e dal *New Zealand First* nel dicembre 1996, che due anni dopo finì per crollare per il disagio avvertito tra i deputati del NZF di non poter distinguere le proprie posizioni da quelle del partito di maggioranza relativa.

##### Un accordo di questo tenore è stato quello stipulato tra i Laburisti e l'*Alliance* nel 1999, dimostratosi più efficace di quello del '96 nella tenuta dell'Esecutivo di minoranza, poiché i due partner potevano esprimere liberamente le proprie posizioni sia dentro che fuori il Parlamento e sulle questioni considerati centrali per la propria identità partitica.

and supply agreements “rinforzati”, che prevedevano l’impegno da parte del partito di maggioranza relativa di affidare incarichi ministeriali ai leader dei partiti minori

Da quando l’elezione di “Parlamenti appesi” è divenuta sistematica con la riforma elettorale, il rapporto Governo-Parlamento ha subito alcune significative trasformazioni. Su questo tema si è sviluppato un interessante dibattito tra chi ritiene che i Governi che si sono succeduti dal ’96 abbiano mantenuto una posizione dominante rispetto al potere legislativo e chi, invece, sostiene che il Parlamento monocamerale abbia rafforzato la sua capacità di controllo sull’Esecutivo, rendendo meno scontata l’approvazione dei *Government bills*. In realtà, entrambe le posizioni evidenziano due aspetti differenti del rapporto che si è stabilito tra il potere esecutivo e legislativo nel periodo considerato, aspetti che trovano un certo riscontro nell’osservazione di alcuni dati. Innanzitutto, bisogna rilevare che i partiti parlamentari hanno mantenuto una forte coesione interna sia prima del ’96, quando veniva impiegato il sistema *plurality*, che dopo, con il *Mixed-Member Proportional System* (MMP). In una ricerca viene rilevato che la percentuale di partiti che hanno votato in linea con le disposizioni della propria maggioranza sia addirittura aumentata da una media pari al 43% con il *First-Past-The-Post* a una media del 60% con lo MMP. Ciò ha provocato rare sconfitte per i Governi che si sono succeduti dal 1997 al 2016 (soltanto 42), anche perché «even in the case of a minority government, proposals which are likely to be defeated will normally be amended or withdrawn rather than introduced and then voted down».

Oltre alla ferrea disciplina partitica, la posizione dominante dell’Esecutivo sarebbe legata anche ad alcune previsioni contenute negli *Standing Orders* della Camera dei Rappresentanti: ad esempio, si rilevi la completa libertà di cui gode il Governo nel decidere quale delle sue proposte legislative devono essere discusse in Parlamento, oppure la possibilità di evitare di inviare una proposta legislativa controversa a quelle Commissioni dove l’Esecutivo non gode della maggioranza assoluta dei seggi e, infine, il potere governativo di invocare la procedura d’urgenza per velocizzare l’approvazione della propria legislazione,

Tra questi tipi di accordi si possono annoverare quello stipulato tra il Partito Laburista e il *New Zealand First* e lo *United Future*, all’indomani delle elezioni generali del 2005. Anche a seguito delle elezioni del 2008, il Primo Ministro John Key, leader del *National Party*, è riuscito a stipulare tre diversi *confidence and supply agreements* “rinforzati” con l’ACT, lo *United Future* e il *Maori Party* per sostenere l’Esecutivo di minoranza a guida dei Nazionalisti.

J. Waldron, *Parliamentary Recklessness: Why We Need to Legislate More Carefully*, Waikowhai, Maxim Institute, 2008; A. Geddis, *Parliamentary government in New Zealand: Lines of continuity and moments of change*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2016, 99-118.

R. Malone, “Who’s the Boss?”: *Executive-Legislature Relations in New Zealand Under MMP*, in *New Zealand Journal of Public and International Law*, 2009, 1-20.

Fiona Barker ed Elizabeth MacLeay ritengono che «the electoral reform in New Zealand does not appear to have affected party unity in the following Parliament» (F. Barker – E. MacLeay, *How Much Change? An Analysis of the Initial Impact of Proportional Representation on the New Zealand Parliamentary Party System*, in *Party Politics*, 2000, 139). Ad evidenziare come i partiti abbiano mantenuto una stretta disciplina interna interviene anche R. Vandervorst, *‘Parliamentarians’ Perspectives on Proportional Representation: Electoral System Change in New Zealand*, in *Political Science (NZ)*, 2003, 19-38. Inoltre occorre rilevare che la percentuale di *dissenting divisions* riferite al *New Zealand National Party* e al *New Zealand Labour Party* tra il 1950 e il 2004 si è attestata, rispettivamente, all’1,57% e allo 0,27%, mantenendosi, dunque, a livelli molto più bassi di quelli che si sono registrati in Gran Bretagna per i Laburisti (8,81%) e i Conservatori (9,72%) (C. Kam, *Op. cit.*, 82).

B. D. Williams, *Institutional Change And Legislative Vote Consensus In The New Zealand House Of Representatives*, Department of Political Science – UC Riverside, 2014, 55.

R. Mulgan – P. Aimer, *Politics in New Zealand*, Auckland, Auckland University Press, 2013, 141.

*New Zealand House of Representatives* S.O. 66 (2001).

*Id.* S. O. 283(1).

dovendo comunque ottenere il via libera della maggioranza dei MPs. Tuttavia, è importante anche considerare che i *Government bills* approvati ogni anno tra il 1997 e il 2016 sono stati in media 105, mentre nei 10 anni precedenti all'adozione dello MMP la media dei disegni di legge di origine governativa approvati ogni anno era di 160.

Inoltre, se nella fase del *First-Past-The-Post* l'attività di controllo dei *Select Committees* era fortemente influenzata dalla maggioranza di governo, con l'introduzione del sistema proporzionale a membro misto e i regolari *hung parliaments* che ne sono scaturiti, tali Commissioni hanno esercitato un ruolo più indipendente nello scrutinio dei *Government bills*, dato che non è più raro come prima che i Presidenti di tali Commissioni provengano dalle fila dei partiti di opposizione, mostrandosi in grado, quindi, di svolgere un controllo più obiettivo e disinteressato sull'attività legislativa del Governo. Quando nei *Select Committee* non vi è una maggioranza assoluta in grado di sostenere le iniziative del Governo, per quest'ultimo si pone la necessità di individuare attentamente la Commissione a cui inviare uno specifico disegno di legge, in modo che questo possa giungere alla fase dell'approvazione finale. Pertanto l'Esecutivo dovrebbe valutare in quali Commissioni è più probabile che si formi una maggioranza "artificiale", cioè basata su un accordo *ad hoc* con un *non-government party* disposto ad appoggiare un determinato provvedimento dell'Esecutivo se questo si assume l'impegno di modificarlo ove fosse necessario. Un'altra opzione sarebbe quella di istituire un'apposita Commissione che esamini il *bill*, dove il Governo può controllare la maggioranza dei membri e nominare un Presidente di propria scelta, come è stato il caso della *Auckland Governance Legislation Committee*, incaricata di esaminare il *Local Government (Auckland Council) Bill 2009*.

In ogni caso, è necessario che un Esecutivo di minoranza o di coalizione conquisti l'appoggio dei partiti minori, i quali non solo hanno assunto una consolidata capacità di influenzare l'agenda politica del Governo, ma anche di determinare la scelta del futuro Primo Ministro, soprattutto da quando gli *hung parliaments* si sono formati con regolarità dopo ogni elezione generale. Nel testo del *Cabinet Manual* neozelandese, a cui si è ispirato il Governo britannico di Gordon Brown per la redazione di un documento simile<sup>†</sup>, si prevede che: «The process of forming a government is

Id. S. O. 55-56; per un'analisi generale della procedura d'urgenza cfr. C. Geiringer et. al, *What's the Hurry? Urgency in the New Zealand Legislative Process 1987-2010*, Wellington, Victoria University Press, 2011. Con tale procedura anche i Governi di minoranza sono in grado di far passare velocemente un disegno di legge, come è stato il caso dell'*Electoral (Vacancies) Amendment Act 2003* che è stato approvato in una sola seduta.

I dati riferiti dal 1997 al 2006 sono riportati da B. Yong, *New Zealand's Experience of Multi-Party Governance*, in R. Hazell – A. Paun (a cura di), *Op. cit.*, 49.

La ricerca svolta da Ryan Malon riporta i seguenti dati: «Out of a possible 13 subject committee chair positions in the 48<sup>th</sup> Parliament (2005-2008), there were held by a member of a support party (the Green Party and New Zealand First), while two were held by a member of an opposition party (Nationals). In the 50<sup>th</sup> Parliament (2008-[2011]) two of the subject committees (Commerce and Government Administration) are chaired by members of the opposition Labour Party. Non-government chairs weaken the link with the executive as the chairperson will inevitably be less sympathetic to the government's policies and timetable pressures than would a government backbencher» (R. Malon, *Op. cit.*, in *New Zealand Journal of Public and International Law*, 13).

*Ivi*, 14.

M. Ganley, *Select Committees and Their Role in Keeping Parliament Relevant: Do New Zealand Select Committees Make a Difference?*, in *Australian Parliamentary Review*, 2001, 145.

\* La Commissione era composta da 11 membri complessivi, di cui 7 provenienti dalle fila della maggioranza (5 erano del Partito Nazionale e gli altri 2 del Partito Maori e dell'Associazione dei Consumatori e dei Contribuenti).

† G. Palmer, *The Cabinet, The Prime Minister and the Constitution*, in *New Zealand Journal of Public and International Law*, 2006, 2-3; B. M. Hicks, *New Zealand: Learning How to Govern in Coalition or Minority*, in *Canadian Parliamentary Review*, 2013, p. 37. Sulla natura

political, and the decision to form a government must be arrived by politicians»<sup>‡</sup>. Dunque, spetta ai partiti politici trovare un accordo su chi possa essere in grado di ottenere la fiducia della Camera dei Rappresentanti e dichiarare pubblicamente le loro posizioni. Sulla base di tali dichiarazioni pubbliche «the role of the Governor-General in the government formation process is to ascertain where the confidence of the House lies, [...]so that a government can be appointed»<sup>§</sup>. Inoltre, viene specificato che il Governatore generale «will, by convention, abide by the outcome of the government formation process in appointing a government. The Governor-General will also accept the political decision as to which individual will lead the government as Prime Minister»<sup>\*\*</sup>. Il Primo Ministro uscente solitamente si dimette nel caso in cui il suo partito non sia stato in grado di conquistare la maggioranza relativa dei seggi e quando si profila una chiara alternativa politica al precedente Esecutivo<sup>††</sup>. Nei casi in cui, invece, la differenza di seggi tra i due maggiori partiti è minima, è più probabile che il Primo Ministro decida di rimanere in carica, avviando una serie di trattative con i partiti minori per ottenerne l'appoggio in Parlamento, prima che questo si riunisca e voti la fiducia al nuovo Governo<sup>‡‡</sup>.

## 8. Conclusioni

Dalla rapida disamina delle esperienze dei Paesi presi in considerazione si evince come gli *hung parliaments* costituiscano un fenomeno complesso da cui derivano una serie di implicazioni fondamentali per il funzionamento della forma di governo. Innanzitutto, emerge chiaramente che una Camera rappresentativa priva di una maggioranza assoluta riesce a conquistare un livello maggiore di autonomia rispetto al Governo e a controllarne efficacemente l'operato<sup>§§</sup>. Ciò

---

del *Cabinet Manual* e le implicazioni sul sistema di governo neozelandese cfr. G. Duncan, *New Zealand's Cabinet Manual: How Does It Shape Constitutional Conventions?*, in *Parliamentary Affairs*, 2015, 737-756.

<sup>‡</sup> New Zealand Cabinet Office - Department of the Prime Minister and Cabinet, *CabGuide: Guide to Cabinet and Cabinet Committee Processes*, 2008, 81, consultabile sul sito <http://www.cabinetmanual.cabinetoffice.govt.nz/files/manual.pdf>.

<sup>§</sup> *Ibidem*.

<sup>\*\*</sup> *Ivi*, 82.

<sup>††</sup> J. Boston, *Government Formation in New Zealand under MMP: Theory and Practice*, in *Political Science (NZ)*, 2011, 100.

<sup>‡‡</sup> Questo è stato il caso delle elezioni generali del 2005, a seguito delle quali il *Labour Party* e il *National Party* avevano ottenuto, rispettivamente, 50 e 48 seggi. Dunque, nessuno dei due schieramenti politici contrapposti (il Partito Nazionalista e l'Associazione dei Consumatori e Contribuenti da un lato, e, dall'altro, il Partito Laburista, il *Progressive Party* e il *Green Party*) erano in grado di costituire una *overall majority* in grado di sostenere il futuro Esecutivo. Come fa notare Ben Yong, le alternative praticabili erano due: «National could technically cobble together a majority government of 64 seats with four other parties (ACT, NZ First, UF and the Maori Party) [...] Labour, on the other hand, could form a one-seat majority of 61 seats with three parties (NZ First, UF and the Progressives) and support from the Greens» (B. Yong, *New Zealand's Experience*, in R. Hazell – A. Paun (a cura di), *Op. cit.*, 42). In questo contesto, la Prima Ministra Helen Clark decise di rimanere in carica e, dopo un mese di intense trattative, riuscì a formare un'amministrazione di centro-sinistra, costituita dal *Labour Party*, dal *Progressive Party*, dal *New Zealand First* e dallo *United Future* e sostenuta da un *cooperation agreement* con il *Green Party*.

<sup>§§</sup> Se si guarda al parlamentarismo maggioritario britannico, su cui si sono plasmati i sistemi parlamentari degli altri ordinamenti analizzati in questa sede, si può osservare come, in generale, il rapporto tra potere esecutivo e potere legislativo non sia riconducibile ad una totale marginalità del secondo rispetto al primo. Su questo tema sono stati condotti diversi studi, tra cui si può ricordare quello di Susanna Kalitowski, la quale ha svolto una ricerca su cinque atti legislativi (l'*Export Control Act* 2002, l'*Equality Act* del 2006, l'*Immigration, Asylum and Nationality Act* del 2006, il *Legislative and Regulatory Reform Act* del 2006 e il *Welfare Reform Act* del 2007) in relazione ai quali l'Autrice ha dimostrato che il «parliamentary scrutiny does make a difference: legislative proposals do change measurably as they make their way through Parliament» (S. Kalitowski, *Rubber Stamp or Cockpit? The Impact of Parliament on Government Legislation*, in *Parliamentary Affairs*, 2008, 695); importante è anche un'altra ricerca in cui, attraverso un'analisi di 4361 emendamenti a 12 *Bills* governativi e oltre 120 interviste a parlamentari, viene dimostrato che vi

avviene, però, sotto forme diverse nei singoli ordinamenti analizzati: nel Regno Unito hanno avuto una certa incidenza le manifestazioni di dissenso fra i *backbenchers* soprattutto a seguito dell'istituzione della *Backbencher Business Committee*; in Canada si è visto come la variabile principale è rappresentata dallo "stile" personale del Primo Ministro, il quale può decidere di dialogare con le opposizioni per conquistarne l'appoggio parlamentare o, al contrario, di esacerbare lo scontro con le stesse cercando di far prevalere la linea politica dell'Esecutivo; in Australia, invece, assume una grande rilevanza il ruolo dei parlamentari indipendenti, i quali, senza impegnarsi ad appoggiare ogni provvedimento legislativo proposto dal Governo, hanno l'opportunità di influenzarne in maniera significativa l'agenda politica; in Nuova Zelanda, infine, la necessità che si è posta per i Governi di minoranza o di coalizione di stabilire accordi di varia natura con i partiti di opposizione ha reso centrale il confronto parlamentare con questi ultimi, soprattutto all'interno dei *Select Committees*. Infatti, proprio attraverso il potere esercitato dalle Commissioni parlamentari, che si distinguono per quanto riguarda la tipologia e le funzioni svolte nei Parlamenti degli ordinamenti esaminati, è possibile osservare un certo ridimensionamento nel monopolio governativo dell'agenda parlamentare.

Ridimensionamento che, però, non implica una totale incapacità del Governo di realizzare il proprio programma e far approvare i disegni di legge che ritiene più importanti per l'azione politica che intende perseguire. In relazione a questo aspetto bisogna riconoscere che l'elezione degli *hung parliaments* non abbia rappresentato un particolare pericolo per la governabilità: si rilevi, ad esempio, che nel Regno Unito il primo Governo di coalizione in tempo di pace è rimasto in carica per tutta la durata della legislatura 2010-2015 e ha introdotto importanti innovazioni politico-costituzionali, proseguendo la tradizione riformatrice dei precedenti Esecutivi laburisti. Negli ordinamenti del *Commonwealth* la premessa all'efficienza degli Esecutivi di minoranza e di coalizione è data o dalla conclusione di vari tipi di accordi che prevedono un'ampia partecipazione di partiti e singoli parlamentari alla realizzazione di un programma preventivamente concordato (Australia, Nuova Zelanda), oppure dalla capacità del Primo Ministro di ottenere di volta in volta il sostegno da parte dei partiti di opposizione sui singoli provvedimenti e di mantenere con questi solidi rapporti di fiducia (Canada).

Pertanto, la ricerca del compromesso e il rafforzamento della collaborazione interpartitica costituiscono gli strumenti principali tramite i quali è possibile gestire adeguatamente una situazione di *hung Parliament*, come dimostrano anche le esperienze degli ordinamenti scozzese e gallese. Tra l'altro, tali strumenti si rivelano particolarmente utili anche nell'ambito del processo di formazione di Esecutivi minoritari e di coalizione, nel quale intervengono una pluralità di forze politiche che si sono fronteggiate durante la campagna elettorale e che sono poi chiamate a dare una maggioranza al Governo che deve essere costituito.

---

sono almeno «six reasons for doubt suggest that Westminster is far more influential on government legislation than is often recognised» (M. Russell - D. Gover - K. Wollter, *Does the Executive Dominate the Westminster Legislative Process?: Six Reasons for Doubt*, in *Parliamentary Affairs*, 2016, 303). Le ragioni per dubitare dell'assunto generale che l'Esecutivo domina il Legislativo sono: 1) il fatto che i *government amendments* non apportano modifiche sostanziali a un provvedimento; 2) tali emendamenti sono fatti in risposta a pressioni parlamentari; 3) gli emendamenti non governativi vertono spesso sulla stessa questione; 4) tali emendamenti non mirano a modificare il disegno di legge di proposta governativa; 5) l'influenza parlamentare sulle *policy* governative emerge prima che inizi il procedimento legislativo; 6) tale influenza si manifesta dopo che il processo di approvazione delle leggi è completato, valutando l'implementazione delle politiche governative.

Sulla base di quanto è stato detto, emerge chiaramente come il fenomeno degli *hung parliaments* sia suscettibile di sviluppare la formazione di nuove prassi ed usi che confermano la capacità del “modello Westminster” di adattarsi alle modifiche della realtà contingente. Questo aspetto si riscontra perlomeno in quei Paesi (Regno Unito, Canada e Australia) che mantengono tale modello alla base del funzionamento della propria forma di governo e che per ora non sembrano proiettati a superarlo, dato che nelle rispettive Assemblee rappresentative vi è attualmente una solida maggioranza assoluta a sostenere i rispettivi Governi monocolore di Theresa May, di Justin Trudeau e di Malcolm Turnbull. La Nuova Zelanda, invece, non costituisce più un *Westminster-based system* con la riforma elettorale del '96, pur continuando a configurarsi come un ordinamento stabile ed omogeneo, in cui l'adozione della «proportional representation has radically changed politics [...] but not the constitution»<sup>124</sup>. Per concludere, si può affermare che l'elezione di un “Parlamento appeso” può costituire un'opportunità capace di rendere più inclusivi i processi decisionali delle democrazie maggioritarie e di rappresentare adeguatamente la realtà multipartitica esistente negli ordinamenti presi in considerazione, senza minare la stabilità degli Esecutivi e la possibilità di realizzare l'indirizzo politico da essi prescelto.

---

<sup>124</sup> V. Bogdanor, *The Coalition*, cit., 23.

## Il federalismo tedesco e Georg Waitz \*

di Alessandra Di Martino \*\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 3. L'evoluzione del principio federale fino all'inizio del XIX secolo. – 4. Il *Deutscher Bund* e il *Vormärz*. – 5. La Costituzione di Francoforte. – 6. L'assimilazione "selettiva" del federalismo statunitense. – 7. Il pensiero di Georg Waitz durante la *Nationalversammlung*. – 8. La riflessione waitziana sullo stato federale. – 9. Osservazioni conclusive.

### 1. Introduzione

Tra la seconda metà degli anni Novanta e l'inizio degli anni Duemila, non era infrequente imbattersi, negli studi sugli assetti federali dell'Unione europea, in citazioni relative a Georg Waitz. Lo studioso tedesco veniva richiamato per suffragare l'ipotesi di una sovranità limitata e "divisa" tra l'Unione e gli stati membri<sup>1</sup>. Il contesto europeo attuale è per diversi aspetti mutato, con il paradigma federalista che sembra arretrare di fronte a modelli sovranisti ed egemonici<sup>2</sup>. Ma nella situazione contemporanea l'interesse per l'opera di Waitz non è venuto meno: se il federalismo va compreso alla luce di processi dinamici, che si sviluppano lungo il *continuum* unità/diversità<sup>3</sup>, tale opera può offrire una testimonianza significativa della corrispondenza tra teorie costituzionali e vicende

\* Questo lavoro costituisce la rielaborazione e l'ulteriore approfondimento di una relazione, finora inedita, dal titolo *La teoria federale di Georg Waitz e l'Europa*, tenuta al colloquio italo-tedesco sul tema *Le radici tedesche del federalismo europeo* presso il centro di Villa Vigoni, 26-27 luglio 2010. \*\* Ricercatrice di Diritto pubblico comparato – Dipartimento di Scienze Giuridiche (Istituto di Diritto pubblico), Università di Roma "Sapienza". Si tratta soprattutto di autori tedeschi o comunque influenzati dalla dottrina tedesca: cfr. A. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, pp. 144-145; S. Oeter, *Föderalismus*, in *Europäisches Verfassungsrecht*, A. von Bogdandy (hrsg.), Berlin, Springer, 2003, pp. 78-79, pp. 83 ss.; E. Cannizzaro, *Il pluralismo dell'ordinamento giuridico europeo e la questione della sovranità*, in *Quad. fior.*, XXXI, I, 2002, pp. 255 ss.. V. altresì Id., *Esercizio di competenza e sovranità nell'esperienza giuridica dell'integrazione europea*, in *Riv. dir. cost.* 1996, pp. 120 ss.. Cfr., *infra*, n. 134. Sottolineano la varietà degli accordi federali e la dimensione dinamica e processuale del federalismo, accanto a quella strutturale, C. J. Friedrich, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, New York, Praeger, 1968, pp. 7-8, pp. 173 ss.; D. Elazar, *Idee e forme del federalismo*, Milano, ed. di Comunità, 1995 (versione orig. 1987), pp. 33 ss., pp. 55-56 e, nella dottrina italiana, G. Bognetti, *Federalismo*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, VI, Torino, Utet, 1991, pp. 273 ss. Sulla commistione, nel pensiero di Friedrich ed Elazar, della tradizione federalista anglo-americana con quella europeo-continentale v. M. Burgess, *Comparative Federalism. Theory and Practice*, London, Routledge, 2006, pp. 48 ss., pp. 162 ss. Per un'impostazione distante da approcci di carattere formalista e imperativista v. altresì, da prospettive diverse ma integrative, M. Albertini, *Introduzione*, in *Il federalismo*, a cura di Id., Bologna, il Mulino, 1993, pp. 7 ss.; A. Vespaziani, *Federalismo*, *Enc. giur.*, XV, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2006.

storiche sottostanti, così come della flessibilità del principio federale negli ordinamenti composti, le cui concretizzazioni dipendono dalla combinazione di fattori di natura politica ed economico-sociale, non meno che ideale. Questo saggio intende contestualizzare il pensiero di Waitz, che si colloca in un momento particolare del percorso della formazione dello stato nazionale in Germania, a cavallo del 1848. Al contempo, la figura di Waitz costituisce l'occasione per ripercorrere i numerosi passaggi della storia costituzionale tedesca concernenti il principio federale e antecedenti l'unificazione, un periodo che finora ha trovato forse minore attenzione presso la dottrina italiana. Poiché molte delle questioni affrontate da Waitz hanno un'origine risalente, cercherò di delineare le tappe principali dello sviluppo del federalismo tedesco fino all'avvento del *Rheinbund*, mettendo in luce la grande varietà di autori che lo hanno analizzato e individuando quelli che hanno espresso posizioni vicine a quelle waitziane (par. 2). Dopo questa panoramica, mi concentrerò sugli assetti del *Deutscher Bund* e sugli sforzi compiuti nel *Vormärz* per superarli e per promuovere la realizzazione dei valori di libertà e unità in una Costituzione federale (par. 3). Un passo decisivo verso la formazione di uno Stato nazionale è rappresentato dalla *Nationalversammlung* di Francoforte, la cui esperienza si è però chiusa prematuramente, a causa di alcuni nodi irrisolti relativi anche al *Bundesstaat*, che proverò a mettere in luce (par. 4). Una prospettiva complementare ma nondimeno significativa dalla quale osservare questi avvenimenti è offerta dalla circolazione in Germania del modello federalistico statunitense e dalla sua assimilazione selettiva (par. 5). Tutto ciò consente di inquadrare meglio la figura di Waitz, che era stato membro attivo della *Nationalversammlung* nelle fila del gruppo dei liberali organicisti (par. 6). Terminata l'esperienza costituente, in seguito alla vittoria della reazione in Austria e in Prussia, Waitz fu l'autore di un saggio che ebbe molto seguito in dottrina, almeno fino al consolidamento, tra la seconda metà degli anni Sessanta e gli anni Settanta dell'Ottocento, di un modello di *Bundesstaat* di impronta dogmatico-costruttivista: l'idea centrale della teoria waitziana, che la rese inizialmente appetibile e che più recentemente ha suscitato l'interesse dei giuristi europei, è costituita dalla reciproca indipendenza e autonomia del livello federale e di quello statale, tradotta nella formula della sovranità limitata e divisa (o "raddoppiata") (par. 7). Una comprensione adeguata dell'elaborazione waitziana può quindi chiarire le ragioni del suo impiego in relazione agli assetti istituzionali europei, non assimilabili a uno Stato federale a tendenza unitaria ma caratterizzati dal tentativo di mantenere l'equilibrio tra un potere centrale in espansione e una riserva di sovranità in capo agli stati membri (par. 8).

## 2. L'evoluzione del principio federale fino all'inizio del XIX secolo

Il principio federale, con la tensione che di esso è propria fra unità e particolarismo, ha radici profonde nella storia costituzionale tedesca, nel corso della quale ha assunto forme e significati diversi<sup>4</sup>. Nell'*Heiliger römischer Reich* (il Sacro Romano Impero) l'unità, pervasa da

<sup>4</sup>Per uno sguardo d'insieme v. almeno R. Koselleck, *Bund*, in Id., *Geschichtliche Grundbegriffe*, O.

Brunner, W. Conze (hrsg.), I, Stuttgart, Klett-Cotta, 1972, pp. 582 ss.; E. Deuerlein, *Föderalismus. Die historischen und philosophischen Grundlagen des föderativen Prinzips*, Bonn, Bundeszentrale für politische Bildung, 1972; T. Nipperdey, *Der Föderalismus in der deutschen Geschichte*, in Id.,

un'ispirazione religiosa, aveva il fine generale di realizzare la pace e assicurare il rispetto del diritto. Accanto all'imperatore, i ceti particolari potevano concludere alleanze tra loro al fine di rafforzare le paci territoriali. A livello centrale, essi erano rappresentati nel *Reichstag*, il cui assenso era necessario affinché l'imperatore potesse disporre prelievi fiscali o decidere in merito alla guerra. L'impero aveva realizzato un ordine unitario di carattere non nazionale ma sovragionale e, tramite il *Reichstag*, aveva creato la cornice istituzionale nell'ambito della quale ricomporre i conflitti religiosi che pure scoppiarono; in Germania la guerra confessionale si svolse invero nelle forme dei legami federali ammessi dal diritto imperiale. All'interno dell'impero prese corpo il *Reichspatriotismus*, articolato in una variante austriaca e in una prussiana: la prima faceva leva sull'idea della protezione, offerta dal *Reich*, contro l'autocrazia dei principi e i patriziati delle città, la seconda sulla patria come luogo non di nascita, ma del diritto di ragione e delle buone leggi<sup>5</sup>. È nell'ambito della struttura imperiale che, a cavallo tra XVI e XVII secolo, ha preso corpo la teoria consociativa di Altusio, caratterizzata da una visione organicistica e ascendente della comunità politica che, differenziandosi dal contrattualismo individualista, ha assunto come elementi costitutivi gli enti territoriali, suscettibili di produrre esiti integrativi e al contempo di incarnare limiti rispetto all'accentramento assolutistico<sup>6</sup>. Col passare degli anni, e soprattutto dopo la pace di Westfalia del 1648, le istituzioni imperiali persero effettività, per via dell'indebolimento della missione universalistica dell'impero, e, contestualmente, del rafforzamento dei poteri dei ceti nei territori. L'insieme di questi poteri diede origine alla supremazia territoriale. A livello teorico, la comprensione della natura del *Reich*, e del relativo rapporto con gli stati territoriali, è apparso un rompicapo per quegli autori che, come Samuel Pufendorf, si rifacevano alla categoria della sovranità elaborata da Bodin. Essendo quest'ultima definita in termini di unità e indipendenza, essa non poteva che essere attribuita esclusivamente agli stati territoriali o all'Impero. Mentre la dottrina dominante continuava ad avvalersi delle forme di Stato aristoteliche, inquadrando l'Impero come una forma mista tra monarchia e aristocrazia, Pufendorf, parimenti attento all'effettività dei poteri esercitati dai diversi soggetti politico-costituzionali, le ha ritenute di scarsa utilità ed è giunto a definire l'impero come un *monstrum*, che presentava alcuni elementi della monarchia limitata ed altri di un'alleanza federale di principi territoriali. La sovranità risiedeva in questi ultimi, data la debolezza degli organi imperiali e la conflittualità

*Nachdenken über die deutsche Geschichte*, München, Beck, 1986 (OA 1981), pp. 60 ss.; A. Funk, *Kleine Geschichte der Föderalismus*, Paderborn, Schöningh, 2010; B. Grzeszick, *Der Gedanke des Föderalismus in der Staats- und Verfassungslehre vom Westfälischen Frieden bis zur Weimarer Republik*, in *Handbuch Föderalismus*, I. Härtel (hrsg.), I, Berlin, Springer, 2012, pp. 57 ss.; S. Weichlein, *Föderalismus und Bundesstaat zwischen dem Alten Reich und der Bundesrepublik Deutschland*, ivi, pp. 101 ss.; D. Langewiesche, *Historische Reflexionen zum Föderalismus in Deutschland. Wandel und Kontinuität seit dem 19. Jahrhundert*, ivi, pp. 129 ss.; O. Dann, *Il cammino della Germania verso l'unità nazionale alla luce della problematica federalista*, in *Centralismo e federalismo tra Otto e Novecento. Italia e Germania a confronto*, a cura di O. Janz, P. Schiera, H. Siegrist, Bologna, il Mulino, 1997, pp. 65 ss.; P. Schiera, *Centralismo e federalismo nell'unificazione statale nazionale italiana e tedesca. Spunti per una comparazione politologica*, ivi, pp. 21 ss. Un'efficace panoramica delle teorie dello stato federale era già in S. Brie, *Storia dello stato federale* in *Biblioteca di scienze politiche* (dir. da A. Brunialti), VII, Torino Unione tipografica editrice, 1891, pp. 81 ss.; R. Koselleck, *Bund*, cit., pp. 586 ss., pp. 600 ss.; T. Nipperdey, *Der Föderalismus*, cit., pp. 63-65; S. Weichlein, *Föderalismus*, cit., pp. 102-104. 5. Althusius, *Politica* (1614), tr. it. parz. a cura di D. Neri, Napoli, Guida, 1980, su cui v., tra i molti, G. Duso, *Il governo e l'ordine delle consociazioni: la Politica di Althusius*, in Id., *Il Potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Roma, Carocci, 1999, pp. 77 ss.

dei ceti, mentre il *Reich* non poteva concepirsi come un vero e proprio Stato (lo scenario prospettato era semmai quello della confederazione). Altri autori hanno elaborato modelli teorici più vicini allo stato federale come lo conosciamo oggi: dapprima Ludolph Hugo ha parlato di un doppio Governo e di una suddivisione dei poteri di supremazia, qualitativamente analoghi, tra i territori e il *Reich* (differenziando quindi nettamente i territori dalle circoscrizioni del *Reich*), poi Gottfried W. Leibniz ha teorizzato un corpo politico unitario (*unio*), formato dalla compenetrazione di enti che non perdevano la propria supremazia territoriale, e i cui vertici reciproci erano caratterizzati da una graduazione di *majestas* (l'imperatore, i principi territoriali maggiori e quelli minori): tali ricostruzioni, che rinunciavano alla ricerca di un titolare unico della sovranità, riflettevano più esattamente il carattere cetuale corporativo della realtà imperale<sup>7</sup>. Se queste ricostruzioni raramente sono state riconosciute, dai teorici del *Bundesstaat* del XIX secolo, come proprio fondamento e fonte di ispirazione, è probabilmente perché non ebbero, quando furono pubblicate, un impatto pratico rilevante, dal momento che non furono impiegate nella lotta politica tra l'imperatore e i principi territoriali, o furono marginalizzate con l'avvento del giusnaturalismo (è soprattutto il caso di Hugo)<sup>8</sup>.

Il dilemma concettuale, già chiaramente delineato nel corso del Seicento, si è precisato nel secolo successivo, in cui si è assistito a un triplice movimento. In primo luogo, le istituzioni centrali sono apparse sempre meno capaci di servire il bene della vasta comunità imperiale e, invece, sempre più piegate a riflettere l'ascesa dei maggiori principati territoriali e il dualismo tra Austria e Prussia. Questa tendenza è stata, in secondo luogo, accentuata dalla penetrazione di idee illuministiche, che sono state alla base di riforme e processi di modernizzazione all'interno di tali principati, finendo per rafforzare quei sovrani che si erano orientati verso forme di assolutismo illuminato. Infine, a livello teorico, si è assistito all'integrazione dei tradizionali metodi di carattere storico-positivo con approcci di tipo giusnaturalistico, posti alla base della nuova dottrina dello stato. Il novero degli autori è molto ampio, e ricomprende figure come Johann J. Moser, Justus Möser, Friedrich C. von Moser, Carl F. Häberlin, Johann C. G. von Justi, Heinrich G. Scheidemantel e soprattutto Johann S. Pütter, i quali, con diversi accenti, hanno continuato a valorizzare la componente cetuale della statualità imperiale, mettendo altresì in risalto i poteri di supremazia potenzialmente concorrenti e cercando di definire i possibili criteri per la distribuzione delle competenze dei diversi livelli territoriali (Pütter, in particolare, ha riflettuto sullo stato composto e ne ha ravvisato un tipo specifico nel *Reich*, formatosi per la dissoluzione di un corpo politico più compatto)<sup>9</sup>. È altresì vero, però, che il metodo storico-positivo ha indotto a indagare il *Reich* prevalentemente come ordinamento giuridico, sottovalutando i rapporti

<sup>7</sup>Per una ricostruzione e contestualizzazione dell'opera di questi autori cfr. B. Gresznick, *Vom Reich zur Bundesstaatsidee. Zur Herausbildung der Föderalismusidee als Element des modernen deutschen Staatsrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, pp. 55 ss.; M. Dreyer, *Föderalismus als ordnungspolitisches und normatives Prinzip. Das föderative Denken der Deutschen im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a.M., Lang, 1987, pp. 36 ss. V. altresì H. Holste, *Der deutsche Bundesstaat im Wandel (1867-1933)*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, pp. 39 ss.; M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, I, München, Beck, 1988, pp. 233 ss. e, più sinteticamente, B. Grzeszick, *Der Gedanke des Föderalismus*, cit., pp. 61-62; T. Nipperdey, *Der Föderalismus*, cit., pp. 67-68.

<sup>8</sup>M. Dreyer, *Föderalismus*, cit., p. 40, p. 50 <sup>9</sup>B. Gresznick, *Vom Reich zur Bundesstaatsidee*, cit., pp. 67 ss.; H. Holste, *Der deutsche Bundesstaat*, cit., pp. 42 ss.; M. Dreyer, *Föderalismus*, cit., pp. 47 ss. Su J. J. Moser, J. S. Pütter, F. von Moser e F. D. Häberlin v. anche M. Stolleis, *Geschichte*, I, cit., pp. 258 ss., pp. 312 ss., pp. 318-320.

politici effettivi che si andavano ricomponendo al suo interno <sup>10</sup>: molti degli autori — appena menzionati, infatti, hanno insistito sulla titolarità di poteri sovrani in capo all'impero, quando, in realtà, quest'ultimo era sempre più fragile, non più in grado di reggersi sui ceti tradizionali e insidiato dalle divisioni religiose tra cattolici e protestanti. Era invece inarrestabile il rafforzamento degli stati territoriali e il dualismo competitivo austro-prussiano, chiaramente percepibile nella formazione, nel 1785, di una lega di principi (a guida prussiana e senza l'Austria), che aveva solo apparentemente la funzione di proteggere la Costituzione del *Reich*. Le forze che sostenevano l'ordine federale tedesco non erano più i ceti medi e piccoli ma le grandi potenze. Alla fine del XVIII secolo, l'influenza delle correnti giusrazionaliste è stata ulteriormente potenziata dall'impatto della rivoluzione francese. Questa è stata vista dapprima favorevolmente, per aver posto al centro dell'azione politica le idee di libertà, eguaglianza e autonomia e poi — con l'inasprimento del regime rivoluzionario e l'espansione napoleonica anche in Germania — con maggiore distacco. È in tale contesto, in cui la missione pacificatrice non veniva più svolta dal *Reich*, che ha avuto origine il progetto kantiano di pace perpetua, basato sulla tensione tra lo Stato di popoli (*Völkerstaat*) e la federazione di popoli (*Völkerbund*), il primo inteso come obiettivo ideale da perseguire, il secondo come forma istituzionale (repubblicana in senso ampio e non incompatibile con la monarchia) realmente praticabile per il suo raggiungimento <sup>11</sup>. La ricostruzione kantiana non appare significativa solo per quanto riguarda i rapporti esterni tra gli stati: l'idea di una Costituzione repubblicana, fondata sulla sovranità popolare e tesa alla protezione dei diritti dell'uomo, è stata infatti alla base di alcuni progetti redatti tra il 1796 e il 1798, rispettivamente da Wilhelm T. Krug e da un anonimo. Il primo, in particolare, aveva strutturato la repubblica tedesca sulle unità amministrative dell'impero (i *Kreise*), contemplando accanto ad essa una più debole associazione federale (una lega per la pace) da concludersi con la Prussia <sup>12</sup>. L'occupazione francese è stata un significativo catalizzatore del sentimento di unità nazionale. Emblematici di questo passaggio sono stati i *Discorsi alla nazione tedesca* di Johann G. Fichte, un'opera che sarebbe stata in seguito censurata in Prussia e sottoposta al controllo della commissione centrale d'inchiesta istituita con i *Karlsbaderbeschlüsse* (v. *infra*, par. 3) <sup>13</sup>. Anziché esaltare un'idea di nazione su basi etniche o razziali, Fichte ha legato tale concetto al «tratto comune» rappresentato dalla storia e dalla lingua di un popolo, caratterizzata — quest'ultima — da un'elevata forza simbolica. Vi era un potenziale e unificante legame comunitario di cui occorreva prendere coscienza: a ciò erano chiamati dapprima i ceti colti e poi, grazie al compito educativo da essi svolto, tutti i tedeschi. La nazione fichtiana riconnetteva dimensioni temporali diverse e rappresentava il luogo della realizzazione della

B. Gresznick, *Vom Reich zur Bundesstaatsidee*, cit., p. 86, pp. 93-94; H. Holste, *Der deutsche Bundesstaat*, cit., p. 46; M. Dreyer, *Föderalismus*, cit., p. 51. 10I. Kant, *Per la pace perpetua* (1795), Milano, Feltrinelli, 1995; Id., *La Metafisica dei costumi* (1798), Roma Bari, Laterza, 2004, §§ ss. Per un approfondimento rimando a M. Mori, *La pace e la ragione. Kant e le relazioni internazionali: diritto, politica e storia*, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 103 ss. e L. Scuccimarra, *I confini del mondo. Storia del cosmopolitismo dall'antichità al Settecento*, Bologna, il Mulino, 2006, pp. 324 ss.. B. Gresznick, *Vom Reich zur Bundesstaatsidee*, cit., pp. 115 ss.. <sup>13</sup>J. G. Fichte, *Discorsi alla nazione tedesca* (1808), a cura di G. Rametta, Roma-Bari, Laterza, 2003.

libertà e della creatività individuale <sup>14</sup>. Come già nel saggio sullo *Stato commerciale chiuso* <sup>15</sup>, Fichte era meno interessato alla determinazione particolareggiata del modello costituzionale di un futuro stato tedesco che non ai principi filosofici che informavano quella struttura: entrambe le opere hanno denunciato la monarchia universale, incarnata dall'occupazione napoleonica, che si sarebbe tradotta nel dispotismo, nell'assoggettamento ad unico potere sovrano, nell'omologazione forzata di popoli e culture e nella perpetuazione dell'anarchia commerciale. E, tuttavia, mentre nello *Stato commerciale chiuso* Fichte aveva delineato per uno

Stato (astrattamente ogni stato, praticamente anzitutto la Prussia) l'obiettivo ideale della chiusura delle frontiere dinanzi al commercio internazionale, fonte di disequaglianze tra gli stati e tra i cittadini all'interno di questi <sup>16</sup>, nei *Discorsi* egli ha valorizzato – non senza qualche forzatura dal punto di vista storiografico- le migliori esperienze della storia tedesca, quelle dei liberi comuni, caratterizzate dalla sinergia di autogoverno repubblicano, pluralismo e coesistenza federativa all'interno di uno spazio condiviso. Quest'ultimo, capace di alimentare l'amor di patria, era costituito dal Sacro Romano Impero <sup>17</sup>. In tale ottica, è da condividere quel filone di studi che ha ridimensionato la tesi della *Kebre* fichtiana intorno all'800, mettendo in luce una sostanziale continuità con i lavori giovanili e ravvisando, negli scritti più maturi, una significativa coesistenza di particolarismo patriottico e universalismo emancipativo, nella misura in cui il compito di liberazione intellettuale affidato alla nazione tedesca non cessava di proiettarsi su scenari cosmopolitici. Sulla permanenza della dimensione universalistica ha influito – per Fichte come per altri pensatori a lui contemporanei- un intreccio di motivi proprio dell'illuminismo, dell'idealismo classico e del romanticismo <sup>18</sup>.

Un impatto diverso hanno avuto l'occupazione francese e le guerre di liberazione nazionale su Georg W.F. Hegel. A cavallo del nuovo secolo e nello scritto sulla *Costituzione della Germania* <sup>19</sup>, egli aveva pronunciato, facendosi interprete dello «spirito dei tempi» <sup>20</sup>, un giudizio fortemente negativo sulle sorti della Costituzione tedesca, denunciando la marcata ineffettività e l'obsolescenza del potere imperiale, incoerentemente frammentato in una molteplicità di poteri territoriali di carattere privatistico-particolaristico. Aveva quindi additato come obiettivo da raggiungere l'istituzione di uno Stato in cui l'universalità (delle idee di nazione e di libertà) e la particolarità-concretezza (dei ceti e dei singoli stati, con il proprio diritto, la propria cultura e la propria lingua) fossero sapientemente combinate <sup>21</sup>.

<sup>25</sup> Ivi, I, pp. 7 ss.; IV, pp. 48 ss.; VIII, pp. 119 ss.. 15 Id., *Lo stato secondo ragione o lo stato commerciale chiuso. Saggio di scienza del diritto e d'una politica del futuro* (1800), Milano, La vita felice, 2016, e spec. la lettera dedicatoria di Fichte al Ministro delle finanze prussiano von Struensee, ivi, pp. 11 ss.

<sup>26</sup> Ivi, pp. 51 ss., pp. 145 ss.. Cfr. J. G. Fichte, *Discorsi*, cit., IV, pp. 123-124; IX, pp. 127-129; XIII, pp. 187 ss.; XIV, p. 207, su cui v. G. Rametta, *Introduzione*, ivi, pp. XXIX ss. Per una ricostruzione del rapporto tra le due opere v. Id., *“Deutschland oder Europa”: Fichte e la “nazione tedesca”*, in *Fil. Pol.*, n. 1/2003, pp. 24 ss. Parzialmente diversa la valutazione di F. Meinecke, *Cosmopolitismo e stato nazionale*, I, Perugia, La Nuova Italia, 1930, pp. 105 ss., secondo cui Fichte avrebbe mostrato una relativa indifferenza rispetto alla forma politica, salva la fondamentale contrarietà alla monarchia universale. Cfr. ivi, 91 ss.; G. Rametta, *Introduzione*, cit., pp. XXIV e, da ultimo, D. Fusaro, *Particolarismo e universalismo nei “Discorsi alla nazione tedesca” di Fichte*, in *Fil. pol.*, n. 2/2014, pp. 227 ss., al quale rinvio per ulteriori indicazioni bibliografiche.

<sup>27</sup> G. W. F. Hegel, *La costituzione della Germania* (1799-1802), in Id. *Scritti storici e politici*, a cura di D. Losurdo, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 3ss..

<sup>28</sup> Ivi, p. 4, p. 9, pp. 43-44, p. 13. Ivi, pp. 19-26, p. 45, pp. 97-98. Cfr. D. Losurdo, *Introduzione*, ivi, p. X, p. XVI.

Ma, anziché puntare all'edificazione di uno Stato federale nazionale, Hegel sembrava ancora riporre fiducia in una riforma del *Reich*, oppure guardare positivamente al moderno Stato prussiano, capace di racchiudere la diversità già al suo interno. Egli è apparso invero piuttosto distante dal movimento nazionale sfociato nella rivoluzione del 1848, e nelle sue opere successive l'idea di nazione, pur connessa dinamicamente a quella di popolo, non ha occupato un ruolo decisivo, nella misura in cui la definizione dello Stato ha lasciato in secondo piano criteri pre-statali o pre-giuridici, concentrandosi invece dapprima sulla società civile e poi sul luogo istituzionale in cui si dispiega il processo universale di attualizzazione della libertà<sup>22</sup>. L'eredità del pensiero hegeliano sugli autori successivi è comunque innegabile: l'idea di una totalità non astratta ma concreta, che comprende al suo interno unità e molteplicità, che realizza la libertà individuale nell'eticità dello Stato e che è in un rapporto dialettico con il diritto ha influenzato fortemente la dottrina giuspubblicistica tedesca, specie quella di matrice organicista e immanentista<sup>23</sup>. Pochi anni dopo lo scritto di Hegel, la dissoluzione del *Reich* fu effettiva: nel 1803, il *Reichsdeputationshauptschluß* mise in atto una cospicua riorganizzazione territoriale, mentre nel 1806 venne istituito il *Rheinbund* (la confederazione del Reno) e l'imperatore depose la corona imperiale. Il *Rheinbund*, che univa gli stati sud-occidentali in una lega militare guidata da Napoleone, presupponeva espressamente la sovranità dei *Länder*, ai quali facevano ora capo pieni poteri legislativi, giudiziari, di polizia, di coscrizione militare e fiscali. All'interno dei singoli territori vennero intraprese riforme, di natura sia costituzionale che amministrativa, variamente ispirate al modello francese (o da una reazione ad esso). Tale cornice costituzionale agevolava, da un punto di vista teorico, l'emancipazione da schemi cetuali tardoimperiali nella comprensione dell'ordine federativo: portando a compimento uno sviluppo che si era avviato negli ultimi anni del *Reich*, sotto l'influenza del razionalismo critico, studiosi come Johann L. Klüber e Karl S. Zachariä hanno più chiaramente tematizzato la distinzione tra Stato federale (*Bundesstaat*) e confederazione di stati (*Staatenbund*), ponendo l'accento, quali elementi distintivi dello Stato federale, sull'esistenza di una comunità più coesa (*civitas civitatum* anziché *societas civitatum*), sull'effettività del potere di supremazia dell'ente centrale e sull'immediatezza dei rapporti tra quest'ultimo e i cittadini. Per converso, elementi tipici della confederazione erano la piena sovranità dei *Länder*, la capacità di questi ultimi di concludere unioni sovrastatali a fini particolari e il diritto di recesso dall'associazione (anche se formalmente conclusa in perpetuo). In origine, peraltro, l'attenzione sulla sovranità degli stati membri era dovuta, più che a tracciare concettualmente la linea di demarcazione tra le due forme di unione di stati, al riconoscimento di un potere effettivo all'interno di questi ultimi, in un conflitto che vedeva contrapporsi, da un lato, i ceti direttamente soggetti all'impero che rivendicavano diritti acquisiti e, dall'altro, i principi che quei diritti intendevano abolire. Occorre infine menzionare Wilhelm J. Behr, che più di tutti ha insistito sulla derivazione dello Stato (e delle relative unioni) dalla sovranità popolare e

<sup>22</sup> Cfr. A. von Bogdandy, *Hegel und der Nationalstaat*, in *Der Staat* 1991, pp. 522 ss., che pure mostra i passaggi attraverso cui alcune parti della filosofia hegeliana sono state lette, a partire dall'unificazione tedesca, in senso particolaristico-nazionalista. V. anche B. Gresznick, *Vom Reich zur Bundesstaatsidee*, cit., pp. 113-115 e, sul principio nazionale come elemento vivificante dello Stato, F. Meinecke, *Cosmopolitismo e stato nazionale*, cit., 263 ss.

<sup>23</sup> A. Sandri, *Genesi e sovranità. Le teorie dello stato federale nell'epoca bismarckiana*, Napoli, Jovene, 2010, pp. 105 ss..

sulla diretta soggezione, nel *Völkerstaat*, dei singoli popoli al potere centrale (diversamente dal *Völkerbund*, retto da un principio di libera associazione dei popoli stessi)<sup>24</sup>. Si tratta di elaborazioni che hanno risentito visibilmente degli influssi del liberalismo e dell'idea di nazione tedesca, nella misura in cui hanno ascrivito allo Stato federale il compito di assicurare la certezza del diritto quale preconditione dello sviluppo della libertà, in una società che stava sperimentando il passaggio dall'ordine cetuale a quello borghese, ed hanno concepito una cittadinanza federale, talora rievocando il mito unificante dell'impero, su basi vuoi contrattualistiche (Klüber), vuoi organicistiche (Behr). Quanto alla natura giuridica del *Rheinbund*, essa è stata concordemente ritenuta una confederazione, che riposava sulla sovranità dei suoi membri ed assolveva più circoscritte finalità in materia di politica estera e militare. La natura formale di confederazione, peraltro, coesisteva con il condizionamento politico da parte di Napoleone anche nelle questioni interne degli stati partecipanti, sicché il *Rheinbund* è apparso nondimeno come uno strumento dell'egemonia napoleonica in Europa nei primi anni del XIX secolo. Più esattamente, dunque, e andando al di là del solo rilievo formale della sovranità statale, Klüber ha configurato il *Rheinbund* come un vero e proprio protettorato politico<sup>25</sup>. Anche per questi autori, che hanno ulteriormente rifinito gli elementi di una teoria dello stato federale, si possono scorgere le ragioni di un successivo parziale oblio: una concezione maturata nell'ambito di un'esperienza politica – quella del *Rheinbund* – che i patrioti ritenevano di dover radicalmente superare, la valutazione positiva dello stesso *Rheinbund* come confederazione (o protettorato), e l'elaborazione del *Bundesstaat* con lo sguardo rivolto non tanto verso un futuro stato tedesco, ma ancora verso il passato del Sacro Romano Impero<sup>26</sup>.

### 3. Il *Deutscher Bund* e il *Vormärz*

Dopo le guerre di liberazione e la sconfitta di Napoleone, il successivo passaggio che ha plasmato il federalismo tedesco è stato la creazione, con i *Bundesakte* del 1815, integrati dai *Wiener Schlußakte* del 1820, del *Deutscher Bund* (la Confederazione tedesca)<sup>27</sup>. Si tratta di un'unione dei principi «sovrani» e delle città libere tedesche volta, secondo il preambolo dei *Bundesakte*, al mantenimento della «sicurezza» e dell'«indipendenza» della Germania, e dell'«equilibrio dell'Europa», mediante un legame federale debole che ha cercato di conciliare il predominio politico dell'Austria e della Prussia (e in parte anche dei grandi *Länder* sud-

<sup>24</sup> Su tutti v. B. Gresznick, *Vom Reich zur Bundesstaatsidee*, cit., pp. 127 ss., pp. 139 ss., pp. 158 ss. (e più sinteticamente Id., *Der Gedanke des Föderalismus*, cit., pp. 65 ss.); M. Dreyer, *Föderalismus*, cit., pp. 65 ss. V. altresì R. Koselleck, *Bund*, cit., pp. 649 ss. Sul *Rheinbund* cfr. E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, I, Stuttgart, Kohlhammer, 1957, pp. 75 ss..

B. Gresznick, *Vom Reich zur Bundesstaatsidee*, cit., pp. 159 ss.; M. Dreyer, *Föderalismus*, cit., p. 72. V. anche H. Holste, *Der deutsche Bundesstaat*, cit., pp. 48 ss., spec. p. 58.

<sup>25</sup> M. Dreyer, *Föderalismus*, cit., pp. 74-76.

Su di esso v. J. Müller, *Der deutsche Bund 1815-1866*, München, Oldenbourg, 2016; E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, I, cit., pp. 583 ss., pp. 658 ss.; D. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1988, pp. 142 ss.; D. Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, München, Beck, 2013<sup>7</sup>, pp. 246 ss.; B. Gresznick, *Vom Reich zur Bundesstaatsidee*, cit., pp. 189 ss.; H. Holste, *Der deutsche Bundesstaat*, cit., pp. 59 ss. V. altresì E. Wadle, *Staatenbund oder Bundesstaat? Ein Versuch über die alte Frage nach den föderalen Strukturen in der deutschen Verfassungsgeschichte zwischen 1815 und 1866*, in *Staatliche Vereinigung: Fördende und hemmende Elemente in der deutschen Geschichte*, W. Brauneder (hrsg.), Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp. 147 ss..

occidentali), con le istanze di partecipazione dei *Länder* medi e piccoli. La qualifica formale di confederazione, così come l'origine avvenuta tramite trattati di diritto internazionale, non ha pregiudicato *a priori* la natura delle relative istituzioni<sup>28</sup>. Vi sono, infatti, nel *Deutscher Bund*, elementi che senz'altro denotano l'esilità della struttura federale: tra questi, l'insistenza sulla salvaguardia della indipendenza e sovranità dei suoi membri, i fini del *Bund* (concentrati nella realizzazione di ordine e sicurezza all'interno della confederazione), la presenza di un unico organo comune con funzione deliberante (la *Bundesversammlung*) e le norme sul computo dei voti (le quali denotano la prevalenza dei grandi stati, temperata da una rappresentanza ultraproporzionale di quelli piccoli). E, tuttavia, non sono mancati elementi di carattere più unitario, tra i quali occorre ricordare i poteri sostitutivi della confederazione (*Bundesintervention* e *Bundesexekution*), le clausole di omogeneità, seppure di segno opposto, relative per un verso alla presenza di *landständische Verfassungen* negli stati membri (art. 13 *Bundesakte*) e per l'altro al rafforzamento del principio monarchico (art. 57 *Wiener Schlussakte*), la previsione di fini ulteriori della confederazione, maggiormente legati al raggiungimento di obiettivi comuni, come l'armonizzazione normativa e il coordinamento nella materia commerciale e doganale (poi contrattosi per la parallela attività dello *Zollverein*), ed altresì una maggiore libertà di azione degli emissari degli stati membri nella *Bundesversammlung*, nei primi anni del suo funzionamento, con il corrispondente allentamento del vincolo di mandato. Il concreto funzionamento degli assetti del *Deutscher Bund* è dipeso dagli equilibri tra gli stati al proprio interno e dalla risoluzione della tensione tra le istanze liberali, quelle unitarie e quelle restauratrici, che si sono incontrate e scontrate nei primi decenni del XIX secolo. Tale tensione non ha mancato di influenzare anche i modelli teorici utilizzati per comprendere gli assetti federali. Come si è visto in precedenza, l'uso delle categorie *Bundesstaat* e *Staatenbund* era già consolidato; nella fase matura del *Deutscher Bund*, alcuni giuristi (tra cui Klüber, Behr e F. W. Tittmann) ne fecero uso per inquadrare quest'ultimo come *Staatenbund*, una confederazione composta da stati membri indipendenti e sovrani che avevano ceduto alcuni poteri limitati all'organizzazione comune<sup>29</sup>. E tuttavia, nel periodo iniziale, gli autori maggiormente sensibili all'idea di nazione avevano formulato progetti unitari (così, al tempo della conferenza di pace e con diverse sfumature, il Freiherr vom Stein, Wilhelm von Humboldt e Friedrich D.E. Schleiermacher<sup>30</sup>), o non sembravano comunque escludere uno sviluppo del *Deutscher Bund* in questo senso. Più avanti, specie dopo i *Karlsbader Beschlüsse* e l'intensificazione della *Bundesintervention*, lo stesso Klüber adottò un approccio più flessibile, ammettendo la presenza, in una confederazione, di tratti propri dello Stato federale e quindi contemplando forme federative miste. Soluzioni miste siffatte furono scelte anche da autori che avevano considerato – tra l'altro- il diritto di recesso degli stati non incompatibile con il *Bundesstaat*<sup>31</sup>.

Cfr. *ivi*, p. 149. Cfr. soprattutto B. Gresznick, *Vom Reich zur Bundesstaatsidee*, cit., pp. 253 ss.; M. Dreyer, *Föderalismus*, cit., pp. 100 ss.. Sui relativi progetti v. B. Gresznick, *Vom Reich zur Bundesstaatsidee*, cit., pp. 197 ss.. M. Dreyer, *Föderalismus*, cit., pp. 105-106. Tra gli autori che hanno tematizzato forme federative miste e hanno teorizzato il diritto di recesso per i membri dello stato federale va ricordato anche S. Jordan, che ha probabilmente dato rilievo alla separazione dei Paesi Bassi e della Svizzera dal *Reich*, mentre quest'ultimo era considerato il prototipo del *Bundesstaat*: *ivi*, p. Su altre forme miste v. E. Deuerlein, *Föderalismus*, cit., pp. 74-75, p. 88.

—Le asimmetrie tra i *Länder* e i diversi orientamenti prevalenti in ciascuno di essi indussero, in un primo tempo, a realizzare riforme di tipo liberale al loro interno (soprattutto in quelli sud-occidentali come il Baden, il Württemberg e la Baviera, poi anche in Sassonia, nel Kurhessen e più limitatamente in Prussia): furono adottate carte volte a stabilizzare la monarchia costituzionale, con un organo effettivamente rappresentativo del popolo (più esattamente, di coloro che godevano dell'elettorato) e non solo dei ceti tradizionali. In questi contesti, l'interpretazione della clausola sulla *landständische Verfassung* fu in linea con un aggiornamento delle strutture dell'ordinamento cetuale alla luce dei motivi del liberalismo e delle istanze della nuova società borghese <sup>32</sup>. Tale ondata di rinnovamento si spense tra il 1819 e 1820 con una più dura restaurazione, contrassegnata da un impiego delle istituzioni confederali, da parte dell'Austria e della Prussia, a fini repressivi. La *Bundesversammlung* fu infatti chiamata a ratificare decisioni prese in sede di conferenze intergovernative, con cui si comprimevano pesantemente le libertà di stampa, di riunione e di associazione, mentre i *Wiener Schlussakte* da un lato ridefinirono in maniera restrittiva i fini generali del *Bund*, dall'altro ampliarono i poteri di intervento di quest'ultimo e rimarcarono fortemente il principio monarchico di legittimità. A partire da quella data, le istituzioni della confederazione, guidate da una convergenza di interessi tra le due potenze egemoni, operarono nel senso di osteggiare anziché di dare spazio alle forze liberali. Su altri fronti, come quello economico, l'unità d'intenti tra Austria e Prussia non ci fu, come prova la conclusione del primo *Zollverein* (l'Unione doganale) nel 1834, soltanto tra la Prussia ed alcuni stati limitrofi <sup>33</sup>. Ma i movimenti liberali, che assunsero in alcuni casi tratti più schiettamente democratici, guadagnarono nuovamente terreno sia dopo la rivoluzione del 1830 in Francia, sia soprattutto all'inizio degli anni Quaranta, nel *Vormärz*, quando le forze di opposizione riuscirono a far rimuovere le penetranti restrizioni ai diritti di libertà e ad ottenere un ampliamento della pubblicità e della partecipazione popolare nei processi. Fu in questo periodo che, rendendo ufficiali le richieste che provenivano da quei movimenti, alcuni deputati dei parlamenti degli stati meridionali presentarono mozioni volte all'istituzione a livello federale di un'Assemblea rappresentativa di tutto il popolo tedesco <sup>34</sup>. Sul piano teorico, alcuni autori (come Behr, Arnold H.L. Heeren, Georg L. von Dresch e Karl E. Schmidt), consapevoli della debolezza del *Deutscher Bund* e della sua strumentalizzazione da parte delle due potenze egemoni, tornarono a ribadire il suo carattere solo confederale, con lo specifico intento di preservare le costituzioni liberali nei singoli stati <sup>35</sup>. Ma, con il maturare del *Vormärz*, altri autori cominciarono a insistere sulla necessità di edificare uno Stato federale di carattere unitario, che potesse dare spazio alle forze che si opponevano alla restaurazione e veicolare su base unitaria i principi liberali e democratici, nonché i diritti di

<sup>32</sup> Sulle ambivalenze interpretative dell'art. 13 dei *Wiener Schlussakte* v., per tutti, E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, I, cit., pp. 640 ss.. Su questo tema, centrale per la comprensione del *Konstitutionalismus* in Germania v. altresì *infra*, nn. 56, 113-116.

<sup>33</sup> Sulla doppia egemonia austro-prussiana come problema centrale del *Deutscher Bund* cfr., tra gli altri, H. Rumpler, *Föderalismus als Problem der deutschen Verfassungsgeschichte des 19. Jahrhunderts (1815-1871)*, in *Der Staat* 1977, pp. 221-222; T. Nipperdey, *Der Föderalismus*, cit., p. 71: «Preussen war zu sehr, Oesterreich zu wenig am Bund interessiert, die Doppelhegemonie hielt das Gleichgewicht wie die lockere Struktur des Bundes aufrecht». Per questa evoluzione v. D. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 155 ss.; H. Holste, *Der deutsche Bundesstaat*, cit., pp. ss.; B. Gresznick, *Vom Reich zur Bundesstaatsidee*, cit., pp. 244 ss.. Ivi, pp. 256 ss.; Id., *Der Gedanke des Föderalismus*, cit., pp. 72-73.

<sup>34</sup> cittadinanza come presupposto della partecipazione politica. Essi cercarono, fin dove possibile, di realizzare unità e libertà senza sacrificare nessuno dei due valori <sup>36</sup>. L'esigenza di rafforzare il polo unitario era una conseguenza del progressivo radicamento, a livello comunicativo, culturale e politico – specie a partire dalle guerre di liberazione contro Napoleone- di una vibrante coscienza nazionale <sup>37</sup>. L'opera che rappresenta il «più ricco precipitato storico-letterario del liberalismo tedesco del Vormärz» è senza dubbio lo *Staatslexikon* curato da Carl T. Welcker e Carl Rotteck, esponenti di spicco dell'opposizione liberale nella Camera rappresentativa del Baden. Di tale lavoro enciclopedico furono pubblicate tre edizioni, di cui la seconda ebbe una notevole diffusione presso i membri dell'Assemblea costituente riunitasi nella *Paulskirche*<sup>38</sup>. Nato come un testo di formazione politica per un pubblico ampio e laico, esso ha vissuto una parabola analoga a quella del liberalismo tedesco di quegli anni, dapprima unito contro l'assolutismo e le strutture feudali e poi scisso tra un fronte moderato ed uno radical-democratico (v. *infra*, par. 4). Un rilievo particolare riveste, in materia di federalismo, la voce *Bund* dello stesso Welcker <sup>39</sup>, il quale riprende alcune idee dei suoi predecessori e le rielabora alla luce della sua specifica concezione dello Stato, che contempera contrattualismo e organicismo, giusnaturalismo e storicismo, alla luce di un principio di armonia ricalcato sulla dialettica hegeliana. La forma di Stato della maturità dell'uomo è per Welcker il *Rechtsstaat*, un governo «costituzionale» in cui non solo i diritti individuali (civili e politici) sono assicurati, ma la «libertà del popolo» viene organizzata attraverso un corpo rappresentativo, che condivide l'esercizio dei poteri sovrani con il monarca <sup>40</sup>. Welcker vede nel *Bundesstaat* il compimento naturale della comunità politica, per la sua capacità di realizzare l'unità nazionale, conciliando le sovranità degli stati membri con la sovranità della federazione. Se le prime sono sottordinate alla seconda, quest'ultima è doppiamente limitata, dai diritti dei cittadini (considerati sia come singoli che come corpo politico) e da quelli degli stati membri. Anche alla luce dell'esempio degli Stati Uniti d'America, Welcker sostiene che lo stato federale debba essere dotato di poteri relativi a tutte le funzioni sovrane (legislativa, esecutiva, giudiziaria), e che debba instaurare un'unione diretta con tutti i cittadini e di questi tra loro, senza la mediazione degli stati membri <sup>41</sup>. Per Welcker, l'intima natura dello Stato federale è rappresentata dall'interazione armonica di tre principi: quello dell'unità nazionale, quello della libertà del popolo tedesco e quello della particolarità degli stati. Ad essi corrispondono i tre principali organi

<sup>36</sup> Cfr. B. Gresznick, *Vom Reich zur Bundesstaatsidee*, cit., pp. 274 ss.; H. Holste, *Der deutsche Bundesstaat*, cit., pp. 72 ss.; R. Koselleck, *Bund*, cit., pp. 662 ss..

<sup>37</sup> O. Dann, *Nation und Nationalismus in Deutschland 1770-1990*, München, Beck, 1996, pp. 57 ss., pp. 90 ss.; W. Siemann, *Vom Staatenbund zum Bundesstaat. Deutschland 1806-1871*, München, Beck, 1995, pp. 204 ss., pp. 250 ss., pp. 297 ss..

La prima edizione uscì tra il 1834 e il 1843, la seconda, con alcune integrazioni, tra il 1845 e il 1848, la terza, con un impianto parzialmente rivisto, 1856 e il 1866. Sulle vicende editoriali dell'opera e sulla sua eredità v. H. Zehnter, *Das Staatslexikon von Rotteck und Welcker. Eine Studie zur Geschichte des deutschen Frühliberalismus*, Jena, Fischer, 1929 (da cui, a p. 99, è tratta la citazione).

C. Welcker, *Bund*, in Id., *Das Staatslexikon. Encyklopedie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, C. von Rotteck (hrsg.), I, Altona, Hammerich, 1845<sup>2</sup>, 708 ss..

Cfr. Id., *Staatsverfassung*, in Id., *Das Staatslexikon. Encyklopedie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, C. von Rotteck (hrsg.), XI, Altona, Hammerich, 1848<sup>2</sup>, pp. 363 ss. Sulla differente impostazione teorica di Welcker rispetto a quella di Rotteck, più orientata verso il polo giusnaturalista-contrattualista v., tra i molti, H. Zehnter, *Das Staatslexikon*, cit., pp. 61 ss.

C. Welcker, *Bund*, cit., p. 714, p. 717.

costituzionali, ossia un capo dello Stato monarchico (più confacente alla storia costituzionale tedesca rispetto al presidente elettivo americano), un'Assemblea rappresentativa del popolo e un Senato rappresentativo degli stati, a composizione prevalentemente aristocratica e con funzione di mediazione. È importante, per Welcker, che in entrambe le Camere si discuta pubblicamente, che i membri del Senato non siano emissari dei governi statali e siano dunque sottratti a vincoli di mandato, e che sussista un'omogeneità di fondo tra le costituzioni degli stati membri e quella della federazione, omogeneità garantita da quest'ultima (anche a questo proposito, Welcker ricorre all'esempio statunitense, dove la Costituzione federale assicura, per ambedue i livelli, un governo repubblicano e la protezione dei diritti)<sup>42</sup>. E, tuttavia, le condizioni politiche reali non resero immediatamente attuabile il piano di Welcker. Ne sono riprova – oltre alle vicende dell'assemblea di Francoforte, esaminate più avanti – gli scritti di altri giuristi dell'epoca, come Paul A. Pfizer e Friedrich von Gagern. Il primo ha delineato uno Stato federale bensì repubblicano, ma trainato dalla Prussia (la cui preminenza economica e militare avrebbe dovuto essere compensata dalle conquiste culturali e politiche degli stati meridionali), sacrificando provvisoriamente la libertà all'unità. Il secondo ha prefigurato uno stato a tratti più unitari, edificato sulla comunità culturale tedesca e rinsaldato da un tessuto costituzionale omogeneo nei vari *Länder*, mentre le risorse di autorità e stabilità erano riposte nella monarchia ereditaria<sup>43</sup>. Affiora anche qui la principale ambiguità dei modelli federali ai tempi del *Deutscher Bund*, modelli che, per riflettere la realtà sociale e politica dell'epoca, non potevano non includere forme miste o fluide di transizione dallo *Staatenbund* al *Bundesstaat*. Nel fare ciò, essi preferivano lasciare sullo sfondo la questione della sovranità e l'apparente contraddizione tra la necessità di un potere indipendente, indivisibile, esclusivo e irrevocabile con la doppia statualità propria dello Stato federale, laddove la sovranità continuava ad essere considerata un attributo anche dei singoli stati. Vi sono bensì accenni al concetto di divisione della sovranità negli scritti di Welcker, così come in quelli di Robert von Mohl e di Johann C. Bluntschli, ma sarebbe stato Waitz, dopo l'esperienza della *Paulskirche*, ad affrontare in maniera più diretta e approfondita la questione. Nel contesto del *Deutscher Bund*, del resto, una maggiore unità presupponeva la rinuncia, da parte degli stati membri, a parte dei loro poteri sovrani. Ma ciò risultava difficile, dato che i legittimi monarchi dei *Länder* difficilmente si sarebbero privati della piena supremazia e indipendenza riconquistata dopo essersi liberati dai vincoli più avvolgenti dell'impero. Vi era poi la variante del dualismo austro-prussiano, con l'ulteriore contraddizione dell'appartenenza alla confederazione tedesca di due enti politici il cui territorio era per gran parte al di fuori dei confini della federazione. Anche per questi motivi, giuristi e pensatori tedeschi preferirono discostarsi o finanche dimenticare l

Ivi, pp. 718 ss. Per un confronto con l'esperienza statunitense v. più ampiamente *infra*, par. 5. Occorre precisare, peraltro, che la garanzia dei diritti fu inizialmente offerta dal *Bill of Rights* solo nei confronti del potere federale, mentre solo in un secondo momento l'applicabilità di esso fu estesa, dalla giurisprudenza della Corte Suprema, anche a livello statale, dove comunque vivevano costituzioni con propri cataloghi dei diritti.

Su questi autori v. B. Gresznick, *Vom Reich zur Bundesstaatsidee*, cit., pp. 279 ss.; M. Dreyer, *Föderalismus*, cit., pp. 110-112, pp. 115 ss., ed ivi sull'evoluzione "federalistica" del pensiero di von Gagern.

riflessione, svoltasi in Germania nei decenni e nei secoli precedenti, per individuare le origini dello stato federale nell'esperienza statunitense (v. *infra*, par. 5) <sup>44</sup>.

#### 4. La Costituzione di Francoforte

Le spinte verso una più piena realizzazione di unità e libertà sfociarono nella rivoluzione del 1848, in concomitanza con i moti popolari che si sviluppano in tutta Europa, per ragioni che univano le rivendicazioni di autodeterminazione e democrazia alla questione sociale. Anche in Germania, gli eventi del 1848 videro protagoniste diverse componenti, che si fronteggiarono dapprima negli organi rappresentativi dei *Länder* e poi nella *Nationalversammlung* presso la *Paulskirche*, ma altresì, non senza spargimenti di sangue, nelle strade e nelle piazze delle città tedesche <sup>45</sup>. La questione federale, che investiva la forma istituzionale più appropriata per il raggiungimento dell'unità nazionale, fu di assoluta centralità nell'Assemblea costituente. Il concetto di *Bundesstaat* è invero assente dal testo della Costituzione di Francoforte (*Frankfurter Reichsverfassung* o *Paulskirchenverfassung*), sia perché i deputati hanno voluto rimarcare un'opposizione polemica rispetto al *Deutscher Bund*, sia perché essi hanno preferito ricorrere alle risorse simboliche dell'antico *Reich* <sup>46</sup>, ma quel concetto è rimasto sempre sullo sfondo, specie nelle prime due parti della Costituzione, intitolate rispettivamente *Das Reich* e *Die Reichsgewalt*. In particolare, il testo costituzionale precisa che gli stati membri «conservano la loro autonomia» e che questa «incontra limiti nella costituzione del *Reich*», pur restando ai primi la sovranità e i poteri non ceduti al secondo (art. 5 FRV). Al *Bundesstaat* ha fatto riferimento esplicito Karl Mittermaier nella sua relazione, parlando di «una nuova forma di unione, che si colloca a metà tra il governo unitario e le forme di confederazione realizzate finora». Si trattava di uno «stato federale, [che] si fonda[va] su una formidabile unione di due elementi: l'elemento nazionale di ciò che è comune, e l'elemento delle particolari specificità [...]. Lo stato federale realizza[va] la volontà nazionale, ma [era] limitato da leggi organiche, che determina[va]no i limiti del potere conformemente agli obiettivi della costituzione federale: quest'ultima richiede[va] obbedienza da parte di ciascuno stato membro, nella misura in cui ciò si rende[va] necessario per il raggiungimento degli obiettivi della federazione» <sup>47</sup>. La chiave per comprendere i dibattiti nella *Nationalversammlung* in tema di stato federale – e con essi il naufragare della Costituzione della *Paulskirche* – rimane la tensione irrisolta tra la sovranità nazionale, di cui l'assemblea costituente era espressione, e il particolarismo degli stati (soprattutto dell'Austria e della Prussia), che cercavano di riservarsi un ruolo, anche attraverso il vecchio *Bundestag*, nella fondazione del nuovo ordine. Tale tensione è anche all'origine della crescente divaricazione, nelle forze di opposizione alla reazione, tra

Sul punto v. *ivi* pp. 156 ss., pp. 590-592. V. altresì B. Gresznick, *Vom Reich zur Bundesstaatsidee*, cit., p. 291.

<sup>44</sup> Cfr., per tutti, F. L. Müller, *Die Revolution von 1848/49*, Darmstadt, WBG, 2012; W. Siemann, *Vom Staatenbund zum Bundesstaat*, cit., pp. 149 ss., pp. 363 ss.

<sup>45</sup> Su questo aspetto v., tra gli altri, O. Dann, *Il cammino*, cit., pp. 77 ss..

<sup>46</sup>Riprendo la citazione da R. Koselleck, *Bund*, cit., p. 665.

formazioni di centro (e centro-destra) e di sinistra (e centro-sinistra). Queste forze, organizzate come embrionali partiti politici, condividevano bensì un'attenzione per le libertà civili e politiche, ma al contempo si distinguevano in maniera significativa. Le prime avevano un orientamento liberale organicista, alla luce del quale la legittimazione delle nuove istituzioni trovava fondamento nella plurisecolare storia costituzionale tedesca, contrassegnata dal consolidamento degli stati particolari e da un'equilibrata coesistenza delle libertà del popolo con i monarchi, mentre le seconde si caratterizzavano per un liberalismo dalla spiccata inclinazione democratico-repubblicana, sebbene talora astrattamente dogmatica, oltre che per una maggiore attenzione alle istanze sociali. La contrapposizione si è riflessa anzitutto sul diverso modo di concepire il nuovo *Reich*. Se, infatti, l'esigenza di dar vita ad uno stato per l'intero popolo tedesco era ampiamente condivisa da tutte le frazioni, non mancavano le differenze con riguardo alla sua conformazione: l'arco di posizioni andava da uno stato nazionale tendenzialmente accentrato a uno Stato federale unitario, a uno Stato federale con tratti più nettamente particolaristici, a una nuova unione di stati. Le soluzioni accentrate furono difese dai (pochi) esponenti comunisti e dalla sinistra più radicale, influenzata dal modello rivoluzionario francese, mentre quelle relative a uno stato federale unitario ebbero l'appoggio sia della restante parte della sinistra, sia di alcuni esponenti di punta della frazione di centro destra, il *Casino Partei* (tra questi, Friedrich C. Dahlmann, Johann G. Droysen e Georg Beseler), ma le due posizioni si differenziavano in ordine al peso da dare ai singoli stati e a un eventuale loro riequilibrio. Altri membri di quel partito, come lo stesso Waitz, sostennero un più accentuato rilievo delle tradizioni particolari dei singoli stati. Sebbene non mancarono oggetti su cui si formarono maggioranze trasversali, furono i numeri dell'Assemblea, composta per la gran parte da membri del *Bildungsbürgertum* e soprattutto da funzionari, giuristi e accademici, a suggellare la vittoria dei liberali più moderati <sup>48</sup>. Questo gruppo sociale poggiava le proprie convinzioni su un sostrato culturale ben preciso, intessuto dalle elaborazioni dei germanisti e della scuola storica del diritto <sup>49</sup>. Ma quella del *Bildungsbürgertum* fu una vittoria solo fragile e temporanea: i liberali tedeschi, che pure trovarono nella formazione e nella cultura una solida fonte di legittimazione, non seppero farsi carico delle sorti del movimento quarantottesco: l'unità originaria del blocco rivoluzionario, che aveva ricompreso, accanto ai borghesi, anche i contadini, gli artigiani e i

Molto efficacemente E. Sestan, *La Costituente di Francoforte (1848-49)*, Firenze, Sansoni, 1946, *passim*. Per una ricostruzione dei dibattiti della *Nationalversammlung* resta fondamentale anche V. Valentin, *Geschichte der deutschen Revolution von 1848-49*, II, Berlin, Ullstein, 1931, pp. 1 ss., pp. 297 ss., 545 ss. V. altresì W. Siemann, *Die Frankfurter Nationalversammlung 1848/1849 zwischen demokratischem Liberalismus und konservativer Reform*, Bern Frankfurt a.M., Lang, 1976; T. Nipperdey, *Der Föderalismus*, cit., 73 ss.; D. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 175 ss.; W. Pauly, *Die Verfassung der Paulskirche und ihre Folgewirkungen*, in *Handbuch des Staatsrechts*, J. Isensee, P. Kirchhof (hrsg.), I, Heidelberg, Müller, 2003<sup>3</sup>, pp. 93 ss.; K. Griewank, *Ursachen und Folgen des Scheiterns der deutschen Revolution von 1848*, in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1918)*, E. W. Böckenförde, R. Wahl (hrsg.), Köln, Kiepenheuer & Witsch, 1972, pp. 40 ss.; F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, Milano, Giuffrè, 2009<sup>2</sup>, pp. 31 ss. Per una netta prevalenza, tra le cause del fallimento della costituzione di Francoforte, del dualismo tra l'Austria e la Prussia, v. H. Boldt, *Federalism as an Issue in the German Constitutions of 1849 and 1871*, in *German and American Constitutional Thought*, H. Wellenreuther (ed.), New York, Berg, 1990, p. 278. Fondamentale resta E. W. Böckenförde, *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimonono*, Milano, Giuffrè, 1970 (versione orig. 1961). V. altresì Id., *Die national-konstitutionelle Bewegung des Jahres 1848*, in Id., *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte*, R. Wahl (hrsg.), cit., pp. 27 ss.; E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, II, Stuttgart, Kohlhammer, 1960, pp. 374 ss.; M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, II, München, Beck, 1992, pp. 176 ss.; P. Schiera, *Introduzione*, in E. W. Böckenförde, *La storiografia*, cit., pp. 38-40.

lavoratori delle città, si ruppe a mano a mano che emerse la diversità delle ispirazioni e degli obiettivi di ciascun gruppo. I primi furono soddisfatti dall'introduzione di un organo rappresentativo e dalla tutela delle libertà civili e politiche (anche se non per tutti), mentre i secondi spingevano per un ulteriore allargamento della partecipazione politica e perseguivano fini economico-sociali, spesso declinati in modo da frenare il progredire della società industriale. I borghesi, giunti finalmente al potere nei *Märzministerien* statali e negli organi federali, osteggiarono quindi le agitazioni sociali e le richieste democratiche avanzate dalle altre fasce della popolazione, lasciando che i principi territoriali, ancora in controllo delle forze militari, soffocassero le rivolte e facessero da ultimo prevalere la reazione. Quei borghesi ottennero, con il *Rechtsstaat*, un sistema giuridicamente ordinato volto alla tutela delle libertà (private e pubbliche) del popolo tedesco. Ma quando, col passare tempo, il *Rechtsstaat* venne inteso prevalentemente in maniera formale, essi si accontentarono di godere dei diritti della sfera economica, rinunciando ad esercitare un'influenza consistente sulle istituzioni politiche<sup>50</sup>. Merita ora spendere qualche parola sulla matrice culturale della componente liberale organicista della *Nationalversammlung*, alla quale è appartenuto anche Waitz. Fin dalla prima metà del secolo XIX i germanisti, mossi da un evidente interesse politico alla realizzazione dell'unità nazionale, hanno inteso la storia come «la fonte principale per la conoscenza della nazione e delle sue peculiarità»<sup>51</sup>, orientandola verso quegli oggetti che avessero mostrato l'origine e lo sviluppo storico della nazione tedesca. Di qui una duplice conseguenza: da un lato la «fondazione di fini politici a partire dalla storia», e dall'altro «la consapevole o inconsapevole interpretazione [...] della storia dal punto di vista dei fini politici, cioè dell'ideale costituzionale»<sup>52</sup>. Le origini della nazione sono state inoltre ricondotte all'idea della libertà tedesca, intesa come una libertà positiva e non meramente negativa<sup>53</sup>, che trovava espressione in una serie di istituti quali le giurie e l'esercito popolare, l'autonomia comunale, la rappresentanza, la partecipazione alla formazione delle legislazione e all'approvazione delle imposte, il legame dei diritti politici con la libera proprietà, la libertà di associazione e il principio di legalità. La libertà germanica era dunque una libertà pubblica, che si inverteva all'interno di un ordinamento civile e comunitario; essa si contrapponeva bensì all'ordinamento feudale, ma in un modo diverso rispetto a quello dell'illuminismo e della rivoluzione francese<sup>54</sup>. Il recupero e la rinnovata realizzazione dei principi dell'antica Costituzione furono svolti nel quadro di una teoria organica del popolo, della nazione e dello

Cfr., tra i molti, W. Siemann, *Vom Staatenbund zum Bundesstaat*, cit., p. 369, pp. 376 ss., pp. 387-388; D. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 208-209; G. De Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo*, Milano, Feltrinelli, 1962, pp. 205 ss.; P. Schiera, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bologna, il Mulino, 1987, pp. 11 ss., pp. 45 ss., ed anche A. G. Manca, *La sfida della riforma. Costituzione e politica nel liberalismo prussiano (1850-1866)*, Bologna, il Mulino, 1995, pp.

ss. Una concezione materiale del *Rechtsstaat* emerge in Welcker (v. *supra*, n. 40) ed è stata difesa fortemente da Mohl, su cui v. U. Scheuner, *Der Rechtsstaat und die soziale Verantwortung des Staates. Das wissenschaftliche Lebenswerk von Robert von Mohl*, in *Der Staat* 1979, pp. 16 ss. Sul *Rechtsstaat* nell'Ottocento v. più in generale G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma Bari, Laterza, 1999, pp. 35 ss.

W. E. Böckenförde, *La storiografia*, cit., p. 114.

Ivi, pp. 120-121.

<sup>51</sup> Cfr. D. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., pp. 179 ss. Sulla dimensione positiva e istituzionale dei diritti, con riferimento alla storia costituzionale tedesca, v. almeno R. Smend, *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht (1933)*, in Id., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 2010<sup>4</sup>, pp. 309 ss. W. E. Böckenförde, *La storiografia*, cit., pp. 122-127.

Stato <sup>55</sup>. Tale teoria si è integrata con l'altro ideale politico dei germanisti, contenuto nella formula del *Konstitutionalismus*, e cioè il «compromesso costituzionale tra la sopravvenuta monarchia e la libertà nazionale appena risvegliata, teso a conservare la continuità con la tradizione storica e con gli ordinamenti politici esistenti e ad opporsi a tutte le soluzioni radicali o eccessivamente unilaterali» <sup>56</sup>. Nel complesso, sugli esponenti del liberalismo organico ha esercitato una considerevole influenza la scuola storica del diritto che dunque, per tale tramite, ha avuto non irrilevanti implicazioni politiche <sup>57</sup>. Nei dibattiti dell'Assemblea, è documentato il ricorso a *topoi* argomentativi negativi, tra i quali la contestazione del diritto come conseguenza di un atto arbitrario, l'uso in senso dispregiativo di formule come «meccanico, da sopra a sotto, astratto, d'un colpo», la critica di non praticità o di indifferenziata uniformità di certi princîpi, la presa di distanza dal diritto esclusivamente naturale o razionale. Gli oggetti delle critiche erano in contrasto con ciò che era storicamente dato (*historisch gegeben*), con il diritto cresciuto storicamente, con la molteplicità (*Mannigfaltigkeit*), concetti che invece assumevano connotazioni positive <sup>58</sup>. Lungi dall'accettare la situazione esistente, però, la scuola storica del diritto adottava un approccio graduale e riformista, ascrivendo un margine di azione al legislatore per «riconoscere e pronunciare» il diritto che corrispondeva allo spirito del popolo e ravvicinare le antiche istituzioni germaniche <sup>59</sup>. Tali posizioni sono state fatte proprie dal *Rechtes Zentrum* e in particolare dal *Casino Partei*, i cui membri hanno dominato la commissione costituzionale per numero e influenza <sup>60</sup>. Più di recente, alcuni autori hanno peraltro negato a questo gruppo la qualifica di «liberale», e ciò sia sulla base dell'autocomprensione degli stessi membri (che non avrebbero impiegato il termine, all'epoca inteso prevalentemente nell'accezione illuministica e si sarebbero invece identificati per contrasto alla rivoluzione non meno che alla reazione), sia sulla base dell'orizzonte politico-concettuale del *Vormärz*, in cui quella stessa opposizione tra rivoluzione e reazione era stata stemperata attraverso l'individuazione di un «giusto centro», non coincidente con le posizioni liberali, e poi superata in favore di quella tra radicali e conservatori <sup>61</sup>. Il *Rechtes Zentrum* veniva pertanto caratterizzato da un moderato conservatorismo, ispirato non già dalle dottrine giusrazionalistiche ma dalla tradizione storica. In ogni caso, sia che si continui ad utilizzare il termine liberale nella sua accezione organica – come credo sia preferibile – sia che lo si contesti, è indubbio che la storia tedesca abbia sviluppato un tipo di costituzionalismo che non va assimilato a quello di stampo rivoluzionario, ma ha invece una base diversa, di tipo cetual-corporativo <sup>62</sup>. L'ambivalenza nel modo di concepire lo Stato federale, tra liberali organicisti e liberali radical-democratici, è affiorata in più occasioni nel dibattito all'assemblea di Francoforte, in

<sup>55</sup> Ivi, pp. 114-128.

Ivi, p. 129. Sul significato del *Konstitutionalismus* v. anche *infra*, nn. 113 ss.

<sup>56</sup> W. Siemann, *Die Frankfurter Nationalversammlung*, cit.; Id., *Parteibildung 1848/49 als "Kampf ums Recht". Zum Problem von "Liberalismus" und "Konservatismus" in der Paulskirche*, in *Der Staat* 1979, pp. 199 ss..

<sup>57</sup> W. Siemann, *Die Frankfurter Nationalversammlung*, cit., pp. 57ss..Ivi, pp. 71ss..

<sup>58</sup> Ivi, pp. 263-267.

Ivi, pp. 270 ss., con riferimento particolare alle voci di Welcker e Pfizer nello *Staatslexikon*, Id., *Parteibildung*, cit., pp. 225-226.

P. Schiera, *Introduzione*, cit., p. 37.

relazione a questioni pratiche ben precise. Tra queste, mi limito a richiamare la *Mediatisierung* dei *Länder* più piccoli e la nuova suddivisione del territorio della

Germania (alla fine, si rinunciò ad entrambe e il territorio del *Reich* fu la risultante dell'insieme dei vecchi stati del *Deutscher Bund*: art. 1, 86 ss. FRV), l'istituzione di un potere centrale provvisorio, il *Reichsverweser*, e di un ministero centrale (il primo non era tuttavia chiaramente responsabile verso l'Assemblea, mentre i componenti del ministero erano stati selezionati sulla base degli interessi degli stati maggiori), la guerra contro la Danimarca per i ducati dello Schleswig e dell'Holstein (dapprima supportata dalla *Nationalversammlung* sulla scia di un forte sentimento nazionalistico, poi sospesa in seguito alla sofferta ratifica di un armistizio concluso dalla Prussia), il modello del federalismo di esecuzione, con cui si rinunciò a istituire un'amministrazione centrale, salvo che per gli affari diplomatici e per la marina (perché attraverso la valorizzazione delle burocrazie statali si pensava di raccogliere il consenso) <sup>63</sup>. Il problema più delicato, affrontato dall'Assemblea subito dopo l'approvazione del catalogo dei *Grundrechte*, fu quello relativo all'inclusione o meno, nel nuovo *Reich* tedesco, dell'impero plurinazionale austriaco (o di una sua parte), impero attraversato al suo interno da movimenti nazionalistici di popoli slavi e italiani, con intenti non sempre convergenti. Si fronteggiarono così la posizione *kleindeutsch*, che propugnava una federazione di stati più ristretta, il cui ruolo trainante sarebbe spettato alla Prussia (unita all'Austria da una più debole alleanza esterna), e la posizione *grossdeutsch*, volta a includere l'Austria. Prevalse infine il primo orientamento, con l'approvazione di alcuni paragrafi che prevedevano, nel caso di unione personale di un regno tedesco e di uno non tedesco, la creazione di una Costituzione, di un Governo e di un'amministrazione autonoma per il primo, che era peraltro il solo a poter essere ammesso nella nuova Germania (art. 2 e 3 FRV). La vittoria dei *Kleindeutsche* poneva un'ipoteca sull'altra questione cruciale, relativa alla definizione del Capo dello Stato: la richiesta, da parte delle sinistre, di introdurre una figura elettiva, da scegliersi tra i cittadini tedeschi, era stata accantonata in favore della soluzione, sostenuta dai centristi, della monarchia ereditaria: dopo una prima elezione, in cui la scelta è ricaduta per chiari rapporti di forza sul re di Prussia, la corona di «imperatore dei tedeschi» si sarebbe tramandata lungo la linea dinastica (art. 68-70 FRV). Non era specificato, peraltro, il rapporto che legava il *Kaiser* e i ministri da lui nominati all'assemblea rappresentativa, benché si assumesse una qualche forma di responsabilità (art. 72-74 FRV). L'approvazione finale di questa soluzione fu possibile però solo grazie all'appoggio di quelle stesse sinistre inizialmente contrarie, grazie a un compromesso che accoglieva tre richieste per loro centrali: il suffragio universale (maschile), il veto sospensivo e non assoluto dell'imperatore e la rinuncia all'istituzione di una terza camera (il *Reichsrat*) in cui i rappresentanti degli stati sarebbero stati membri dei rispettivi governi con vincolo di mandato. La prima Assemblea tedesca democraticamente legittimata, portatrice della sovranità nazionale, aveva accolto una soluzione che finiva per dare nuova linfa ai sovrani

<sup>63</sup> Oltre agli autori indicati *supra* alla n. 48 v. E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, II, cit., pp. 792 ss.; H. Holste, *Der deutsche Bundesstaat*, cit., pp. 78 ss..

tradizionali<sup>64</sup>. Tale esito rifletteva il concreto svolgersi degli avvenimenti tra la fine del 1848 e l'inizio del 1849: nei singoli stati, e soprattutto in Austria e in Prussia, le forze di opposizione, sia liberali che democratiche, erano state progressivamente sconfitte da una nuova ondata reazionaria, che aveva compresso le libertà civili e fortemente limitato i poteri delle Assemblee rappresentative dei *Länder*, sancendo i nuovi equilibri in costituzioni *octroyées*. Se, quindi, l'esperienza francofortese non è sfociata in una Costituzione pienamente effettiva, essa ha tuttavia elaborato numerosi elementi che, dopo una prima fase di rimozione, sono stati recuperati – più o meno consapevolmente- dalle successive costituzioni tedesche<sup>65</sup>.

## 5. L'assimilazione “selettiva” del federalismo statunitense

Una prospettiva concorrente per cogliere le ragioni del fallimento della *Paulskirchenverfassung* è il confronto con l'esperienza federale statunitense<sup>66</sup>. Quest'ultima è stata, in un dibattito complessivamente sensibile alle esperienze costituzionali comparate<sup>67</sup>, un punto di riferimento obbligato per i deputati della *Nationalversammlung*, da qualsiasi schieramento politico provenissero, soprattutto con riguardo alla questione degli assetti federali<sup>68</sup>. Ma proprio questo ricorso da parte di frazioni diverse dell'Assemblea testimonia come l'interpretazione di quell'esperienza non fosse affatto univoca, così come non lo era la teoria del *Bundesstaat* di coloro che ad essa ricorrevano. L'ambivalenza principale era già presente nel primo importante lavoro di uno studioso tedesco sulla Costituzione federale americana, e cioè quello pubblicato da Robert von Mohl nel 1824. In quest'opera, accanto alla sottolineatura della coesistenza di livelli statuali diversi e del binomio tra democrazia e rappresentanza parlamentare, Mohl aveva espresso alcune riserve su una concezione radicale

<sup>64</sup>V., per tutti, E. Sestan, *La Costituente di Francoforte*, cit., pp. 119 ss., pp. 158 ss.; E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, II, cit., pp. 796 ss..

<sup>65</sup>J. D. Kühne, *Die Reichsverfassung der Paulskirche*, Frankfurt a.M., 1985, pp. 60 ss. e *passim*; W. Pauly, *Die Verfassung der Paulskirche*, cit., p. 122.

<sup>66</sup>Cfr. E. G. Franz, *Das Amerikabild der deutschen Revolution von 1848/49*, Heidelberg, Winter, 1958; R. Ullner, *Die Idee des Föderalismus im Jahrzehnt der deutschen Einigungskriege dargestellt unter besonderer Berücksichtigung des Modells der amerikanischen Verfassung für das deutsche politische Denken*, Lübeck, Matthieson, 1965; E. Angermann, *Der deutsche Frühkonstitutionalismus und das amerikanische Vorbild*, in *HZ* 1974, pp. 1 ss.; H. Dippel, *Die amerikanische Verfassung in Deutschland im 19. Jahrhundert. Das Dilemma von Politik und Staatsrecht*, Goldbach, Keip, 1994; Id., *Die Konstitutionalisierung des Bundesstaats in Deutschland 1849-1949 und die Rolle des Amerikanischen Modells*, in *Der Staat* 1999, pp. 221 ss.; P. Krüger, *Einflüsse der Verfassung der Vereinigten Staaten auf die deutsche Verfassungsentwicklung*, in *ZNR* 1996, pp. 226 ss..

Ampi sono stati i riferimenti al diritto costituzionale francese e a singoli protagonisti della rivoluzione, specialmente della sinistra repubblicana e centralista, ma significativo è apparso anche il richiamo all'esperienza inglese, di cui si è valorizzato – in contrapposizione all'astratto intellettualismo dei repubblicani-, lo storicismo e il graduale emergere della centralità del parlamento, nell'ambito di una monarchia costituzionale retta dalle idee del governo misto e dell'equilibrio. L'interesse per gli Stati Uniti è stato catalizzato soprattutto verso l'edificio federale: cfr. V. Valentin, *Geschichte der deutschen Revolution*, cit., pp. 568-570; J. D. Kühne, *Revolution und Rechtskultur. Die Bedeutung der Revolutionen von 1848 für die Rechtsentwicklung in Europa*, in *Die Revolutionen von 1848 in der europäischen Geschichte*, D. Langewiesche (hrsg.), München, Oldenbourg, 2000, pp. 57-58; M. Stolleis, *Nationalität und Internationalität: Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht des 19. Jahrhunderts*, Mainz, Akademie der Wissenschaft und der Literatur, 1998, pp. 19 ss..

<sup>67</sup>E. Deuerlein, *Föderalismus*, cit., 82; S. Weichlein, *Föderalismus*, cit., 107 ss.; H. Dippel, *Die Konstitutionalisierung*, cit., 221 ss.; V. Valentin, *Geschichte der deutschen Revolution*, cit., pp. 571-573. Viceversa, vi erano negli Stati Uniti molti simpatizzanti per la causa nazionale tedesca, specie tra gli emigrati; il Presidente di quel paese fu del resto l'unico a riconoscere il nuovo stato tedesco dal punto di vista del diritto internazionale (*ibidem*).

della sovranità popolare <sup>69</sup>. Lo stesso Welcker, che pure aveva molto valorizzato gli Stati Uniti nella sua trattazione sul *Bund*, non aveva ravvisato linee di frattura tra questa esperienza e quella tedesca, considerando gli assetti federali di oltreoceano come un modello da recuperare anche nella Germania unita, retta da una monarchia costituzionale <sup>70</sup>.

Più attento alla diversità dei contesti si era dimostrato invece Friedrich Murhard, che aveva scritto alcune voci sulla rivoluzione e sulla Costituzione statunitense per lo *Staatslexikon* <sup>71</sup>, mettendo in luce la centralità del nesso tra il principio democratico-rappresentativo e il principio federale (laddove il secondo era inteso come un ausilio e non un'antitesi o un surrogato del primo), tale da capovolgere il fondamento della legittimazione del potere: non più dall'alto, come richiedeva il principio monarchico, ma dal basso, come imponeva la sovranità popolare. Tra le circostanze favorevoli che avevano portato alla nascita della federazione americana vi era una lunga prassi di *self-government* delle colonie e l'appartenenza di esse, prima dell'indipendenza, all'impero britannico. Una volta che gli stati ebbero conquistato la loro sovranità, questa era stata preservata dapprima – in maniera più precaria-dagli assetti confederali e poi – con maggiori limitazioni ma anche con maggiore continuità nel tempo- da quelli federali. Si trattava, però, di una statualità relativamente debole, ed è tale debolezza che, insieme al rinvenimento della fonte di legittimazione del potere nel popolo americano, ha costituito il presupposto per la stabilità della Costituzione federale statunitense. La situazione appariva molto diversa in Europa e soprattutto in Germania, dove le monarchie territoriali rappresentavano un ostacolo sia alla cessione di poteri ad un ente superiore comune sia alla democratizzazione degli ordinamenti ai vari livelli <sup>72</sup>. Nella stessa direzione, in anni molto più recenti, si è richiamata l'attenzione sulla diversità, nelle due aree, del procedimento di formazione dei rispettivi stati, sulla maggiore eterogeneità (in termini di dimensioni e peso politico) degli enti che componevano lo stato federale tedesco, sull'assenza in Germania di una base giuridica unitaria paragonabile al *common law* inglese, e sul maggiore rilievo, sempre in Germania, della questione sociale. Tali differenze si sono rispecchiate nel modo di porre il problema dell'unità nazionale: «in America, si trattava della separazione da un centro politico, da Londra, e della graduale formazione di una nazione. In

Germania, l'obiettivo era quello di unire diversi stati sovrani con caratteristiche piuttosto —specifiche e di creare un forte potere centrale, in opposizione alle forze particolaristiche

<sup>69</sup> R. von Mohl, *Das Bundesstaatsrecht der Vereinigten Staaten von Nordamerika*, Stuttgart, Cotta, 1824, pp. III ss., pp. 120 ss., pp. 334 ss. Sul punto v. E. Angermann, *Der deutsche Frühkonstitutionalismus*, cit., pp. 16-17. Mohl scrisse quest'opera avvalendosi di alcuni documenti messi a disposizione del console americano a Parigi, David Baillie Warden; successivamente avrebbe ammesso alcune mancanze nel volume. V. altresì i rilievi di Dippel, *Die amerikanische Verfassung*, cit., pp. 27-31, p. 35.

<sup>70</sup> C. Welcker, *Bund*, cit., p. 719. F. Murhard, *Nordamerikanische Revolution*, in *Staatslexikon. Encyclopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, C. von Rotteck, C. Welcker (hrsg.), IX, 1845-1848<sup>2</sup>, pp. 614 ss.; Id., *Nordamerikanische Verfassung. Grundideen*, ivi, pp. 653 ss.; Id., *Nordamerikanische Verfassung. Hauptbestimmungen*, ivi, pp. 710 ss., su cui cfr. S. Weichlein, *Föderalismus*, cit., p. 107. La redazione delle voci da parte di Murhard fu all'origine di alcuni dei molti dissidi tra Friedrich List, originario ideatore dell'opera, e i curatori finali Rotteck e Welcker: cfr. Zehnter, *Das Staatslexikon*, cit., pp. 41-42, p. 46. F. Murhard, *Nordamerikanische Revolution*, cit., pp. 639 ss.; Id., *Nordamerikanische Verfassung. Grundideen*, cit., pp. 666 ss. (spec. pp. 670-673, p. 684). V. anche E. G. Franz, *Das Amerikabild*, cit., p. 96; R. Ullner, *Die Idee*, cit., pp. 22-23; E. Angermann, *Der deutsche Frühkonstitutionalismus*, cit., pp. 18-19. La lettura di Murhard appare anche più in linea con i *Federalist Papers*: cfr. in particolare A. Hamilton, *Federalista n. 9*, in Id., J. Madison, J. Jay, *Il Federalista* (1788), Bologna, il Mulino, 1980, pp. 183 ss.; J. Madison, *Federalista n. 10*, ivi, pp. 189 ss.; Id., *Federalista n. 43*, ivi, pp. 420 ss.; Id., *Federalista n. 46*, ivi, pp. 426 ss.; Id., *Federalista n. 51*, pp. 456 ss.

interne, ma anche in opposizione alle grandi potenze europee, che non erano interessate alla formazione di una nuova [grande] potenza»<sup>73</sup>.

L'interesse suscitato dalla Costituzione americana non era circoscritto agli specialisti, ma diffuso nello spazio pubblico allargato, e veniva soddisfatto sia da opuscoli e dalla stampa periodica, sia da opere più approfondite di carattere storico e socio-economico. Quanto ai giuristi, le fonti più immediate di informazione erano soprattutto i *Federalist Papers* e i commentari di James Kent e di Joseph Story, che davano degli assetti federali una lettura più unitaria, alla luce della giurisprudenza di John Marshall. E, tuttavia, i diversi elementi di quella Costituzione (l'eguaglianza politica degli stati, la soggezione dei governanti alla legge, la giuridicizzazione del processo politico, l'abolizione dei privilegi, l'azionabilità delle norme costituzionali) venivano spesso considerati isolatamente. Inoltre, nonostante i penetranti rilievi di Murhard, fu la prospettiva di Mohl e Welcker a prevalere in buona parte della cultura giuridico-costituzionale tedesca, attraversata da un «dilemma» e da una «riserva spirituale»<sup>74</sup>, che consisteva nella valorizzazione di una Costituzione di cui si relegava in secondo piano il carattere qualificante, ossia la natura democratico-repubblicana e il fondamento nella sovranità popolare. Ciò accadeva non solo per la diversa tradizione politica, per i rapporti di forza tra gli stati europei e il sistema di equilibrio nel continente, ma anche per la diversa situazione sociale interna, caratterizzata da un proletariato che stava prendendo più forte coscienza di sé e che presto avrebbe rivendicato di essere un soggetto non secondario di quella sovranità popolare. La Costituzione statunitense finiva così per rappresentare un punto di riferimento più per l'aspetto della limitazione che non per quello della fondazione del potere<sup>75</sup>. Vi fu dunque un uso selettivo della Costituzione americana, della cui recezione in Europa (e soprattutto in Germania) si sottolinearono i limiti. Questo nodo è emerso in tutta la sua problematicità all'assemblea costituente: la sinistra radicale invocava la repubblica americana come esempio per il *deutscher Gesamtstaat*, seppure con la libertà per i singoli stati di scegliere il proprio regime interno (la monarchia costituzionale era ritenuta ammissibile al pari della repubblica)<sup>76</sup>, ma la relazione di Mittermaier – allora «il più significativo comparatista» in Germania<sup>77</sup> – esortava a diffidare di un'imitazione acritica dei modelli stranieri, spostando l'attenzione sullo specifico contesto tedesco, sottolineando «le prospettive e i bisogni nazionali», a partire dai «rapporti più intimi del popolo». Egli stesso aveva richiamato, quali ragioni dell'eterogeneità rispetto agli Stati Uniti, la diversa posizione geografica della Germania (mentre gli uni erano protetti dall'Oceano, l'altra doveva difendersi dalle potenze militari limitrofe) e il diverso regime politico, essendo gli Stati Uniti una unione di libere

<sup>73</sup> H. Boldt, *Federalism*, cit., pp. 263-264.

H. Dippel, *Die amerikanische Verfassung*, cit., pp. 12-13, pp. 22-23, p. 35, pp. 41 ss., che distingue il discorso storico-politico, prevalente nella prima metà del secolo, da quello, meno aperto a recepire lo spirito del costituzionalismo americano, della teoria dello stato. V. anche S. Weichlein, *Föderalismus*, cit., p. 109; W. Siemann, *Die Frankfurter Nationalversammlung*, cit., p. 189; Kuehne, pp. 308-312.

H. Dippel, *Die amerikanische Verfassung*, cit., pp. 15-17, p. 32, p. 46; Id., *Die Konstitutionalisierung*, cit., 228; E. G. Franz, *Das Amerikabild*, cit., pp. 89 ss.; R. Ullner, *Die Idee*, cit., pp. 16-17; E. G. Franz, *Das Amerikabild*, cit., pp. 30 ss.; E. Deuerlein, *Föderalismus*, cit., pp. 59-61; S. Weichlein, *Föderalismus*, cit., p. 106.

V. Valentin, *Geschichte*, cit., p. 572; H. Dippel, *Die amerikanische Verfassung*, cit., pp. 37-38.

J. D. Kühne, *Revolution*, cit., p. 58, e già M. Stolleis, *Nationalität*, cit., p. 10.

repubbliche e la Germania una unione di monarchie, con ciò affermando implicitamente un primato del regime storico e l'impossibilità di sostituirlo in via rivoluzionaria<sup>78</sup>. Numerose norme della *Frankfurter Reichsverfassung* in materia di assetti federali risentirono dell'influenza della costituzione americana<sup>79</sup>, ma molti furono anche i punti di distinzione. Tra questi, il principale resta la persistenza, nella Costituzione di Francoforte, del principio monarchico, che stempera la legittimazione popolare della *Nationalversammlung* e del *Reichstag*. Il bisogno di legare le burocrazie e le amministrazioni statali alle sorti della Costituzione della *Paulskirche* ha condotto alla scelta del federalismo di esecuzione, ignoto alla Costituzione americana, la quale aveva invece instaurato un federalismo di tipo duale, con ambiti di competenza legislativi ed esecutivi, su entrambi i livelli, sostanzialmente corrispondenti. La Costituzione tedesca del 1848 non si basa su un'effettiva eguaglianza tra gli stati, assenza che si ripercuote nella diversa composizione della seconda Camera: lo *Staatenhaus*, a differenza del Senato americano, non è composto da un numero di rappresentanti paritari per ciascuno Stato membro, ma da un numero variabile a seconda della grandezza degli stati (la variazione è notevole tra gli stati più potenti e popolosi e quelli più piccoli). Tali rappresentanti, poi, sono solo per metà eletti dalle assemblee dei *Länder*, mentre per l'altra metà sono nominati dai rispettivi governi, e questo aspetto si pone in continuità con la rappresentanza diplomatica in seno al vecchio *Bundestag* e rafforza ulteriormente gli esecutivi monarchici statali (par. 86-88 FRV)<sup>80</sup>. Infine, il disegno di Francoforte appare più spiccatamente unitario rispetto a quello statunitense, come testimoniano l'ampio novero di competenze legislative esclusive affidate al *Bund*, anche in materie relative all'economia, ai trasporti, all'unificazione normativa e alla tutela della salute (par. 6-64 FRV), nonché alcuni poteri di controllo delle amministrazioni dei *Länder* (par. 53 FRV). Anche questo aspetto può essere ricondotto al diverso tipo di legittimazione delle due federazioni: se, negli Stati Uniti, i costituenti riposero la stessa attenzione nell'istituire un Governo centrale unitario e nel proteggere da questo i governi statali repubblicani e le libertà dei cittadini, in Germania il forte consolidamento del potere centrale serviva da contrappeso a quei governi statali (specie di Austria e Prussia), che stavano prendendo una piega sempre più autoritaria. In Germania, lo Stato federale era considerato il veicolo per realizzare sia il nesso tra unità e sovranità nazionale, sia la tutela dei diritti<sup>81</sup>. Quest'ultimo aspetto si è riflesso nell'inclusione nella Costituzione di due elementi di omogeneità costituzionale: anzitutto l'elaborazione di un ampio catalogo di «diritti fondamentali del popolo tedesco» e la sua vincolatività in tutti i *Länder* (par. 150 FRV), poi anche – rafforzando in senso parlamentare un elemento già

<sup>78</sup> W. Siemann, *Die Frankfurter Nationalversammlung*, cit., 189; E. Deuerlein, *Föderalismus*, cit., 82; H. Dippel, *Die amerikanische Verfassung*, cit., pp. 43-44. Esamina l'influenza pluridirezionale dell'idea federalistica americana sul pensiero politico tedesco R. Ullner, *Die Idee*, cit., pp. 51 ss..

Tra queste la clausola sui poteri residuali dei *Länder* (art. 5 FRV), quella sulla supremazia del diritto federale (art. 66 FRV) e quella sui poteri legislativi impliciti (art. 63 FRV), cfr. E. G. Franz, *Das Amerikabild*, cit., 128-129. V. altresì H. Boldt, *Federalism*, cit., pp. 266 ss..

Cfr., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, E. G. Franz, *Das Amerikabild*, cit., 129 ss.; E. Angermann, *Der deutsche Frühkonstitutionalismus*, cit.; P. Krüger, *Einflüsse*, cit., 230 ss.; M. Dreyer, *American Federalism - Blueprint for Nineteen-Century Germany?*, in *German and American Constitutional Thought*, H. Wellenreuther (ed.), cit., pp. 331-334; H. Holste, *Der deutsche Bundesstaat*, cit., pp. 92 ss..

Su quest'ultimo aspetto v. in particolare ivi, 94. Sulla prevalenza in Germania del problema dell'unità su quello della libertà v., in questo contesto, R. Ullner, *Die Idee*, cit., p. 17.

presente nei *Bundesakte*- la presenza nei *Länder* di un organo rappresentativo con un peso «decisivo» nell'attività legislativa e davanti al quale far valere la responsabilità dei ministri (par. 186-187 FRV), oltre alla modificabilità della forma di governo di questi ultimi solo con l'assenso della federazione (par. 195 FRV).

## 6. Il pensiero di Georg Waitz durante la *Nationalversammlung*

La lunga evoluzione storica e il contesto fin qui delineato fanno da sfondo alla riflessione sullo stato federale di Georg Waitz. Originario di Flensburg, nello Schleswig Holstein, Waitz ha studiato diritto, storia e filosofia tra Kiel e Berlino. È stato allievo di Leopold von Ranke ed ha ascoltato le lezioni di Hegel e di Friedrich C. von Savigny, si è poi trasferito ad Hannover per collaborare con Perz ai *Monumenta Germaniae Historica*. A Göttingen ha conosciuto germanisti e giuristi come Dahlmann, Wilhelm E. Albrecht e i fratelli Jakob e Wilhelm Grimm. Nel regno di Hannover, ha fatto esperienza diretta del conflitto costituzionale provocato dall'annullamento unilaterale della Costituzione da parte del re Ernesto Augusto, e della resistenza a tale atto mossa dai *Göttinger Sieben*<sup>82</sup>. Ha partecipato al movimento nazionale antidanese nello Schleswig-Holstein, per poi essere delegato del governo provvisorio dei due ducati. Deputato per il distretto di Kiel alla *Nationalversammlung*, è stato membro della Commissione costituzionale nelle fila del *Casino Partei* (insieme, tra gli altri, a Beseler, Droysen, Dahlmann, Albrecht, Georg G. Gervinus e ai fratelli Grimm). Nelle discussioni in Assemblea, dove ha assunto un ruolo di primo piano, è stato un oratore efficace; ha tentato fino all'ultimo di salvare la Costituzione promuovendo un accordo con la Prussia. Lasciata la *Nationalversammlung*, ha votato la Costituzione dell'Unione di Erfurt (un progetto che riprendeva quello di Francoforte, attribuendo però al capo dello stato un veto assoluto, reintroducendo un diritto elettorale in tre classi e insediando una terza camera in rappresentanza dei governi degli stati). In seguito, si è allontanato dalla politica attiva, dedicandosi, a Kiel e a Göttingen, all'insegnamento e agli studi storici, con particolare attenzione alla storia costituzionale<sup>83</sup>. A lui si deve la prima riflessione sul *Bundesstaat* che ha messo al centro la questione della sovranità, risolvendola nel senso della sua divisione, in un'elaborazione che ha risentito fortemente sia della formazione dell'autore, sia del contesto storico in cui ha operato. Gli elementi delineati in precedenza a proposito del liberalismo organico (v. *supra*, par. 4) si riscontrano anche nel percorso culturale e politico di Waitz: egli rientrava nel gruppo dei germanisti per i suoi studi storico-filologici e la partecipazione all'importante assemblea di Lubeca del 1847<sup>84</sup>, mentre un primo contatto con la scuola storica era avvenuto fin dall'università. Nell'Assemblea costituente, oltre che nei suoi scritti, Waitz aveva contestato l'astrattezza delle idee rivoluzionarie francesi, aveva smorzato l'attenzione per la dimensione

<sup>82</sup> Su cui cfr. E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, II, cit., pp. 91 ss.; R. Smend, *Die Göttinger Sieben* (1951), in Id.,

*Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., pp. 391 ss..

<sup>83</sup> Cfr. F. Frensdorff, *Waitz: Georg W.*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, XIV, Leipzig, Duncker & Humblot, 1896, pp. 602 ss.; E. Fränkel, *Georg Waitz im Frankfurter Parlament*, Breslau, Hochschulverlag Breslau, 1923, pp. 4 ss..

<sup>84</sup> Per questo aspetto v. ampiamente Böckenförde, *La storiografia*, cit., pp. 135 ss..

individuale e negativa dei diritti individuali a vantaggio di quella «positiva, vincolata, comprendente in sé diritto e dovere, lo ‘status’ di cittadino in un ordinamento pensato ancora in termini unitari»<sup>85</sup>. Aveva inoltre valorizzato, specie nella discussione degli articoli sul *Reich* e sul potere federale, la specificità storica dei singoli stati e la loro molteplicità (*Mannigfaltigkeit*). Lontano dall’assumere su questo punto una posizione polarizzante, egli aveva cercato piuttosto una mediazione tra princîpi potenzialmente contrastanti. Anche Waitz aveva avvertito, alla *Nationalversammlung*, la priorità di dare una risposta istituzionale alla pressante domanda di unità nazionale, risposta che egli aveva individuato nella creazione di un «forte stato federale tedesco», considerato al contempo come la premessa dalla quale poteva scaturire la libertà<sup>86</sup>. Poiché, all’epoca, il vincolo partitico più debole consentiva ai singoli esponenti di conservare una certa autonomia, Waitz aveva assunto spesso posizioni non coincidenti con quelle degli altri esponenti della propria formazione politica. Con riguardo alla questione dei rapporti tra il *Reich* e i singoli stati, egli aveva sostenuto una tesi che, nel suo complesso, appariva intermedia tra quella dei federalisti unitari, prevalenti nel *Casino Partei*, e quella dei difensori di un più marcato particolarismo statale. Waitz era bensì fautore di un governo nazionale forte, volto al soddisfacimento degli interessi dello stato complessivo (in questo senso può leggersi il sostegno a una indiretta *Mediatisierung* dei piccoli principati), ma aveva altresì insistito sulla necessità di rispettare le particolarità dei singoli stati così come storicamente date e cresciute, cercando una più equilibrata mediazione tra il polo dell’unità e quello della diversità<sup>87</sup>. Quanto al dilemma tra soluzione *kleindeutsch* e *grossdeutsch*, egli aveva appoggiato caldamente la relazione Mittermaier, ma con qualche distinguo. Era infatti tra i sostenitori di una federazione fissa e stabile, poiché l’esperienza storica aveva mostrato l’impossibilità di uno stato tedesco con l’intera *Gesamtmonarchie* austriaca. E, tuttavia, diversamente da altri esponenti del suo partito, egli si era impegnato inizialmente per l’inclusione nel *Reich* dell’Austria tedesca, sia perché influenzato dal pensiero romantico, sia soprattutto in nome dell’unità del popolo tedesco e di un imminente dissolvimento della monarchia di Vienna sotto la pressione delle spinte indipendentiste delle varie nazionalità che convivevano al suo interno<sup>88</sup>. Fu proprio il desiderio di non precludere l’ingresso nella federazione agli austro-tedeschi, del resto, a giustificare un’altra posizione autonoma di Waitz, ossia quella relativa al capo dell’impero. Mentre infatti la maggioranza della propria frazione era favorevole all’ereditarietà della carica imperiale – il cui beneficiario avrebbe dovuto essere il re di Prussia-, Waitz aveva inizialmente suggerito l’elettività dell’imperatore stesso, il cui mandato, eventualmente rinnovabile, sarebbe durato dodici anni. Da un punto di vista teorico, l’unione della dignità imperiale con la corona di uno Stato membro avrebbe contraddetto l’essenza dello Stato federale, nella misura in cui si violava l’eguaglianza dei singoli stati. Da un punto di vista pratico-politico, inoltre, se tale soluzione costituiva per l’Austria tedesca uno stimolo per aderire alla federazione, dall’altro consentiva alla Prussia – che difficilmente avrebbe

<sup>85</sup> Ivi, 130. È significativa, in proposito, la delimitazione dei limiti dei diritti in nome dell’interesse generale e l’introduzione di un diritto di cittadinanza unico per tutta la federazione.

<sup>86</sup> E. Fränkel, *Georg Waitz*, cit., p. 34.

<sup>87</sup> Ivi, p. 83, pp. 96-98.

<sup>88</sup> Ivi, pp. 87-95; E. Sestan, *La Costituzione di Francoforte*, cit., pp. 123-124.

accettato il venir meno della propria esistenza come Stato- un più graduale adattamento alla ~~federazione attraverso una fase~~ di transizione in cui si sarebbe abituata a condividere i propri più elevati interessi con quelli della restante Germania. Pur dovendosi infatti riconoscere il ruolo decisivo della Prussia per la nascita e il buon funzionamento dello Stato tedesco, essa avrebbe dovuto «nel rispetto delle proprie caratteristiche statuali individuali, assoggettarsi al principio del *Bundesstaat*, che non solo attribui[va] a tutti gli stati membri eguali diritti, ma impone[va] loro anche pari doveri»<sup>89</sup>. E tuttavia, una serie di elementi rendevano difficilmente condivisibile il progetto di Waitz: sia perché l'ereditarietà veniva considerata un carattere essenziale della monarchia – tanto più da un re come Federico Guglielmo IV- sia perché la stessa Prussia si sarebbe opposta a un meccanismo che limitava temporalmente la sua posizione di preminenza nella struttura federale<sup>90</sup>. Waitz ha tuttavia modificato la propria posizione nel corso dei mesi: quando, nella primavera 1849, è divenuta manifesta l'ostilità della monarchia austriaca per il lavoro dell'assemblea costituente e quando, in seguito alla controrivoluzione, fu concessa in Austria la Costituzione di Kremsier dai tratti fortemente accentrati, Waitz ha aderito sia alla posizione *kleindeutsch* sia a quella sull'ereditarietà del capo dell'impero<sup>91</sup>. Non meno significative sono apparse le affermazioni di Waitz in ordine al tema della distribuzione dei poteri tra il *Reich* e i singoli stati. Si trattava, in particolare, di precisare il significato del summenzionato paragrafo 5 della FRV, stabilendo in termini più concreti la misura in cui l'autonomia e la sovranità nazionale dei *Länder* fossero assicurati. I ripetuti richiami alle «peculiarità» dei singoli stati, così come «storicamente affermatesi», implicava per Waitz una determinata distribuzione delle competenze all'interno dello stato federale, e cioè l'attribuzione al *Reich* delle funzioni legislative e di controllo. Questa tesi – corrispondente al federalismo di esecuzione e diversa da quella che egli avrebbe sostenuto alcuni anni dopo- è stata formulata in particolare con riferimento alle materie delle relazioni diplomatiche e delle forze militari. Il progetto iniziale, fortemente sostenuto da Dahlmann, le attribuiva in ogni circostanza al *Reich*, mentre Waitz, pur dichiarandosi d'accordo in via di principio, aveva rilevato che la completa sottrazione di tali competenze agli stati avrebbe potuto costituire un ostacolo all'accettazione della Costituzione da parte dei paesi più grandi e soprattutto della Prussia, rientrando gli affari esteri e il potere di disporre di un apparato militare nel nucleo storico della sovranità. In seguito alla discussione, Waitz era riuscito, da un lato, a circoscrivere il divieto, per i singoli stati, di intrattenere relazioni diplomatiche per proprio conto, limitandolo a quelle permanenti (par. 7 FRV) e, dall'altro, ad attribuire all'impero i soli poteri legislativi e di controllo, lasciando la formazione e la disponibilità dei contingenti agli stati membri, salvo un eventuale «servizio» per il *Reich* (par. 11 ss. FRV). Un analogo risultato fu raggiunto con riguardo alla materia delle acque navigabili e dei trasporti (par. 20 ss. FRV)<sup>92</sup>.

<sup>89</sup>E. Fränkel, *Georg Waitz*, cit., 97.

<sup>90</sup>Ivi, pp. 113-119.

<sup>91</sup>Ivi, pp. 134 ss..

<sup>92</sup>Ivi, pp. 98-106. Quanto alla conclusione dei trattati internazionali, il relativo potere è attribuito al *Reich*, salve «le sfere del diritto privato, dei rapporti di vicinato e di polizia» (art. I § 8). Sul punto v. più ampiamente B. Fassbender, *Der offene*

Nel tema più generale dei limiti all'autonomia dei singoli stati rientra altresì la questione relativa al mutamento della forma di governo. Essa era stata affrontata direttamente da Waitz, in quanto relatore sul tema delle garanzie della Costituzione. Come si è osservato più in alto, il testo da lui proposto, e poi approvato dall'assemblea, prevedeva che «una modifica della forma di governo in un singolo stato pot[esse] avvenire solo con il consenso dell'autorità del Reich» (par. 195 FRV). Tale norma aveva però alimentato l'opposizione della sinistra dell'Assemblea. Una volta stabilito per l'impero un vertice unitario monarchico, infatti, la sinistra aveva confidato nell'adozione della forma repubblicana a livello dei singoli stati membri. Tale opzione, tuttavia, era di fatto preclusa se si imponeva il necessario consenso del Reich. Waitz, che non aveva celato la sua diffidenza per la concezione astratta della sovranità popolare e della repubblica, sostenendo per contro la «necessità storica» della monarchia costituzionale, aveva giustificato la propria proposta con l'argomento dell'essenza dello stato federale, per lui inscindibile dalla storicità e da un «contesto organico» – e quindi da una sostanziale omogeneità costituzionale – tra stato centrale e stati membri<sup>93</sup>. L'opposizione della sinistra si era inasprita ulteriormente quando Waitz aveva presentato l'altro progetto di cui era relatore, ossia quello sulla legge elettorale, avendo egli auspicato un suffragio ristretto e pubblico, per ragioni morali e nazionali-pedagogiche. Nel compromesso finale della *Nationalversammlung*, quest'ultimo progetto fu però respinto<sup>94</sup>. Maggiore convergenza si era avuta con riguardo alla questione dello Schleswig-Holstein, essendo tutte le parti attraversate da un forte afflato nazionalistico. Waitz avvertiva una particolare propensione ad occuparsi del tema, non solo perché era originario della regione, ma anche perché si era politicamente e scientificamente già impegnato contro i tentativi di incorporazione dello Schleswig da parte del re di Danimarca. Nei giorni critici di settembre del 1848, in cui si era discusso delle sorti dell'armistizio di Malmö, concluso con la Danimarca dalla sola Prussia, egli aveva dapprima appoggiato l'istanza di sospensione della tregua, in nome dell'unità del popolo tedesco, e poi l'aveva sostenuta in nome del superiore bene della pace, attirandosi le critiche dello stesso Dahlmann<sup>95</sup>. Nel maggio del 1849, quando era ormai chiaro che Federico Guglielmo IV non avrebbe accettato la corona imperiale, condannando alla ineffettività la Costituzione di Francoforte, Waitz ha lasciato l'Assemblea insieme ai compagni della sua frazione e ha partecipato alla riunione di Gotha, dove è stata approvata su iniziativa della Prussia la Costituzione dell'Unione di Erfurt, che rafforzava parzialmente il principio monarchico. Ma anch'essa non ha avuto esiti operativi di rilievo.

*Bundesstaat. Studien zur auswärtigen Gewalt und zur völkerrechtssubjektivität bundesstaatlicher Teilstaaten in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 195-196.

<sup>93</sup>E. Fränkel, *Georg Waitz*, cit., p. 125.

<sup>94</sup>Ivi, p. 24, p. 40, pp. 127-133.

<sup>95</sup>Ivi, pp. 47 ss.; E. Sestan, *La Costituzione di Francoforte*, cit., pp. 102 ss. Cfr. altresì F. Frensdorff, *Waitz*, cit., pp. 609-610.

## 7. La riflessione waitziana sullo Stato federale

Nel 1953, lasciata l'attività politica, Waitz pubblica, sulla poco nota *Kieler Monatschrift* e nella forma di una recensione agli scritti di Joseph von Radowitz (consigliere di Federico Guglielmo IV e Ministro degli esteri prussiano nel settembre 1850), un lungo saggio sulla "Essenza dello stato federale", che riceverà una maggiore notorietà dopo la ristampa, con piccole modifiche, all'interno dei suoi *Grundzüge der Politik* del 1862<sup>96</sup>. Il lavoro è il risultato di una più meditata riflessione dello Stato federale dopo il fallimento della *Nationalversammlung* e della rielaborazione degli scritti di autori – tra cui Bluntschli, Wilhelm Dönniges, Friedrich J. Stahl e lo stesso von Radowitz – che si occuparono dello Stato federale a cavallo del 1848 (quanto a Welcker, Waitz ha ammesso di averne letto l'opera solo dopo la Costituente). Sul contributo waitziano hanno inoltre esercitato una considerevole influenza sia la dottrina rankiana sia l'opera di Alexis de Tocqueville.

All'inizio del saggio, Waitz registra il venir meno dei «giorni in cui la parola 'stato federale' era sulla bocca di tutti coloro che si occupavano del presente e del futuro della patria» e riconosce di avere, su alcuni punti, cambiato opinione rispetto alle tesi sostenute all'Assemblea di Francoforte<sup>97</sup>. È consapevole del ripiegamento degli assetti istituzionali su quelli del *Deutscher Bund*, la cui Costituzione è quella di una «debole e incompiuta confederazione», laddove questa, a sua volta, corrisponde a «una organizzazione della vita dello stato priva di forma, poco soddisfacente e transitoria»<sup>98</sup>. Non è tramontato, quindi, l'ideale di uno Stato federale che dia una solida struttura politica all'insieme del popolo tedesco. Tale struttura viene ora delineata con maggiore consapevolezza teorica, anche se non mancano alcune ambivalenze. La chiave della definizione waitziana del *Bundesstaat*, distinto sia dallo *Staatenbund* che dal *Feudalstaat* (tale era considerato da lui il Sacro Romano Impero), è una chiara divisione di compiti e funzioni tra stati membri (la forma istituzionale degli *Stämme*) e stato centrale (la forma istituzionale della *Nation*), con una corrispondente divisione, o raddoppiamento, della sovranità: lo Stato federale è «quella forma [di Stato] in cui una parte dei compiti generali della vita dello stato dev'essere adempiuta in comune dalla nazione intera (mediante il *Gesamtstaat*), un'altra parte dai singoli stati». Sia lo Stato complessivo (*Gesamtstaat*) che i singoli stati sono indipendenti e autonomi (*selbständig*), laddove Waitz usa esplicitamente il termine *selbständig* come sinonimo di *souverän*. In questa luce, «uno Stato federale può darsi solo dove la sovranità non spetta né all'uno né all'altro, ma a entrambi: al *Gesamtstaat* e al singolo stato, ciascuno all'interno della propria sfera». Ciò implica che il potere degli uni non sia derivato da quello dell'altro, e che il potere centrale non sia la mera conseguenza di una cessione da parte degli stati, ma il frutto di un atto storico originario. Entrambi hanno una relazione diretta con la popolazione<sup>99</sup>. Per Waitz,

<sup>96</sup> G. Waitz, *Das Wesen des Bundesstaates*, in *Allgemeine Monatschrift für Wissenschaft und Literatur*, 1853, pp. 494 ss., rist. con piccole variazioni in *Grundzüge der Politik*, Kiel, Hohmann, 1862; la parte sul *Wesen des Bundesstaates* è alle pp. 153-218, con una sintesi alle pp. 42-46, su cui v. S. Brie, *Storia dello stato federale*, cit., pp. 152 ss.; M. Dreyer, *Föderalismus*, cit., pp. 204 ss.; H. Holste, *Der deutsche Bundesstaat*, cit., pp. 116-118; E. Deuerlein, *Föderalismus*, cit., pp. 89-92; S. Weichlein, *Föderalismus*, cit., pp. 110-111; B. Grzeszick, *Der Gedanke des Föderalismus*, cit., p. 80; M. Stolleis, *Geschichte*, II, cit., pp. 365-366. G. Waitz, *Grundzüge der Politik*, cit., pp. 153-154.

<sup>97</sup> Ivi, p. 46, p. 159, p. 170.

<sup>98</sup> Ivi, p. 155, pp. 164 ss. (163, 166). Cfr. anche ivi, pp. 43-45.

non è tanto la sovranità a fondare le competenze, ma le competenze a giustificare la sovranità. Quest'ultima è limitata e divisa per estensione, ma non per contenuto. Così, se in entrambe le sfere la sovranità corrisponde alla «immediatezza della volontà e della causa morale», a loro volta «le sovranità limitate si integrano in maniera complementare in una comprensiva catena di poteri, che poi possono essere concepiti come una immaginaria sovranità complessiva»<sup>100</sup>. La divisione concettuale tra la sovranità dello Stato centrale e quella degli stati membri presuppone, per alcuni aspetti, la teoria albrechtiana della personalità giuridica dello Stato<sup>101</sup>, alla quale il pensiero di Waitz è avvicicabile per l'impronta organicistica, piuttosto che per le declinazioni costruttivistiche che avrebbero contraddistinto in seguito la personalità giuridica. Se Albrecht aveva attribuito la sovranità alla personalità giuridica dello Stato per risolvere, con un compromesso, il conflitto tra principio monarchico e principio rappresentativo, Waitz ha ideato la formula della divisione della sovranità per non porre in maniera definitiva la questione del primato tra federazione e stati membri. Tale approccio era in sintonia con il suo retroterra filosofico e con il contesto storico-politico degli anni in cui scriveva<sup>102</sup>.

Dal punto di vista filosofico, la concezione waitziana dello Stato federale può essere osservata alla luce di una genealogia che, attraverso Ranke, riconduce a fino a Leibniz. La metafisica di quest'ultimo, in particolare, ha ad oggetto monadi in sé chiuse e senza finestre, la cui interazione è possibile solo grazie all'armonia generata in maniera trascendente da Dio, con cui ciascuna delle monadi comunica direttamente. Una ricostruzione siffatta ha influenzato non solo la dottrina dello Stato dello stesso Leibniz, ma anche la teoria della storia di Ranke, incentrata sull'emersione di *Tendenzen*, movimenti trascendenti che operano nella storia e danno vita a «grandi strutture effettive». Ranke sottolinea l'importanza dell'energia morale che vivifica la nazione e quindi lo stato. La sua idea di nazione va intesa in un'accezione sia culturale che territoriale, e ciò implica, in Germania, il rilievo primario delle forze spirituali che hanno permesso l'individualizzazione degli stati particolari, oltre che dello stato nazionale. Seguendo questo percorso, il *Bundesstaat* waitziano rappresenta l'espressione di una tendenza storica in cui si è realizzata una nuova struttura complessa, tendenza in cui sono ravvisabili – conformemente alla tradizione teologica luterana – gli interventi di una moralità trascendente. La tendenza relativa alla formazione dello stato federale si regge sulla reciproca autonomia degli *Stämme* e della *Nation* (o *nationale Grundlage*) che, per quanto composti da una base materiale comune, si costituiscono in stati secondo principi differenti. «L'indipendenza di stirpi e di *nationale Grundlage* [...] equivale all'originarietà dei loro diritti e, in particolare, una volta costituite in stati, ne determina la qualità sovrana». Come tra le monadi, il rapporto tra i corpi politici è esteriore, ma reso possibile da un'armonia trascendente che ne integra le complementarietà. La visione dello Stato federale come risultante di tendenze storiche trascendenti, insieme alla funzione regolativa svolta dall'armonia, relega per Waitz in secondo piano sia il problema del processo

<sup>100</sup> Cfr., da prospettive complementari, A. Sandri, *Genesi e sovranità*, cit., p. 184 e M. Dreyer, *Föderalismus*, cit., p. 208, da cui sono tratte le citazioni. V. altresì S. Weichlein, *Föderalismus*, cit., 111. Sul problema della causa morale cfr. il capovero successivo.

<sup>101</sup> W.A. Albrecht, *Rezension über Maurenbrechers Grundsätze des heutigen Staatsrechts*, in *Göttingische Gelehrte Anzeigen*, 1837, 1489 ss.

Cfr. M. Dreyer, *Föderalismus*, cit., 593-594.

costituente sia quello della definizione di una supremazia competenziale, su cui invece si concentrerà la dottrina successiva<sup>103</sup>.

Non diversamente da quanto sostenuto alla *Nationalversammlung*, Waitz ritiene imprescindibile l'istituzione di uno Stato federale, avendo i «fatti storici» dimostrato come esso sia realizzato per soddisfare un «impulso innato dei popoli» a realizzare l'unità nazionale. La politica non può non riconoscere questa «legge che è il fondamento dello svolgimento autentico della vita dei popoli»<sup>104</sup>. Ma la storia, che per Waitz è legata allo sviluppo organico del popolo tedesco e delle sue istituzioni, ha mostrato come tale sviluppo non sia stato completamente uniforme, essendosi articolato in una pluralità di stati, guidati dai rispettivi sovrani.

L'esperienza francofortese ha rafforzato in lui la convinzione che la creazione di un potere centrale federale non possa avvenire a scapito delle singole monarchie. La sua insistenza sulla indipendenza e autonomia reciproca dello stato federale e degli stati membri è quindi tesa a valorizzare la legittimazione storica di questi ultimi.

Date queste premesse, è possibile cogliere meglio anche la portata dei ripetuti riferimenti testuali alla *Democrazia in America* di Tocqueville, il cui significato non si discosta dall'uso selettivo dell'esperienza federale americana che si è messo in luce più in alto<sup>105</sup>. A Waitz, il testo dell'autore francese appare non solo come una scoperta da cui apprendere<sup>106</sup>, ma anche come un autorevole puntello per modificare la tesi del federalismo di esecuzione, già difesa alla *Nationalversammlung*. Le idee che Waitz afferma di riprendere da Tocqueville, a ben vedere, non sono in Germania completamente nuove: la separazione della sovranità e l'indipendenza di entrambi i livelli di governo, nonché l'immediatezza del rapporto con i cittadini<sup>107</sup>, erano state già delineate, seppur con minore nettezza e in un contesto diverso, da altri autori tedeschi nei decenni e nei secoli precedenti (*supra*, par. 2 e 3). Per contro, Waitz ha sorvolato su ulteriori elementi caratterizzanti del pensiero federalistico di Tocqueville<sup>108</sup>. A ben vedere, le ragioni del rilievo da lui attribuito all'opera del pensatore e giurista francese vanno ricercate proprio nella storia e negli equilibri politici degli assetti costituzionali tedeschi. Waitz è ora convinto che lo stato centrale debba disporre di un'amministrazione propria, in grado di eseguire le leggi adottate nelle materie di sua competenza, come gli affari esteri e il commercio. Anche dal punto di vista fiscale, la federazione deve sostenersi con risorse autonome, senza fare affidamento sui contributi matricolari dei singoli stati, mentre una maggiore collaborazione di questi è ammessa con

<sup>103</sup> A. Sandri, *Genesi e sovranità*, cit., pp. 38 ss., pp. 98 ss., pp. 181 ss. (citazione a p. 43). Sulla concezione rankiana della nazione v. F. Meinecke, *Cosmopolitismo e stato nazione*, cit., pp. 272 ss.

<sup>104</sup> G. Waitz, *Grundzüge der Politik*, cit., pp. 163, 168.

<sup>105</sup> V. *supra*, nn. 76 ss. Sul rapporto tra Waitz e Tocqueville v. in particolare M. Dreyer, *Föderalismus*, cit., pp. 209 ss. V. altresì H. Rumpler, *Föderalismus*, cit., pp. 221-222.

<sup>106</sup> G. Waitz, *Grundzüge der Politik*, cit., p. 155: «Am meisten hat mich Toquevilles scharfsinnige Auseinandersetzung über das Wesen der nordamerikanischen Verfassung belehrt».

<sup>107</sup> Cfr. A. Tocqueville, *La Democrazia in America* (1835-1840), Milano, Bur, 1999, pp. 115 ss., pp. 153 ss., spec. pp. 117, p. 158, p. 159, p. 160, p. 162: «si trattava di dividere la sovranità in modo che i diversi stati che formavano l'Unione continuassero a governarsi da soli in tutto ciò che riguardava la loro politica interna, senza che la nazione intera, rappresentata dall'Unione, cessasse di costituire un corpo unico, capace di provvedere a tutti i bisogni generali»; «non si può immaginare facilmente fino a qual punto questa divisione di sovranità contribuisca al benessere di ognuno degli stati che compongono l'unione»; «sovranità [...] incompleta»; «Questo sistema [federale] implica necessariamente l'esistenza di due sovranità; «sovranità frazionata» (corsivi miei).

<sup>108</sup> V. *infra*, nn. 123-125.

riguardo all'organizzazione dell'esercito<sup>109</sup>. In ragione del cambio di orientamento, Waitz adduce argomenti volti a un rafforzamento sia dello stato centrale sia degli stati membri: per un verso, infatti, affidare sempre l'esecuzione delle leggi federali a poteri statali indipendenti implica la frapposizione di ostacoli alla relativa attuazione, mentre la limitazione delle competenze federali alla sfera legislativa comporta il rischio di astrazione della legislazione.

Per altro verso, l'identificazione della funzione principale dei *Länder* con quella di amministrazione pone questi ultimi in una posizione di tendenziale subordinazione, facendo coincidere i loro compiti prevalentemente con l'esecuzione, fin nei dettagli, delle leggi emanate da un altro potere<sup>110</sup>.

Un cambiamento di posizione siffatto è dovuto a una interpretazione delle cause del fallimento della *Frankfurter Reichsverfassung*, ricondotta all'opposizione ad essa di tutti i maggiori sovrani territoriali, ancora fortemente legati al principio di legittimazione monarchico. Per Waitz, «lo strumento più adatto» a perseguire l'obiettivo di edificare lo stato nazionale è «una teoria dello stato federale che riponga [i principi] nel pieno possesso della loro sovranità». È questa, dunque, l'urgenza concreta che lo muove. «La 'formula compromissoria e attraente della doppia sovranità' corrispondeva pertanto ai bisogni del tempo», che consistevano nel «mantenere aperta la porta per una trasformazione in profondità della confederazione in uno stato federale tedesco» anche dopo il prevalere della controrivoluzione e il ristabilimento del principio monarchico; ciò «corrispondeva altresì alla concezione liberal-costituzionale dello stato»<sup>111</sup>.

Se l'insuccesso della Costituzione della *Paulskirche* è dipeso, tra l'altro, dal fatto che i deputati francofortesi si erano alienati il consenso delle masse, per il timore che la rivoluzione prendesse una piega democratico-sociale, questo profilo è rimasto estraneo all'analisi di Waitz. Più importante, per lui, era la determinazione della giusta relazione tra potere centrale e stati membri, con il riconoscimento a ciascuno della reciproca sovranità e indipendenza, per soddisfare sia l'istanza di unità nazionale che quelle particolaristiche. Ma, anche a questo riguardo, la ricostruzione dell'autore non è scevra di ambivalenze, che affiorano soprattutto nella parte relativa alla formazione degli organi federali: la totale indipendenza dei due piani, ribadita sul versante organizzativo, se è compatibile con una camera bassa (*Reichsversammlung*) rappresentativa dell'intera nazione (ma da eleggere ancora a suffragio ristretto) e con funzioni di «cooperazione» alla funzione legislativa e all'approvazione del bilancio, non lo è invece con una seconda camera (*Staatenhaus*) rappresentativa degli interessi degli stati, considerata dunque come un correttivo necessario alla netta separazione dei livelli, e tantomeno lo è con un terzo organo, pur prefigurato da Waitz ma bocciato a Francoforte, in cui avrebbero dovuto sedere i rappresentanti dei governi, con funzioni bensì consultive ma con vincolo di mandato (*Reichsrath*). Ancora maggiore appare la contraddizione con riguardo al capo dello stato che, in una federazione monarchica, poteva coincidere con il sovrano dello stato più potente<sup>112</sup>.

<sup>109</sup> G. Waitz, *Grundzüge der Politik*, cit., pp. 168-172, pp. 186 ss..

<sup>110</sup> Ivi, p. 169.

<sup>111</sup> M. Dreyer, *Föderalismus*, cit., p. 211, p. 213; S. Weichlein, *Föderalismus*, cit., p. 111.

<sup>112</sup> G. Waitz, *Grundzüge der Politik*, cit., pp. 176 ss. pp. 213 ss..

Questi passaggi rivelano come anche nell'opera di Waitz il rapporto tra *Konstitutionalismus* e

*Parlamentarismus* resti problematico. Tale coppia concettuale, pur racchiudendo una specificità del costituzionalismo tedesco, nella sua accezione originaria è stata connotata da una tipizzazione rigida che la differenzia in maniera forse troppo netta rispetto al costituzionalismo e al parlamentarismo degli altri paesi della tradizione occidentale. Se Ernst R. Huber aveva individuato come carattere principale del *Konstitutionalismus* la compartecipazione all'esercizio del potere di monarca e assemblea, con una risoluzione della tensione tra i due organi in favore del primo, da cui continuava a promanare l'autorità<sup>113</sup>, altri studi – tra cui quelli di Ernst W. Böckenförde e di Hans Boldt – hanno evidenziato un'evoluzione dinamica del rapporto tra principio monarchico e principio rappresentativo, evoluzione che, pur con equilibri variabili, soluzioni teoriche differenziate e una parziale interruzione nel *Reich* bismarkiano, era diretta verso un potenziamento della democratizzazione e del parlamentarismo. Una più definita tendenza alla parlamentarizzazione del sistema di Governo si era del resto accentuata, a livello soprattutto statale ma anche federale, proprio negli anni a cavallo del 1848, con un ridimensionamento della distanza tra *Konstitutionalismus* e *Parlamentarismus*<sup>114</sup>. L'ambivalenza verso il

*Parlamentarismus* ha caratterizzato anche la *Nationalversammlung* di Francoforte, dove la sinistra era stata fautrice della derivazione parlamentare del Governo provvisorio, mentre il *Rechtes Zentrum* aveva posto l'accento sulla reciproca collaborazione tra sovrano e assemblea nel quadro di un equilibrio armonico tra i poteri, facendo risaltare maggiormente quelli legislativi e di controllo dell'assemblea, a prescindere da un rapporto fiduciario con il Governo<sup>115</sup>. È evidentemente quest'ultimo l'orizzonte concettuale di Waitz, il quale, in uno scritto del 1858 su “La monarchia e l'ordine costituzionale”, riprodotto nei *Grundzüge*, ha inteso l'ideale costituzionale come «un'armonica compartecipazione, un pieno libero accordo» tra principio monarchico e principio parlamentare<sup>116</sup>.

Il problema principale restava, dunque, per Waitz, l'edificazione della federazione nell'ambito di una monarchia costituzionale siffatta: lo «stato federale monarchico» costituiva una peculiarità tedesca nel panorama comparato, essendo sia la federazione americana che quella svizzera entrambe repubblicane<sup>117</sup>. Dalla sua pratica configurazione, in particolare per ciò

<sup>113</sup> Cfr. E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, III, Stuttgart, Kohlhammer, 1963, pp. 3 ss. V. altresì, con un giudizio maggiormente differenziato O. Hintze, *Das monarchische Prinzip und die konstitutionelle Verfassung*, in Id., *Staat und Verfassung. Gesammelte Abhandlungen zur allgemeinen Verfassungsgeschichte*, Göttingen, Vandenhoeck, 1962, 359 ss..

<sup>114</sup> E.W. Böckenförde, *Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert*, in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte*, Id., R. Wahl (hrsg.), cit., pp. 146 ss.; H. Boldt, *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, Düsseldorf, Droste, 1975, *passim* e pp. 263 ss.; Id., *Von der konstitutionellen Monarchie zur parlamentarischen Demokratie*, in *Wendemarken in der deutschen Verfassungsgeschichte*, R. Mußgnug (hrsg.), Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 155 ss.; Id., *Parlamentarismustheorie. Bemerkungen zu ihrer Geschichte in Deutschland*, in *Der Staat* 1980, pp. 385 ss. V. inoltre le ricostruzioni di Lanchester, *Le costituzioni tedesche*, cit., pp. 19 ss.; R. Wahl, *Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866*, in *Handbuch des Staatsrechts*, J. Isensee, P. Kirchhof (hrsg.), I., Heidelberg, Müller, 2003<sup>3</sup>, pp. 60-61, pp. 77-80; G. A. Ritter, *Föderalismus und Parlamentarismus in Deutschland in Geschichte und Gegenwart*, München, Verlag der bayerischen Akademie der Wissenschaften, 2005, pp. 7 ss..

<sup>115</sup> H. Boldt, *Parlamentarismustheorie*, cit., pp. 392-393. G. Waitz, *Grundzüge der Politik*, cit., 151. Sulla concezione waitziana della monarchia costituzionale, in linea con il modello della compartecipazione armonica, propria del liberalismo organico, e distante dalla visione più conflittuale di Rotteck così come da quella parlamentare di Mohl v. H. Boldt, *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, cit., pp. 189 ss.

<sup>116</sup> G. Waitz, *Grundzüge der Politik*, cit., pp. 209-210 (l'altro esempio di federazione repubblicana considerato da Waitz è quello della lega achea nell'antica Grecia).

che concerneva la scelta dell'organo di vertice dell'impero, è dipeso, come egli stesso ha ammesso, il mancato successo della Costituzione di Francoforte<sup>118</sup>. Waitz riponeva profonda fiducia nella funzione unitaria e stabilizzatrice del monarca ed era convinto «che l'essenza dello stato federale non [fosse] di per sé in contraddizione con il concetto di monarchia», richiedendo quest'ultima che il sovrano governasse per diritto proprio, ma non che riunisse nella sua persona tutti i poteri dello stato, essendo pertanto compatibile con una divisione verticale dei poteri<sup>119</sup>. Egli riteneva che lo stato federale monarchico costituisse la «forma costituzionale [...] che corrispondeva allo spirito e alla storia [del popolo tedesco]», essendo caratterizzata da una «mediazione e riunione di quei princîpi, che [avevano] domina[to] la vita politica della Germania fin dall'inizio, e cioè la monarchia e la libertà del popolo, l'unità della nazione e la molteplicità dei suoi membri». Questi passaggi risolvono, tramite il riferimento alla storia, anche il problema della omogeneità costituzionale: per un verso, infatti, Waitz ha ammesso che la federazione potesse includere stati con forme di governo differenti, richiamando in proposito le antiche città-stato tedesche (i *Grundrechte* invece avrebbero dovuto essere riformulati in senso più restrittivo rispetto alla FRV), per l'altro ha ricordato che i territori si erano consolidati grazie al radicamento del principio monarchico in ordinamenti di tipo cetuale e – in un'ottica contraria a rivolgimenti rivoluzionari- l'evoluzione del sistema politico tedesco non avrebbe potuto completamente prescindere<sup>120</sup>. Data l'esistenza di uno stato membro più grande e potente degli altri, il vertice dello stato federale avrebbe dovuto essere una sua espressione, anche se ciò avrebbe potuto comportare uno squilibrio nella struttura federale, mentre un dualismo competitivo (come quello espresso da Austria e Prussia durante la *Nationalversammlung*) era destinato a logorare l'edificio federale al proprio interno<sup>121</sup>.

Queste conclusioni confermano la lettura parziale da parte di Waitz, e di commentatori successivi come Sigfried Brie<sup>122</sup>, dell'opera di Tocqueville. Se è vero, infatti, che in quest'ultima il federalismo appare come un limite al principio democratico e di maggioranza, l'interpretazione che di essa hanno dato gli autori tedeschi relega in secondo piano il problema – invero centrale per l'autore francese- del rapporto tra liberalismo e democrazia<sup>123</sup>. Per Tocqueville, il sistema federale è bensì espressione della diversità di culture, costumi e leggi degli stati, ma è anche strettamente legato al governo repubblicano e alla coltivazione della libertà dei cittadini attraverso la concreta esperienza di autogoverno, che si realizza in maniera ascendente a partire dalle comunità locali più piccole. Di questa specificità dell'esperienza statunitense, Tocqueville è perfettamente consapevole, tanto da escludere una esportazione del modello federale sul suolo europeo in assenza di una comparabile base

<sup>118</sup> Come riconosce lo stesso G. Waitz: v. *ivi*, p. 213.

<sup>119</sup> *Ivi*, pp. 210-211.

<sup>120</sup> *Ivi*, pp. 214 ss.

<sup>121</sup> *Ivi*, p. 218.

<sup>122</sup> S. Brie, *La Storia*, cit., p. 144, sulla «conformità del contenuto sostanziale [della dottrina di Tocqueville] coi dettami pratici preponderanti nel movimento germanico, e colla trasformazione già avviata della dottrina dello stato federale».

<sup>123</sup> Su questo aspetto v., per tutti, G. Candeloro, *La Democrazia in America di Alexis de Tocqueville*, in A. Tocqueville, *La Democrazia in America* (1835-1840), Milano, Bur, 1999, pp. 5 ss.; R. Aron, *Le tappe del pensiero sociologico* (1965), Milano, Mondadori, 1989, pp. 214 ss..

sociale e prassi deliberativa<sup>124</sup>. Non stupisce, quindi, che ancora una volta Mohl, attento all'esperienza federale statunitense e pure sensibile alla questione sociale, commentando a distanza di alcuni anni la *Democrazia in America*, abbia espresso un giudizio del tutto in linea con la prospettiva liberal-organicista sul *Bundesstaat*. Da un lato, ha apprezzato la valutazione di Tocqueville secondo cui «il pericolo per [...] lo stato federale non risiede tanto [...] nell'emersione di tendenze aristocratiche o monarchiche, quanto piuttosto nell'avventatezza dello spirito democratico»; dall'altro, ha denunciato, nell'opera dell'autore francese, l'assenza di una riflessione più articolata sui «diversi tipi di federazione» e sulle norme che regolano il rapporto tra il potere di governo dello stato centrale e quello degli stati membri, temi che erano stati invece fondamentali per inquadrare dal punto di vista costituzionale i territori tedeschi e le loro unioni<sup>125</sup>.

## 8. Osservazioni conclusive

Quanto osservato fin qui dimostra come la storia del principio federale in Germania sia particolarmente articolata e complessa: i modelli teorici si intrecciano con gli equilibri politici e territoriali, secondo rapporti talora di maggiore talora di minore prossimità, in una dialettica continua tra diritto e realtà costituzionale. È questo il caso della dottrina sul *Bundesstaat* di Waitz, che ruota intorno al tema della divisione o raddoppiamento della sovranità tra stati membri e stato federale, e alla loro reciproca autonomia. Si è visto come un'idea siffatta sia stata presente in autori precedenti, a partire da Hugo e Leibniz, passando per Moser, Pütter, Zachariä e Behr, per arrivare fino a Mohl, Welcker, Bluntschli e von Gagern. Ma le elaborazioni di questi giuspubblicisti avevano avuto come sfondo un contesto politico-istituzionale diverso e con altre criticità: il *Reich* indebolito o in via di dissoluzione, il *Rheinbund* napoleonico da superare e, infine, durante il *Vormärz*, lo stato federale nazionale da raggiungere. Tra i principali esponenti della *Nationalversammlung*, Waitz ha sviluppato un'idea che era stata bensì presente in forma embrionale in Mohl e Welcker, ma il suo contributo più importante sullo stato federale appartiene già ad un'altra fase, successiva al *Vormärz* e alla rivoluzione. Tramite tale idea, caratterizzata da una costruzione del *Bundesstaat* alla luce delle tendenze storiche rankiane, Waitz ha fatto i conti con l'insuccesso della *Frankfurter Reichsverfassung* e ne ha ravvisato le cause in un eccessivo ridimensionamento del potere dei principi a capo dei singoli stati. La teoria della doppia sovranità è dunque la risposta teorica all'esigenza politica di integrare i monarchi nell'edificazione dello stato federale.

Per tutti gli anni sessanta dell'Ottocento, la teoria waitziana godette di ampio seguito in —  
dottrina, per la corrispondenza ai bisogni del suo tempo e per la chiarezza concettuale  
con

<sup>124</sup> A. Tocqueville, *La democrazia in America*, cit., pp. 156 ss., pp. 160 ss. Tocqueville rileva inoltre la natura astratta ideale della sovranità dell'Unione (più difficile da comprendere senza un'adeguata coscienza civica e un allenamento spirituale), distinguendola da quella degli stati membri, più immediata e comprensibile per i cittadini. Sul pensiero federalistico di Tocqueville cfr. D. Winthrop, *Tocqueville on Federalism*, in *Publius* 1976, pp. 93 ss.; R. C. Hancock, *Tocqueville on the Good of American Federalism*, in *Publius* 1990, pp. 89 ss., ed anche i rilievi di E. G. Franz, *Das Amerikabild*, cit., p. 27 e A. Vespaziani, *Federalismo*, cit., pp. 4-5.

<sup>125</sup> R. von Mohl, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, 1, Erlangen, Enke, 1855, pp. 565-566. Cfr. sul punto E. Deuerlein, *Föderalismus*, cit., p. 62. L'obiezione di von Mohl viene invece ridimensionata da S. Brie, *La Storia*, cit., n. 3 p. 145.

cui era stata esposta. Studiosi come Mohl e Bluntschli continuarono a insistere sul tema della divisione della sovranità, confortati dall'opera di Waitz; lo stesso Carl F. W. von Gerber prese le mosse da quest'ultima nelle sue considerazioni sullo stato federale, nonostante le differenze metodologiche; altri autori, come Heinrich A. Zachariä, giunsero a conclusioni analoghe a quelle di Waitz<sup>126</sup>. La situazione cambiò in maniera significativa dopo il conflitto tra Prussia e Austria, risoltosi in favore della prima, con l'istituzione del *Norddeutscher Bund* nel 1867 e poi del *Kaiserreich* nel 1871. Il modello teorico di Waitz venne incrinato, se non stravolto, dalla struttura di questi due nuovi enti politici, soprattutto del *Reich* guglielmino, struttura che denotava in più punti il forte intreccio, anziché la reciproca indipendenza, tra stati membri e stato federale: la composizione e le funzioni degli organi del potere centrale (in particolare il *Bundesrat*), la scelta per il federalismo di esecuzione, la prestazione di contributi di carattere fiscale e militare da parte dei *Länder*, il primato del *Reich* nella determinazione delle proprie competenze (salvo il veto di una minoranza degli stati)<sup>127</sup>. La Costituzione del *Reich* includeva inoltre diversi elementi che riflettevano il ruolo egemone della Prussia (dal maggior peso nel *Bundesrat* alle unioni personali) e tale ruolo divenne di fatto il motore per il rafforzamento di una tendenza unitaria della federazione.

— La dottrina giuspubblicistica rispose a questi mutamenti in modo differenziato: alcuni provarono a salvare la teoria waitziana, apportando aggiustamenti o considerando i suoi elementi spuri come eccezioni, altri la contrastarono radicalmente. Fu il secondo filone a prevalere – non senza importanti voci in dissenso da parte di autori ascrivibili alla corrente organicista<sup>128</sup> –, puntando sulla definizione, da un punto di vista logico, della sovranità, che pretendeva di essere unitaria, indivisibile, assoluta ed esclusiva. Fu dapprima Max von Seydel, impegnato a sostenere il regno di Baviera, ad affermare la sovranità degli stati membri e la natura confederale del *Reich*, riferendosi all'opera dello statunitense John Calhoun ma insistendo sulla salvaguardia dell'unità del *Reich* a fronte di eventuali tentativi di secessione. Successivamente Georg Meyer, Paul Laband, Heinrich Rosin, Sigfrid Brie e Georg Jellinek mantennero il punto di vista della sovranità esclusiva, capovolgendone però il verso, collocandola cioè nel *Reich* e rendendola compatibile con il concetto di *Bundesstaat* attraverso l'idea dello Stato membro non-sovrano. Altri autori, come Albert Hänel e Heinrich von Treitschke, da punti di vista molto diversi, evidenziarono la tendenza unitaria della nuova Costituzione, facendo leva vuoi sul concetto di *Kompetenz-Kompetenz*, vuoi sulla posizione egemonica della Prussia<sup>129</sup>. Da una prospettiva complementare, è stata notata una vicinanza

<sup>126</sup> Cfr., per un quadro completo, M. Dreyer, *Föderalismus*, cit., pp. 214 ss.; S. Brie, *Storia dello stato federale*, cit., pp. 161 ss. Cfr. altresì H. Holste, *Der deutsche Bundesstaat*, cit., pp. 243-244.

<sup>127</sup> S. Brie, *Storia dello stato federale*, cit., pp. 188 ss.; M. Dreyer, *Föderalismus*, cit., pp. 257 ss.; H. Holste, *Der deutsche Bundesstaat*, cit., p. 119.

<sup>128</sup> Penso alla diversa visione organicistica e comunitaria fatta propria dalla *Genossenschaftstheorie* di Otto von Guericke e all'idea, fortemente influenzata dalla stessa *Genossenschaftstheorie*, di uno stato federale integrato a partire dalla *Selbstverwaltung*, in cui il problema della sovranità è del tutto recessivo, formulata da H. Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften* (1889), Aalen, Scientia Verlag, 1964, pp. 89 ss. Su di esse v. Stollé, *Geschichte*, II, cit., pp. 359 ss. e M. Dreyer, *Föderalismus*, cit., pp.

371 ss., pp. 387 ss.; sul pensiero di Guericke cfr. altresì P. Ridola, *Stato e costituzione in Germania*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 19 ss..

<sup>129</sup> Per una ricostruzione di questa evoluzione v. M. Dreyer, *Föderalismus*, cit., pp. 280 ss.; H. Holste, *Der deutsche Bundesstaat*, cit., pp. 118-120, pp. 243 ss.; S. Oeter, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, Tübingen, Mohr, 1998, pp. 29 ss.; M. Becker, *Max von Seydel und die Bundesstaatstheorie des Kaiserreichs*, Frankfurt a.M., Klostermann, 2009. V. anche S. Brie, *Storia dello stato federale*, cit., pp. 206 ss.; Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich*, cit., pp. 24 ss., pp. 33 ss..

tra Waitz e Seydel con riguardo alla causa morale trascendente posta a fondamento dell'unione di stati (il *Bundesstaat* per il primo, lo *Staatenbund* per il secondo). Lo sganciamento da una visione trascendente sarebbe avvenuto con Hänel e Otto von Gierke che, maggiormente influenzati dall'idealismo hegeliano, avevano rinvenuto nell'organismo complessivo, come totalità del potere centrale e degli stati membri, la causa etica immanente dello stato federale. Infine, gli esponenti del giuspositivismo statualistico compresero quest'ultimo alla luce di un approccio costruttivista e logico-formale (Laband), oppure liberale ed empirico-fattuale (Jellinek)<sup>130</sup>.

Le pagine precedenti hanno evidenziato come l'elaborazione del concetto di stato federale nella Germania del XIX secolo sia fortemente legata sia alle profonde radici storiche e culturali del federalismo, sia ai diversi contesti politico-istituzionali. Questa consapevolezza può gettare una luce anche sulla questione dalla quale questo articolo ha preso le mosse, e cioè sul frequente ricorso, in anni poco lontani e con riguardo al processo di integrazione europea, all'idea waitziana della sovranità divisa<sup>131</sup>. Si trattava di una fase – dopo il Trattato di Maastricht e prima della mancata approvazione del Trattato costituzionale-, caratterizzata non solo da un più marcato trasferimento di competenze all'UE, ma anche dal superamento del modello funzionalista e da un più deciso tentativo di rinsaldare l'unione politica e la sua base di legittimazione, con una ripresa del paradigma interpretativo federalista<sup>132</sup>.

È chiaro che gli assetti europei non possono essere interamente assimilati al modello waitziano – si pensi solo, in quest'ultimo, al ruolo centrale delle monarchie, ai due livelli amministrativi indipendenti e all'obiettivo di costruire uno Stato nazionale<sup>133</sup>, ma entrambi sono accomunati dall'esigenza di assicurare, al di là da soluzioni monistiche, la coesistenza di stati membri che rivendicano una cospicua riserva di sovranità e di un potere centrale federativo in via di espansione, laddove il ricorso alla sovranità statale è invocato spesso come contemperamento al principio democratico-rappresentativo sul piano federale. Ci si può chiedere, allora, se abbia ancora un senso riproporre oggi un parallelo tra l'Unione europea e il modello waitziano. La gestione istituzionale dei problemi più recenti e pressanti

– dalla crisi economica, alla questione dei migranti, all'uscita del Regno Unito- sembra aver rafforzato le sovranità nazionali, se non addirittura l'egemonia (ancorché «riluttante») di un

A. Sandri, *Genesi e sovranità*, cit., pp. 114 ss., pp. 134 ss., pp. 185 ss., pp. 202 ss. Sul positivismo dogmatico di Laband e Jellinek (e ancor prima di Gerber) v. altresì W. Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkeitskonstitutionalismus*, Tübingen, Mohr, 1993; M. Stolleis, *Geschichte*, II, cit., pp. 337 ss., pp. 450 ss.; M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 252 ss., pp. 333 ss.,

pp. 391 ss. e, più recentemente, P. Ridola, *Stato e costituzione in Germania*, cit., pp. 1 ss., pp. 19 ss..

<sup>130</sup> V. *supra*, n. 1.

<sup>131</sup> Tra i molti e da angolature diverse v. M. Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, Nomos, Baden-Baden, 1997, pp. 113 ss., pp. 224 ss.; P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 314 ss., pp. 417 ss.; S. Oeter, *Föderalismus*, cit.; C. Schönberger, *Die Europäische Union als Bund*, in *AöR* 2004, pp. 81 ss.; O. Beaud, S. Strudel, *Démocratie, fédéralisme et constitution*, in *L'Europe en voie de constitution*, O. Beaud, A. Lechevalier, I. Pernice, S. Strudel (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 3 ss.; R. Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism: the Changing Structure of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009; M. Burgess, *Federalism and European Union: the Building of Europe, 1950-2000*, London, Routledge, 2000; M. Gilbert, *European Federalism: Past Resilience, Present Problems*, in *Democracy and Federalism in the European Union and the United States*, S. Fabbrini (ed.), London, Routledge, 2005, pp. 27 ss.; C. Malandrino, *Sviluppo di un nuovo paradigma federalista-comunicativo nella prospettiva di un'Europa federale*, in *Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali*, a cura di G. Duso, A. Scalone, Monza, Polimetria, 2010, pp. 119 ss.; F. Felice, *Postfazione*, in F. A. von Hayek, *Le condizioni economiche del federalismo tra stati*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2016, pp. 89 ss..

<sup>132</sup> Sull'ultimo aspetto v. D. Grimm, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlin, Berlin University Press, 2009, pp. 111-112.

solo Stato <sup>134</sup>. Ma il quadro è più complesso e occorre tenere conto della persistenza degli effetti integrativi dispiegatisi negli scorsi decenni, dell'azione a livello europeo di tutti gli organi e i soggetti politici (purtroppo ancora fragili), e non ultimo di un'integrazione che opera mediante la condivisione di valori e il pluralismo sociale. Come la storia del principio federale (non solo in Germania) ha insegnato, esso si inverte attraverso processi evolutivi e dinamici, e ciò non consente di escludere che – in futuro e con condizioni più favorevoli alla solidarietà interstatale che non agli egoismi nazionali e alle pulsioni populistiche- la formula di Waitz possa continuare a dispiegare una rilevanza pratica.

<sup>134</sup> Cfr. G. E. Rusconi, *Egemonia vulnerabile. La Germania e la sindrome di Bismarck*, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 105 ss. Sembra che di ciò sia consapevole anche il *Bundesverfassungsgericht* che, a partire dal *Lissabon-Urteil* e nella serie di decisioni sugli aiuti finanziari agli stati membri, ha continuato a tenere insieme principio di apertura al diritto europeo e sovranità democratica nazionale ribadendo il concetto della “responsabilità di integrazione” (*Integrationsverantwortung*): cfr., da ultimo, BVerfG, 2 BvR 2728/13, del 21 giugno 2016 (*OMT II*), spec. pt. 138, 163 ss., con alcune importanti precisazioni dogmatiche. Il concetto di responsabilità, che ha chiare origini nella cultura protestante ed è stato di recente impiegato nell'ambito dei rapporti finanziari tra *Bund* e *Länder* in sinergia con il principio democratico (cfr. F. Saitto, *Economia e stato costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 273 ss.), può essere anche considerato, in una prospettiva esterna, il risvolto di una posizione egemonica, se è vero che quest'ultima presuppone un'assunzione di responsabilità (sul punto cfr. G. E. Rusconi, *Egemonia vulnerabile*, cit., pp. 11-12, pp. 106-108, p. 123). Semmai ci si può chiedere fino a che punto la Germania sia propensa o, appunto, «riluttante» a figurare come potenza egemone negli equilibri europei, ma la questione dovrà essere approfondita in altra sede.

## COME CONCILIARE RAPPRESENTANZA POLITICA E TERRITORIALE NEL NUOVO SENATO DELLE AUTONOMIE? RIFLESSIONI CRITICHE ISPIRATE DALL'ESAME DEL MODELLO BUNDESRAT \*

di Andrea De Petris\*\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Una controversa deliberazione del *Bundesrat*. – 3. Le reazioni della politica e della dottrina. – 4. La funzione del *Bundesrat* nell'assetto istituzionale tedesco. – 5. L'irrisolta equivocità della rappresentanza espressa dal *Bundesrat*. – 6. La decisione del Tribunale Costituzionale Federale. – 7. L'influenza della concorrenza interpartitica: il *Bundesrat* come strumento di opposizione politica? – 8. Da Berlino a Roma: la rappresentanza territoriale nel Senato della Repubblica. – 9. Conclusioni: il monito inascoltato della lezione berlinese.

### 1. Introduzione.

**I**l cd. Disegno di Legge Costituzionale Boschi approvato in via definitiva dalle Camere, e che verrà sottoposto a referendum confermativo il prossimo 4 dicembre 2016, contiene una revisione profonda delle modalità di selezione dei componenti del Senato, ed una conseguente modifica delle funzioni della Camera Alta del sistema parlamentare italiano. Il presente contributo intende fornire spunti di riflessione sul tema delle procedure che la riforma mira ad introdurre rispetto alla scelta dei membri del cd. “nuovo Senato”, e all’impatto che tale modifica potrebbe produrre sulla forma di rappresentanza posta in essere dalla Camera Alta riformata. Infatti, il ddl costituzionale rischia di non considerare adeguatamente il rischio che si ingeneri una delicata commistione tra due differenti tipologie di rappresentanza: una di carattere territoriale, ed un’altra più propriamente politico-partitica, che la modalità di individuazione dei Senatori prevista dalla riforma non sembra in grado di mantenere adeguatamente separate. Al fine di chiarire al meglio tale problematicità, il presente contributo prende in esame la tipologia di rappresentanza che viene realizzata dal *Bundesrat* nella Repubblica Federale Tedesca: dall’esame del modello tedesco di seconda Camera, infatti, sembra possibile trarre elementi atti ad esplicitare le problematiche osservate in relazione al modello di Senato previsto dal ddl Boschi, e a fornire considerazioni utili anche ad un’adeguata comprensione delle potenziali aporie che la riforma *in itinere* potrebbe introdurre anche nel panorama italiano. Allo

---

\* Il presente contributo costituisce un’ampia rielaborazione dell’intervento presentato al convegno *Rappresentanza Politica e Autonomie*, tenutosi il 13 giugno 2016 presso il Dipartimento di Scienze Economico-Aziendali e Diritto per l’Economia dell’Università degli Studi di Milano-Bicocca.

\*\*Ricercatore di Diritto Costituzionale, Università Giustino Fortunato di Benevento.

scopo di far emergere meglio le complessità, il presente lavoro descrive nella prima parte uno specifico caso di votazione avvenuto al *Bundesrat* nel marzo 2002, dall'esito talmente controverso da determinare una imponente reazione in ambito sia istituzionale che dottrinale, culminata con la richiesta di una deliberazione del Tribunale Costituzionale Federale tesa a risolvere la altrimenti insanabile contrapposizione che si era venuta a creare tra organi costituzionali; nella seconda parte, invece, vengono richiamati gli spunti di riflessione emersi dall'analisi del caso tedesco per verificare se anche il modello di Senato tratteggiato dal ddl costituzionale rischi di imbattersi nelle stesse difficoltà, ipotizzando possibili rimedi a riguardo.

## 2. Una controversa deliberazione del *Bundesrat*

Come è noto, il *Bundesrat* raccoglie i rappresentanti dei Governi dei *Länder*, i quali vi inviano un numero di delegati variabile da un minimo di tre ad un massimo di sei, in proporzione all'entità della popolazione residente in ciascun *Land*<sup>2169</sup>. Il Consiglio Federale, composto da 69 membri, delibera a maggioranza assoluta dei suoi componenti: vale a dire che almeno 35 Senatori devono votare in favore di un provvedimento affinché questo risulti approvato<sup>2170</sup>. Ciascun *Land* può inviarti tanti delegati quanti sono i voti di cui esso dispone (per l'appunto, da un minimo di tre ad un massimo di sei), ma la Legge Fondamentale esige che il voto venga espresso esclusivamente in modo unitario, escludendo espressamente il ricorso a preferenze disgiunte tra i componenti della stessa delegazione regionale<sup>2171</sup>.

Il 23 marzo 2002, nel corso dell'approvazione da parte della seconda Camera tedesca di una riforma della Legge Federale sull'immigrazione (*Einwanderungsgesetz*), fortemente voluta dal Governo federale di coalizione sostenuto dal partito socialdemocratico (SPD) e da quello ambientalista (GRÜNEN) sotto la guida dell'allora Cancelliere Gerhard Schröder, e aspramente criticata dalle opposizioni, si registrò una inattesa quanto pressoché inedita contrapposizione tra i componenti della stessa delegazione regionale. La legge in questione interessava direttamente l'autonomia organizzativa dei *Länder*, in quanto modificava tra l'altro le norme attuative della materia, di competenza sub-statale: pertanto, la norma in oggetto si configurava come parzialmente „*zustimmungsbedürftig*” ai sensi dell'art. 84 I LF, ed esigeva il voto favorevole anche da parte del *Bundesrat* a maggioranza dei suoi componenti per la sua definitiva approvazione<sup>2172</sup>.

<sup>2169</sup> Art. 51 I, II Legge Fondamentale - LF.

<sup>2170</sup> Art. 52 III 2 LF.

<sup>2171</sup> Art. 51 III LF.

<sup>2172</sup> M. BOTHE, Die verfassungsmäßige Aufteilung der Verantwortung für Zuwanderung und Integration auf Bund und Länder und Gemeinden und Folgerungen für ein Organisationsmodell, Rechtsgutachten im Auftrag der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung”, 12.4.2001, disponibile in [http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/MigrationIntegration/AsylZuwanderung/Bothe\\_pdf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/MigrationIntegration/AsylZuwanderung/Bothe_pdf.pdf?__blob=publicationFile). V. anche la giurisprudenza in materia del Tribunale Costituzionale Federale: BVerfGE 8, 294 s.; 55, 274 ss.; 75, 108 ss.

Presidente di turno nel voto del 23 marzo 2002 era Klaus Wowereit, allora *Oberbürgermeister* socialdemocratico di Berlino, a capo di una giunta cittadina di sinistra SPD-PDS. Lo scontro politico ed istituzionale che seguì al controverso voto della Camera dei *Länder* riguardò proprio la prassi seguita dal Presidente del *Bundesrat* in occasione del voto, di cui per comodità di esposizione riportiamo di seguito le fasi salienti.

*Pres. Wowereit: "Veniamo alla votazione del provvedimento. Prego il Segretario di chiamare i singoli Länder".*

Segue l'appello in ordine alfabetico dei *Länder*, che uno dopo l'altro proclamano il loro voto in ordine alfabetico. Alle dichiarazioni di voto di Baden-Württemberg, Baviera e Berlino segue quella del Brandeburgo, il cui Esecutivo è composto da una giunta di coalizione SPD-CDU, guidata dal socialdemocratico Manfred Stolpe.

*Segr.: "Brandeburgo?"*

*Ministro del Lavoro del Brandeburgo Alwin Ziel (SPD): "Sì."*

*Ministro della Giustizia del Brandeburgo Jörg Schönbohm (CDU): "No."*

*Presidente del Bundesrat Klaus Wowereit (SPD): "Prendo atto che il Land Brandeburgo non ha votato unitariamente. Invoco l'Art. 51 III 2 GG. In base ad esso i voti di un Land possono essere espressi solo in maniera unitaria. Chiedo al Capo dell'Esecutivo Stolpe quale sia il voto del Brandeburgo."*

*Presidente del Governo del Brandeburgo Manfred Stolpe (SPD): "In qualità di Presidente del Governo (Ministerpräsident) del Land Brandeburgo, io dichiaro che il voto è Sì."*

*Schönbohm: "Lei conosce la mia opinione, Signor Presidente."*

*Wowereit: "Dunque prendo atto che il Land Brandeburgo ha votato Sì."*

Seguirono vibranti proteste da parte dei rappresentanti della CDU al *Bundesrat*, alle quali Wowereit reagì facendo presente di aver chiesto al *Ministerpräsident* Stolpe la proclamazione in forma unitaria del voto del Brandeburgo, ed invitando l'interessato a reiterare il suo voto, che rimase invariato.

Fin qui la cronaca della vicenda. Il risultato ufficiale della votazione fece registrare 35 "SI" (Berlino, Brandeburgo, Meckleburgo-Pomerania Occidentale, Bassa Sassonia, Nordreno-Vestfalia, Renania-Palatinato, Sassonia-Anhalt, Schleswig-Holstein), 17 "NO" (Baviera, Saar, Sassonia, Turingia) e 17 astenuti (Baden-Württemberg, Brema, Amburgo, Assia). E' importante sottolineare che le veementi proteste della CDU si giustificavano con la consapevolezza che senza il "SI" brandeburghese la maggioranza assoluta dei voti a sostegno della norma all'ordine del giorno (come detto, 35 su 69) non sarebbe stata raggiunta, e che il provvedimento sarebbe quindi stato respinto e rinviato al *Bundestag*<sup>2173</sup>, dove avrebbe dovuto essere

<sup>2173</sup> Art. 77 LF.

profondamente riformato tenendo conto delle richieste dell'opposizione federale per sperare di essere approvato in una nuova deliberazione del *Bundesrat*.

### 3. Le reazioni della politica e della dottrina

Sia a livello politico che dottrinale, come era lecito attendersi, le posizioni sulla vicenda furono discordanti: la CDU accusò il Presidente del *Bundesrat* di aver intenzionalmente misconosciuto la mancata unitarietà nella posizione del Brandeburgo, che invece non poteva essere interpretata come un "SI", citando a proprio favore anche l'accordo di coalizione stipulato tra gli esponenti brandeburghesi di SPD e la CDU, in base al quale una divergenza insanabile tra le due forze politiche su una disposizione all'esame della seconda Camera avrebbe dovuto risolversi in una salomonica astensione del *Land* al momento del voto<sup>2174</sup>. La SPD prese invece le difese di Wowerit, invocando il citato obbligo costituzionale di unitarietà del voto di un *Land* al *Bundesrat*, e sostenendo la correttezza del comportamento seguito dal Presidente di turno del *Bundesrat*, nel momento in cui scelse di richiedere una manifestazione di voto unitaria da parte del Brandeburgo.

Anche a livello dottrinale non mancarono prese di posizione discordanti, in buona parte incentrate sulla corretta interpretazione dei limiti da porre alla cd. *Richtlinienkompetenz*, ovvero la potestà riconosciuta al Capo del governo regionale di fissare le linee-guida dell'Esecutivo<sup>2175</sup>. Chi ritiene che in questa competenza rientri

<sup>2174</sup> Per un'analisi diacronica dell'impatto degli accordi di coalizione sulle capacità decisionali dei governi di coalizione a livello regionale in Germania v. U. JUN, *Koalitionsbildungen in den deutschen Bundesländern. Theoretische Betrachtungen, Dokumentation und Analyse der Koalitionsbildungen auf Länderebene seit 1945*, Opladen, Leske+Budrich, 1994; S. KROPP, *Regieren in Koalitionen. Handlungsmuster und Entscheidungsbildung in deutschen Länderregierungen*, Wiesbaden, Westdeutscher Verlag, 2001, in part. 190 ss.. Per un esame delle problematiche di carattere costituzionalistico del tema v. C. SASSE, *Koalitionsvereinbarung und Grundgesetz*, in *Juristenzeitung (JZ)* 1961, 719-728; J. W. MAIWALD, *Zum Wesen des "verfassungsrechtlichen Vertrages"*: dargestellt am Beispiel der zwischen parteilichen Koalitionsvereinbarung, München, Schön, 1963, 133 ss.; W. KEWENIG, *Zur Rechtsproblematik der Koalitionsvereinbarungen*, in *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)* 1965, 182-204; H. SCHULZE-FIELITZ, *Koalitionsvereinbarungen als verfassungsrechtliches Problem – Zu Grenzen eine Verrechtlichung des politischen Prozesses*, in *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 12/1992, 332-336; E. R. ZIVIER, *Der Koalitionsvertrag – rechtlich oder nur politisch bindend?*, in *Recht und Politik (RuP)* 1998, 204-208; K. GRÄFIN VON SCHLIEFFEN, *Koalitionsvereinbarungen und Koalitionsrgemien*, in J. ISENSEE/P. KIRCHHOF (cur.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. 3, 2005, 683-708. Per uno studio in lingua italiana sul tema v. G. RIZZONI, *I contratti di coalizione nella Repubblica Federale Tedesca tra politica e diritto*, in *Rivista AIC* 1/2014 del 7/2/2014.

<sup>2175</sup> La Costituzione del *Land* Brandeburgo a riguardo statuisce che "il Presidente del Governo fissa le linee-guida dell'Esecutivo e ne è responsabile davanti al *Landtag*" (Art. 89 I), precisando inoltre che "il Presidente del Governo dirige la presidenza nell'Esecutivo regionale. Il Governo delibera a maggioranza. In caso di parità decide il voto del Presidente del Governo" (Art. 90 I): due disposizioni dalle quali sembrerebbe possibile evincere una preponderanza del Capo dell'Esecutivo regionale rispetto alle posizioni e alle deliberazioni assunte dall'Esecutivo del *Land*. Resta aperta appunto la questione se il *Ministerpräsident* possa conservare questa preponderanza anche nei casi in cui è chiamato a guidare la delegazione brandeburghese al *Bundesrat*. In termini generali, la dottrina riconosce alla *Richtlinienkompetenz* dei Presidenti degli Esecutivi regionali la stessa portata della potestà attribuita dalla Legge Fondamentale al Cancelliere Federale: questa viene descritta come uno strumento per esercitare il potere di guida dell'Esecutivo, in quanto dal Capo del Governo del *Land* ci si attende

anche il potere di esprimere in via definitiva la posizione del *Land*, giudica evidentemente corretto l'operato del *Ministerpräsident* Manfred Stolpe nel caso in esame; chi invece considera che questa competenza riguardi esclusivamente la sola azione del Governo regionale esercitata all'interno del *Land*, esclude che Stolpe fosse autorizzato ad esprimere in via definitiva il parere del Brandeburgo nel voto al *Bundesrat* a dispetto dell'orientamento contrario di uno dei componenti della sua delegazione, e ne deduce l'illegittimità del risultato della deliberazione in questione.

Secondo Peter Badura, la prassi seguita da Wowerit è illegittima in quanto avrebbe ignorato la mancanza di unitarietà del voto all'interno della delegazione del Brandeburgo, che a suo parere non avrebbe dovuto essere conteggiata in quanto priva della necessaria unitarietà nell'espressione del voto del *Land* in questione: di conseguenza, sarebbe mancato il numero necessario di voti favorevoli al provvedimento e la legge non avrebbe dovuto essere approvata, né il Presidente Federale avrebbe dovuto procedere alla sua successiva promulgazione<sup>2176</sup>. Di avviso contrario Christian Pestalozza, che ravvisa nel *Ministerpräsident* il soggetto demandato ad esprimere la posizione ufficiale del *Land* su una deliberazione in corso al *Bundesrat*: pertanto, bene avrebbe fatto Wowerit nell'occasione ad assumere come ufficiale e riassuntiva dell'indicazione del voto brandeburghese la posizione espressa da Manfred Stolpe<sup>2177</sup>. Concorde con questa tesi Hans Meyer, il quale sottolinea come in casi del genere sia il portavoce ufficiale del *Land*, di regola il Capo dell'Esecutivo regionale, a detenere il diritto di esprimere l'ultima parola sul voto della delegazione di cui è alla guida, deducendone la correttezza del comportamento seguito da Wowerit<sup>2178</sup>. Josef Isensee si dichiara di contro incerto sulla questione, limitandosi ad ammettere che in presenza di elementi che giustificano il sorgere di una controversia tra organi costituzionali (*Organstreit*), il Presidente Federale ha l'obbligo di valutare con attenzione la vicenda prima di decidere come procedere, rifiutando nell'immediato di sottoscrivere il provvedimento in discussione, ed escludendo ad ogni modo che la competenza sulle linee-guida dell'Esecutivo a favore del *Ministerpräsident* si estenda anche alle attività della delegazione regionale al *Bundesrat*<sup>2179</sup>. Klaus von Beyme, invece, si ritiene personalmente convinto che la prassi seguita dal Presidente di turno del

---

che egli dimostri di „dominare i temi [di interesse collettivo] e di individuare le soluzioni adeguate per i problemi sociali, con le quali riuscire inoltre a vincere le elezioni. [...] Secondo una prospettiva interna, la *Richtlinienkompetenz* è uno strumento con cui dovrebbero essere poste in essere l'unità e la capacità decisionale delle componenti del Governo (coalizione, gruppo, partito, burocrazia ministeriale). In una serie di questioni il Capo del Governo del *Land* è chiamato ad operare come moderatore di interessi differenti, cosa che implica anche il requisito di non arroccarsi troppo presto su specifiche posizioni o strategie. Allo stesso tempo, tuttavia, egli deve disporre della capacità di intervento necessaria per restare, in modo più o meno visibile, il padrone del processo decisionale”, cfr. M. FLORACK, T. GRUNDEN, K.-R. KORTE, Kein Governance ohne Government. Politikmanagement auf Landesebene, in S. BRÖCHLER, J. BLUMENTHAL (Hrsg.), Regierungskanzleien im politischen Prozess, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2011, 181-202 (183-184).

<sup>2176</sup> HANDELSBLATT, Geteiltes Votum im Bundesrat war bisher einmalig, 22.3.2002, [www.handelsblatt.com](http://www.handelsblatt.com)

<sup>2177</sup> Id.

<sup>2178</sup> H. MEYER, Abstimmungsstreit im Bundesrat. Ist das Grundgesetz unklar oder sind es die Gedanken darüber?, in ID. (Hrsg.), Abstimmungskonflikt im Bundesrat im Spiegel der Staatsrechtslehre, Nomos 2003, 146-202.

<sup>2179</sup> „Juristen uneins: Die verfluchte Doppelstimme”, in [www.spiegelonline.it](http://www.spiegelonline.it), 22.3.2002.

*Bundesrat* possa considerarsi conforme al dettato costituzionale, senza tuttavia voler escludere a priori l'eventualità che si possano individuare degli elementi sulla base dei quali giustificare un ricorso al Tribunale Costituzionale Federale, che potrebbe anche essere accolto dai Supremi Giudici tedeschi, dal momento che le disposizioni sulle competenze del Presidente del Governo contenute nella Costituzione del Brandeburgo non menzionano esplicitamente la possibilità che la citata *Richtlinienkompetenz* possa essere esercitata anche all'esterno del *Land*<sup>2180</sup>.

#### 4. La funzione del *Bundesrat* nell'assetto istituzionale tedesco

Al di là delle disquisizioni sugli aspetti procedurali della questione, la controversia appena descritta mette necessariamente in discussione la natura della funzione rappresentativa attribuita al *Bundesrat* nell'ordinamento costituzionale federale.

Da un punto di vista storico, alla seconda Camera tedesca (tanto nel caso del *Bundesrat* disciplinato nella Costituzione del Reich del 1871, quanto in quello del *Reichsrat* previsto dalla Costituzione di Weimar del 1919) è stato sempre attribuito in primo luogo il compito di rappresentare gli organismi statuali - i *Länder* - a livello politico centrale. In particolare, già Paul Laband attribuiva al *Bundesrat* disciplinato nella *Reichsverfassung* del 1871 una “doppia natura”, derivante dal fatto che una sua deliberazione si realizzava attraverso l'espressione della volontà dei singoli *Länder* (e in questo consisteva la sua funzione di “Camera degli Stati”), ma non ne rappresentava semplicemente la somma. Secondo Laband, infatti, una deliberazione del Consiglio Federale andava intesa come una sua “propria” decisione, in quanto soggetto di diritto pubblico, che appunto per questo acquisiva un peculiare status di organo costituzionale<sup>2181</sup>. Il *Reichsrat* weimariano, pur non perdendo del tutto questa duplice connotazione, si vide invece riconosciuta una prevalente funzione di organo del Reich nell'ambito dell'assetto istituzionale della prima Repubblica tedesca<sup>2182</sup>.

La Legge Fondamentale del 1949, dal canto suo, recupera appieno questo doppio ruolo del *Bundesrat* di organo istituzionale da un lato, e di strumento di partecipazione al processo politico federale dall'altro. L'art. 50 della Legge Fondamentale stabilisce infatti che il Consiglio Federale è l'organo attraverso il quale i *Länder* “collaborano alla legislazione e all'amministrazione della Federazione”, provvedendo così ad attuare a

<sup>2180</sup> W. BÜCHNER, Politologe Klaus von Beyme: “Stolpe hat gut taktiert”, in [www.spiegelonline.it](http://www.spiegelonline.it), 22.3.2002.

<sup>2181</sup> P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, I, Mohr Siebeck 1907, 254 ss.

<sup>2182</sup> G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reiches*, 14. Ed., Stilke 1926, 337; F. GIESE, *Deutsches Staatsrecht*, Spaeth & Linde 1930, 152; F. STIER-SOMIO, *Reichsstaatsrecht*, W. de Gruyter & Company, 1927, II Vol., 82; di contro, pongono in evidenza la funzione del *Reichsrat* di espressione della volontà collettiva dei *Länder* K. BEYERLE, *Die Verfassung des deutschen Reiches*, *Reichsgesetzblatt* Jg. 1919 Nr. 152, 28, 32; H. NAWIASKY, *Die Grundgedanken der Reichsverfassung, Die innere Politik*. Bd. 3. 1920, 54. Recepiscono le posizioni di Laband sul *Bundesrat*, ammettendo la funzione di duplice rappresentatività del *Reichsrat*, C. BILFINGER, *Der Reichsrat*, § 46: *Bedeutung und Zusammensetzung*, in *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Hrsg. von Anschütz/Thoma, 1930, 545-559 (552), e F. POETZSCH-HELFTER, *Handkommentar zur Reichsverfassung*, III Ed., Liebmann 1928, 273, 278.

livello istituzionale quanto proclamato in via di principio dall'Art. 20, ovvero l'organizzazione in senso federale dell'assetto istituzionale tedesco<sup>2183</sup>. Il Consiglio Federale rappresenta dunque l'organo costituzionale per mezzo del quale i *Länder* hanno la concreta possibilità di esercitare le loro funzioni e competenze a livello di Stato centrale, affermandosi in ultima analisi come veri tutori del principio federale, che proprio in questo modo viene concretamente realizzato, rappresentando all'interno del *Bund* la funzionalità organizzativa del federalismo<sup>2184</sup>.

Da un punto di vista funzionale, prima ancora che giuridico, tuttavia, è chiaro che i *Länder* non detengono la possibilità di esprimere autonomamente alcuna volontà decisionale: il *Grundgesetz* chiama quindi i delegati dei Governi regionali a comporre il *Bundesrat*<sup>2185</sup> proprio per porre in condizione i *Länder* di esprimere la loro volontà in sede federale<sup>2186</sup>. A sostegno di questo orientamento si annoverano diversi fattori: da un lato esistono elementi di carattere testuale, come l'Art. 51 II 2 LF, il quale stabilisce quanti voti spettino “a ciascun *Land*”, chiarendo con ciò come gli effettivi titolari del diritto di voto al *Bundesrat* siano i *Länder* e non i membri dei Governi regionali; dall'altro si individuano argomenti sistematici, quali il successivo Art. 51 III 2 LF, in base al quale i voti di ciascun *Land* vanno enunciati unitariamente, escludendo dunque che questi possano essere ripartiti ed espressi individualmente, ed eventualmente in dissenso tra loro, tra i diversi rappresentanti di un singolo *Land*<sup>2187</sup>. Ne consegue che i *Länder* esperiscono i propri diritti di compartecipazione alla sfera politico-istituzionale federale proprio attraverso i componenti del *Bundesrat*, rendendo necessario appurare in cosa si sostanzia la natura della rappresentanza che la seconda Camera tedesca è chiamata a realizzare, come pure quali siano le funzioni istituzionali che i suoi componenti svolgono, sia per conto della Federazione che dei *Länder* dai quali vengono delegati.

## 5. L'irrisolta equivocità della rappresentanza espressa dal *Bundesrat*

Fin dall'esame dei lavori preparatori del Consiglio Parlamentare di Bonn, impegnato nella stesura della Legge Fondamentale, si evince come il *Bundesrat* non possa essere inteso come un organo costituzionale “di secondo piano”, ma come al contrario con esso si intenda realizzare “una seconda Camera, [...] un vero organo federale e *contemporaneamente* un organo di codecisione dei *Länder* come espressione federalistica della volontà dei *Länder a fianco del Bundestag*”<sup>2188</sup>, dal momento che “la

<sup>2183</sup> “La Repubblica Federale di Germania è uno Stato federale democratico e sociale”.

<sup>2184</sup> K. REUTER, *Praxishandbuch Bundesrat*, Müller Verlag 1991, 105.

<sup>2185</sup> Art. 51 I 1 LF: “Il *Bundesrat* è composto dai membri dei Governi dei *Länder*”.

<sup>2186</sup> Si dichiara invece convinto che a far parte del *Bundesrat* siano i membri degli Esecutivi regionali Roman Herzog, il quale tuttavia deve riconoscere come, adottando tale interpretazione, sorga una inevitabile aporia tra l'art. 50, che chiama in causa i *Länder*, e l'art. 51, che si riferisce ai Governi regionali, cfr. R. HERZOG, *Zusammensetzung und Verfahren des Bundesrates*, in *Handbuch des Staatsrechts*, II Vol., 1987, § 46 nr. 1.

<sup>2187</sup> K. REUTER, cit., 105.

<sup>2188</sup> Abg. Lehr (CDU), 10.ma seduta del *Parlamentarischer Rat*, 8.5.1949, Rapporto stenografico, 201.

costruzione di uno Stato federale esige che il popolo ed i *Länder* siano i titolari del potere federale (*Bundesgewalt*) e che le loro *Rappresentanze* a livello federale deliberino *congiuntamente* la volontà federale (*Bundeswille*)<sup>2189</sup>.

Non è un caso che si parli di “Rappresentanze”, al plurale, e non di “rappresentanza” *tout court*. *Bundestag* e *Bundesrat*, infatti, oltre ad essere espressione dei due diversi ambiti di cui si compone la realtà politica federale tedesca, si fondano anche su due principi rappresentativi distinti. Da un lato il *Bundestag*, composto da Deputati eletti con voto “generale, diretto, libero, uguale e segreto”, che sono “rappresentanti di tutto il popolo, non soggetti a direttive e subordinati solo alla loro coscienza”<sup>2190</sup>. La cd. Dieta Federale risulta pertanto il fulcro della rappresentanza politica partitica, in quanto è appunto tramite i partiti che, in primo luogo, i cittadini tedeschi nella loro totalità sono chiamati ad esprimere le loro preferenze politiche<sup>2191</sup>. La natura della rappresentanza attuata nel *Bundestag*, pertanto, nel quale il rappresentante (il Deputato) è libero da istruzioni del rappresentato (l'elettore) in quanto non rappresenta solamente una porzione di cittadini (concretamente: coloro che lo hanno materialmente eletto), ma per l'appunto il popolo nel suo complesso.

Dall'altro lato vi è il *Bundesrat*, formato da membri dei Governi regionali, soggetti non eletti direttamente dal popolo chiamati ad esprimere una volontà non propria - ovvero quella dei *Länder*<sup>2192</sup>. Ne deriva che anche la natura della forma di rappresentanza della Camera Alta tedesca debba essere differente da quella propria della Camera Bassa: in questo caso il rappresentante (i componenti degli Esecutivi regionali) può esercitare legittimamente il proprio compito solamente conformandosi alle direttive che gli provengono dal rappresentato (i *Länder*): una condizione che può efficacemente realizzarsi solo ammettendo che il mandato attribuito ai membri del *Bundesrat* sia di tipo imperativo<sup>2193</sup>. La Legge Fondamentale precisa però che tanto i partiti (principalmente attraverso l'opera dei loro Parlamentari al *Bundestag*) quanto i *Länder* (grazie ai componenti degli Esecutivi regionali) collaborano (“*mitwirken*”) alla realizzazione della politica tedesca a livello federale<sup>2194</sup>. “Collaborare”, ovvero “lavorare insieme”, escludendo qualunque posizione di supremazia di una delle due Camere<sup>2195</sup>, ma anche ogni ipotesi di superiorità di una forma di rappresentanza

<sup>2189</sup> Abg. Seebohm (DP), 10.ma seduta del *Parlamentarischer Rat*, 8.5.1949, Rapporto stenografico, 219, corsivi nostri.

<sup>2190</sup> Art. 38 I 1, 2 LF.

<sup>2191</sup> Art. 21 I LF.

<sup>2192</sup> MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Bonner Grundgesetzkommentar* II, IV Ed., Franzvahlen Verlag 2000, Art. 51 III, Rdnr. 21.

<sup>2193</sup> K. REUTER, cit., 108; KREBS, in v. Münch/Kunig, *GGK*, V Ed, Beck, München 2001, Art. 51 Rn. 14; BVerfGE 8, 104 (120 s.). Di opinione contraria Martin Heckel, secondo il quale sarebbe „*communis opinio*“ pressoché indiscussa nella dottrina tedesca la convinzione che ciascun membro del *Bundesrat* disponga di un proprio autonomo diritto di voto, libero da vincoli di mandato, cfr. M. HECKEL, *Zum Wandel des Föderalismus am Beispiel des Bundesrates und des Verordnungsrechts*, in P. M. HUBER, M. BRENNER, M. MÖSTL (Hrsg.), *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel*. Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, Mohr Siebeck, Tübingen 2004, 169-199, con ulteriori riferimenti dottrinari in tal senso.

<sup>2194</sup> Cfr. Art. 21 I 1 e 50 LF.

<sup>2195</sup> Il Tribunale Costituzionale Federale parla del *Bundesrat* come della „parte federale del potere legislativo“, cfr. BVerfGE 24, 184 (197),

sull'altra: una caratteristica notoriamente comune alle varie esperienze federali conosciute<sup>2196</sup>.

Pertanto, esigere che le logiche della responsabilità politica debbano trovare applicazione anche nelle modalità di attuazione della funzione attribuita ai componenti del *Bundesrat* comporterebbe un inaccettabile stravolgimento della natura stessa del loro mandato. Non è un caso, infatti, che la seconda Camera non sia organizzata al suo interno in gruppi parlamentari come invece fa il *Bundestag*, e che di norma nelle sue commissioni prevalgano gli orientamenti più propriamente tecnici su quelli partitici<sup>2197</sup>. Ai componenti della seconda Camera spetta quindi innanzi tutto il compito di natura costituzionale, prima ancora che politico, di tentare di raggiungere compromessi tra le differenti opinioni partitiche legittimamente presenti nella sfera politica regionale, al fine di poterne trarre una linea di indirizzo comune e condivisa da presentare al *Bundesrat* come posizione ufficiale nella quale il *Land* in quanto ente territoriale possa riconoscersi. Qualcuno ha opportunamente ricordato che è questo che rende i membri del *Bundesrat* al tempo stesso “i padri dei *Länder* e i figli dei partiti”<sup>2198</sup>.

Coerentemente, la Legge Fondamentale stabilisce che, a prescindere dal numero di membri inviati di volta in volta da un *Land* al *Bundesrat*, i voti che essi esprimono per conto del *Land* di appartenenza sono sempre pari a quelli di cui questo dispone, e possono essere enunciati solo in maniera unitaria. L'esclusione di una suddivisione dei voti tra i singoli componenti della delegazione di uno stesso *Land* sembra difficile da concordare con il riconoscimento di una rappresentanza di natura prettamente politica, e pertanto non soggetta a mandato imperativo, a favore dei membri del *Bundesrat*. La prassi parlamentare prevede peraltro che a comunicare i voti di un *Land* sia abitualmente uno solo dei suoi rappresentanti, il cd. *Stimmführer*: questi, privo di qualsiasi tipo di superiorità gerarchica rispetto agli altri componenti della rappresentanza regionale di cui fa parte, detiene il solo compito di rendere nota la posizione concordata in precedenza nell'ambito della delegazione al momento della votazione<sup>2199</sup>.

In termini generali, la posizione dello *Stimmführer* non viene considerata vincolante per la definitiva manifestazione del voto del *Land* di appartenenza: ciononostante, quando il 19 dicembre 1949, nel corso della 10.ma seduta del *Bundesrat*, si verificò un caso analogo a quello della vicenda in esame, in cui due rappresentanti regionali (in quel caso appartenenti al Nordreno-Vestfalia) intendevano esprimere il proprio voto in modo divergente l'uno dall'altro, il Presidente di turno della Camera Alta ricordò l'obbligo per ciascun *Land* di votare in modo unitario; immediatamente dopo, in veste di *Ministerpräsident* del Nordreno-Vestfalia, lo stesso presidente di turno del *Bundesrat*

<sup>2196</sup> V. a riguardo P. MARTINO, *Seconde camere e rappresentanza politica*, Giappichelli 2009; S. BONFIGLIO, *Le seconde camere nei sistemi federali: può il sistema della conferenza prospettarsi come soluzione alternativa alla Camera delle autonomie territoriali?* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2007, 1561-1576.

<sup>2197</sup> K. REUTER, cit., 124.

<sup>2198</sup> Heinz Kühn, ex Presidente del Governo del *Land* Nordreno-Vestfalia, citato in K. REUTER, cit., 126.

<sup>2199</sup> K. REUTER, cit., 236.

procedette a comunicare la posizione ufficiale del proprio *Land* in merito alla deliberazione in corso<sup>2200</sup>.

Nonostante l'esito del precedente citato, non sembra possibile dedurre dalla vicenda la conclusione che, nel caso in cui due suoi rappresentanti persistano nel mantenere posizioni discordanti senza addivenire ad un compromesso condiviso, l'intera dichiarazione di voto di un *Land* vada automaticamente considerata non valida per violazione dell'Art. 51 III 2 LF<sup>2201</sup>, e che dunque si dovrebbe procedere come se il *Land* non fosse presente alla seduta<sup>2202</sup>. Così facendo, infatti, si finirebbe per ammettere che una divergenza d'opinione nell'ambito del Governo regionale, probabile soprattutto in Esecutivi di coalizione, possa riflettersi direttamente sulla posizione del *Land* nel processo decisionale a livello federale o che, detto in altri termini, ad una forma di rappresentanza di carattere territoriale/federale, che vede nel *Land* il titolare di una volontà politica propria, se ne sostituisca una di carattere prettamente partitico, che deriva dalla mediazione di posizioni differenti di cui le forze politiche in campo sono portatrici. Il risultato ultimo di un'ipotesi del genere consisterebbe infatti nel convertire anche il *Bundesrat* in una sede in cui viene data espressione ad una volontà maturata nell'ambito di negoziati interpartitici, di per sé più che legittimi, ma che detengono già il loro naturale ambito di manifestazione nel *Bundestag*. Accogliendo l'ipotesi in oggetto, invece, anche la seconda Camera verrebbe trasformata in cassa di risonanza di una rappresentanza di tipo partitico, venendo meno al principale compito per il quale essa fu posta in essere dai costituenti di Bonn: come più sopra descritto, quello di dare voce alla volontà dei *Länder*, allo scopo di fornire piena attuazione al principio di rappresentanza federale a livello di Stato centrale<sup>2203</sup>.

E' ovvio che spetti in primo luogo ai componenti degli Esecutivi regionali il compito di negoziare tra i diversi orientamenti presenti al loro interno, anche in considerazione degli inevitabili e comprensibili condizionamenti che derivano dall'appartenenza politica dei vari ministri dei *Länder*, per cercare in ogni modo di pervenire ad una posizione finale unitaria: in questo senso è chiaro come non si possa esigere che l'influenza partitica resti avulsa dalle dinamiche decisionali della seconda Camera<sup>2204</sup>. Deve però risultare altrettanto evidente che tale influenza non può

<sup>2200</sup> *Bundesrat*, seduta del 19.12.1949, Sten. Bericht, 116.

<sup>2201</sup> K. REUTER, cit., 237; K. HERZOG, Handbuch des Staatsrechts, cit., § 46 nr. 20.; H. DREIER, GGK, cit., Art. 51 Rdnr. 22; KREBS, cit., Art. 51 Rn. 13.

<sup>2202</sup> K. REUTER, cit., 237, rifiuta l'opinione sostenuta in MANGOLDT/KLEIN, GG, Art. 51, Anm. III 4b, secondo la quale sarebbe invece opportuno offrire ai *Länder* la possibilità di esprimere una nuova dichiarazione di voto da parte della delegazione regionale, o in alternativa di dichiarare l'invalidità dell'intera deliberazione del *Bundesrat* e sancirne la ripetizione. Favorevole alla prospettiva dell'invalidità del voto non unitario di un *Land* anche MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Bonner GGK*, cit., IV Ed., Art. 51 II Rdnr. 22, dove si precisa che anche nella Costituzione del Reich del 1871 in casi simili i voti del singolo *Land* si consideravano come non espressi e quindi non erano conteggiati, cfr. Art. 7 III 2 *Reichsverfassung*.

<sup>2203</sup> Reuter parla del *Bundesrat* come di un collegio che "rappresenta la somma di tutti i *Länder*", cfr. K. REUTER, cit., 112.

<sup>2204</sup> Chiaramente, il *Bundesrat* non può essere considerato organo neutrale da un punto di vista partitico; così infatti K. REUTER, cit., 119, K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Beck 1980, Vol. II, 130; B. SCHMIDT-BLEIBTREU/F. KLEIN, GG, Art. 50 Rdnr. 8. Di parere contrario T. MAUNZ, *Die*

divenire preponderante, o addirittura esclusiva, rispetto al comportamento seguito dai componenti dei Governi dei *Länder* nel momento in cui operano e deliberano in veste di membri del *Bundesrat*<sup>2205</sup>: al contrario, la costruzione stessa del *Bundesrat* durante i lavori del Consiglio Parlamentare fu condotta avendo in mente il ruolo di contrappeso che la Camera dei *Länder* avrebbe dovuto svolgere rispetto alle tradizionali dinamiche della “*Parteilpolitik*”<sup>2206</sup>.

Nell’eventualità in cui si voglia ammettere l’ammissibilità di un voto ripartito tra i componenti delle delegazioni dei *Länder*, invece, potrebbero verificarsi due ipotesi, entrambe alquanto problematiche. In un primo caso, sarebbe sufficiente l’opinione contraria di un solo rappresentante per rendere nullo il voto dell’intera delegazione regionale, annullando la volontà del *Land* che essa rappresenta. In questo modo, tuttavia, verrebbe applicata una fattispecie di rappresentanza la quale, condizionata o meno da appartenenze partitiche, finirebbe per fondarsi sulla decisione individuale dei singoli delegati regionali: come tale, essa si porrebbe in contrasto con la concezione di rappresentanza richiesta dal principio federale la quale, per essere attuata, chiama in causa in modo diretto ed esclusivo i *Länder* come unici soggetti istituzionali competenti a riguardo.

Una seconda, altrettanto controversa ipotesi deriva da una constatazione prettamente numerica della disciplina in esame, nel caso in cui componenti di una delegazione regionale al *Bundesrat* si dividano equamente tra favorevoli e contrari al momento di esprimere un voto. Poiché, come è noto, ciascun *Land* dispone di un certo numero di voti in base all’entità della popolazione residente, variabile da un minimo di tre ad un massimo di sei<sup>2207</sup>, accogliere la posizione di chi riconosce a ciascun delegato un diritto di voto individuale condurrebbe alla paradossale conclusione che solo i *Länder* con un numero pari di rappresentanti (quattro o sei) potrebbero registrare un perfetto “*splitting*” al momento del voto, con il pericolo di veder azzerato il potere di incidenza politica in una deliberazione a livello federale; al contrario, i *Länder* dotati di un numero dispari di voti (tre o cinque) sarebbero sempre in grado di esprimere una posizione maggioritaria all’interno della propria delegazione, che diverrebbe quella ufficialmente assunta dal *Land* di riferimento al momento della deliberazione. In altre parole, accogliendo una tale interpretazione si finirebbe per accettare che la capacità decisionale dei *Länder* al *Bundesrat* dipenda tra

---

Rechtsstellung des Mandatsträger im Bundesrat, in D. H. SCHEUNING (Hrsg.), *Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft*, Neuer, Darmstädter Verlag 1974, 195-211.

<sup>2205</sup> K. REUTER, cit., 119.

<sup>2206</sup> Si esprime esattamente in questo modo G. LEIMBRUCH, *Parteienwettbewerb im Bundesstaat: Regelsysteme und Spannungslagen im Institutionsgefüge der Bundesrepublik Deutschland*, Westdeutscher Verlag 1998, II Ed., 77 ss.

<sup>2207</sup> Il criterio per la determinazione dell’entità di ciascuna delegazione regionale è stabilito nell’art. 51 II LF, secondo il quale “ogni *Land* dispone di almeno tre voti, i *Länder* con più di due milioni di residenti ne hanno quattro, i *Länder* con più di sei milioni di residenti cinque, i *Länder* con più di sette milioni di residenti ne hanno sei”. In base a tale criterio, la distribuzione di voti tra i 16 *Länder* tedeschi è attualmente la seguente: Baden-Württemberg, Baviera, Bassa Sassonia, Nordreno-Vestfalia: 6 voti; Assia: 5 voti; Berlino, Brandeburgo, Renania-Palatinato, Sassonia, Sassonia-Anhalt, Schleswig-Holstein, Turingia: 4 voti; Amburgo, Brema, Meckleburgo-Pomerania Occidentale, Saar: tre voti.

l'altro dall'entità della rispettiva popolazione residente, dalla quale discende la dimensione numerica (pari o dispari) delle rispettive rappresentanze presso la Camera degli Stati tedesca.

L'evidenza delle aporie contenute nella Legge Fondamentale sul tema in esame, dunque, sembra far emergere una contraddizione ancora più profonda di quella appena enucleata: se infatti da un lato il dettato costituzionale esprime l'intenzione di erigere un ordinamento istituzionale espressamente incentrato sul principio democratico federale, basato su una partecipazione paritaria di partiti (quali strumenti di organizzazione ed espressione della volontà popolare) e *Länder* (quali enti rappresentativi delle componenti territoriali dello Stato federale) al processo decisionale pubblico, dall'altro si crea un assetto parlamentare nel quale, per quanto detto finora, il circuito di rappresentanza della volontà degli Stati membri in sede legislativa rischia in certe condizioni di annullarsi, o essere pesantemente compresso dalle logiche della rappresentanza partitica, disattendendo di fatto il principio federale<sup>2208</sup>.

Dalle apparentemente contraddittorie disposizioni della Legge Fondamentale sul *Bundesrat* sembra dunque scaturire una potenziale *impasse* assai rischiosa, la cui unica via d'uscita non può che essere quella di consentire in ogni caso una piena attuazione della rappresentanza federale, al fianco di quella partitica. Un tale risultato è conseguibile solo ammettendo che, ove non si raggiunga altrimenti un orientamento unitario, e dove non siano state preventivamente concordate tra le forze politiche coinvolte nella coalizione regionale interessata regole comportamentali per quanto possibile vincolanti in tali frangenti, sia un soggetto compreso all'interno della delegazione regionale a comunicare ufficialmente la posizione del *Land* nel merito della questione posta all'ordine del giorno. Questo soggetto, in base a quanto riportato più sopra, non può che essere lo *Stimmführer*, la cui funzione viene esercitata di norma dal Presidente del Governo del *Land*, ove sia presente alla seduta: una potestà che gli andrebbe riconosciuta sia in virtù del suo ruolo di massimo esponente dell'Esecutivo di cui è alla guida, sia per la sua posizione di principale responsabile politico per la condotta del suo Gabinetto nei confronti del *Landtag*, che proprio concedendogli la fiducia lo ha messo in condizione di esercitare tale compito istituzionale tanto a livello regionale che, per quanto di sua competenza, in ambito federale. Da ciò consegue anche che i già citati e sempre più frequenti accordi di coalizione tra le forze partitiche che compongono le coalizioni di governo sia a livello federale che a livello di *Länder*, in cui si fissano tra l'altro le linee di condotta da seguire di fronte a situazioni di stallo tra i membri della delegazione regionale inviata al *Bundesrat* - solitamente concordando

<sup>2208</sup> Non nascondono il rischio che a riguardo possa sorgere una pericolosa ambiguità Ulrich Eith e Markus B. Siewert, secondo i quali la funzione di rappresentanza “in primo luogo dei *Länder*” da parte del *Bundesrat* può essere “violata” dalla competizione partitica, al punto da complicare la risposta alla domanda “chi rappresenta il *Bundesrat*?”, dal momento che gli interessi degli enti territoriali sub-statali non sono sempre in primo piano, ma possono essere “deformati da considerazioni di carattere politico-partitico”, cfr. U. EITH/M. B. SIEWERT, Das “unechte” Unikat: Der Deutsche Bundesrat, in G. RIESCHER, C. M. HAAS, S. RUB (Hrsg.), Zweite Kammern, Oldenbourg, München 2010, 97-125.

in questi casi l'astensione del *Land* dal voto -, per quanto rilevanti sul piano politico regionale, vadano necessariamente considerati non vincolanti dal punto di vista giuridico<sup>2209</sup>.

## 6. La decisione del Tribunale Costituzionale Federale

Dal punto di vista normativo, oltre alle disposizioni costituzionali già richiamate, la vicenda chiama in causa la disciplina regolamentare del *Bundesrat* per valutare la correttezza della procedura seguita nell'occasione. In particolare, secondo il Par. 29 I del Regolamento del *Bundesrat*, i 16 *Länder* sono chiamati ad esprimere il proprio voto in ordine alfabetico. Nell'esame della procedura deliberativa seguita nell'occasione si possono dunque distinguere due momenti differenti dal punto di vista cronologico: nella prima "chiama", i quattro delegati del Brandeburgo votano in maniera differente tra loro, mentre nella seconda è Manfred Stolpe che "*in qualità di Presidente del Governo*" proclama un "SI" a nome del *Land*, mentre il Ministro degli Interni Schönbohm si limita ad osservare: "*Lei conosce la mia opinione, Signor Presidente*". È in base a questa seconda deliberazione che il Presidente del Bundesrat Wowereit decreta il voto favorevole del Brandeburgo alla riforma della Legge Federale sull'Immigrazione. L'aspetto giuridico della questione riguarda dunque le modalità di interpretazione del secondo voto del *Land*, quello espresso attraverso la dichiarazione del suo *Ministerpräsident*. Non dovrebbe invece rilevare quale interpretazione dare ai voti espressi dagli altri componenti della delegazione del Brandeburgo Ziel e Schönbohm nella prima chiama, dal momento che da questa prima deliberazione non discendono conseguenze per la decisione finale del *Bundesrat* sul provvedimento in esame<sup>2210</sup>.

È su questo aspetto che un eventuale ricorso di costituzionalità avrebbe dovuto concentrare l'attenzione, ed infatti numerosi esponenti della CDU, convinti dell'irregolarità dell'iter seguito nel corso della votazione, richiesero l'intervento chiarificatore sul punto da parte del Tribunale Costituzionale Federale. Questo stabilì con una sentenza del 18 dicembre 2002 l'illegittimità del procedimento di approvazione della legge, decretandone la conseguente nullità<sup>2211</sup>. Le articolate ragioni della deliberazione dei Supremi Giudici tedeschi offrono un fondamentale contributo all'analisi del tema in oggetto: è utile, pertanto, darne conto nel dettaglio in questa sede.

<sup>2209</sup> Per un esame della natura degli accordi di coalizione nella forma di governo della RFT v. G. RIZZONI, I contratti di coalizione nella Repubblica Federale Tedesca tra politica e diritto, cit. e, se si vuole, A. DE PETRIS, *Sunt pacta politica etiam servanda?* Gli accordi di coalizione nella forma di governo tedesca, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2/2014, 761-797.

<sup>2210</sup> A. FISCHER-LESCANO, P. SPENGLER, *Colère publique politique im Bundesrat. Und ob das Zuwanderungsgesetz zum 1. Januar 2003 in Kraft treten wird*, in *Kritische Justiz*, 3/2002, 337-346 (340).

<sup>2211</sup> BVerfGE 2 BvF 1/02 del 18.12.2002.

Secondo la sentenza del II Senato di Karlsruhe, la norma impugnata viola l'art. 78 della Legge Fondamentale, in quanto nella deliberazione effettuata al *Bundesrat* non è stata raggiunta la maggioranza di voti necessaria alla sua approvazione. In particolare, la decisione fa derivare la mancanza della maggioranza di voti richiesta dalla circostanza che il *Land* Brandeburgo non avrebbe nell'occasione espresso in maniera unitaria i propri quattro voti, così come previsto dal dettato costituzionale. Contrariamente a quanto assunto da una parte rilevante della dottrina, inoltre, il prosieguo della deliberazione non avrebbe sanato la mancanza di unitarietà del voto brandeburghese: secondo la sentenza, il Presidente di turno del *Bundesrat* non avrebbe infatti dovuto domandare una seconda volta al Presidente del Governo Stolpe di esprimere il voto del *Land*. Se, in via generale, è riconosciuto al Presidente del *Bundesrat* il diritto di intraprendere le misure necessarie per eliminare eventuali ambiguità emerse nel corso di una votazione, al fine di esprimere una posizione chiara ed inequivocabile nel corso della deliberazione, nel caso in questione l'intervento del *Bundesratpräsident* Wowerit non avrebbe raggiunto l'auspicato effetto chiarificatore rispetto all'orientamento del Brandeburgo. La reiterazione della richiesta di espressione del voto del *Land*, che secondo i Giudici di Karlsruhe non avrebbe nemmeno dovuto essere effettuata, non avrebbe infatti fatto altro che confermare il dissenso tra i componenti della delegazione rispetto al provvedimento sottoposto al voto.

Anche ammettendo la legittimità del diritto di reiterare la richiesta di espressione del voto da parte del Presidente del *Bundesrat*, peraltro, non si sarebbe potuto nell'occasione pervenire ad un risultato differente da quello indicato dal *Bundesverfassungsgericht*. La ripetizione del voto avrebbe dovuto infatti aver luogo in modo neutrale, con due possibilità: procedere ad una seconda chiamata del Brandeburgo al voto, rivolta singolarmente a tutti e quattro i componenti della delegazione interessata, oppure richiedere ad un solo componente della rappresentanza brandeburghese di esprimere la posizione del *Land*. Al fine di fugare ogni dubbio, tuttavia, all'espressione del voto favorevole alla legge in discussione da parte del *Ministerpräsident* Stolpe avrebbe dovuto seguire la richiesta di ripetere il proprio voto anche al Ministro degli Interni brandeburghese Schönbohm, onde verificare l'eventuale conferma del suo voto contrario all'approvazione del provvedimento. Al silenzio mantenuto da Schönbohm a seguito della seconda dichiarazione di voto espressa da Stolpe, dunque, non sarebbe possibile riconoscere una qualche rilevanza di carattere giuridico, né sarebbe corretto attribuirvi una qualche valenza chiarificatrice per l'interpretazione della definitiva volontà del *Land* nell'occasione.

Insieme all'opinione maggioritaria del II Senato del Tribunale Costituzionale Federale<sup>2212</sup>, la sentenza contiene un *Sondervotum* di due dei componenti del collegio giudicante. I giudici Osterloh e Lübke-Wolff concordano in via generale con la

<sup>2212</sup> In particolare, la sentenza ricevette i voti favorevoli dei Giudici Hassemer, Sommer, Jentsch, Broß, Di Fabio e Mellinghoff.

posizione maggioritaria del collegio giudicante nel considerare non unitaria la prima dichiarazione di voto espressa dal Brandeburgo. Tuttavia, secondo i due giudici dissenzienti il *Land* avrebbe avuto il diritto di correggere il voto espresso in prima battuta, sulla base di alcune argomentazioni contenute nella *dissenting opinion* che è opportuno riportare in dettaglio in questa sede: 1) in base all'art. 51 III 2 LF è alquanto dubbio che un voto non unitario di un *Land* al *Bundesrat* possa considerarsi tale, cosa che avrebbe riconosciuto al Brandeburgo il diritto a ripetere la propria deliberazione al fine di renderla effettiva; 2) quand'anche fosse illegittima la seconda chiamata del Presidente del *Bundesrat* ad esprimere il voto del *Land*, ciò non dovrebbe vanificare il diritto del Brandeburgo a correggere la propria posizione al fine di renderla efficace e capace di produrre conseguenze sul piano giuridico; in altre parole, dall'irregolarità del comportamento seguito da Wowereit non dovrebbe derivare un impedimento per il *Land* di correggere un voto risultato in prima battuta inefficace; 3) con la sua seconda chiamata, il Presidente del *Bundesrat* avrebbe in realtà avviato un vero e proprio secondo turno di voto, teso a verificare non più la mancanza di unitarietà della deliberazione precedente, ma solo se il Brandeburgo avesse espresso un voto unitario o meno nella seconda mozione di voto.

Secondo i giudici Osterloh e Lübke-Wolff questo è quanto sarebbe accaduto nell'occasione, dal momento che il Ministro degli Interni del *Land* Schönbohm non avrebbe formalmente confermato il proprio dissenso, ma si sarebbe limitato ad esprimere la dichiarazione "*Lei conosce la mia opinione, Signor Presidente*", alla quale non sarebbe possibile attribuire una valenza giuridica vincolante. L'art. 51 III 2 LF non richiederebbe infatti che i componenti di una delegazione regionale al *Bundesrat* siano unanimi rispetto ad un provvedimento sottoposto alla loro deliberazione, ma solo che risulti unitaria la deliberazione materialmente espressa. Pertanto, il secondo voto espresso dal Brandeburgo per bocca del proprio *Ministerpräsident* Stolpe sarebbe stato valido, e dal momento che nell'occasione non seguirono correzioni o modifiche, esso avrebbe dovuto essere considerato legittimo e giuridicamente vincolante, sancendo la legittimità della procedura di approvazione della riforma della legge sull'immigrazione e la regolarità della promulgazione di quest'ultima.

Tenendo conto dell'interpretazione della vicenda fornita dal Tribunale Costituzionale Federale, è possibile trarre alcune conclusioni a riguardo. In primo luogo, in occasione di una deliberazione del *Bundesrat* ciascun *Land* deve necessariamente pervenire ad un voto finale unitario, sia esso di assenso, di rifiuto o di astensione rispetto al provvedimento posto all'ordine del giorno. È dunque questione di interesse generale, prima ancora che dell'organo costituzionale chiamato materialmente in causa, che si giunga a tale risultato senza stravolgere i principi su cui si fonda l'ordinamento costituzionale vigente, tra i quali ricade senza dubbio anche quello federale. Nel caso specifico, quindi, pur tenendo conto delle argomentazioni esposte nella sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, appare difficile sanzionare il comportamento di un Presidente del *Bundesrat* il quale, constatata l'incapacità delle forze politiche interessate di concordare una posizione comune, utilizzi i mezzi a

propria disposizione per mettere comunque in condizione un *Land* di esprimere il proprio voto, ed attuare così il compito istituzionale che il dettato costituzionale ad esso attribuisce. Come osservato tanto dalla dottrina<sup>2213</sup>, quanto dal voto dissenziente dei giudici Osterloh e Lübbe-Wolff, il fatto che al momento della seconda dichiarazione di voto il Ministro degli Interni del Brandeburgo Schönbohm non reiteri la propria posizione, ma si limiti a farne osservare implicitamente la sua difformità rispetto a quella appena proclamata dal Portavoce del *Land*, costituisce una circostanza che, per quanto significativa, non sembra idonea a presentare una qualche rilevanza sul piano prettamente giuridico. Un eventuale secondo esplicito “NO” da parte di Schönbohm, dunque, non avrebbe mutato la sostanza della questione, ovvero che a quel punto l'unitarietà del voto del Brandeburgo avrebbe dovuto essere salvaguardata in altro modo, conferendo cioè al suo portavoce il compito di pronunciare sul punto la parola decisiva per conto del *Land*.

La decisione del Tribunale Costituzionale Federale ha risolto la controversia in oggetto, ma non ha fornito indicazioni generali in merito alla problematica generale di fondo: la necessaria ma complessa coesistenza di logiche rappresentative differenti all'interno dello stesso organo costituzionale<sup>2214</sup>. Lungi dal sopire le polemiche, la vicenda appena descritta contribuì in realtà ad acuire le preoccupazioni relative alle modalità di ripartizione delle competenze legislative tra *Bund* e *Länder*: da un lato si ravvisava nella ripartizione delle potestà legislative vigenti all'epoca una strategica possibilità per gli enti regionali di bloccare attraverso i voti del *Bundesrat* ogni legge federale in contrasto con gli interessi delle forze politiche momentaneamente in maggioranza alla seconda Camera, a prescindere dai rapporti di forza tra partiti esistenti a livello federale<sup>2215</sup>; dall'altro, vi era chi considerava persino un obbligo

<sup>2213</sup> M MORLOK, *Persönlich gesprochen*, in H. Meyer, *Abstimmungsstreit im Bundesrat*, cit., 16-17.

<sup>2214</sup> La dottrina politica ha analizzato approfonditamente la misura del condizionamento partitico nelle deliberazioni del *Bundesrat*, pervenendo a conclusioni articolate ed interlocutorie, nel complesso poco rassicuranti: cfr. T. BRÄUNINGER, T. GSCHWEND, S. SHIKANO, *Sachpolitik oder Parteipolitik? Eine Bestimmung des Parteidrucks im Bundesrat mittels bayesianischer Methoden*, in *Politische Vierteljahresschrift* 2/2010, 223-249, secondo i quali si possono ravvisare condizionamenti partitici quanto meno in alcune delle votazioni di maggiore rilevanza assunte dal *Bundesrat* nel periodo 1990-2005, mentre appaiono più caute le valutazioni di Sven Leunig e Hendrik Träger, che escludono una ingerenza sistematica dei partiti nelle scelte della Camera dei Länder, e tuttavia riconoscono la necessità di valutare di volta in volta i singoli casi di studio sul tema in oggetto, cfr. S. LEUNIG, H. TRÄGER, *Landesinteressen, Parteipolitik, „Parteidruck“ – der Bundesrat im Fokus divergierender Interessen*, in *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, 1-2/2014, 55-81.

<sup>2215</sup> Cfr. tra gli altri G. LEHMBRUCH, *Parteienwettbewerb im Bundesstaat – Regelsysteme und Spannungslagen im Institutionsgefüge der Bundesrepublik Deutschland*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 2000<sup>3</sup>; R. WASSERMANN, *Droht Gesetzgebungsstillstand? – Zur Vetomacht des Bundesrates*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, 331 s.; da ultimo R. JOHNE, *Bundesrat und parlamentarische Demokratie. Die Länderkammer zwischen Entscheidungshemmnis und notwendigen Korrektiv in der Gesetzgebung*, in *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 50-51/2004, 10-17. Quest'ultimo ipotizza che la responsabilità per il sostanziale „diritto di veto“ ricavato in questo modo a favore del *Bundesrat* non debba attribuirsi alla responsabilità dei partiti politici di volta in volta in possesso della maggioranza nella *Länderkammer*, ma che le citate tendenze all'ostruzionismo decisionale siano piuttosto immanenti nell'attuale ripartizione di poteri prevista dal sistema federale tedesco. Concorde su questo punto Arthut Benz, secondo il quale quando sono poste all'ordine del giorno delle proposte di riforma della struttura federale tedesca, i conflitti tra *Bund* e *Länder* vengono deformati attraverso una loro trasposizione su un piano meramente partitico, cfr. A. BENZ, *Reformpromotoren oder Reformblockierer? Die Rolle der Parteien im Bundestaat*, in *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 29-30/2003, 32-

istituzionale delle formazioni politiche attive a livello regionale rispondere alle esigenze dell'elettorato di riferimento anche nelle deliberazioni del *Bundesrat*, paventando una differenziazione solo fittizia, ma in realtà inesistente, tra gli interessi dei *Länder* e quelli degli apparati partitici alla guida dei loro Esecutivi<sup>2216</sup>.

### 7. L'influenza della concorrenza interpartitica: il *Bundesrat* come strumento di opposizione politica?

Malgrado la conformazione federale della forma di Stato, la Germania resta a tutti gli effetti un *Parteienstaat*, nel quale i condizionamenti partitici possono risultare decisivi anche nell'espressione di voto dei rappresentanti regionali inviati al *Bundesrat*. È noto, ad es., come fin dagli anni '70 le delegazioni di CDU e SPD si riuniscano preventivamente per concordare la posizione comune da assumere in seno alla seconda Camera, in base alle tipiche logiche dell'appartenenza partitica. Altrettanto acclarata è la tendenza del *Leader* dell'opposizione o del candidato alla Cancelleria, quando non disponga di un seggio al *Bundestag*, ad intervenire in questa sede come membro di una delegazione regionale in quanto *Ministerpräsident* di un *Land*, dichiarando espressamente di parlare non come rappresentante di interessi regionali ma appunto come esponente di partito<sup>2217</sup>.

Sono del resto ben conosciute anche le fasi della storia politica della RFT in cui le due Camere del Parlamento tedesco sono state guidate da maggioranze diverse, dando luogo a fenomeni di cd. "*divided government*", dal momento che *Bundestag* e *Bundesrat* rispondevano a compagini politiche differenti<sup>2218</sup>: in tutte queste occasioni, le forze di

38 (34). In lingua italiana sul ruolo del *Bundesrat* in Germania v. V. GOETZ, Qualche osservazione sul *Bundesrat*, in Quaderni Costituzionali, 2/2001, pp. 325-330 (trad. a cura di M. Mistò e C. Fusaro), e F. PALERMO/J. WOELK Il *Bundesrat* tedesco tra continuità e ipotesi di riforma. Riflessioni a margine di un dibattito attuale, in Le Regioni, 6/1999, 1097-1122.

<sup>2216</sup> Cfr. S. LEUNIG, Länder- versus Parteiinteressen im *Bundesrat*. Realer Dualismus oder fiktive Differenzierung?, in Aus Politik und Zeitgeschichte, B 50-51/2004, pp. 33-38. Di opinione assolutamente contraria Hans Meyer, che ricorda come, negli articoli relativi alla materia in oggetto (50 e 51), la Legge Fondamentale parli in proposito sempre e soltanto di rappresentanza dei *Länder*, e mai di partiti, deducendone una differenza sostanziale inconciliabile – pena lo snaturamento dell'ordinamento federale tedesco - tra le due istanze rappresentative, cfr. H. MEYER, Abstimmungsstreit im *Bundesrat*. Ist das Grundgesetz unklar oder sind die Gedanken darüber?, cit., 146-202, in part. 149 ss. Per una posizione in qualche misura intermedia sulla questione v. J. SCHMIDT, Strukturelle Alternativen der Ausgestaltung des *Bundesrates*, in Die öffentliche Verwaltung, n. 9/2006, 379-385, la quale ritiene possibile e probabilmente anche utile riorganizzare il ruolo della seconda Camera rispetto al resto dell'ordinamento della *Bundesrepublik*, ma esclude che ciò basti a risolvere i ben più complessi problemi del federalismo tedesco.

<sup>2217</sup> Emblematico a riguardo il caso di Helmut Kohl, nel 1976 Presidente del Governo del Land Renania-Palatinato e *Leader* della CDU, il quale prese la parola al *Bundestag* (di cui all'epoca non era membro) dichiarando "Io sono qui [...] e parlo a nome dei miei amici della CDU/CSU". Ciò suscitò la reazione della Presidente del *Bundestag*, socialdemocratica Annemarie Renger, la quale ribattè: "Signor *Ministerpräsident* [...], ovviamente Lei è qui come membro del *Bundesrat*; Lei parla naturalmente anche a nome dei suoi amici della CDU/CSU", citato in U. EITH/M. B. SIEWERT, Das "unechte" Unikat: Der Deutsche *Bundesrat*, cit., 115.

<sup>2218</sup> E' quanto accaduto nel periodo 1972-1982, quando la coalizione di governo SPD-FDP capeggiata dai Cancellieri socialdemocratici Willy Brandt ed Helmut Schmidt era fronteggiata da un *Bundesrat* dominato dai rappresentanti dei *Länder* a guida CDU/CSU, come pure nei primi anni '90, con i governi liberal-conservatori del cristiano-democratico Helmut Kohl contrastati da una maggioranza socialdemocratica alla Camera dei

maggioranza di turno accusavano le opposizioni di fare un uso politico dei voti a loro disposizione nella Camera dei *Länder*, trasformando la sede di rappresentanza degli interessi sub-statali in un indebito strumento di opposizione e di veto rispondente alle dinamiche proprie dell'appartenenza partitica<sup>2219</sup>.

A riguardo esistono posizioni contrastanti nella dottrina. Secondo un primo orientamento, il Bundesrat sarebbe stato concepito come mera sede di espressione degli interessi dei *Länder*, nella quale non avrebbero dovuto essere concesse strumentalizzazioni da parte dell'opposizione politica di turno a livello federale per ostacolare l'attività della maggioranza di Governo al *Bundestag*: la Legge Fondamentale avrebbe infatti riconosciuto una preponderanza della rappresentanza territoriale nell'esercizio della potestà decisionale della seconda Camera ogni qual volta si profilassero contrapposizioni degli interessi regionali con esigenze di carattere politico-partitico. La Carta fondamentale della RFT non avrebbe dunque inteso istituire uno "Stato federale di partiti", nel quale si conducesse una impropria opposizione politica in una sede pensata per dare espressione alle esigenze delle componenti sub-statali della Federazione: in altre parole, il popolo avrebbe dovuto emergere nella sua specifica dimensione politico-partitica solo all'interno del *Bundestag*, unica sede istituzionale naturalmente preposta a questo scopo<sup>2220</sup>. Il dettato costituzionale non avrebbe dunque in alcun modo conferito al *Bundesrat* un ruolo antagonista della Camera bassa, ma piuttosto statuito a suo carico un obbligo di cooperazione (*Mitwirkung*) con la maggioranza parlamentare di cui il Governo federale è espressione<sup>2221</sup>.

Un secondo orientamento, di contro, ritiene di poter ravvisare come anche all'interno del Consiglio Parlamentare, l'organo costituente incaricato di redigere ed approvare il testo della Legge Fondamentale, fosse a molti ben chiaro come il *Bundesrat* venisse considerato non solo come "antagonista della politica partitica", ma anche come "oppositore nella politica partitica"<sup>2222</sup>. Secondo questa dottrina, i costituenti di Bonn erano dunque consapevoli del fatto che le dinamiche del confronto interpartitico si sarebbero manifestate anche all'interno della Camera dei *Länder*<sup>2223</sup>: sarebbe stato illusorio attendersi che i membri del *Bundesrat*, in quanto radicati negli apparati organizzativi di partito sia nella sfera regionale che in quella federale, dove

---

*Länder*, ed ancora nei primi anni '2000, quando i Gabinetti SPD-Grünen di Gerhard Schröder erano costretti a confrontarsi con un *Bundesrat* guidato da una maggioranza conservatrice.

<sup>2219</sup> K. STÜWE, *Konflikt und Konsens im Bundesrat. Eine Bilanz (1949-2004)*, in *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 16/2004, 24-31; G. STROHMEIER, *Der Bundesrat als Vertretung der Länder oder Instrument der Parteien?*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 35/2004, 717-731.

<sup>2220</sup> T. MAUNZ/ R. ZIPPELIUS, *Deutsches Staatsrecht*, 30. ed., Beck, München 1998, 210.

<sup>2221</sup> G. JAHN, *Tendenzen zum "Parteienbundesstaat" seit 1969*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 1976, 291-297.

<sup>2222</sup> K. NICLAUB, *Parlament und Zweite Kammer in der westdeutschen Verfassungsdiskussion 1946 bis zum Parlamentarischen Rat*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 39/2008, 595-611.

<sup>2223</sup> Maurer parla apertamente di "voluta politicizzazione partitica" (*Parteipolitisierung*) da parte della Legge Fondamentale, cfr. H. MAURER, *Der Bundesrat im Verfassungsgefüge der Bundesrepublik Deutschland*, in H. HALLER et al. (Hrsg.), *Staat und Recht. Festschrift für Günther Winkler*, Wien, New York 1997, 615-637 (615, 634).

vengono assunte delle „predeliberazioni“ (*Vorentscheidungen*) decisive per l'esercizio della funzione legislativa. In un tale contesto, avrebbero esercitato il loro mandato restando immuni da condizionamenti provenienti dai rispettivi movimenti politici di appartenenza<sup>2224</sup>. In un assetto costituzionale che considera i partiti come elemento interante della vita politica, il *Bundesrat* non potrebbe dunque essere immaginato come uno spazio neutrale rispetto alle sollecitazioni dei partiti<sup>2225</sup>, e sarebbe pertanto nell'ordine delle cose che anche nella seconda Camera vengano perseguiti obiettivi di natura prettamente politico-partitica, rispetto ai quali specifici interessi territoriali siano conseguentemente relegati in secondo piano<sup>2226</sup>, al punto tale da riconoscere legittima persino la scelta di evitare l'approvazione di una legge al *Bundesrat* con lo specifico intento di esercitare pressioni nei confronti della maggioranza di governo da parte delle opposizioni<sup>2227</sup>. Qualcuno si è persino spinto a sistematizzare le possibili opzioni a disposizione di un Presidente del Governo di un *Land* appartenente ad un partito all'opposizione a livello federale, nel momento in cui è chiamato a deliberare all'interno della seconda Camera: nel suo doppio ruolo di rappresentante di interessi ed esigenze dell'ente territoriale di cui è espressione da un lato, e di rappresentante di una compagine politica, egli dovrebbe considerarsi financo “obbligato” a perseguire gli obiettivi politici del proprio partito ed a sostenerne le strategie nell'agone della competizione politica generale. Secondo questa lettura, dunque, un *Ministerpräsident* in quota all'opposizione potrebbe optare tra tre sfere distinte di interessi da far prevalere nell'esercizio della sua funzione di componente della delegazione regionale inviata al *Bundesrat*: 1) gli interessi specifici del proprio Land; 2) le posizioni programmatiche predefinite dalla direzione federale del proprio partito; 3) le strategie assunte nel momento contingente dalla guida del partito stesso<sup>2228</sup>.

Tutto questo avrebbe ulteriormente contribuito a consolidare un sistema partitico centralizzato e pervasivo rispetto alle altre sfere di interesse collettivo presenti nel Paese<sup>2229</sup>. In questo senso, dunque, il *Bundesrat* avrebbe dovuto svolgere un ruolo cruciale nell'ambito del generale sistema di pesi e contrappesi previsto dall'ordinamento della RFT. I membri del *Parlamentarischen Rat* avevano pertanto messo in conto che il procedimento decisionale del *Bundesrat* avrebbe dovuto rispondere contemporaneamente a due logiche distinte: una di tipo federale, ed

<sup>2224</sup> K. G. KIESINGER, Gedanken zur Arbeit des Bundesrates, in H. CONRAD et al. (Hrsg.), Gedächtnisschrift Hans Peters, Springer, Berlin, Heidelberg, 1967, 547-557.

<sup>2225</sup> K. REUTER, cit., Rn. 81/82.

<sup>2226</sup> F. BORCHARDT, Die Zulässigkeit parteipolitischen Verhaltens im Bundesrat, Lit Verlag, Münster, Hamburg 2002, 105.

<sup>2227</sup> D. WYDUCKEL, Der Bundesrat als zweite Kammer – Zur verfassungsrechtlichen Stellung des Bundesrats im Gesetzgebungsverfahren, in Die öffentliche Verwaltung 1989, 181-192 (181, 191).

<sup>2228</sup> F. W. SCHARPF, Föderalismusreform. Kein Ausweg aus der Politikverflechtungsfalle?, Campus Verlag, Frankfurt, New York 2009, 47.

<sup>2229</sup> E. GRANDE, Parteiensystem und Föderalismus. Institutionelle Strukturmuster und politische Dynamiken im internationalen Vergleich, in A. BENZ/G. LEHMBRUCH (Hrsg.), Föderalismus. Analysen in entwicklungsgeschichtlicher und vergleichender Perspektive, Politische Vierteljahresschrift - Sonderheft 32/2001, Wiesbaden, Westdeutscher Verlag, 2002, 179-212.

un'altra politico-partitica<sup>2230</sup>. Gli Esecutivi dei *Länder*, per un verso rappresentati nella seconda Camera ma al tempo stesso espressione dei partiti, ogni volta in cui sarebbero stati chiamati al voto avrebbero dunque dovuto decidere se dare la precedenza ad interessi di carattere territoriale o ad esigenze legate alla loro militanza politica. Questo avrebbe conferito al *Bundesrat* un'ambivalenza destinata di fatto a rimanere insoluta, con la seconda Camera federale destinata ad una perenne oscillazione in un rapporto più o meno conflittuale tra due distinti *cleverages*, nel quale a prevalere sarebbe stato di volta in volta quello premiato dalla convenienza del momento contingente<sup>2231</sup>. L'eterogeneità della funzione rappresentativa del *Bundesrat*, non si esaurisce peraltro nella generale dicotomia *Länder*/partiti: è senz'altro possibile che gli orientamenti di voto si coagolino intorno ad agglomerati di interessi ancor più specifici (regioni settentrionali vs. meridionali, regioni occidentali vs. regioni orientali, regioni economicamente sviluppate vs. regioni economicamente arretrate, etc.), aumentando la varietà degli interessi che contribuiscono a determinare le scelte dei delegati dei *Länder* e conseguentemente a ridurre l'influenza partitica all'interno della seconda Camera federale<sup>2232</sup>.

Sembra evidente, a questo punto, che anche la stessa seconda Camera alla quale la riforma costituzionale italiana sembra per molti versi volersi ispirare più che ad altre esperienze analoghe, non sia affatto immune da condizionamenti di natura politico-partitica: una circostanza che, come la storia politica della RFT insegna, può delineare dinamiche istituzionali variabili in funzione degli orientamenti politici prevalenti nelle due Camere di volta in volta, rispetto alle quali l'eventualità che il voto del *Bundesrat* si riveli strumento di veto nei confronti dell'indirizzo politico della maggioranza, assai più che sede di rappresentanza degli interessi delle autonomie territoriali di cui formalmente si proclama portavoce<sup>2233</sup>.

<sup>2230</sup> J. SCHMIDT, Die Struktur der Zweiten Kammer im Rechtsvergleich. Ein Beitrag zur Reform des Bundesrates, Nomos, Baden-Baden 2006, 126-128.

<sup>2231</sup> U. JUN, Der Bundesrat im föderativen System Deutschlands: Vor und nach der Reform 2006, in K. H. SCHRENK/M. SOLDNER (Hrsg.), Analyse demokratischer Regierungssysteme. Festschrift für Wolfgang Ismayr zum 65. Geburtstag, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2010, 335-358.

<sup>2232</sup> U. EITH/M. B. SIEWERT, Das "unechte" Unikat: Der Deutsche Bundesrat, cit., 116.

<sup>2233</sup> F. W. SCHARPE, cit., 55. Di diverso avviso rispetto alle posizioni critiche di Scharpf si dichiara Roland Stürm, secondo il quale alcune delle disfunzioni della seconda Camera tedesca sarebbero dovute a delle improprie implementazioni delle competenze ad esso attribuite: invece, malgrado le problematiche riportate e le pur ammissibili necessità di riforma, il *Bundesrat* resta a suo parere uno strumento idoneo a fornire un'adeguata rappresentanza agli interessi degli enti territoriali e dunque "più adatto al federalismo" di altri modelli di seconda Camera, cfr. R. STÜRM, Der Bundesrat im Grundgesetz: falsch konstruiert oder falsch verstanden?, in Jahrbuch des Föderalismus 2009, Nomos, Baden-Baden, 137-148. Interessanti, in questo senso, le considerazioni di Gerd Strohmeier, secondo il quale la pervasività del sistema partitico tedesco nell'assetto istituzionale generale è tale da rendere di fatto impraticabile ogni ipotesi di effettiva eliminazione degli interessi partitici dalla Camera dei *Länder*, cfr. G. STROHMEIER, Der Bundesrat: Vertretung der Länder oder Instrument der Parteien? in Zeitschrift für Parlamentsfragen, 4/2004, 717-731 (731). Si astrae da questa dicotomia invece Sven Leunig, secondo il quale non esisterebbe alcuna oggettiva differenziazione tra interessi dei *Länder* ed interessi di partito: starebbe di volta in volta ai Governi degli Stati decidere quale posizione concordi meglio con le necessità dei territori di cui sono espressione: così facendo, pertanto, il rispetto degli interessi dei *Länder* resterebbe comunque garantito, cfr. S. LEUNIG, Länder- versus Parteieninteressen im Bundesrat. Realer Dualismus oder fiktive Differenzierung?, in Aus Politik und Zeitgeschichte, 50-51/2004, 33-38.

## 8. Da Berlino a Roma: la rappresentanza territoriale nel Senato della Repubblica

Il richiamo alla vicenda appena descritta detiene una propria rilevanza anche in prospettiva comparata, in particolare se questa viene posta in relazione con il possibile assetto parlamentare che l'ordinamento italiano potrebbe assumere in caso di successo della riforma costituzionale nella consultazione referendaria dell'ottobre 2016<sup>2234</sup>. Il caso in esame mostra infatti chiaramente quale funzione debba rivestire una Camera chiamata a dare espressione alle realtà istituzionali sub-statali di un ordinamento nazionale: non solo "Camera di riflessione" rispetto alle deliberazioni assunte nel primo ramo dell'assemblea elettiva, ma anche, e soprattutto, istanza di rappresentanza nel processo decisionale a livello centrale degli enti territoriali che compongono lo Stato - a prescindere dalla loro denominazione tecnica di "Stati", "Province", "Länder" o "Regioni"<sup>2235</sup>.

Di conseguenza, l'andamento della vicenda tedesca e il dibattito sia giurisprudenziale che dottrinario che ne è derivato, porta a desumere che un tale organo dovrebbe evitare di trasformarsi in uno strumento sottoposto alle logiche proprie della negoziazione tra i partiti, che per loro natura rischierebbero di far emergere orientamenti politici differenti nei singoli enti regionali. Con ciò non si intende sostenere che le influenze e le appartenenze partitiche non debbano trovare spazio nelle dinamiche politiche esperite a livello regionale. Ciò che invece appare inappropriato è che la posizione degli enti sub-statali nelle sedi decisionali dello Stato centrale venga condizionata da esigenze e strategie proprie della rappresentanza partitica *tout court*: esigenze di per sé assolutamente legittime e degne di trovare adeguate forme di espressione in ambito istituzionale sia a livello nazionale che regionale, ma assolutamente fuori posto in un Senato che aspiri ad essere espressione delle regioni e degli altri enti territoriali.

Il pericolo insito in una tale eventualità è presto detto: nell'immediato, la riproposizione anche nella seconda Camera delle stesse contrapposizioni che caratterizzano la quotidianità del ramo direttamente elettivo del Parlamento; in

<sup>2234</sup> Non mancano nella dottrina molto recente i lavori che, in tema di bicameralismo, hanno operato analisi in prospettiva comparata al fine di far emergere le prerogative delle diverse esperienze esaminate, con l'intento di trarne elementi di riflessione da inserire nell'attuale processo di riforma dell'assetto parlamentare italiano, cfr. F. PALERMO/M. NICOLINI, *Il Bicameralismo. Pluralismo e limiti della rappresentanza in prospettiva comparata*, ESI 2013; R. ERMIDIO, *Le seconde Camere nel diritto comparato*, Aracne Editrice 2015; A. MASTROMARINO, *Oltre il bicameralismo paritario italiano: alcune note di diritto comparato*, Centro Studi sul Federalismo, Research Paper, Marzo 2016, [www.csfederalismo.it](http://www.csfederalismo.it). V. anche F. MARCELLI - R. TUTINELLI (a cura di), *Le Camere alte in Europa e negli Stati Uniti*, Servizio Studi del Senato, Dossier nr. 54, settembre 2013.

<sup>2235</sup> Per una ricostruzione aggiornata del dibattito dottrinale in prospettiva comparata sul tema della rappresentanza territoriale nelle sedi istituzionali e delle sue peculiarità rispetto alla rappresentanza politico-partitica tradizionale v. da ultimo L. Buffoni-A. Cardone, *La rappresentanza territoriale in Parlamento*, in C. BUZZACCHI - A. MORELLI - F. PIZZOLATO (a cura di), *Rappresentanza politica e autonomie*, Giuffrè, Milano 2016, 161-186, dove si esprimono anche notevoli spunti critici rispetto all'esito che il processo di riforma in itinere potrebbe produrre sull'accezione stessa del parlamentarismo così come è stato inteso fino ad ora.

prospettiva, l'ancor più grave pericolo di uno snaturamento della seconda Camera in un improprio strumento di rafforzamento o opposizione rispetto alla linea politica della maggioranza parlamentare: un pericolo, questo, ancor più probabile nell'eventualità in cui l'orientamento politico prevalente nel secondo ramo del Parlamento risulti di segno diverso da quello rappresentato nel primo. Rischierebbe di farne le spese la duplice natura (partitica e territoriale) della rappresentanza parlamentare o, in ultima analisi, la stessa funzione legislativa nazionale<sup>2236</sup>.

Che si tratti di una preoccupazione legittima anche per quanto attiene alle sorti dell'assetto istituzionale italiano è facilmente comprensibile: come è noto, al cd. "Nuovo Senato" che dovrebbe derivare dalla conferma referendaria del disegno di legge di revisione costituzionale verrebbe chiesto in primo luogo di porre in essere una funzione di rappresentanza delle istituzioni territoriali, nonché di esercitare "funzioni di raccordo tra lo Stato e gli altri enti costitutivi della Repubblica", come pure "tra lo Stato, gli altri enti costitutivi della Repubblica e l'Unione Europea"<sup>2237</sup>. Anche l'esame delle altre funzioni che il Senato riformato dovrebbe porre in essere disegna una seconda Camera che si pone come sede di confronto e composizione delle possibili divergenze sussistenti tra Governo centrale ed istituzioni regionali e locali, senza dimenticare il raccordo con la sfera istituzionale dell'Unione Europea<sup>2238</sup>.

Pur senza voler ignorare che l'ordinamento prevede ad oggi anche altre sedi di confronto tra sfera statale e regionale, come il sistema di Conferenze Stato-Autonomie territoriali, è evidente che con l'entrata in vigore della riforma il nuovo Senato finirebbe per recepire buona parte delle funzioni di coordinamento al momento demandate alle diverse Conferenze esistenti, dal momento che la "*mission*" della seconda Camera riformata sarebbe appunto quella di rappresentare gli enti territoriali a livello centrale<sup>2239</sup>. È stato opportunamente evidenziato come il nuovo Senato sarebbe chiamato a destreggiarsi tra sfere di rappresentanza differenti: una

<sup>2236</sup> Meno pessimista a riguardo Piermassimo Chirulli, il quale se da un lato riconosce come anche i "nuovi" senatori non potranno ignorare la loro appartenenza partitica, dal momento che partecipano alle elezioni regionali in liste di partito, prospetta d'altro canto la possibilità che su determinate questioni le linee di differenziazione all'interno della seconda Camera possano comporsi su basi differenti da quelle prettamente partitiche, ad es. chiamando in causa la provenienza regionale o macro-regionale (Regioni del Sud o del Nord), o in base alle aree territoriali o agli interessi condivisi (regioni adriatiche, alpine, etc.), con conseguente difficoltà di far sempre rispettare le rispettive discipline di partito imposte dal centro, cfr. P. CHIRULLI, La valutazione delle politiche pubbliche e le assemblee elettive. Brevi cenni sul Senato riformato, in Rivista AIC, 4/2016, 21.

<sup>2237</sup> Cfr. art. 55 V del testo di riforma costituzionale.

<sup>2238</sup> Si parla in particolare di valutare le politiche pubbliche e l'operato delle pubbliche amministrazioni, di verificare l'impatto delle politiche dell'UE sul piano dei singoli territori, di esprimere pareri sulle nomine di competenza del Governo nei casi stabiliti dalla legge, nonché la verifica dello stato di attuazione delle leggi statali.

<sup>2239</sup> Inequivocabile a riguardo il Ministro dell'Interno Angelino Alfano, che in un'audizione presso la Commissione parlamentare per le questioni regionali a Palazzo San Macuto nel gennaio 2016 ha parlato di una "inevitabile e ineludibile" revisione del sistema delle Conferenze Stato-Regioni, Unificata e Stato-Città, dal momento che "in forza delle modifiche parlamentari il raccordo con il sistema delle autonomie è da considerarsi appannaggio esclusivo del nuovo Senato, in un sistema che vede peraltro il superamento del bicameralismo perfetto", immaginando che in futuro le Conferenze "potranno conservare un ruolo certamente utile per quanto limitato principalmente agli aspetti attuativi della legislazione, dunque agli aspetti amministrativi e tecnici", cfr. Riforma del Senato: impatto inevitabile sul sistema delle conferenze, Ministero degli Interni, 21.1.2016, in [www.interno.gov.it](http://www.interno.gov.it).

prettamente politico-partitica, una territoriale, una di carattere istituzionale, soprattutto per quanto attiene ai cd. Senatori-Sindaci, espressioni delle realtà metropolitane più significative nei diversi contesti regionali<sup>2240</sup>. A prescindere dalla loro provenienza istituzionale, tuttavia, è il dettato stesso della riforma costituzionale a chiarire come almeno i 100 senatori elettivi siano da considerarsi “rappresentativi delle istituzioni territoriali”<sup>2241</sup>: un dato testuale inequivocabile, rispetto al quale l’assolvimento di ulteriori funzioni di rappresentanza, per quanto rilevanti e degne di attenzione rispetto alle dinamiche istituzionali, dovrebbero passare necessariamente in secondo piano. Diversamente, si sconfesserebbe apertamente il ruolo che la seconda Camera, anche nella sua versione riformata, continua ad essere chiamata ad adempiere<sup>2242</sup>.

È vero, d’altro canto, che il testo della riforma contiene disposizioni che non distinguono tra i componenti delle due Camere, lasciando intendere che *nulla osterrebbe* alla riconduzione di Deputati e Senatori ad identiche logiche di rappresentanza politico-partitica: è il caso dell’art. 64 II, che recita “I regolamenti delle Camere garantiscono i diritti delle minoranze parlamentari. Il regolamento della Camera dei deputati disciplina lo statuto delle opposizioni”, o dell’art. 67, secondo il quale “I membri del Parlamento esercitano le loro funzioni senza vincolo di mandato”.

Lungi dal fornire chiarimenti a riguardo, l’esame della legislazione elettorale approntata per selezionare i rappresentanti che gli enti territoriali preposti invieranno in Senato mantiene tutte le ambiguità fin qui esposte. L’art. 57 u.c. del testo riformato della Costituzione, infatti, statuisce che i seggi della seconda Camera saranno attribuiti “in ragione dei voti espressi e della composizione di ciascun Consiglio”. Secondo tale disposizione, dunque, i “nuovi” Senatori verranno indirettamente indicati dal corpo elettorale frazionato su base sub-statale, ogni qual volta un Consiglio regionale verrà rinnovato. Da tale disposizione sembra dedursi che il metodo di selezione dei membri del Senato debba avvenire appunto sulla base del voto popolare, e quindi conservarne i caratteri di eguaglianza e rappresentatività previsti nell’ordinamento, affinché i delegati regionali siano in grado di rappresentare il più possibile le diverse forze politiche presenti nei vari Consigli regionali<sup>2243</sup>. In realtà, l’esiguo numero di delegati assegnati a ciascuna Regione non consentirà facilmente di rappresentare tutte le

<sup>2240</sup> N. LUPO, La (ancora) incerta natura del nuovo Senato: prevarrà il *cleavage* politico, territoriale o istituzionale? in *federalismi.it* 4/2016, 24.2.2016. Sulla stessa linea Marina Calamo Specchia, che in questa sommatoria di molteplici centri di interesse all’interno del Senato riformato ravvisa un rischio di “effetto *overlapping* dovuto all’amplificazione del conflitto innescato dalla sovrapposizione delle suddette opzioni”, cfr. M. CALAMO SPECCHIA, Un’analisi comparata del nuovo Senato della Repubblica disciplinato dalla Legge Costituzionale: verso quale bicameralismo? in *Rivista AIC*, 3/2016, 10.

<sup>2241</sup> Art. 57 I Cost. del testo di riforma costituzionale.

<sup>2242</sup> Critico a riguardo Giuseppe De Vergottini, per il quale il cumulo di mandati locali e nazionali rappresenta un *rebus* la cui soluzione, ovvero il corretto esercizio delle diverse funzioni ricomprese negli stessi soggetti istituzionali impegnati su più fronti contemporaneamente, appare difficilmente risolvibile, cfr. G. DE VERGOTTINI, Sulla riforma radicale del Senato, in *federalismi.it*, 8/2014, 2.

<sup>2243</sup> V. DE SANTIS, La “doppia investitura” dei senatori consiglieri e le difficoltà di rappresentare “al centro” le istituzioni territoriali. Considerazioni sull’emendamento all’art. 2, co. 5 del d.d.l. cost. n. 1429-B, in *www.forumcostituzionale.it*, 24.11.2015, 6.

minoranze elette in Consiglio: il sistema prevede infatti un metodo di attribuzione dei seggi del Senato tale per cui almeno la metà delle rappresentanze regionali sarà composta da due o tre membri, dei quali uno sarà prevedibilmente sindaco nella Regione<sup>2244</sup>. Ne consegue che la rappresentanza delle diverse forze politiche elette nei Consigli regionali ne risulterà inevitabilmente sproporzionata, soprattutto in virtù della presenza dei delegati sindaci, la cui individuazione dipenderà con tutta probabilità assai più da fattori di carattere politico e di vicinanza partitica, che non dall'esigenza di portare in Senato le esperienze delle grandi realtà urbanizzate delle Regioni, come invece dovrebbe essere laddove si voglia interpretare correttamente l'intento della riforma<sup>2245</sup>. Che la questione presenti una rilevanza considerevole appare confermato anche dagli inviti della dottrina a condurre sul punto interventi correttivi, tesi a perequare la dimensione dei Senatori sindaci in base al numero complessivo dei componenti delle varie delegazioni regionali<sup>2246</sup>.

Che la tipologia di rappresentanza posta in essere dai membri del nuovo Senato dovrebbe essere di carattere politico-partitico (soprattutto, per le ragioni appena illustrate, per quanto attiene ai partiti di maggioranza), pare dunque un dato accertato<sup>2247</sup>, anche in virtù del fatto che il ruolo rappresentativo dei nuovi Senatori non verrebbe sottoposto a vincolo di mandato. Ne consegue, come è stato opportunamente evidenziato, l'elevato rischio che la seconda Camera finisca per

<sup>2244</sup> La legge prevede una differenziazione della composizione delle delegazioni in base all'entità della popolazione residente nelle diverse regioni e nelle due province autonome, con un numero minimo di due delegati per ciascun ente territoriale. Ne deriva che tredici delegazioni regionali potranno contare su massimo due o tre seggi da Senatore, con una conseguente sotto-rappresentazione di oltre la metà delle Regioni, cfr. Art. 57 III: "Nessuna Regione può avere un numero di senatori inferiore a due; ciascuna delle Province autonome di Trento e di Bolzano ne ha due." Sulla base dei dati raccolti con l'ultimo censimento della popolazione, la ripartizione dei 100 seggi elettivi di Senatore tra le Regioni dovrebbe avvenire come segue: Lombardia 15; Campania e Lazio 9; Veneto e Sicilia 8, Piemonte ed Emilia-Romagna 7; Puglia e Toscana 6; Calabria 3; tutte le altre Regioni 2.

<sup>2245</sup> V. DE SANTIS, La "doppia investitura" dei senatori consiglieri e le difficoltà di rappresentare "al centro" le istituzioni territoriali, cit., 7. Di contro, fa derivare aspetti quanto meno sulla carta positivi dal coinvolgimento dei primi cittadini nell'organo di rappresentanza delle autonomie Elena di Carpegna Brivio, secondo la quale i sindaci potrebbero costituire il reale elemento di discontinuità rispetto alla tradizionale rappresentazione partitica anche della seconda Camera riformata, cfr. E. DI CARPEGNA BRIVIO, Il ruolo dei sindaci nel nuovo senato. Una rappresentanza oltre la mediazione dei partiti? in C. BUZZACCHI - A. MORELLI - F. PIZZOLATO (a cura di), Rappresentanza politica e autonomie, Giuffrè, Milano 2016, 235-248, *passim*.

<sup>2246</sup> L. VIOLINI, Note sulla riforma costituzionale, in *Le Regioni*, 1/2015, 299-310 (300).

<sup>2247</sup> Così Vincenzo Tondi della Mura, che considera di carattere essenzialmente politico le funzioni attribuite al nuovo Senato, e pertanto contraddittoria l'attribuzione alla seconda Camera di una funzione di rappresentanza delle istituzioni territoriali" (art. 55 V) da parte della riforma, cfr. V. TONDI DELLA MURA, Se il Senato delle Autonomie non «rappresenta la Nazione», Audizione conoscitiva sulla riforma costituzionale davanti alla Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica, 8/5/2014. Similmente Enrico Gasparini e Paolo Costa, secondo i quali "la rappresentanza istituzionale a cui fa riferimento il riformato art. 55 Cost. è una rappresentanza che non si integra coerentemente con la rappresentanza politica generale di cui è depositaria l'altra Camera", cfr. E. GASPARINI, P. COSTA, Il nuovo Senato, il sistema delle Conferenze e la persona giuridica dello Stato. Brevi note giuridico-istituzionali, in *Diritti Regionali*, 3/2016, 438-455 (441). Ancora più esplicito Paolo Caretti, per il quale quelle sopra descritte a proposito del nuovo Senato "sono tutte scelte che vanno nella stessa direzione: dar vita ad un organo debole perché debole ed eterogenea è il tipo di rappresentanza che esprime; debole perché destinato ad operare secondo una logica politico-partitica (e dunque di divisioni interne) in tutto analoga a quella propria della prima Camera", cfr. P. CARETTI, Venti domande sulla riforma, in *Le Regioni*, 1/2015, 101-108 (105).

essere rappresentativa non tanto degli enti territoriali e degli interessi di cui questi dovrebbero farsi portatori presso lo Stato centrale, quanto delle diverse compagini politiche presenti nei diversi consigli regionali, riproducendo anche al Senato le dinamiche e le strategie proprie del panorama partitico nazionale<sup>2248</sup>. Un appiattimento del Senato sulla sola rappresentanza partitica, peraltro, sarebbe deleterio sotto vari punti di vista: in primo luogo, evidentemente, perché anche nella seconda Camera resterebbero vigenti le logiche delle strategie politiche in atto a livello nazionale, con i Senatori chiamati a votare sui provvedimenti di loro competenza non in base alle esigenze degli enti territoriali che li hanno inviati a Roma, ma esclusivamente in base alla loro specifica appartenenza partitica, finendo così per rafforzare o ostacolare l'operato di Maggioranza ed Esecutivo a seconda dell'opportunità contingente del momento<sup>2249</sup>. In secondo luogo, perché le forze politiche uscite sconfitte dal confronto elettorale regionale, e dunque minoritarie nei rispettivi Consigli, sarebbero indotte a riportare anche all'interno del Senato le normali dinamiche di contrapposizione politica tra maggioranza e minoranza esistenti nelle assemblee elettive regionali<sup>2250</sup>: un'eventualità che tradirebbe ulteriormente la funzione della seconda Camera, vittima impotente di conflitti assolutamente legittimi finché esercitati sulla scena politica tradizionale, ma assolutamente fuori luogo in

<sup>2248</sup> A. SAITTA, La forma di governo in Italia tra revisione costituzionale e nuova legge elettorale, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2015, 4.

<sup>2249</sup> Paventa una disfunzione del genere Ugo De Siervo, il quale ravvisa una contraddittorietà tra la tipologia di rappresentanza territoriale richiesta al nuovo Senato, le modalità di organizzazione dei Senatori al suo interno su base meramente territoriale, e le procedure di selezione degli stessi, in cui la componente partitica rischia di essere assolutamente dominante rispetto ad altre, v. U. DE SIERVO, Un tentativo di riforma costituzionale con troppi gravi difetti, in Osservatorio sulle Fonti, 1/2015, 3-4. Ancora più critico Giovanni Tarli Barbieri, che osserva come “una Camera siffatta appare uno strano ibrido che non sembra rispondere alla ratio della sua istituzione e che per le modalità della sua elezione (elezione da parte dei consigli regionali, assenza di vincolo di mandato), potrebbe ben atteggiarsi come una Camera politica svincolata dal rapporto fiduciario”, cfr. G. TARLI BARBIERI, Venti questioni su Regioni e riforme costituzionali, in *Le Regioni* 1/2015, 257-282 (258). Similmente Roberto Bin, secondo il quale l'aver optato per il criterio proporzionale di l'elezione dei senatori tra i componenti dei Consigli regionali e provinciali rischia di far sì che la “rappresentanza della regione si presenti spaccata lungo la stessa *cleavage* che separa le componenti politiche in regione”, cfr. R. BIN, L'elezione indiretta del Senato: la peggiore delle soluzioni possibili, in [www.forumquadernicostituzionali.it](http://www.forumquadernicostituzionali.it), n.3/2015, 1. Ancora dello stesso avviso Simone Pajno, che parla di come all'interno del nuovo Senato rischi di verificarsi un probabile scollamento o di una connessione “solo eventuale ed episodica” tra “una rappresentanza politica regionale, che caratterizza le istituzioni territoriali, nella quale trovano corpo i processi di unificazione politica di livello, appunto, regionale” il livello di rappresentanza “del sistema autonomistico complessivamente inteso”, che tuttavia non avrebbe “alcuna connessione necessaria” con la prima, “o comunque una connessione debolissima”, concludendone “l'inadeguatezza del Senato rispetto alle prestazioni che dal medesimo ci si dovrebbe attendere, cfr. S. PAJNO, Considerazioni sulla riforma costituzionale *in progress* tra Governo, Senato e Camera dei deputati, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 24/2014, 41-42.

<sup>2250</sup> Così Francesco Cerrone, per il quale dalle modalità di composizione del nuovo Senato deriva un evidente indebolimento della rappresentanza delle istituzioni di governo regionale e locale, ovvero della rappresentanza “delle visioni che tali istituzioni, pro tempore, per il tramite dei propri organi di governo, intendano esprimere degli interessi di cui esse si fanno portatrici”, in favore di un rafforzamento “del ruolo di mediazione che potrà derivare dalle sintesi affidate al circuito politico-partitico, di cui i consiglieri regionali sono certamente espressione”, cfr. F. CERRONE, Memoria per la Commissione Affari Costituzionali del Senato sul progetto di revisione costituzionale, luglio 2015, 3.

quella che invece dovrebbe essere la sede designata per la rappresentanza di interessi regionali e locali<sup>2251</sup>.

In questo senso, la mancata previsione di un mandato imperativo in capo ai componenti delle delegazioni regionali al Senato apre scenari complessi e di difficile soluzione<sup>2252</sup>, dal momento che si finisce per negare in partenza qualsiasi obbligo di corrispondenza tra il singolo Senatore ed il contesto sia istituzionale che territoriale di provenienza<sup>2253</sup>, consentendogli di ignorare anche quel vincolo instaurato con l'elettorato regionale che, in ultima analisi, con il proprio voto gli consente di essere legittimato a rappresentare la propria Regione o Provincia Autonoma in ambito nazionale<sup>2254</sup>. In più, il mandato imperativo avrebbe consentito di ricondurre ad unità l'espressione del voto dei Senatori sulla base della loro provenienza regionale, facilitando il recupero dell'aspetto territoriale della rappresentanza nella seconda

<sup>2251</sup> G. SILVESTRI, Disegno di legge costituzionale n. 1429, Audizione del 27 luglio 2015, 4, [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>2252</sup> Critico sul punto ad es. Claudio Chiola, che definisce incomprensibile il mantenimento del divieto di mandato imperativo a carico dei membri del Senato riformato, cfr. C. CHIOLA, Disarmonie nella riforma del Senato, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 16/2015, 2.

<sup>2253</sup> Così Ines Ciolli, che sottolinea come “la previsione del divieto di mandato imperativo anche al Senato rende più debole quel legame tra istanze locali e centrali in favore di quelle partitiche”, cfr. I. CIOLLI, Il Senato della riforma tra forma e sostanza, in *Rivista AIC*, 4/2016, 17. Ancor più netto Francesco Bilancia, che definisce “insensata” la scelta di estendere il divieto di mandato imperativo anche ai membri del Senato riformato, cfr. F. BILANCIA, Oltre il bicameralismo paritario. Osservazioni a margine del ddl Renzi. Sfidando il divieto di una discussione pubblica, in [costituzionalismo.it](http://costituzionalismo.it), 2/4/2014. Alquanto critico anche Stelvio Mangiameli, per il quale non basta “il distacco del Senato dalla rappresentanza generale della Nazione e dal circuito della fiducia al governo, entrambi attribuiti alla Camera dei deputati (art. 55, commi 2 e 3), per fare venire meno la logica dell'appartenenza al partito, come canone della valutazione delle decisioni da assumere”, cfr. S. MANGIAMELI, Quale ruolo del nuovo Senato: composizione, rappresentanza e procedimenti alla luce del riparto delle competenze, in *Italian Papers on Federalism* 3/2015, Di contro, esprime un giudizio positivo sulle modalità di composizione indiretta del nuovo Senato Luca Castelli, secondo il quale la riforma sarebbe in grado di realizzare “una seconda Camera territoriale che governi politicamente il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, prevenendo i conflitti a monte, anziché scaricarli –a valle –sulla Corte costituzionale”, cfr. L. CASTELLI, Le buone ragioni dell'elezione indiretta del Senato, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 18/2015, 7. Più possibilista che critico sul punto anche Giovanni Luchena, che richiama la possibilità di individuare nelle classi politiche regionali “una pluralità di sensibilità politiche che si riverbererà sui rapporti di forza presenti all'interno di ciascun Consiglio regionale”, e che potrebbero rendersi pertanto portatrici all'interno di un adeguato Senato delle Autonomie di istanze differenti da quelle proprie della politica nazionale ed arricchire in tal modo il processo decisionale del Parlamento centrale, cfr. G. LUCHENA, Il nuovo Senato: quale rappresentanza?, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2014, 9.

<sup>2254</sup> E' stato fatto opportunamente notare come, nel disegno di legge originario, il Senato della Repubblica risultasse composto in maniera da rappresentare un'ampia pluralità di realtà istituzionali: tutti i presidenti delle regioni, i due presidenti delle province autonome; i sindaci di tutti i comuni capoluogo di regione e dei due comuni capoluogo delle province autonome; 2 membri eletti da ciascun consiglio regionale e dai consigli provinciali; 2 membri eletti da un collegio di sindaci costituito in ciascuna regione e, infine, ventuno cittadini nominati dal Capo dallo Stato per sette anni, cfr. art. 2 del disegno di legge 1429, A.S. (XVII Legislatura). In questo modo, il Senato avrebbe acquisito con tutta probabilità un effettivo ruolo di “Camera delle Autonomie”, nella quale solo i due quinti dei suoi membri sarebbero stati espressione di consultazioni in cui i partiti politici avrebbero potuto incidere in modo determinante sul risultato, e dunque sulla selezione degli eletti. Ne sarebbe derivata una seconda Camera nella quale le logiche dell'appartenenza partitica, insieme alle dispute sulle modalità di composizione delle commissioni permanenti, avrebbero perso gran parte della loro rilevanza, cfr. G. L. CONTI, Regolamenti parlamentari e trasformazione della Costituzione nel superamento del bicameralismo paritario, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 3/2015, 7-8.

Camera, conservando una effettiva coerenza con quel modello tedesco al quale la riforma dichiara di volersi ispirare<sup>2255</sup>.

Nemmeno l'esame della regolamentazione interna del Senato aiuta ad eliminare le ambiguità fin qui rilevate: la nuova disciplina prescrive infatti alla sola Camera dei Deputati l'obbligo di comporre le commissioni in proporzione al numero di seggi attribuito alle diverse forze politiche ivi rappresentate<sup>2256</sup>, potendosi da ciò desumere che nella cd. Camera delle Autonomie, di contro, le commissioni possano essere composte in base alla provenienza territoriale dei Senatori, e non secondo la loro appartenenza partitica: si resta tuttavia nel campo della mera eventualità, dal momento che nulla di prescrittivo viene fornito a riguardo dal testo della riforma<sup>2257</sup>. Al contrario, la necessità che la distribuzione dei seggi vada effettuata sulla base della composizione dei Consigli regionali fa presumere che il criterio della rappresentanza territoriale possa non risultare esaustivo, e che anche l'appartenenza partitica giochi un ruolo quanto meno non indifferente a riguardo<sup>2258</sup>. Peraltro, il medesimo articolo della riforma che prescrive solo a carico del regolamento della Camera dei Deputati l'obbligo di disciplinare uno specifico statuto delle opposizioni, impone ai regolamenti di entrambe le Camere di garantire i diritti delle minoranze presenti nella loro composizione<sup>2259</sup>, senza ulteriori indicazioni in merito alla loro natura: un'ulteriore conferma di come, tanto per la Camera quanto per il Senato, la riforma immagini una struttura organizzativa interna in cui la rappresentanza partitica sia posta quanto meno sullo stesso piano di quella territoriale, permettendo di fatto che, anche in quella che dovrebbe essere la sede di espressione degli interessi delle autonomie, i componenti possano aggregarsi (e quindi operare in ambito parlamentare per le materie di loro competenza) in base ad esigenze e logiche che poco o nulla avrebbero a che fare con

<sup>2255</sup> V. DE SANTIS, *La "doppia investitura" dei senatori consiglieri e le difficoltà di rappresentare "al centro" le istituzioni territoriali*, cit., 7; dello stesso avviso Elisabetta Catelani, che evidenzia come nel caso italiano la difficoltà di ricondurre ad unità il voto dei delegati inviati in Senato risulti ancor più accentuata dal fatto che le compagini regionali includono anche dei Sindaci che, da un punto di vista politico, potrebbero risultare ancor più eccentrici rispetto agli indirizzi prevalenti nel Consiglio regionale di riferimento, cfr. E. CATELANI, *Stato federale o Stato regionale nel Senato delle Autonomie? Note sul progetto di riforma costituzionale del Governo*, in *federalismi.it* 8/2014, 5. Similmente Ilenia Ruggiu, la quale fa notare come la funzione di rappresentanza territoriale affidata alle seconde Camere risulti spesso inefficiente in quanto frustrata dalla circostanza che l'organo parlamentare, per sua natura, "è troppo esposto alla dialettica partitica. Esso è una cassa di risonanza ideale delle identità partitiche che tendono a fagocitare le logiche territoriali. Pretendere di allocare la rappresentanza territoriale in tale sede rischia di produrre un corto circuito *ab origine* che si risolve sempre a vantaggio delle logiche partitiche", cfr. I. RUGGIU, *Il futuro Senato della Repubblica: un contributo alla risoluzione dei problemi del bicameralismo*, ma irrilevante, se non dannoso, per il regionalismo, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015.

<sup>2256</sup> Cfr. artt. 12 e 20 del ddl cost. n. 1429-B.

<sup>2257</sup> La riforma consente infatti ad entrambe le Camere di mantenere in vigore i rispettivi regolamenti (tarati su una concezione di tipica rappresentanza politico-partitica) fino all'entrata in vigore delle loro modificazioni, per quanto compatibili con la riforma stessa; in altre parole, l'organizzazione interna del Senato potrà continuare a prevedere un sistema di aggregazione dei propri membri all'interno delle commissioni incentrato sulla stretta appartenenza partitica, cfr. art. 38 del ddl cost. n. 1429-B.

<sup>2258</sup> U. DE SIERVO, *Un tentativo di riforma costituzionale con troppi gravi difetti*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 1/2015, 4.

<sup>2259</sup> Cfr. art. 6 del ddl cost. n. 1429-B.

la sfera regionale dalla quale provengono, con conseguente snaturamento dello stesso Senato riformato<sup>2260</sup>.

Né sembra possibile dedurre da questo combinato disposto di norme costituzionali ed elettorali una intercambiabilità del ruolo dei nuovi Senatori a seconda della specifica disposizione sottoposta alla loro deliberazione, o anche solo del momento politico contingente: anche nel contesto del nuovo assetto parlamentare si ripropongono infatti le medesime problematicità del modello tedesco evidenziate con grande efficacia dall'episodio più sopra riportato<sup>2261</sup>. Proprio in virtù della varietà e rilevanza delle competenze riservate dal testo della riforma alla seconda Camera<sup>2262</sup>, infatti, la prospettiva che i Senatori possano indifferentemente scegliere se operare come esponenti di partito o come rappresentanti di un ente territoriale, per quanto tecnicamente possibile, entra inevitabilmente in conflitto con quella che, testo della riforma alla mano, dovrebbe restare la loro principale funzione, ovvero quella di portare la voce delle istituzioni regionali e locali nel Parlamento nazionale<sup>2263</sup>.

## 9. Conclusioni: il monito inascoltato della lezione berlinese

Mutuando l'espressione da un contesto più prettamente giurisprudenziale, dunque, si potrebbe concludere sul tema in esame che la riforma "decide di non decidere", istituendo una Camera che, fin dalle modalità di selezione dei suoi membri, introduce una categoria di Parlamentari caratterizzati da una "duplice investitura" (politica, attraverso le elezioni regionali, e territoriale, in quanto delegati degli organi sub-statali

<sup>2260</sup> E. CATELANI, Venti risposte, o quasi, su Regioni e riforme costituzionali: occorre ancora fare chiarezza sul ruolo dello Stato e delle Regioni, in *Le Regioni*, 1/2015, 109-122 (111).

<sup>2261</sup> Di questo avviso Francesco Raffaello De Martino, che proprio in questa indeterminata ravvisa una delle principali debolezze della riforma, dal momento che "se si costruisce la rappresentanza del Senato in chiave politico-partitica, si vanificano le pur apprezzabili affermazioni di una Camera territoriale; allo stesso tempo se si concepiscono gli interessi delle Regioni come 'meramente territoriali' si sminuisce fatalmente la ragion d'essere del Senato rappresentativo delle 'istituzioni territoriali'", cfr. F. R. DE MARTINO, *Aspetti e problemi del nuovo Senato*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2016, 15.

<sup>2262</sup> V. a riguardo l'art. 70 del testo di riforma costituzionale, che attribuisce al Senato la stessa competenza della Camera dei Deputati sul piano legislativo nei seguenti ambiti: a) le leggi di revisione della Costituzione e altre leggi costituzionali; b) le leggi che determinano l'ordinamento, la legislazione elettorale, gli organi di governo, le funzioni fondamentali dei Comuni e delle Città metropolitane e le disposizioni di principio sulle forme associative dei Comuni; c) la legge che stabilisce le norme generali, le forme e i termini della partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea; d) la legge che determina i casi di ineleggibilità e di incompatibilità con l'ufficio di senatore.

<sup>2263</sup> Più possibilista a riguardo Valeria De Santis, che al termine di una disamina delle varie funzioni attribuite al nuovo Senato, con particolare attenzione per il delicato ruolo dei Senatori Sindaci, ravvisa nella riforma delle potenzialità di riuscita positiva, a patto però di ripensare il concetto stesso di rappresentanza politica, svincolandolo dalla sua mera accezione partitica al fine di garantirne una efficace dimensione territoriale: una rappresentanza territoriale che è pure sempre politica, ma che "non può essere articolata in modo da duplicare le dinamiche maggioranza opposizione, pena lo 'schiacciamento' della seconda Camera sulla Camera bassa". Obiettivo indubbiamente auspicabile, ma la cui realizzazione resta affidata secondo la stessa Autrice alle scelte dei partiti politici nazionali, cfr. V. DE SANTIS, *La componente dei Sindaci nel nuovo Senato riformato. Le ragioni e i possibili sviluppi di una scelta singolare*, in C. BUZZACCHI - A. MORELLI - F. PIZZOLATO (a cura di), *Rappresentanza politica e autonomie*, Giuffrè, Milano 2016, 219-233 (232-233).

che li designano), lasciando di fatto al singolo Senatore la libertà di scegliere in base a quale tipologia di interessi deliberare e a quale delle due realtà rispondere del proprio operato<sup>2264</sup>. Se questo è vero, tuttavia, se ne dovrebbe concludere che una delle principali finalità dichiarate della riforma, ovvero il raggiungimento di una sostanziale differenziazione delle tipologie di rappresentanza espresse dai due rami del Parlamento nazionale anche in funzione correttiva di precedenti interventi “correttivi” del dettato costituzionale<sup>2265</sup>, è stata tradita, o quanto meno che la sua effettiva realizzazione rimane assolutamente ipotetica ed in ultima analisi affidata alla discrezionalità dei singoli componenti di quella che dovrebbe a detta di tutti divenire finalmente la sede naturale in cui portare interessi ed esigenze delle autonomie territoriali, e che invece nonostante tutto rischia di rimanere ancora condizionata da logiche tipiche della rappresentanza partitica<sup>2266</sup>.

Il rischio di una commistione tra “*cleavages*” differenti all’interno della seconda Camera, come è stato scritto<sup>2267</sup>, è quindi assolutamente possibile, e difficile da eludere: l’esempio tedesco è stato richiamato proprio per dimostrare l’alta probabilità di una eventualità del genere, persino in un assetto ordinamentale in cui la contestualità del principio rappresentativo territoriale e partitico dovrebbe essere ormai stabilmente consolidata, e nel quale sono previsti strumenti atti a assecondare la funzione di rappresentanza territoriale della seconda Camera (previsione di mandato imperativo, obbligo di voto congiunto di tutti gli appartenenti alla stessa delegazione regionale<sup>2268</sup>), del tutto assenti nel Senato delle Autonomie disegnato dalla

<sup>2264</sup> V. DE SANTIS, La “doppia investitura” dei senatori consiglieri e le difficoltà di rappresentare “al centro” le istituzioni territoriali, cit., 8.

<sup>2265</sup> G. PUCCINI, Riforma del bicameralismo e del Titolo V, e principi supremi della Costituzione, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 3/2014.

<sup>2266</sup> Numerosi i contributi critici sul punto: A. PERTICI, La riforma del Senato, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2/2014, 5-6; V. TONDI DELLA MURA, Se il Senato delle autonomie non “rappresenta la Nazione”, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), Maggio 2014, *passim*; R. ZACCARIA, Un “Senato delle autonomie” richiede autonomie forti, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2/2014, 5; M. LUCIANI, Appunti per l’audizione innanzi alla 1° Commissione - Affari costituzionali - del Senato della Repubblica, 28 luglio 2015, [www.senato.it](http://www.senato.it). V. anche Antonio Ferrara, il quale pur fornendo una valutazione non esclusivamente negativa della riforma della seconda Camera, conclude osservando come ci sia da domandarsi “se questi due diversi ruoli di rappresentanza territoriale e di garanzia potranno riuscire a convivere armonicamente e con uguale efficacia in una Camera che ha compiti massimamente coerenti con il primo di essi ma una legittimazione politica (quasi-diretta) che, invece, appare strumentale soprattutto al secondo”, cfr. A. FERRARA, Il nuovo Senato tra rappresentanza territoriale degli enti costitutivi della Repubblica e rappresentanza degli interessi generali delle rispettive comunità politiche in seno al Parlamento nazionale, in *Italian Papers on Federalism* 3/2015.

<sup>2267</sup> N. LUPO, La (ancora) incerta natura del nuovo Senato: prevarrà il *cleavage* politico, territoriale o istituzionale? cit.

<sup>2268</sup> Si veda a riguardo la riflessione di Antonio D’Atena, che proprio per contenere i rischi di una seconda Camera che risponda ad esigenze non di rappresentanza territoriale ma prettamente partitica, aveva proposto per il Senato riformato tra l’altro l’introduzione del voto di delegazione (che avrebbe comportato una sostanziale abolizione del divieto di mandato imperativo) e l’imposizione che i gruppi al suo interno si costituissero su base territoriale, con un gruppo per ciascuna Regione, perché appare “difficile negare che, se il DNA della seconda Camera coincide con quello della prima, il valore aggiunto dell’organo chiamato a rappresentare le Regioni, nella loro individualità istituzionale, rischia di essere del tutto vanificato, v. A. D’ATENA, Luci ed ombre della riforma costituzionale Renzi-Boschi, in *Rivista AIC* 2/2015, 6.

riforma<sup>2269</sup>. Tuttavia, così come le irrisolte oscillazioni del *Bundesrat* tra consessi partitici ed interessi territoriali rischiano in certi frangenti di mettere in pericolo la funzionalità del processo decisionale a livello federale, allo stesso modo anche nel caso italiano l'indeterminatezza con cui la riforma traccia il ruolo dei Senatori disegna scenari alquanto problematici e lascia insoluti numerosi dubbi<sup>2270</sup>. Per assolvere adeguatamente alle loro funzioni, in realtà, i membri del nuovo Senato dovrebbero operare prestando orecchio esclusivamente alla sfera territoriale (regionale o locale che sia) per conto della quale sono inviati periodicamente a Palazzo Madama: una necessità di difficile realizzazione<sup>2271</sup>, dal momento che il futuro metodo di selezione dei componenti della seconda Camera appare in realtà pesantemente sbilanciato in favore dell'appartenenza politica dei prescelti, lasciando assolutamente in secondo piano il loro legame con l'ente territoriale che ufficialmente sono chiamati a rappresentare in sede parlamentare nazionale<sup>2272</sup>. Il problema, dunque, esiste, e non sarà facile trovarvi una soluzione di carattere normativo: eventuali interventi correttivi attraverso modifiche delle norme regolamentari del Senato, pure possibili e già da più parti auspicati<sup>2273</sup>, non potranno tuttavia produrre mutare la sostanza generale della nuova disciplina costituzionale, qualora ricevesse l'approvazione popolare per via referendaria. La mancata previsione in sede di riforma costituzionale di un qualche vincolo di mandato del singolo componente della delegazione regionale rispetto all'istituzione territoriale che lo ha designato, come pure l'assenza di un obbligo di esprimere collettivamente la quota di voti assegnati alla singola compagine regionale, non faciliteranno di certo l'auspicata separazione tra appartenenza partitica e interessi

<sup>2269</sup> La riforma dell'assetto federale in Germania, occorsa nel 2006, ha indubbiamente razionalizzato la ripartizione di competenze legislative tra *Bund* e *Länder*, delimitando in maniera più precisa e puntuale le possibilità del *Bundesrat* di condizionare la legislazione federale: ciononostante, le aporie relative alla natura della rappresentanza riservata alla seconda Camera non sembrano risolte dalla novella costituzionale. Concorde a riguardo Jörg Luther, che pure parla di una riforma a prima vista „punitrice“ del *Bundesrat* „per aver ostruito o frenato le riforme dei governi precedenti“, cfr. J. LUTHER, La riforma del federalismo in Germania all'esame del Parlamento italiano, in A D'ATENA (a cura di), I cantieri del federalismo in Europa, Giuffrè, Milano 2008, 129-145 (141).

<sup>2270</sup> R. TONIATTI, Senato della Repubblica, Commissione Affari costituzionali, Audizione, Roma 28 luglio 2015. [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>2271</sup> Concorde sul punto Beniamino Caravita di Toritto, il quale pur apprezzando nel complesso l'assetto della riforma, fa notare l'esistenza della problematicità relativa alla natura della rappresentanza posta in essere nel futuro Senato: una rappresentanza intesa in primo luogo come territoriale, sebbene non impermeabile ad influenze di natura politica. Una concomitanza di funzioni complessa e tuttavia irrisolta, al punto da indurre Caravita a richiedere norme chiare in merito alla disciplina concreta delle modalità di funzionamento degli organi interni alla seconda Camera, ad es. per quanto attiene al criterio di composizione (territoriale o partitica?) delle commissioni parlamentari interne al Senato, cfr. B. CARAVITA, Questioni di metodo e questioni di contenuto nelle riforme costituzionali ed elettorali, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 22/2014, 4-5.

<sup>2272</sup> Fa notare la sperequazione di partenza di una rappresentanza ufficialmente territoriale ma nei fatti prettamente politico-partitica F. SORRENTINO, Sulla rappresentatività del Senato nel progetto di riforma costituzionale, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it) 2/2016, 4.5.2016.

<sup>2273</sup> Spinge molto su questo aspetto Renzo Dickmann, il quale non lesina perplessità sulla corretta attuazione del mandato istituzionale affidato sulla carta al nuovo Senato, e che finisce per riconoscere come i possibili rimedi correttivi, attuabili soprattutto in sede regolamentare, rappresentino assai più dei ragionevoli auspicci che delle sicure evoluzioni della materia in oggetto, cfr. R. DICKMANN, Appunti sul ruolo del Senato nel nuovo Parlamento repubblicano, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 3/2016, 16.

territoriali negli orientamenti di voto dei membri di una eventuale seconda Camera delle Autonomie<sup>2274</sup>.

Tuttavia, ogni qual volta dovessero prevalere logiche di appartenenza diverse da quelle della rappresentanza territoriale, la disfunzione evidenziata nella deliberazione del *Bundesrat* del 2002 si riproporrà anche nel contesto italiano, con conseguenze ancora tutte da decifrare per il futuro di un bicameralismo che, in questo caso, si dimostrerebbe molto meno differenziato di quanto, sulla “Carta”, esso promette di essere.

---

<sup>2274</sup> Resta da valutare come su questo impatterebbe la legge ordinaria finalizzata a regolamentare l'attribuzione dei seggi e l'elezione dei membri del Senato di cui all'art. 57 u.c. riformato, ma è stato giustamente fatto notare come relegare alla legislazione ordinaria la risoluzione di un punto così dirimente per la problematica in oggetto contribuisca ad acuire, piuttosto che ridimensionare, le perplessità sollevate a riguardo, cfr. L. RONCHETTI, Rappresentanza politica come rappresentanza costituzionale, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, 32.

## IL CONTRIBUTO DEI PARLAMENTI NAZIONALI AL BUON FUNZIONAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA. A PROPOSITO DI CONFERENZE INTERPARLAMENTARI ED EARLY WARNING SYSTEM

di Laura Frosina\*

SOMMARIO: 1. La parlamentarizzazione dell'Unione europea e le innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona sul versante della cooperazione interparlamentare e del controllo del principio di sussidiarietà. 2. La cooperazione interparlamentare: inquadramento teorico e giuridico del fenomeno. 2.1. I recenti tentativi di riordino e rivalutazione della cooperazione interparlamentare. 2.1.1. (Segue) L'istituzione della *Conferenza interparlamentare sulla politica estera e di sicurezza comune e sulla politica di sicurezza e di difesa comune* (IPC CFSP-CSDP) e della *Conferenza interparlamentare sulla stabilità, il coordinamento economico e la governance nell'Unione europea* (IPC CSCEG). 3. L'*early warning system* e il suo funzionamento nella prassi. 3.1. (Segue) La proposta di rafforzamento del meccanismo nell'intesa del Consiglio europeo del 18- 19 febbraio per la permanenza del Regno Unito nell'Unione europea. Una proposta valida per il futuro? 4. Conclusioni. Rilanciare il ruolo europeo dei Parlamenti nazionali in chiave collaborativa.

### **1. La parlamentarizzazione dell'Unione europea e le innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona sul versante della cooperazione interparlamentare e del controllo del principio di sussidiarietà.**

**I**l rafforzamento della democrazia parlamentare attraverso la parallela valorizzazione del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali ha rappresentato un obiettivo costante del lungo e incidentato cammino dell'integrazione europea. Il processo di parlamentarizzazione che ne è conseguito ha dimostrato, infatti, di essere un elemento essenziale tanto per la preservazione degli equilibri costituzionali all'interno degli Stati membri, che per la democratizzazione dell'Unione europea<sup>2275</sup>.

Sin dagli anni Novanta la parlamentarizzazione ha iniziato a essere considerata condizione chiave per il superamento del *deficit* democratico europeo e la salvaguardia

\* Dottore di ricerca in *Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate*- Dipartimento di Scienze politiche, Università di Roma "Sapienza".

<sup>2275</sup> Sull'importanza della parlamentarizzazione dell'Ue nella dottrina italiana si rinvia, tra i numerosi contributi, a R. Orrù, *Prospettive di "parlamentarizzazione" dell'Unione: Assemblee nazionali e Assemblea europea*, in *Rivista di Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2003, 1753 ss.; F. Bruno, *La Costituzione europea ed i Parlamenti nazionali*, in *Rivista di Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2005, 620 ss; R. Orrù, L. G. Sciannella, A. Ciammariconi (cur.), *Dai Parlamenti in Europa ai Parlamenti d'Europa. Un cammino tra storia e diritto*, Napoli, Esi, 2008; P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010; A. Manzella, N. Lupo (cur.), *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, Torino, Giappichelli, 2014. Di A. Manzella v., da ultimo, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali come sistema*, in *Rivista Aic*, n. 1, 2015.

delle competenze legislative dei Parlamenti nazionali, dinanzi ai consistenti trasferimenti di quote della sovranità degli Stati membri all'Unione europea. Nel corso di quella decade si sono registrate, infatti, riforme di vario tipo che hanno portato sia ad ampliare i poteri del Parlamento europeo, sia a riconoscere la rilevanza della partecipazione dei Parlamenti nazionali all'EU *decision making process*. Per quanto concerne quest'ultimo aspetto, va ricordato che -a partire dal Trattato di Maastricht- è stato riconosciuto progressivamente un ruolo più attivo ai Parlamenti nazionali negli affari europei nell'ambito delle Dichiarazioni e nei Protocolli allegati ai Trattati, e, in particolare, nel Protocollo n. 9, sul ruolo dei Parlamenti nazionali, annesso al Trattato di Amsterdam<sup>2276</sup>, che ha segnato un avanzamento specifico in tale ambito. Le riforme approvate si sono indirizzate sostanzialmente in una duplice direzione: da un lato, hanno migliorato i canali di informazione e controllo dei Parlamenti negli affari europei all'interno degli ordinamenti statali; e, dall'altro, hanno promosso nuove forme di dialogo e cooperazione interparlamentare nel contesto europeo. La maggior parte degli Stati membri, ciascuno nel rispetto delle proprie caratteristiche culturali e giuridiche, ha approvato, in tempi e modi diversi, riforme di varia natura (costituzionale, legislativa, regolamentare), che hanno rafforzato, in misura più o meno intensa, le funzioni di indirizzo e controllo dei Parlamenti nei confronti dei rispettivi esecutivi negli affari europei<sup>2277</sup>. Sul versante europeo, invece, i Parlamenti

<sup>2276</sup> La partecipazione dei Parlamenti nazionali al processo decisionale dell'Ue è stata riconosciuta a partire dal Trattato di Maastricht (in particolare, con le dichiarazioni ad esso annesse n. 13, sul *ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea*, e n. 14, sulla *Conferenza dei Parlamenti*) e, in seguito, con il Protocollo n. 9, sul *ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea* allegato al Trattato di Amsterdam. Quest'ultimo Protocollo, in particolare, rispondendo alle richieste insistenti di Danimarca e Regno Unito, ha previsto una comunicazione tempestiva di tutti i documenti di consultazione redatti dalla Commissione ai Parlamenti nazionali e obblighi di informazione a carico dei Governi nei confronti dei rispettivi Parlamenti sulle proposte legislative della Commissione. Ha formalmente riconosciuto la COSAC e il suo contributo alla formazione delle politiche comunitarie riguardanti determinate aree (libertà, sicurezza interna e giustizia). Sull'evoluzione del ruolo dei Parlamenti nazionali si rinvia, in particolare, a A. Maurer, W. Wessels, *National Parliaments on Their Ways to Europe: Losers or Latecomers?*, Nomos, 2001. Più in generale sulle conseguenze del Trattato di Amsterdam per la integrazione europea K. Neunreither, A. Wiener, *European Integration After Amsterdam: Institutional Dynamics and Prospects for democracy*, Oxford, University press, 2000.

<sup>2277</sup> E' noto, ad esempio, che i Parlamenti dei Paesi nordici (soprattutto quelli tradizionalmente più euroscettici) sono molto attivi e partecipano alla formazione degli atti normativi europei e all'elaborazione della politica europea governativa principalmente attraverso il sistema del mandato (*mandated based system*), che si traduce talvolta, come nel caso della Danimarca, in istruzioni giuridicamente vincolanti per il Governo, e talaltra in istruzioni con valore politico, come ad esempio nei casi di Polonia, Estonia, Finlandia, Lettonia. Al sistema del mandato dei Paesi nordici, si aggiunge la presa di posizione vincolante prevista nell'ordinamento austriaco, anche se raramente utilizzata nella prassi, o il sistema di riserva di esame parlamentare previsto nel Regno Unito da apposite risoluzioni della Camera, o dalle leggi, come in Italia, o da circolari del Primo Ministro, come in Francia. Per una ricostruzione delle singole esperienze parlamentari v. P. Norton, *National Parliaments and European Union*, London. New York, Routledge, 1996; N. Lupo, *National parliaments in the European integration process: re-aligning politics and policies*, in M. Cartabia, N. Lupo, A. Simoncini, (cur.), *Democracy and subsidiarity in the EU. National parliaments, regions and civil society in the decision making process*, Bologna, Il Mulino, 2013; C. Heffler, C. Neuhold, O. Rozenberg, J. Smith, *The Palgrave Handbook of National*

hanno intensificato le forme di dialogo e i contatti tanto con il Parlamento europeo che con gli altri Parlamenti nazionali, promuovendo la cooperazione interparlamentare principalmente attraverso alcuni organi, quali, ad esempio, la Conferenza dei Presidenti dei Parlamenti dell'Unione europea e la Conferenza degli organi parlamentari specializzati negli affari europei, c.d. COSAC<sup>2278</sup>.

Le riforme e i risultati conseguiti nel corso di questa lunga evoluzione politico-istituzionale, per quanto degni di rilievo, hanno evidenziato come la risoluzione del problema della partecipazione dei Parlamenti nazionali al processo decisionale europeo sia stata affidata, almeno fino all'avvio del processo di costituzionalizzazione dell'Unione, prevalentemente al diritto costituzionale degli Stati membri<sup>2279</sup>.

Una rivalutazione del ruolo dei Parlamenti nazionali è avvenuta durante l'ultima fase di revisione dei Trattati, iniziata con l'approvazione del naufragato Trattato che adotta-va una Costituzione per l'Europa e sostanzialmente proseguita con il Trattato di Lisbona, durante la quale è stata approfondita la riflessione sulla parlamentarizzazione dell'Ue<sup>2280</sup>. Lo dimostrano le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, che avanzano verso la costruzione di un sistema parlamentare "integrato", c.d. euronazionale, in cui: da un lato, si rafforza il ruolo del Parlamento europeo, a cui vengono assegnati più ampi poteri in materia di bilancio, nell'ambito del processo legislativo, e in quello di controllo sulla Commissione europea, e, dall'altro, si promuove un coinvolgimento più intenso dei Parlamenti nazionali negli ingranaggi istituzionali e procedurali europei e una loro maggiore responsabilità nella determinazione degli indirizzi delle politiche europee.

Il Trattato di Lisbona, che per il tenore delle innovazioni introdotte è stato finanche definito entusiasticamente come "Trattato dei Parlamenti"<sup>2281</sup>, stabilisce che i Parlamenti nazionali concorrono attivamente al buon funzionamento dell'Unione attraverso l'esercizio di nuovi poteri che vengono enumerati all'art. 12 del Trattato

---

*Parliaments and the European Union*, Palgrave Macmillan, 2015, 133 ss.

<sup>2278</sup> Ricordiamo che nel 1989, prima ancora dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, è stata istituita, su proposta dell'allora Presidente dell'Assemblea Nazionale francese, la *Conferenza degli organismi specializzati per gli affari comunitari* (COSAC), composta dai rappresentanti delle Commissioni specializzate negli affari europei dei Parlamenti degli Stati membri, e incaricata di migliorare il livello di informazione delle Camere nazionali attraverso lo scambio di ogni comunicazione utile sulle loro attività e sullo sviluppo delle relazioni specifiche.

<sup>2279</sup> Sul tema v. M. Cartabia, *I Parlamenti nazionali nell'architettura costituzionale dell'Unione europea. Che cosa resta in caso di mancata ratifica?* in A.a.V.v., *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali: atti del Convegno annuale, Catania, 14-15 ottobre, 2005*, Padova, Cedam, 2007; P. Küiver, *The National Parliaments in the European Union: A critical view on Eu Constitution-Building*, The Hague/London/New York, Kluwer Law international, 2006, 162-163.

<sup>2280</sup> Va ricordato che in seno alla Convenzione costituzionale è stato portato avanti un dibattito approfondito sul ruolo dei Parlamenti nazionali, interrogandosi sull'opportunità di istituire una nuova Camera, a fianco del Consiglio e del Parlamento europeo, e di assegnare loro nuovi poteri e funzioni a salvaguardia delle competenze statali, o nei settori di intervento per i quali il Parlamento europeo non è competente.

<sup>2281</sup> *Risoluzione del Parlamento europeo sullo sviluppo delle relazioni tra il Parlamento europeo e i Parlamenti nazionali* 2008/2120 INI, 7-5-2009.

sull'Unione europea (incluso nel titolo II dedicato alle “Disposizioni relative ai principi democratici”) e disciplinati più dettagliatamente nei Protocolli n. 1 (sul ruolo dei Parlamenti nazionali nella Unione europea) e n. 2 (sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità). I poteri europei dei Parlamenti nazionali rafforzano i loro diritti di informazione<sup>2282</sup> e prevedono un coinvolgimento più stretto nella valutazione sull'attuazione delle politiche settoriali concernenti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e nel controllo sull'attività di Europol e Eurojust; nelle procedure di revisione dei Trattati; nelle dinamiche di cooperazione interparlamentare; e, soprattutto, nella nuova procedura di controllo preventivo del principio di sussidiarietà<sup>2283</sup>, che rappresenta “l'architrave portante del nuovo sistema parlamentare euronazionale”<sup>2284</sup>. Il catalogo di cui all'art. 12 del TUE non esaurisce il novero dei poteri attribuiti ai nuovi attori europei, ai quali è stato riconosciuto anche il diritto a essere informati circa l'attività dei comitati permanenti del *Consiglio sulla cooperazione in materia di sicurezza interna* (art. 71 TFUE); il potere di veto sulla clausola passerella in materia di diritto di famiglia (art. 81 TFUE); e, infine, un'azione di controllo nel quadro della nuova *governance* economico-finanziaria europea.

Nel complesso sono poteri di varia natura e di difficile classificazione che attribuiscono ai Parlamenti nazionali la facoltà di esercitare un ruolo individuale e/o collettivo nello spazio pubblico europeo, consentendogli di entrare direttamente in

<sup>2282</sup> Il primo protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali prevede la trasmissione diretta da parte della Commissione ai Parlamenti nazionali di tutti i documenti di consultazione, del programma legislativo annuale, degli altri strumenti di programmazione legislativa o di strategia politica, nonché dei progetti di atti legislativi. Stabilisce che tali progetti non possano essere iscritti all'ordine del giorno del Consiglio prima che siano trascorse otto settimane dalla trasmissione ai Parlamenti nazionali, in modo che questi ultimi possano esprimere una posizione in merito.

<sup>2283</sup> Nello specifico l'art. 12 del TUE prevede che i Parlamenti contribuiscano al buon funzionamento dell'Unione: a) venendo informati dalle istituzioni dell'Unione e ricevendo i suoi progetti di atti legislativi in conformità al Protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Ue; b) vigilando sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo le procedure previste dal Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità; c) partecipando, nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ai meccanismi di valutazione ai fini dell'attuazione delle politiche dell'Unione in tale settore conformemente all'art. 70 del TFUE, ed essendo associati al controllo politico di Europol e alla valutazione delle attività di Eurojust, ai sensi degli artt. 88 e 85 di tale Trattato; d) partecipando alle procedure di revisione dei Trattati in conformità all'art. 48 del TUE; e) venendo informati delle domande di adesione all'Unione ai sensi dell'art. 49 del TUE; f) partecipando alla cooperazione interparlamentare tra Parlamenti nazionali e con il Parlamento europeo in conformità al Protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione. Sul ruolo assegnato ai Parlamenti nazionali dal Trattato di Lisbona, in particolare nell'ambito della procedura di allarme preventivo, cfr. P. Kiiver, *The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity*, in *Maastricht J. Eur. Comp. L.*, n. 1, 2008, 77-83; L. Gianniti, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali*, in F. Bassanini, G. Tiberi (cur.), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2010, 2° ed., 171 ss; P. Caretti, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2010; S. De Bellis, *L'interazione fra i Parlamenti nazionali e le istituzioni comunitarie dopo Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3, 2010, 609 ss.; F. Bruno, *Stati membri e Unione europea*, cit., 2012, 40 ss.

<sup>2284</sup> In questi termini v. P. Bilancia, *L'early warning system nella prassi dello spazio pubblico europeo*, in F. Lanchester (cur.), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, Milano, Giuffrè, 2016, 48.

contatto con le istituzioni europee (e in questo risiede l'elemento più innovativo), senza l'intermediazione dei rispettivi Governi nazionali. La classificazione di tali poteri può variare in base alle variabili prese in considerazione, che possono portare a distinguere tra funzioni di tipo attivo o passivo, negativo o positivo, di controllo parlamentare o di tutela delle prerogative nazionali, ovvero, tra funzioni esercitate a titolo individuale o collettivamente<sup>2285</sup>. Le difficoltà legate alla classificazione di tali poteri non ne inficiano la portata innovativa -e non solo meramente simbolica come sostenuto da taluni<sup>2286</sup>-, dato che per la prima volta i Parlamenti nazionali vengono inseriti nei circuiti decisionali europei, convertendosi in una risorsa rilevante ai fini del rafforzamento della legittimazione democratica dell'azione dell'Unione europea.

E' indubbio, infatti, che la previsione di canali di intervento autonomo e diretto dei Parlamenti nazionali nell'*Eu decision making* abbia contribuito a promuovere e sviluppare l'azione europea di tali istituzioni e quella dei loro organi specializzati, e non solo, sia pur in forma e misura differente in ciascuna esperienza statale. Il contributo dei singoli Parlamenti al buon funzionamento dell'Unione risulta naturalmente differente poiché è legato a diverse variabili, quali, ad esempio, la cultura politico-costituzionale dello Stato membro, la sensibilità e l'interesse per la partecipazione agli affari europei, il modo in cui sono state interpretate le funzioni attribuitegli dal diritto dell'Unione, e, infine, le procedure parlamentari utilizzate, ed eventualmente implementate, per dare attuazione ai nuovi poteri europei.

Poste tali premesse, nel presente contributo mi soffermerò sui canali della cooperazione interparlamentare e del meccanismo di controllo preventivo del principio di sussidiarietà. Strumenti questi che, pur distinguendosi per origine, natura e finalità, forniscono ai Parlamenti nuove opportunità di dialogo e contatto diretto con le istituzioni europee, senza il filtro dei rispettivi Governi, contribuendo così all'approfondimento del relativo processo di europeizzazione di tali istituzioni e a una maggiore legittimazione democratica del processo di integrazione europea.

In particolare, la cooperazione interparlamentare, che ha trovato un riconoscimento formale nel Trattato di Lisbona, è stata oggetto di alcune innovazioni che hanno permesso ai Parlamenti di estendere e rafforzare la propria azione in nuovi e diversi ambiti, avvalendosi dei tradizionali e di nuovi canali tanto di natura formale che informale.

Il meccanismo dell'*early warning*, vera innovazione ascrivibile al Trattato di Lisbona, ha concesso per la prima volta ai Parlamenti nazionali la facoltà di intervenire, in veste di garanti del principio di sussidiarietà, nel processo di formazione degli atti normativi dell'Unione, sia pur nel rispetto di rigorose condizioni procedurali. La procedura di revisione della sussidiarietà, pur essendo concepita come uno strumento di controllo a disposizione delle singole Camere nazionali, richiede comunque una collaborazione

<sup>2285</sup> Per una ricostruzione delle classificazioni sul tema si rinvia a M. Olivetti, *Parlamenti nazionali nell'Unione europea*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Agg., Torino, 2012, 485 e ss.

<sup>2286</sup> In questa direzione v., ad esempio, P. De Wilde, *Why the Early Warning Mechanism does not alleviate the Democratic Deficit*, Opal, working paper, n. 6, 2012.

orizzontale strumentale al raggiungimento delle soglie necessarie alla sua attivazione, e, per tale ragione, si avvicina sotto alcuni profili alla cooperazione interparlamentare<sup>2287</sup>.

La specifica caratterizzazione di tali poteri li converte in ambiti privilegiati di indagine per valutare il modo in cui i Parlamenti hanno interpretato, esercitato e meglio definito il proprio ruolo “europeo” nel contesto post Lisbona. Contesto-ricordiamo- di grandi cambiamenti economici, politici e istituzionali, in cui i Parlamenti sono stati chiamati a rispondere alle grandi e complesse sfide poste dalla crisi dell'eurozona, dalla crisi sociale e istituzionale<sup>2288</sup>, e dai problemi di sicurezza internazionale, che hanno indebolito ulteriormente le istituzioni parlamentari rispetto agli esecutivi e alle prevalenti dinamiche intergovernative<sup>2289</sup>.

Seguendo questa prospettiva di indagine, nella parte conclusiva del lavoro si intende chiarire quale sia l'apporto degli strumenti della cooperazione interparlamentare e dell'*early warning* al buon funzionamento dell'Unione, tenendo conto delle più recenti ricostruzioni dottrinali in materia<sup>2290</sup>. Nello specifico si intende verificare *se* e in *quale misura* tali strumenti siano riusciti a costituire un “contrappeso democratico”, anche

<sup>2287</sup> Insiste sulla dimensione collettiva dell'azione dei Parlamenti nazionali, soprattutto nell'ambito del meccanismo del controllo di sussidiarietà, I. Cooper, *A virtual third Chamber for the European Union? National Parliaments after the Treaty of Lisbon*, in *West European Politics*, 35, 2012, 441, che osserva come questa azione congiunta dei Parlamenti dia vita ad una terza Camera virtuale dell'Unione, in grado di incidere sul processo legislativo sovranazionale in forza della capacità deliberativa e del rapporto dialogico attivato con le istituzioni europee

<sup>2288</sup> Da ultimo sulla crisi che attraversa l'Europa v. U. Triulzi, *L'Europa ad un bivio*, in *Federalismi.it*, n. 13, 2016, che parla di cinque drammatiche crisi che l'Europa ha di fronte a sé: la crisi economica, la crisi dei rifugiati, la crisi di insicurezza, la crisi dettata dalla possibilità di fuoriuscita di uno Stato membro dalla Ue, la crisi istituzionale e dell'eurozona.

<sup>2289</sup> Sul ruolo recessivo dei Parlamenti nazionali in seguito alla crisi e, in particolare, nel quadro della *governance* economico-finanziaria della Ue, si rinvia, in particolare, a N. Lupo, C. Fasone, *Introduction. Parliaments in the Composite European Constitution*, in ID. (cur.), *Interparliamentary cooperation in the Composite European Constitution*, Oxford, Hart, 2016, 1 ss.

<sup>2290</sup> Si vedano, nello specifico, le teorizzazioni di B. Crum e E. Fossum, *The Multilevel Parliamentary Field: a framework for theorizing representative democracy in the EU*, in *European Political Science Review*, 249, 2009, che parlano di un *multilevel parliamentary field* come spazio di interazione tra i parlamenti di diverso livello (europeo, nazionale e subnazionale), in cui non esistono gerarchie fisse e in cui le competenze non vengono esercitate in via esclusiva dalle singole istituzioni parlamentari ma spesso si sovrappongono. Modello teorico ritenuto efficiente da taluni per descrivere il complesso intreccio di relazioni interparlamentari che si realizzano nell'ambito del controllo di sussidiarietà, ma che rischia di condurre i Parlamenti ad agire autonomamente e a non prendere in sufficiente considerazione i rapporti con gli esecutivi. Limite che vuole essere superato nella proposta formulata da N. Lupo, C. Fasone (cur.), *op. cit., passim*, che teorizzano l'esistenza di un “sistema parlamentare euronazionale”, e ritengono che la democrazia dell'Ue sia fondata e caratterizzata sul rapporto di collaborazione che lega ciascun Parlamento al proprio governo, come risulta dall'art. 10 del TUE, che parla di Stati membri rappresentati dai governi democraticamente responsabili dinanzi ai loro Parlamenti. Partendo da tali presupposti, insistono sull'importanza della cooperazione interparlamentare come strumento per rafforzare il controllo parlamentare sugli esecutivi negli affari europei e in grado di riconciliare la dimensione europea e nazionale della democrazia parlamentare, controbilanciando la centralità del potere esecutivo frammentato dell'Ue.

minimo, al fenomeno dello “straripante intergovernativo”<sup>2291</sup>, che ha subito un incremento decisivo negli anni più recenti, soprattutto in seguito al processo di ristrutturazione della *governance* economico-finanziaria della Ue<sup>2292</sup>.

## 2. La cooperazione interparlamentare: inquadramento teorico e giuridico del fenomeno

Prima di analizzare le novità intervenute sul versante della cooperazione interparlamentare, è opportuno operare un breve inquadramento teorico e giuridico del fenomeno.

La cooperazione interparlamentare è un aspetto meno noto e più controverso del più ampio processo di parlamentarizzazione della Ue<sup>2293</sup>, che ha dato vita progressivamente a una vasta rete di raccordi parlamentari di natura diversificata con l'avanzare del processo di integrazione.

Sin dagli anni Novanta -come anzidetto- i Parlamenti nazionali hanno avvertito l'esigenza di esercitare un'azione più intensa sul versante europeo, attivando contatti, forme di dialogo e collaborazioni tra loro, c.d. *transnational level*, e con il Parlamento europeo, c.d. *cross-level cooperation*, soprattutto al fine di scambiarsi informazioni e *best practices* per partecipare più efficacemente agli affari comunitari. La cooperazione interparlamentare, che si è sviluppata prevalentemente in via di prassi, si è affermata attraverso molteplici canali di natura formale e informale, che vanno dal mero scambio di informazioni fino ad appositi organi di cooperazione interparlamentare, primi fra tutti la *Conferenza dei Presidenti dei Parlamenti della Ue* e la *Conferenza degli organi parlamentari specializzati negli affari dell'Unione* (COSAC). La cooperazione

<sup>2291</sup> In questi termini si esprime A. Manzella, *Parlamento europeo e Parlamenti nazionali come sistema*, cit., 2 ss.

<sup>2292</sup> Sull'avanzamento della dimensione intergovernativa e i suoi limiti nel quadro della *governance* economico-finanziaria della Ue v. S. Fabbrini, *Intergovernmentalism and its limits. Assessing the European Union's Answer to the Euro Crisis*, in *Comparative Political Studies*, 46, 2013, 1003 e ss.

<sup>2293</sup> Parla di fenomeno “controverso e poco conosciuto” A. Esposito, *La cooperazione interparlamentare: principi, strumenti e prospettive*, in A. Manzella, N. Lupo (cur.), *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Torino, Giappichelli, 2013, 133 e ss. Sulla cooperazione interparlamentare si rinvia in dottrina a C. Fasone, *La cooperazione interparlamentare nel continente europeo*, in C. De Caro, N. Lupo (cur.), *Il dialogo tra Parlamenti: obiettivi e risultati*, Roma, Luiss University Press, 2009, 97 ss; . Id., *Interparliamentary Cooperation and Democratic Representation in the European Union*, in S. Kroger e D. Friedrich (cur.), *The Challenge of Democratic Representation in the European Union*, Basingstoke, Houndmills, Palgrave Macmillan, 2011, 41-58; B. Crum, J.E. Fossum, *Practices of Interparliamentary Coordination in International Politics. The European Union and Beyond*, Essex, ECPR Press, 2013; C. Heffler, K. Gatermann, *Interparliamentary cooperation in the European Union: Patterns, problems and potential*, in C. Heffler, C. Neuhold, O. Rozenberg, J. Smith (cur.), *The Palgrave Handbook of National Parliaments and the European Union*, Palgrave Macmillan, 2015, 94 ss.; N. Lupo- C. Fasone (cur.), *op. cit.*, *passim*.

interparlamentare non ha tardato, poi, a trovare un primo riconoscimento a livello giuridico con la Dichiarazione n. 14, sulla Conferenza dei Parlamenti, allegata al Trattato di Maastricht, e -a seguire- nei protocolli allegati ai Trattati, che hanno portato avanti il processo di parlamentarizzazione anche attraverso la valorizzazione dei Parlamenti nell'ambito dei meccanismi di raccordo parlamentare a livello sovranazionale.

La rilevanza assunta da tale fenomeno ha ricevuto conferma nel Trattato di Lisbona, che -come anzidetto- ha incluso la cooperazione interparlamentare tra i canali mediante i quali i Parlamenti nazionali, tra loro, e con il Parlamento europeo, contribuiscono attivamente al buon funzionamento dell'Unione (articolo 12 let. f) TUE). Il vincolo del buon funzionamento conferma -anche alla luce del principio di leale cooperazione e di altri principi fondamentali del sistema costituzionale dell'UE- l'approccio collaborativo e non competitivo che deve animare i rapporti di collaborazione tra i Parlamenti nazionali e il Parlamento europeo, e, altresì, i principi di parità e autonomia dei Parlamenti che sono alla base della cooperazione interparlamentare. L'aspetto innovativo di questa disposizione risiede non tanto in questi elementi, riconducibili al tradizionale assetto della cooperazione interparlamentare, ma nel fatto che per la prima volta è stata identificata dal diritto primario dell'Unione come uno degli ambiti privilegiati, insieme ad altri come il controllo *ex ante* del principio di sussidiarietà, attraverso i quali i Parlamenti nazionali possono rafforzare il proprio ruolo autonomo nella dimensione sovranazionale europea.

Il Titolo II del Protocollo n. 1, sul ruolo dei Parlamenti nazionali, a cui rimanda l'articolo 12, dedica poi gli articoli 9 e 10 alla cooperazione interparlamentare. Il primo articolo affida ai Parlamenti nazionali e al Parlamento europeo il compito di definire congiuntamente la promozione e l'organizzazione di una sua "efficace e regolare" realizzazione in seno all'Unione; l'articolo 10 definisce il ruolo e i compiti della COSAC, tra i quali risalta la facoltà "di organizzare conferenze interparlamentari su temi specifici, per discutere, in particolare, su argomenti che rientrano nella politica estera e di sicurezza comune, compresa la politica di sicurezza e di difesa comune". Il Titolo II del Protocollo n. 1 è stato richiamato dall'articolo 13 del Trattato sul *Fiscal Compact*, che rappresenta l'ultima innovazione normativa in tema di cooperazione interparlamentare. Tale articolo attribuisce al Parlamento europeo e ai Parlamenti nazionali dei Paesi contraenti il compito di istituire e organizzare una Conferenza interparlamentare composta dai rappresentanti delle pertinenti commissioni parlamentari, incaricata di discutere le politiche di bilancio e le altre questioni rientranti nell'ambito di applicazione del Trattato.

Le disposizioni normative richiamate non esauriscono il vasto e frammentato quadro giuridico della cooperazione interparlamentare, che deriva dalla combinazione di diverse tipologie di fonti composte non soltanto dai Trattati e dai Protocolli. Il complesso sistema delle relazioni interparlamentari risulta disciplinato, infatti, anche dalle linee guida sulla cooperazione interparlamentare adottate dalla Conferenza dei

Presidenti dei Parlamenti il 2- 3 luglio 2004, e sostituite con quelle approvate a Lisbona il 19-21 giugno 2008; dai principi generali della cooperazione consolidati nella prassi; dai regolamenti delle Conferenze permanenti e dalle disposizioni dei regolamenti del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali dedicate a tali aspetti. Dall'analisi congiunta di tali fonti emergono le diverse finalità sottese alla cooperazione interparlamentare, la cui portata viene più o meno enfatizzata dalla dottrina. In alcuni casi la dottrina parla di mero scambio di informazioni e buone prassi tra i Parlamenti nazionali e con il Parlamento europeo, al fine di rafforzare la funzione di indirizzo e controllo dei Parlamenti nei confronti dei rispettivi esecutivi ad ogni livello<sup>2294</sup>; in altri, fa riferimento all'esercizio di una più ampia influenza politica e ad un intervento diretto dei Parlamenti nazionali nel processo decisionale europeo<sup>2295</sup>; e, in altri ancora, parla di uno strumento per rafforzare la legittimità democratica delle politiche e delle normative della Unione europea attraverso una maggiore partecipazione parlamentare<sup>2296</sup>.

Le diverse fonti normative e le plurime forme della cooperazione interparlamentare costituiscono il quadro di riferimento entro il quale vanno collocate e ricostruite le principali innovazioni registrate dopo Lisbona, che hanno valorizzato, in particolare, la cooperazione interparlamentare di natura organica, vale a dire il sistema delle Conferenze interparlamentari.

## 2.1. I recenti tentativi di riordino e rivalutazione della cooperazione interparlamentare

Il sistema delle Conferenze interparlamentari a livello europeo non si fonda su un modello predefinito di relazioni parlamentari, ma i principi generali a cui si ispirano l'organizzazione e il funzionamento delle Conferenze sono la parità tra tutti i Parlamenti, l'autonomia e l'indipendenza di ciascuna Assemblea, e l'adozione delle decisioni per consenso.

Il Trattato di Lisbona ha dato nuovo impulso alla cooperazione interparlamentare, soprattutto a quella di natura organica, che ha portato negli anni successivi alla sua entrata in vigore al rafforzamento della Conferenza dei Presidenti dei Parlamenti

<sup>2294</sup> Parla di scambio di informazioni e *best practices* E. Miklin, *Interparliamentary cooperation in Eu Affairs and the Austrian Parliament: Empowering the Opposition?*, in *The Journal of Legislative Studies*, n. 9, 2013, 22-41, il quale ritiene che la cooperazione interparlamentare possa essere un canale attraverso il quale acquisire informazioni indipendentemente dall'esecutivo, soprattutto in riferimento alle posizioni politiche degli altri Stati membri della Ue. Alla cooperazione interparlamentare come strumento per rafforzare il controllo nel *decision-making process* dell'Ue fa riferimento A. Maurer, *Mehrebenendemanokratie und Mehrebenenparlamentarismus. Das EP und die nationalen Parlamente nach Lissabon*, in S. Kadelbach (cur.), *Europäische Integration und parlamentarische Demokratie*. Baden-Baden, Nomos, 2009, 19-58.

<sup>2295</sup> Individua nella cooperazione interparlamentare uno strumento per esercitare un'influenza politica e costruire una sfera pubblica transnazionale e di reciproca comprensione, W Wagner, *Who is coming? Attendance patterns in the NATO and WEU parliamentary assemblies*, in B. Crum, J. E. Fossum, *op. cit.*, 196.

<sup>2296</sup> B. Crum, J. E. Fossum (cur.), *op. cit.*

dell'Ue, a discapito della Conferenza degli organi specializzati negli affari europei, c.d. COSAC, e all'istituzione di due nuove Conferenze in settori di matrice ampiamente intergovernativa, quali, la politica estera e di sicurezza comune, e la politica economica e finanziaria.

Per quanto concerne la Conferenza dei Presidenti dei Parlamenti dell'Unione europea (nota anche come EUSC, acronimo di *Eu Speakers Conference*), va detto anzitutto che rappresenta uno dei principali organi direttivi della cooperazione interparlamentare perché si occupa del coordinamento e della supervisione delle attività interparlamentari nella Ue. La Conferenza, composta dai Presidenti dei Parlamenti nazionali e del Parlamento europeo, ha celebrato le sue prime riunioni sin dal 1963, anche se inizialmente in forma sporadica e discontinua, per iniziare a svolgerle con cadenza regolare a partire dal 1976<sup>2297</sup>. Attualmente si riunisce una volta l'anno nello Stato a cui spetta la presidenza della Conferenza, che corrisponde allo Stato che ha esercitato la presidenza del Consiglio dell'Unione nel secondo semestre dell'anno precedente. Svolge, inoltre, le sue riunioni e funzioni nel rispetto delle regole e procedure previste dai "Principi direttivi" relativi alla composizione, agli obiettivi, e al funzionamento della Conferenza e delle riunioni dei Segretari generali, approvati dalla Conferenza di Roma del 22-24 settembre 2000, e poi rivisti dalla Conferenza di Stoccolma del 14- 15 maggio 2010<sup>2298</sup>.

Nella prassi più recente la Conferenza ha consolidato il suo ruolo di coordinamento della cooperazione interparlamentare attraverso diversi tipi di azione: approvando le linee guida sulla cooperazione interparlamentare<sup>2299</sup>; fissando, entro certi limiti, gli orientamenti relativi al ruolo di ciascuna sede interparlamentare; rafforzando il dialogo con le altre istituzioni europee e, in particolare, con la Commissione europea, per migliorare i meccanismi di raccordo previsti dai Trattati e dal dialogo politico; definendo modalità specifiche o rafforzate di cooperazione in merito a procedure o a questioni di interesse comune, in particolare, per rendere operative le prerogative dei Parlamenti nazionali e favorire, così, una loro più solida partecipazione al buon funzionamento dell'Unione<sup>2300</sup>. Questo ruolo di coordinamento della Conferenza dei Presidenti ha trovato conferma implicita nell'articolo 9 del Protocollo n. 1, che ha offerto alla Conferenza, secondo una interpretazione prevalentemente ancorata al

<sup>2297</sup> Sulle tappe che hanno portato al progressivo consolidamento di tale Conferenza si rinvia al documento *The History of the Eu Speakers Conference*, pubblicato nella sezione dedicata alla Conferenza nel sito dell'IPEX [www.ipex.eu](http://www.ipex.eu)

<sup>2298</sup> V. *The Stockholm Guidelines for the Conference of Speakers of Eu Parliaments*, Stockholm, 14-15 may 2010, in [www.ipex.eu](http://www.ipex.eu)

<sup>2299</sup> La Conferenza dei Presidenti dei Parlamenti dell'Unione europea riunitasi a Lisbona ha approvato le linee guida per la cooperazione interparlamentare il 19-21 giugno 2008. Si rinvia al documento *The Guidelines for inter-parliamentary Cooperation in the European Union*, Lisbon, 19-21 June 2008, in [www.ipex.eu](http://www.ipex.eu)

<sup>2300</sup> Per una classificazione sistematica di tali decisioni si rinvia ad A. Esposito, cit., 156 ss. Per comprendere la rilevanza dell'azione svolta dalla Conferenza si rinvia alle conclusioni da essa adottate negli ultimi anni.

dato testuale<sup>2301</sup>, la base giuridica per esercitare la competenza generale per istituire e organizzare la struttura e il funzionamento delle sedi regolari della cooperazione interparlamentare, nella misura in cui affida congiuntamente al Parlamento europeo e ai Parlamenti nazionali il compito di organizzare una “efficace e regolare” realizzazione della cooperazione interparlamentare in seno all’Unione. Si tratta di un’interpretazione sostenuta dal Parlamento europeo e da alcuni Parlamenti nazionali, come quello italiano, più favorevoli al rafforzamento di tale Conferenza rispetto alla COSAC, che ha trovato pieno riscontro nella prassi.

Invero è stata proprio la COSAC, che sconta ancora i problemi legati alla sua incerta e originaria natura, a non imprimere un indirizzo specifico alla sua azione negli anni successivi al Trattato di Lisbona, perdendo un’ulteriore opportunità di ridefinizione della sua identità e ponendosi in posizione subalterna rispetto alla Conferenza dei Presidenti. Questa tendenza si è delineata nonostante la COSAC- come è noto- sia l’unica Conferenza a trovare fondamento giuridico nel diritto primario della Ue e nonostante le riforme che negli anni hanno rafforzato il suo assetto organizzativo<sup>2302</sup>,

<sup>2301</sup> Questa interpretazione viene ritenuta, secondo una parte della dottrina, in contrasto con l’articolo 10 del medesimo Protocollo, che attribuisce invece alla COSAC la facoltà di organizzare conferenze su temi specifici. In realtà essa fa leva proprio sulla dizione testuale dell’articolo 9, che si riferisce ad una cooperazione regolare ed efficiente, e dell’articolo 10, che parla invece di organizzazione di conferenze su temi specifici senza precisarne la natura. L’attribuzione alla COSAC di questo ruolo di organizzazione rischierebbe, inoltre, di confliggere con l’articolo 9 del Protocollo, che conferisce al Parlamento europeo e ai Parlamenti nazionali la contitolarità della funzione di organizzazione della cooperazione, in quanto all’interno della COSAC le decisioni possono essere assunte a maggioranza dei 3/4 e, quindi, eventualmente, anche con il voto contrario del Parlamento europeo, che dispone di due voti al pari di ciascun Parlamento nazionale. Sulle controversie interpretative generate da questi articoli si rinvia a P. G. Casalena, C. Fasone, N. Lupo, *Commentary on the Protocol no. 1 annexed to the Treaty of Lisbon (“On the role of national Parliaments in the European Union”)*, in H.J. Blanke, S. Mangiameli (cur.), *Commentary to the Treaty of Lisbon*, Springer, Berlino-New York. 2013, 1592-1621.

<sup>2302</sup> La COSAC trova fondamento nel diritto primario e -segnatamente- nell’articolo 10 del Protocollo n. 1 che elenca i suoi compiti specifici. La sua evoluzione è stata segnata negli anni dall’approvazione di diverse riforme che hanno rafforzato il suo assetto organizzativo, prevedendo lo svolgimento di riunioni semestrali dei Presidenti in aggiunta alle riunioni plenarie, la istituzione al suo interno di un segretariato permanente, la possibilità di adottare i suoi contributi a maggioranza dei 3/4. Inoltre va osservato come vengano continuamente avanzate proposte da parte della dottrina e di alcuni parlamenti nazionali (primo fra tutti il Parlamento danese) per rafforzare il suo ruolo nella complessa architettura politico-istituzionale della Ue. In realtà è la stessa COSAC a non aver ancora scelto quale direzione percorrere, agendo o semplicemente aspirando a divenire, talvolta, la sede privilegiata di dibattito su grandi temi e politiche anche settoriali della Ue; talaltra, l’organo deputato a definire le grandi priorità strategiche dell’agenda europea, incentrandosi sull’esame degli strumenti di programmazione politica e legislativa; e talaltra ancora nel luogo di mero scambio di informazioni e *best practices* in merito a procedure e prassi di intervento in materia europea; e infine, in altri casi ancora, in un organo di coordinamento dell’azione europea dei parlamenti nazionali nell’ambito del dialogo politico e del sistema di allerta precoce. La volontà di seguire questa ultima strada si è scontrata nella realtà con alcune difficoltà oggettive, prime fra tutte l’asimmetria delle competenze delle Commissioni affari europei dei Parlamenti nazionali e la contrapposizione del Parlamento europeo, che hanno precluso alla COSAC di assumere questo ruolo nel contesto giuridico post Lisbona. Sulla crisi di identità della COSAC, in connessione con i cambiamenti che hanno interessato il ruolo dei Parlamenti nazionali, v., da ultimo, B. A. Dias Pinheiro, *The role of COSAC in the Changing*

e, infine, nonostante vengano continuamente avanzate proposte da parte della dottrina e di alcuni Parlamenti nazionali (primo fra tutti il Parlamento danese) per rafforzare il suo ruolo nella complessa architettura politico-istituzionale della Ue<sup>2303</sup>.

La Conferenza dei Presidenti ha usufruito, invece, del nuovo quadro normativo per rafforzare il proprio ruolo di coordinamento. Ciò risulta emblematicamente dalle conclusioni approvate nelle riunioni della Conferenza di Varsavia del 2012 e in quelle di Nicosia del 2013, mediante le quali sono state istituite due nuove e importanti Conferenze interparlamentari, rispettivamente, la Conferenza sulla politica estera e di sicurezza comune e sulla politica di sicurezza e di difesa comune, e la Conferenza sulla stabilità, il coordinamento economico e la *governance* nell'Unione europea, di cui all'art. 13 del Trattato sul *Fiscal Compact*. L'attivazione e il ruolo attribuito a tali Conferenze risultano ascrivibili prevalentemente alle scelte operate in seno alla Conferenza dei Presidenti e questo dato della prassi sembra convalidare la primazia di questo organo nel campo del coordinamento della cooperazione interparlamentare<sup>2304</sup>.

### **2.1.1. (Segue) L'istituzione della Conferenza interparlamentare sulla politica estera e di sicurezza comune e sulla politica di sicurezza e di difesa comune (IPC CFSP-CSDP) e della Conferenza interparlamentare sulla stabilità, il coordinamento economico e la governance nell'Unione europea (IPC SECG).**

Le due nuove Conferenze interparlamentari sono state appositamente create per stabilire sedi di cooperazione permanente e rafforzare il controllo parlamentare in settori di attività dell'Unione di matrice fortemente intergovernativa, al punto che la loro istituzione ha sollevato un ampio dibattito in merito alla rivalutazione del ruolo e degli obiettivi della cooperazione interparlamentare nel contesto *post Lisbona*. In realtà, le aspettative legate alla possibilità di una valorizzazione della cooperazione interparlamentare attraverso la creazione di nuove Conferenze interparlamentari a livello sovranazionale sono state disattese dalla prassi. Entrambe le Conferenze hanno assunto un ruolo meno rilevante rispetto ai disegni e ai propositi originari.

La Conferenza sulla politica estera e di sicurezza comune e sulla politica di sicurezza e difesa comune (nota anche con l'acronimo COPESC e ora IPC CFSP/CSDP) ha approvato il regolamento interno nel corso della sua prima riunione tenutasi a Cipro il 9-10 settembre 2012. L'approvazione di tale regolamento, in cui sono stati definiti più specificamente il ruolo e gli obiettivi della Conferenza, ha disatteso sin da subito le aspettative di quanti aspiravano a convertirla in un organo in grado di esercitare

---

*Environment of National Parliaments in the EU: An Identity Crisis?*, in N. Lupo, C. Fasone (cur.), *op. cit.*, 303 sss.

<sup>2303</sup> Sulla evoluzione del ruolo della COSAC A. Cygan, *COSAC: Birth, Evolution, Failures, and Perspectives*, in N. Lupo, C. Fasone (cur.), *op. cit.*, 207 ss.

<sup>2304</sup> Sul ruolo di coordinamento della Conferenza dei Presidenti v., da ultimo, C. Fasone, *Ruling the (Dis-) Order of interparliamentary Cooperation? The Eu Speakers Conference*, in N. Lupo, C. Fasone (cur.), *op. cit.*, 269 ss.

funzioni di indirizzo e controllo congiunto da parte del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali nei settori della politica estera e di sicurezza comune e della politica di sicurezza e difesa comune. Nemmeno la revisione biennale del regolamento interno operata nel corso della sua quinta riunione tenutasi a Roma il 6-7 novembre 2014, e le *best practices* approvate in quella sede, sembrano aver rivalutato e cambiato la caratterizzazione di tale organo<sup>2305</sup>. Le regole sulla struttura e il funzionamento della Conferenza evidenziano, infatti, la volontà di optare verso una soluzione minimalista e un'impostazione che predilige la posizione del Parlamento europeo. La Conferenza è composta da una delegazione più ampia del Parlamento europeo, che consta di 16 membri, e da delegazioni dei Parlamenti nazionali di 6 membri (ripartite in caso di parlamenti bicamerali con un accordo interno). A questi si aggiungono le delegazioni dei Paesi candidati all'adesione e degli Stati membri dell'Unione, composte da quattro membri ciascuna, che possono partecipare in qualità di osservatori. Alle riunioni della Conferenza può partecipare l'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza comune "per esporre le linee d'indirizzo e le strategie della politica estera e di difesa comune dell'Unione", la cui presenza viene ampiamente sollecitata.

La presidenza delle sue riunioni è assegnata al Parlamento della presidenza semestrale del Consiglio, che opera "in stretta cooperazione con il Parlamento europeo". La Conferenza si riunisce due volte l'anno nel Paese che esercita la presidenza, o presso la sede del Parlamento europeo a Bruxelles. Per quanto attiene al ruolo e ai compiti, il regolamento prevede che essa promuove "lo scambio di informazioni e migliori pratiche nel settore della PESC e della PSDC, per permettere ai Parlamenti nazionali e al Parlamento europeo di essere pienamente informati nell'espletamento dei rispettivi ruoli in questa sfera politica". Nulla di più di un forum di dialogo e scambio di informazioni per consentire ai Parlamenti nazionali di essere aggiornati sui temi più rilevanti e sulle scelte politiche europee assunte in tale ambito.

La Conferenza delibera per consenso e può adottare conclusioni non aventi natura vincolante per i Parlamenti nazionali e per il Parlamento europeo, che non possono condizionarne o pregiudicarne la posizione.

Da un'analisi delle conclusioni finora approvate, può costatarsi come quelle approvate nei primi anni successivi all'attivazione della Conferenza siano rivolte principalmente ad analizzare i profili istituzionali e di merito legati all'evoluzione della PESC e della PSDC e all'azione esterna dell'Unione europea. Nelle conclusioni più recenti la Conferenza ha assunto un orientamento più definito, evidenziando a più riprese l'esigenza di una strategia rafforzata e globale per la politica estera e di difesa comune per rispondere ai cambiamenti intervenuti nello scenario internazionale. Ha sottolineato, in particolare, la necessità di rafforzare il ruolo dei Parlamenti nazionali e di promuovere una maggiore responsabilità democratica nel quadro dei processi di *governance* legati alla sicurezza dell'Unione europea, sempre più a rischio a causa del

<sup>2305</sup> Si v. *Best Practices Interparliamentary Conference for the Common Foreign and Security Policy (CFSP) and the Common Security and Defence Policy (CSDP)*, Senato della Repubblica, 6-7 novembre 2014, documento pubblicato nella sezione dedicata alla conferenza del sito della IPEX.

proliferare delle situazioni di crisi, degli attacchi terroristici e dei conflitti<sup>2306</sup>.

La seconda Conferenza interparlamentare attivata in questi anni è quella sulla *governance* economica e finanziaria. Tale Conferenza è stata istituita con decisione della Conferenza dei Presidenti di Nicosia nel 2013, in sostituzione delle riunioni periodiche delle commissioni di settore competenti (economia e finanze), per dare attuazione all'art. 13 del Trattato sul *Fiscal Compact*<sup>2307</sup>.

La creazione della Conferenza ha dato origine a un lungo e articolato dibattito politico-istituzionale, che ha visto l'alternarsi di proposte differenti provenienti non soltanto da parte dei Parlamenti nazionali e dal Parlamento europeo, ma anche dalla COSAC, dalla Commissione europea, dal Presidente del Consiglio europeo e da altre autorevoli personalità europee<sup>2308</sup>. Nell'ambito del dibattito svoltosi in seno alla

<sup>2306</sup> Sull'evoluzione del ruolo della Conferenza v., da ultimo, J. Wouters, K. Raube, *The interparliamentary Conference on Common Foreign and Security Policy*, in N. Lupo, C. Fasone (cur.), *op. cit.*, 227.

<sup>2307</sup> Va ricordato che tale articolo è stato oggetto di cinque revisioni a causa delle difficoltà riscontrate nel pervenire ad un accordo sulla costituzione e il ruolo di un organo di cooperazione interparlamentare nell'ambito della *governance* economica e finanziaria. Le prime tre versioni dell'articolo, sia pur differenti tra loro, prevedevano in sostanza di istituire riunioni regolari tra i rappresentanti dei Parlamenti nazionali e del Parlamento europeo, o delle loro commissioni specializzate, per discutere di politiche economiche e di bilancio. La quarta versione prevedeva che Parlamento europeo e Parlamenti nazionali istituissero congiuntamente, conformemente al Titolo II del Protocollo n.1, una Conferenza dei presidenti delle commissioni bilancio e delle corrispondenti commissioni del Parlamento europeo. Nella quinta e ultima versione si faceva riferimento all'istituzione di una Conferenza composta dai rappresentanti delle commissioni competenti dei Parlamenti nazionali e del Parlamento europeo.

<sup>2308</sup> Per una ricostruzione di questo dibattito, che ha visto alternarsi e contrapporsi orientamenti "massimalisti" e "minimalisti" e soluzioni intermedie, v. R. Casella, *L'art. 13 del Trattato sul Fiscal Compact: la Conferenza interparlamentare sulla governance economica e finanziaria*, in F. Lanchester (cur.), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, *op. cit.*, p. 147 ss. In particolare, per la posizione "minimalista" del Parlamento europeo, si v. la Risoluzione del Parlamento europeo, del 20 novembre 2012/2154 (INL), recante "raccomandazioni alla Commissione sulla relazione dei presidenti del Consiglio europeo, della Commissione europea, della Banca centrale europea e dell'Eurogruppo dal titolo "Verso un'autentica Unione economica e monetaria", in cui si esprime una volontà contraria alla creazione di un nuovo organo parlamentare misto ritenuto inefficace quanto illegittimo da un punto di vista democratico e costituzionale. In direzioni diverse si sono indirizzati gli orientamenti espressi nei tre rapporti (iniziale, intermedio e finale), *Verso un'autentica Unione economica e monetaria*, presentati dal Presidente del Consiglio europeo, in collaborazione con i Presidenti di Commissione, BCE ed Eurogruppo, in cui si è sottolineata la necessità di adottare "misure concrete" o "meccanismi forti" per assicurare la legittimità e la responsabilità delle decisioni comuni relative alle politiche economiche e di bilancio, attribuendo un ruolo diverso alla cooperazione interparlamentare nel processo di costruzione di un'autentica Unione economico-monetaria. La Commissione europea ha specificato meglio la sua posizione nell'ambito del Piano per un'Unione economica e monetaria autentica e approfondita (il c.d. *blueprint*), ove si attribuisce alla cooperazione interparlamentare semplicemente la funzione di un canale che rafforza il sentimento di appartenenza comune all'UEM, quale sistema di *governance* multilivello, ma che non garantisce legittimità democratica alle decisioni dell'Unione. Per una panoramica delle posizioni sostenute dai Parlamenti nazionali si rinvia invece al XVIII Rapporto semestrale redatto dal Segretariato della COSAC del settembre 2012. Tra queste ultime assume una particolare importanza la proposta avanzata dalla Commissione affari europei dell'Assemblea nazionale francese per conto del deputato socialista, Christophe Caresche, presentata nel *Rapport d'information de pose par la Commission des affaires européennes portant observations sur le projet de loi de*

Conferenza dei Presidenti di Nicosia, le questioni di maggior rilievo, oggetto di ampie discussioni, hanno riguardato, prevalentemente, l'opportunità stessa di costituire una Conferenza interparlamentare, piuttosto che di avvalersi delle sedi di cooperazione già esistenti; l'inclusione o meno dei Parlamenti degli Stati non firmatari il Trattato; la previsione di una cooperazione rafforzata tra i Parlamenti dell'Eurozona; il ruolo più o meno incisivo da ascrivere alla Conferenza interparlamentare; i rapporti di equilibrio tra il Parlamento europeo e i Parlamenti nazionali, con particolare riferimento alla composizione delle delegazioni e alle regole procedurali per adottare le decisioni a maggioranza qualificata o per consenso<sup>2309</sup>.

Nell'accordo di massima raggiunto a Nicosia sono state risolte solo due delle principali questioni emerse nel corso del dibattito concernenti la composizione della Conferenza e lo svolgimento delle sue riunioni. La disciplina di tutte le altre questioni è stata rimessa, invece, al regolamento interno, la cui approvazione si è rivelata molto problematica. A Nicosia si è scelto, anzitutto, di costituire una Conferenza composta dai rappresentanti dei Parlamenti di tutti gli Stati membri, e non soltanto di quelli firmatari il Trattato sul *Fiscal Compact*, confermando, così, l'indivisibilità della cooperazione interparlamentare rispetto alla dimensione intergovernativa soggetta a più variabili e asimmetriche composizioni. È stato deciso, inoltre, di svolgere le riunioni della Conferenza con cadenza semestrale: nel primo semestre a Bruxelles, sotto la co-presidenza del Parlamento europeo e del Parlamento della presidenza semestrale del Consiglio; nel secondo semestre nel Paese che detiene la presidenza di turno, sotto la presidenza del Parlamento della Presidenza. È stato affidato al Parlamento ospitante, in collaborazione con il Parlamento incaricato della presidenza, il compito di assicurare le funzioni di segretariato. Diversamente da quanto previsto per tutte le altre Conferenze permanenti, non è stata definita la dimensione delle delegazioni dei Parlamenti nazionali e del Parlamento europeo, decisione rimessa, dunque, all'autonomia e alla discrezionalità di ciascuna Assemblea. La limitatezza delle scelte compiute in questa prima fase ha evidenziato come si sia persa quella che era stata definita "un'occasione unica" per accrescere il ruolo dei Parlamenti nazionali nel quadro di una nuova *governance* economica e monetaria sempre più *executive-oriented*.

La disciplina delle altre questioni concernenti la struttura e il funzionamento della Conferenza è stata rimessa al suo regolamento interno. Quest'ultimo è stato approvato dalla Conferenza di Lussemburgo, svoltasi il 9-10 novembre 2015, al termine di un lungo e complesso processo iniziato in occasione della prima riunione

---

*ratification du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire et pré-senté par M. Christophe Caresche, député*, 25 septembre 2012, in cui si proponeva di assegnare alla Conferenza interparlamentare, da istituire ai sensi dell'art. 13 del Trattato sul *Fiscal Compact*, un ruolo rinforzato nell'ambito del semestre europeo e di costituire al suo interno una conferenza speciale composta dai rappresentanti dell'Eurozona dotata di competenze specifiche. Infine, la COSAC si è espressa a favore del rafforzamento del dialogo interparlamentare e si è offerta di essere la sede per lo scambio delle informazioni necessarie a ottimizzare tale cooperazione.

<sup>2309</sup> Questa schematizzazione è proposta in dottrina da A. Esposito, *cit.*, 168.

della Conferenza tenutasi a Vilnius il 16-18 ottobre 2013 (c.d. *vilnius process*). Nel corso di questo processo si sono alternate e scontrate le posizioni delle distinte delegazioni parlamentari, che hanno evidenziato l'esistenza di visioni molto differenti sul ruolo e le funzioni da ascrivere alla Conferenza neocostituita e alla cooperazione interparlamentare in generale. Sin dalla prima riunione della Conferenza si è resa evidente la difficoltà di conciliare le differenti posizioni delle delegazioni parlamentari, che non hanno permesso di pervenire a un accordo in merito alla versione definitiva del regolamento da adottare sulla base della bozza presentata dalla presidenza lituana<sup>2310</sup>. Al termine dei lavori è stato approvato, infatti, un semplice “contributo” che ha dato avvio al sopra richiamato *vilnius process*, che prevedeva la costituzione di un gruppo di lavoro, aperto ai rappresentanti dei Parlamenti nazionali e del Parlamento europeo, incaricato di adottare nel 2014 il regolamento interno sulla base della bozza di regolamento della presidenza lituana, degli emendamenti presentati dai Parlamenti nazionali e delle conclusioni della Conferenza dei Presidenti di Nicosia<sup>2311</sup>. Il processo è rimasto sostanzialmente inattuato poiché nella successiva Conferenza interparlamentare tenutasi a Bruxelles il 20-22 gennaio 2014 -in cui si è discusso prevalentemente di temi di politica economica- non è stato costituito il gruppo di lavoro programmato a Vilnius, né tantomeno è stata inserita all'ordine del giorno l'adozione del regolamento interno. E' prevalsa, invece, la linea del Parlamento europeo di celebrare la Conferenza nell'ambito della “settimana parlamentare europea”, al fine di delimitarne l'azione in un contesto più definito<sup>2312</sup>.

L'assenza di risultati e l'insoddisfazione diffusa per le modalità organizzative e funzionali della Conferenza hanno spinto talune delegazioni parlamentari, in particolare quella tedesca e francese, a svolgere parallelamente riunioni e incontri bilaterali per individuare soluzioni comuni ai fini dell'adozione del regolamento interno nella successiva Conferenza interparlamentare programmata a Roma il 29-30

<sup>2310</sup> La presidenza lituana ha presentato una bozza di regolamento interno uniformandosi in gran parte alle scelte e ai contenuti dell'accordo della Conferenza dei Presidenti di Nicosia, e relegando, così, la Conferenza a un ruolo di mero scambio di informazioni ed esperienze nazionali in materia di *governance* economica e finanziaria. Questa proposta è stata criticata dal Parlamento europeo, sia per le modalità di elaborazione che per i contenuti, mentre è stata valutata positivamente da alcuni Parlamenti nazionali che hanno presentato diversi emendamenti ai fini di un suo miglioramento. In questa direzione v., ad esempio, la proposta di emendamenti presentata dai presidenti delle commissioni per gli affari europei dell'*House of Commons* e della *House of Lords*; e altresì, le proposte avanzate dalla camera bassa polacca, il *Sejm*, e dell'Assemblea nazionale francese, rivolte -soprattutto quest'ultima- a rafforzare la responsabilità democratica e la legittimità delle decisioni prese in materia di *governance* economica e finanziaria.

<sup>2311</sup> Si v. il punto 7 del Contributo del 16-17 ottobre 2013, approvato dalla Conferenza interparlamentare, pubblicato nella pagina web della *EU Speaker Conference* nel sito della IPEX a questo link <http://www.ipex.eu>.

<sup>2312</sup> La settimana parlamentare europea è un incontro annuale che si svolge a inizio anno tra parlamentari europei e parlamentari nazionali e si prefigge l'obiettivo di discutere delle priorità economiche della Ue definite nell'ambito del semestre europeo. Ciò al fine di promuovere un proficuo scambio di informazioni e posizioni su questioni di interesse comune. Dal 2014 (la prima riunione del 21 gennaio 2014 fino all'ultima del 17 febbraio 2016) la Conferenza interparlamentare sulla *governance* ha celebrato la sua prima riunione semestrale nell'ambito di questo evento.

settembre 2014. Tale Conferenza ha rinviato, a sua volta, l'adozione di un nuovo progetto di regolamento interno alla Conferenza dei Presidenti di Roma del 20-21 aprile 2015, prendendo atto della difficoltà di superare il veto del Parlamento europeo e di superare le profonde divergenze emerse nel corso delle negoziazioni interparlamentari in seno alla Conferenza stessa. La situazione di *impasse* è stata superata dalla Conferenza dei Presidenti di Roma che ha adottato, nelle conclusioni approvate il 21 aprile, i principi da recepire nel nuovo regolamento. Tali principi hanno definito plurime questioni concernenti la denominazione, il ruolo e le competenze della Conferenza; le modalità di convocazione e la tempistica delle sue riunioni in stretto coordinamento con il ciclo del semestre europeo; l'audizione dei membri delle principali istituzioni europee; le modalità di elaborazione dell'ordine del giorno, unitamente al ruolo della troika presidenziale; e infine, la natura non vincolante delle conclusioni e le lingue di lavoro della Conferenza<sup>2313</sup>.

Il nuovo regolamento della *Conferenza interparlamentare sulla stabilità, il coordinamento economico e la governance nell'Unione Europea* adottato a Lussemburgo nel pieno rispetto dei principi dettati dalla Conferenza dei Presidenti di Roma, tende a optare per un'impostazione simile a quella seguita per la costituzione della IPC CFSP/CSDP, allontanandosi da quella massimalista che aspirava in sostanza a trasformare la Conferenza in un organo di indirizzo e controllo parlamentare congiunto sulle politiche economiche e di bilancio nel quadro della Unione economica e monetaria. L'approccio seguito, che potremmo definire intermedio rispetto ai due orientamenti opposti, risulta *in primis* dalle competenze e dallo scopo assegnati alla Conferenza. Quest'ultima viene chiamata infatti a promuovere il dibattito, lo scambio delle informazioni e delle *best practices*, al fine di rafforzare la cooperazione tra i Parlamenti nazionali e il Parlamento europeo e contribuire ad assicurare la trasparenza democratica nell'area della *governance* economica e delle politiche di bilancio della Ue, segnatamente nell'UEM, tenendo conto della dimensione sociale, senza pregiudizio per le competenze dei Parlamenti dell'Ue (art. 2.1. *Rules of procedures of the Interparliamentary Conference on SECG*). In riferimento alla composizione della Conferenza, si è chiarito che questa debba essere composta dalle delegazioni delle competenti commissioni dei Parlamenti nazionali degli Stati membri dell'Ue e del Parlamento europeo, e che ciascuna Assemblea, nel rispetto del principio di autonomia parlamentare, determini la dimensione e la composizione della propria delegazione (art. 4.1). Si tratta di una scelta importante che, nel rispetto dell'articolo 9 del Protocollo n. 1, pone su un piano di parità il Parlamento europeo e i Parlamenti nazionali per rappresentanza e poteri in seno all'organismo. Si prevede inoltre che il Presidente del Consiglio europeo, il Presidente dell'Eurogruppo e i membri competenti della Commissione europea e di altre istituzioni Ue siano invitati e partecipino alle riunioni della Conferenza per concorrere alla definizione delle priorità

<sup>2313</sup> Per i quali si rinvia alle *Conclusions of the Presidency of the Conference of the Speakers of the European Parliaments*, Roma 20 -21 aprile 2015, pubblicato nella sezione del sito IPEX dedicata alla Conferenza interparlamentare.

e delle strategie nelle materie oggetto di intervento della stessa.

Dal punto di vista organizzativo, sono state confermate le regole stabilite a Nicosia in merito alla celebrazione con cadenza semestrale delle riunioni e della relativa presidenza, specificando però che tali riunioni devono svolgersi in stretto coordinamento con il ciclo del semestre europeo. Per rafforzare il ruolo dei Parlamenti si richiede che le Conferenze siano convocate prima della presentazione dell'Analisi annuale della crescita e dell'adozione dei programmi nazionali di riforma. Sempre dal punto di vista organizzativo, si istituisce una troika presidenziale composta dalle delegazioni dei Parlamenti della Presidenza in carica, della Presidenza precedente e della Presidenza successiva, nonché del Parlamento europeo. Alla troika viene assegnata la competenza di redigere l'ordine del giorno dietro il coordinamento del Parlamento che esercita la presidenza.

Infine, si ribadisce che la Conferenza adotta le decisioni sulla base della regola del consenso, che viene definito come il *modus operandi* dell'organismo. Segue la stessa regola anche per l'adozione delle conclusioni, che non presentano natura vincolante, ma devono essere presentate dalla presidenza al termine delle riunioni in lingua inglese e francese.

Le regole sinteticamente descritte evidenziano la tendenza ad assegnare un ruolo circoscritto e per certi versi indefinito alla Conferenza, rivolto principalmente a creare una sede comune di dialogo e scambio di informazioni in grado di consentire a ciascuna Assemblea di esercitare al meglio le proprie competenze nel quadro della *governance* economico-finanziaria e di rafforzare la responsabilità democratica in tale ambito. Il ruolo che, tuttavia, la Conferenza verrà definitivamente ad assumere risulta strettamente legato all'evoluzione della *governance* economico-finanziaria nella Ue, che –come è noto– sarà oggetto di ampie trasformazioni soprattutto in seguito all'approvazione, il 22 giugno 2015, della relazione “*Completing Europe's Economic and Monetary Union*” da parte dei presidenti della Commissione europea, del vertice euro, dell'Eurogruppo, della Banca Centrale Europea, e del Parlamento europeo. Il piano di ristrutturazione della *governance* illustrato nella relazione dei cinque presidenti si articola in tre fasi di riforma e si prefigge di portare a termine il processo di approfondimento dell'UEM anche attraverso un'unione politica più solida in cui si rafforzi il controllo democratico, la legittimità e le istituzioni. A tal fine prevede un maggior coinvolgimento e controllo dei Parlamenti, tanto a livello nazionale che europeo, soprattutto per quanto concerne alcuni passaggi specifici del semestre europeo (raccomandazioni per Paese, programmi nazionali di riforma, analisi annuale della crescita), che potrebbe condurre, pertanto, a un ripensamento e ad una riorganizzazione della Conferenza sulla *governance*.

Al di là degli sviluppi futuri, sui quali esiste ancora incertezza, va osservato che la caratterizzazione di entrambe le Conferenze interparlamentari esaminate sembra confermare come in seguito al Trattato di Lisbona non si siano registrate modifiche sostanziali nelle finalità perseguite dalla cooperazione interparlamentare. L'obiettivo primario di tale canale continua a essere quello di contribuire a migliorare l'esercizio

delle competenze di ciascuna Assemblea nei diversi ambiti di azione della Ue e non a promuovere un'azione parlamentare congiunta euronazionale.

### 3. *L'early warning system* e il suo funzionamento nella prassi.

La vera innovazione ritenuta in grado di valorizzare il ruolo dei Parlamenti nazionali consiste nella previsione del meccanismo di controllo preventivo del principio di sussidiarietà, che è stata accolta dalla dottrina con maggiore o minore entusiasmo <sup>2314</sup>. Tale meccanismo rappresenta la novità più significativa proprio in quanto, a prescindere dalle valutazioni dottrinali, legittima i Parlamenti nazionali, in collaborazione con le rispettive Assemblee legislative regionali, ad intervenire nel processo decisionale dell'Unione europea, interagendo direttamente con le istituzioni europee, al fine di tutelare le proprie competenze legislative e garantire, così, una corretta applicazione del principio di sussidiarietà.

Chiariti questi aspetti, occorre spiegare le ragioni istitutive, le modalità di funzionamento e l'evoluzione nella prassi di questo complesso meccanismo posto a tutela del principio della sussidiarietà.

Il principio di sussidiarietà -come anzidetto- è stato riformulato all'art. 5 del TUE, ove si prevede che, in virtù di tale principio, l'Unione europea interviene nei settori che non sono di sua competenza esclusiva soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possano essere conseguiti in maniera sufficiente, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma, a motivo della portata e degli effetti dell'azione in questione, risultino realizzabili meglio a livello di Unione. Ciò significa che se da un lato il principio di sussidiarietà, in stretta connessione con il principio di prossimità, si prefigge di preservare l'esercizio delle competenze legislative da parte del livello istituzionale più vicino al cittadino, dall'altro, ammette la possibilità di un'espansione dell'azione normativa dell'Unione nelle sfere di competenza nazionale qualora gli obiettivi prefissati non possano essere conseguiti adeguatamente dagli Stati

---

(<sup>2314</sup>) La dottrina ha assunto posizioni differenti. Molti autori si sono mostrati critici nei confronti di questa innovazione normativa, giudicandola una semplice vetrina per i Parlamenti nazionali, incapace di produrre effetti vincolanti e soprattutto di attribuire ad essi un potere di veto ritenuto da alcuni auspicabile o indispensabile. Altri invece lo hanno giudicato uno strumento appropriato, una soluzione costituzionale soft, che non ha intaccato la autonomia decisionale della Commissione, e che non è in grado di alterare o bloccare il normale andamento dell'*Eu decision making*. Per una ricostruzione del dibattito si rinvia a P. Kiiver, *The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity: Constitutional Theory and Empirical Reality*, London-New York, Routledge, 2012. Lo stesso Autore *The conduct of subsidiarity checks of EU legislative proposals by national parliaments: analysis, observations and practical recommendations*, in *Era Forum*, n. 12, 2011, 5, definisce l'*early warning system* un sistema complesso "is not just a loose exchange of opinions between national parliaments and Brussels, but a legally formalized communication framework with rights and obligations, admissibility criteria and deadlines".

membri, o dalle loro articolazioni territoriali, ma risultino, per converso, più efficacemente conseguibili a livello europeo<sup>2315</sup>.

Le istituzioni dell'Unione devono applicare il principio di sussidiarietà e ai Parlamenti nazionali viene affidato il compito di vigilare sul rispetto di tale principio in base alla procedura di *early warning* disciplinata nel Protocollo n. 2. L'*early warning* si configura, quindi, come uno strumento rivolto, *in primis*, a salvaguardare il rispetto del principio di sussidiarietà e a tutelare i Parlamenti nazionali nell'esercizio della propria potestà legislativa in tutte le materie che non rientrano nella competenza esclusiva dell'Unione. Attraverso questo canale i Parlamenti possono opporsi a eventuali sconfinamenti dell'azione legislativa dell'Unione, che siano formalmente giustificati da ragioni di maggiore efficacia nel conseguimento degli obiettivi ma che risultino sostanzialmente lesivi delle loro competenze legislative. I Parlamenti nazionali, in collaborazione con le rispettive Assemblee legislative regionali, esercitano un'azione di controllo che può indurre a ritirare o a modificare, ovvero, se si raggiungono determinate condizioni procedurali, a interrompere –in ultima istanza– l'esame dell'iniziativa legislativa.

Dal punto di vista procedurale l'*early warning* si struttura secondo modalità distinte che si articolano nelle seguenti forme.

In linea generale i Parlamenti nazionali hanno il diritto di esprimere due voti (nei sistemi bicamerali viene assegnato un voto a ciascuna Camera) e di inviare ai presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione i propri pareri motivati sulla conformità dei progetti di atti legislativi europei al principio di sussidiarietà, entro il termine di otto settimane dalla data di trasmissione di tali progetti, consultando all'occorrenza i Parlamenti delle Regioni con poteri legislativi. Gli effetti di tali pareri, che devono sempre essere presi in considerazione dalle istituzioni a cui vengono trasmessi, variano a seconda del conseguimento delle soglie prestabilite per le diverse fattispecie. Se i pareri sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà raggiungono la soglia di 1/3 dell'insieme dei voti attribuiti ai Parlamenti nazionali, si opera un riesame dell'iniziativa legislativa, al termine del quale la Commissione, o se del caso l'istituzione proponente, può decidere di ritirare, modificare o mantenere invariata la proposta motivandone le ragioni (c.d. *yellow card*) (art. 7 Protocollo n. 2). Tale soglia si riduce a 1/4 quando i pareri parlamentari si riferiscono ai progetti normativi europei concernenti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia presentati sulla base dell'art. 76 del TFUE. Se, nell'ambito della procedura legislativa ordinaria, i pareri motivati

<sup>2315</sup> Sulla duplice valenza del principio di sussidiarietà si v., tra i molti contributi, P. Caretti, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quaderni costituzionali* n.1, 1993, p. 8-9; P. Bilancia, *Il carattere bifronte del principio di sussidiarietà*, in E. De Marco (cur), *Problemi attuali della sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2005, 76.

A favore dell'opzione interpretativa che vede nella sussidiarietà uno strumento sostanzialmente di tutela delle istanze unitarie v., da ultimo C. Caruso, *Prassi e funzioni del sistema di early warning*, in *Nomos - le attualità nel diritto*, n.1, 2016, che, in specifico riferimento all'*early warning*, osserva come "l'inquadramento sistematico di tale principio nell'ordinamento europeo post-Lisbona porta a collocare la sussidiarietà tra gli strumenti dell'accentramento sovranazionale".

rappresentano almeno la maggioranza semplice dei voti attribuiti ai Parlamenti nazionali (c.d. *orange card*) viene avviata una procedura di riesame dell'iniziativa legislativa, che può condurre ad una eventuale conferma "motivata" da parte della Commissione, e concludersi con l'interposizione di una sorta di pregiudiziale di sussidiarietà da parte dei co-legislatori dell'Unione, Consiglio e Parlamento, e con la conseguente interruzione dell'esame della iniziativa legislativa. Nello specifico la procedura legislativa si arresta se il Consiglio, a maggioranza del 55% dei suoi membri, o il Parlamento Europeo, a maggioranza dei voti espressi, ritengano che la proposta in esame violi il principio di sussidiarietà<sup>2316</sup>.

Se passiamo dalla teoria alla prassi, possiamo osservare come questo meccanismo si sia andato collaudando e consolidando in questi anni, come risulta evidente dai dati sulla partecipazione dei Parlamenti nazionali pubblicati nei rapporti *annuali sulla sussidiarietà e proporzionalità* della Commissione europea. Questi ultimi attestano un aumento del numero, soprattutto nei primi anni, e un'ampia diversificazione dei contenuti e delle argomentazioni dei pareri presentati<sup>2317</sup>. Nel 2011, ad esempio, sono stati trasmessi 64 pareri motivati da parte dei Parlamenti nazionali, che evidenziano un incremento del 75% rispetto al 2010, primo anno di funzionamento del meccanismo. Nel biennio successivo si è registrato un aumento più contenuto nel numero dei pareri motivati, che sono arrivati a quota 70 nel 2012 e a 88 nel 2013. Nel 2014-2015 si è registrata una contrazione nel numero dei pareri presentati, che sono risultati, rispettivamente, pari a 21 e a 8. I Parlamenti nazionali più attivi durante il 2011 sono stati il *Riksdag* svedese, la *Chambre de Députés* del Lussemburgo e il *Sejm* e il *Senat* della Polonia. Nel 2012 e nel 2013 il *Riksdag* svedese ha mantenuto il primato e altre Camere quali, ad esempio, il Senato francese, il *Bundesrat* tedesco, il *Bundesrat* austriaco, le *Cortes Generales* e la *House of Commons* hanno dimostrato un particolare interesse e attivismo sul versante del controllo di sussidiarietà. Nel 2014, in un contesto generale di maggiore disinteresse verso tale forma di controllo, la *House of Commons*, il *Bundesrat* austriaco e il *Riksdag* svedese rientrano tra le Camere che sono intervenute più frequentemente a pronunciarsi sulla sussidiarietà.

Quanto agli effetti prodotti da tale meccanismo, possiamo osservare come, a distanza di circa 7 anni dalla sua attivazione, si siano verificati soltanto in tre casi le

<sup>2316</sup> Questa ipotesi può verificarsi soltanto se la Commissione europea, riesaminata l'iniziativa, scelga di mantenerla attraverso un parere motivato, e quando nel prosieguo della procedura legislativa, prima della conclusione della prima lettura, il Consiglio, o il Parlamento europeo, oppongano il proprio veto con le maggioranze sopra specificate, dichiarando il progetto incompatibile con il principio di sussidiarietà, dopo aver esaminato e preso in considerazione i pareri espressi dai Parlamenti nazionali e dalla Commissione. In proposito v. G. Rivosecchi, *Parlamenti nazionali e Assemblee regionali nella costruzione europea, tra riconoscimenti del diritto positivo e "sentenza Lissabon" del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1, 2011, 138.

<sup>2317</sup> V., in particolare, 4 ss; e il 18° *Rapporto biennale della COSAC*, del 27-9-2012, *Developments in European Union. Procedures and Practices Relevant to Parliamentary Scrutiny*, presentato dalla XLVIII *Conference of Parliamentary Committees for Union Affairs of Parliaments of the European Union*, Nicosia, 14-16 ottobre 2012, spec. 7.

condizioni necessarie per avviare la procedura di riesame obbligatorio ad esso collegata (c.d. *yellow card*).

Il 22 maggio 2012 si è raggiunta per la prima volta la soglia di 1/3 dei voti contrari rispetto ad una proposta di regolamento europeo concernente il diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (*Monti II-regulation*), poiché dodici Parlamenti nazionali hanno espresso pareri negativi in relazione al rispetto del principio di sussidiarietà<sup>2318</sup>. Il raggiungimento di tale soglia ha obbligato a un riesame dell'iniziativa. Al termine del riesame la Commissione ha scelto di ritirare l'iniziativa non perché l'abbia ritenuta lesiva del principio di sussidiarietà, ma perché ha preso atto della difficoltà di portare avanti il processo di approvazione senza disporre del sostegno politico necessario nel Parlamento europeo e nel Consiglio<sup>2319</sup>. Ciò evidenzia che la prima volta in cui si è opposto il veto dei Parlamenti nazionali su una proposta normativa europea si è aperta una discussione più ampia, non riferita esclusivamente al rispetto del principio di sussidiarietà, ma anche ai suoi contenuti e alla praticabilità politica che ha portato al ritiro dell'iniziativa.

Il 28 ottobre del 2013 si è raggiunta per la seconda volta la soglia necessaria per l'applicazione della procedura di c.d. "yellow card" rispetto ad una proposta di regolamento finalizzata ad istituire la Procura europea<sup>2320</sup>, c.d. "EPPO-proposal", con l'opposizione di tredici Parlamenti nazionali che hanno denunciato una violazione del principio di sussidiarietà<sup>2321</sup>. In questo caso si è raggiunta e superata, con 18 voti contrari, la soglia di 1/4 dei voti contrari necessaria per l'avvio della procedura di riesame, trattandosi di una proposta normativa ricadente nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. In questa seconda occasione, diversamente dalla prima, la Commissione, dopo un attento esame della documentazione inviata dai Parlamenti nazionali, ha adottato il 27 novembre 2013 la comunicazione finale (COM 2013 851)

<sup>2318</sup> Si tratta della proposta di regolamento COM 2012 (130) rispetto alla quale sono stati espressi pareri "motivati" contrari al principio di sussidiarietà da parte di 12 Parlamenti nazionali che rappresentano 19 voti su un totale di 56. Le Camere che si sono pronunciate contro sono state: il *Riksdag* svedese, il *Folketing* danese, l'*Eduskunta* finlandese, il Senato francese; il *Sejm* polacco; l'Assemblea della Repubblica portoghese; il *Saeima* della Lituania; la Camera dei Deputati del Lussemburgo; la Camera dei Rappresentanti del Belgio, l'*House of Commons*, la *Tweede Kamer* e *MT Kamra tad-Deputati* dell'Olanda.

<sup>2319</sup> Si rinvia alla lettera di risposta della Commissione del 14 marzo 2013.

<sup>2320</sup> COM (2013) 534. Nelle motivazioni espresse nei pareri formulati, i Parlamenti hanno denunciato, *in primis*, il mancato rispetto di alcuni requisiti procedurali fondamentali nella presentazione della proposta di regolamento, e hanno criticato poi, in particolar modo, la scelta di istituire una procura europea a livello sovranazionale, ritenendola eccessivamente limitativa della sovranità statale in materia di diritto penale e non adeguatamente giustificata dalla necessità di intervenire a livello europeo.

<sup>2321</sup> Il Parlamento di Cipro *Vouli ton Antiprosopon*, il Senato della Repubblica Ceca, il Senato francese, il Parlamento ungherese *HU Országgyűlés*, il Parlamento irlandese- *Houses of the Oireachtas*, il Parlamento di Malta -*Kamra tad-Deputati*, la Camera dei deputati del Parlamento della Romania, il Parlamento della Repubblica di Slovenia- *Državni zbor*, il Parlamento svedese- *Riksdag*, il Parlamento dei Paesi Bassi - *NL Eerste Kamer -Tweede Kamer*, il Parlamento del Regno Unito- *House of Commons* e *House of Lords*.

con cui ha deciso di confermare e mantenere invariata la proposta normativa in discussione, respingendo le obiezioni sollevate dai Parlamenti in merito al mancato rispetto del principio di sussidiarietà<sup>2322</sup>. La Commissione ha fornito una risposta motivata molto dettagliata, replicando a tutte le obiezioni parlamentari, sia pur soltanto in riferimento ai profili relativi alla sussidiarietà, attraverso un giudizio comparativo tra l'adeguatezza dell'azione statale e l'efficacia complessiva dell'intervento della Ue. Nonostante la Commissione abbia scelto di non dare seguito ai pareri parlamentari, va osservato come, a distanza di anni, il regolamento istitutivo della Procura europea non sia stato ancora approvato a causa delle profonde divergenze politiche sui contenuti della proposta e delle difficoltà riscontrate nell'*iter* legislativo, delle quali il cartellino giallo può essere forse considerato il primo campanello di allarme.

Più di recente, nell'aprile 2016, si è raggiunta per la terza volta la soglia di 1/3 dei pareri motivati contrari dei Parlamenti di 11 Stati membri (pari a 22 voti su 19 necessari) rispetto a una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi, recante modifiche alla Direttiva 96/71/EC (COM 2016 128). In questo caso i pareri contrari sono stati espressi da 10 Parlamenti dell'Europa dell'est- a cui si è aggiunto il Parlamento danese- appartenenti, quindi, alla medesima area geografica e con interessi parzialmente convergenti. Ciò rappresenta forse l'aspetto più caratteristico del modo in cui è stato utilizzato in questa occasione lo strumento dell'*early warning*. I Parlamenti -che hanno agito in questa circostanza di concerto con i rispettivi esecutivi nella difesa del proprio interesse nazionale- hanno lamentato nei pareri una violazione della competenza degli Stati membri nella determinazione dei minimi salariali e l'assenza di un vero valore aggiunto nell'iniziativa europea. Il 20 luglio 2016 la Commissione, dopo un'attenta valutazione delle obiezioni avanzate dai Parlamenti, ha ritenuto di non modificare la proposta di direttiva perché non considerata lesiva in alcun modo del principio di sussidiarietà<sup>2323</sup>.

Il funzionamento dell'*early warning* in questi anni ha evidenziato la polifunzionalità di questo strumento in quanto non è servito soltanto a promuovere il rispetto del principio di sussidiarietà e il ruolo dei Parlamenti nazionali di "*whatchdogs of subsidiarity*"<sup>2324</sup>, ma anche a creare un "canale di consultazione e dialogo cooperativo" tra le istituzioni che operano nel sistema multilivello della Ue<sup>2325</sup>. Anche parte della dottrina

<sup>2322</sup> V. la risposta della Commissione europea, COM (2013) 851, al Parlamento europeo, al Consiglio e ai Parlamenti nazionali.

<sup>2323</sup> COM (2016) 505 final.

<sup>2324</sup> Così I. Cooper, *The Watchdogs of Subsidiarity: National Parliaments and the Logic of Arguing in the EU*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 44, n. 2, 2006.

<sup>2325</sup> In questi termini si v. la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 aprile 2014, sulle relazioni tra il Parlamento europeo e i Parlamenti nazionali, in cui il Parlamento europeo ha espresso a proposito del funzionamento del meccanismo di *early warning* le seguenti considerazioni al Punto 1. *National parliaments and the Union's democratic legitimacy*: 10. Believes that the early warning mechanism should be viewed and used as one of the tools for ensuring effective cooperation between European and national institutions; 1.1. Welcomes the fact that in practice this mechanism is also being used as a

tende a corroborare questa interpretazione istituzionale parlando di “una prassi virtuosa di dialogo composito e inter-istituzionale tra istituzioni sovranazionali e Parlamenti nazionali”<sup>2326</sup>. In effetti, nella pratica i Parlamenti nazionali hanno utilizzato tale strumento non soltanto per denunciare la violazione del principio di sussidiarietà ma anche come un canale di comunicazione per esprimere valutazioni relative al rispetto del principio proporzionalità, alla correttezza della base giuridica dei progetti di atti normativi, ovvero, più semplicemente, osservazioni sui contenuti delle proposte esaminate per ragioni meramente politiche al fine di tutelare i rispettivi interessi nazionali<sup>2327</sup>.

La complessità e la polivalenza di tale meccanismo possono essere meglio comprese e ricostruite nel più ampio quadro dei rapporti attivati dai Parlamenti nazionali con le istituzioni europee sul versante sovranazionale. In tale ambito i Parlamenti nazionali hanno rafforzato negli ultimi anni la propria posizione principalmente attraverso il dialogo politico con la Commissione europea, che ha permesso di promuovere un proficuo scambio di informazioni e opinioni su importanti tematiche, proposte e iniziative aventi o meno carattere legislativo<sup>2328</sup>. Attraverso questo canale sono riusciti a partecipare alla definizione delle politiche e delle normative europee e a incidere più efficacemente nell'EU *decision making process*. I pareri espressi nell'ambito del dialogo politico rappresentano quasi il 90% del totale dei pareri complessivamente espressi ed evidenziano il ruolo costruttivo dei Parlamenti nazionali, soprattutto nella codefinizione delle proposte legislative.

Il dialogo politico non rappresenta l'unico strumento tramite il quale i Parlamenti nazionali possono o cercano di intervenire nella fase pre-legislativa. Più di recente sono state avanzate proposte di riforma di varia natura da parte di alcune Camere nazionali rivolte a istituire, ad esempio, un istituto come la *green card*<sup>2329</sup>, che dovrebbe

---

channel for consultation and cooperative dialogue between the various institutions within the EU's multilevel system; 1.2. Believes that reasoned opinions delivered by the national parliaments should be viewed by the institutions not least as an opportunity to gain a clearer picture of how best to achieve the objectives set for legislative acts, and calls on the Commission to reply promptly and fully to reasoned opinions and contributions sent in by the national parliaments.

<sup>2326</sup> P. Bilancia, L'early warning system *nella prassi dello spazio pubblico europeo*, in F. Lanchester (cur.), *op. cit.*, p. 48. Contra v. D. Jancic', *The game of cards: National parliaments in the Eu and the future of the early warning mechanism and the political dialogue*, *Common Market Law Review*, n. 52, 2015, p. 939.975.

<sup>2327</sup> Sulla natura politica di tale scrutinio si v. C. Caruso, *Prassi e funzioni del sistema di early warning*, cit., p. 6.

<sup>2328</sup> Il dialogo politico ha avuto un esito particolarmente positivo in questi anni. Lo dimostrano i dati pubblicati nei Report annuali sui rapporti tra la Commissione europea e i Parlamenti nazionali. Si v., ad esempio, il 9° rapporto annuale del 2013 -COM (2014) 507 final, nel quale si evidenzia che attraverso il dialogo politico i Parlamenti continuano a giocare un ruolo costruttivo nella definizione delle politiche a livello europeo, specialmente nell'ambito dello sviluppo della Unione economica e monetaria e nella implementazione delle raccomandazioni del Semestre Europeo. Nell'ambito del dialogo politico con la Commissione europea i Parlamenti esprimono un numero molto elevato di pareri ogni anno. Per dare un'idea, va ricordato che sono stati trasmessi dai Parlamenti complessivamente: 622 pareri nel 2011, 663 nel 2012, 621 nel 2013, 485 nel 2014 e 342 nel 2015).

<sup>2329</sup> L'introduzione della green card è stata proposta dall'*European Union Committee dell'House of Lords* nell'ambito del 9th Report “*The role of National Parliaments in the European Union*”. Si tratta di un

consentire a una soglia determinata di Parlamenti (ad esempio 1/3) la facoltà di invitare la Commissione europea a presentare una proposta legislativa o ad emendarne una già esistente, consegnando così a tali istituzioni una sorta di funzione di impulso legislativo collettiva a livello europeo. Non si tratta soltanto di proposte teoriche ma di meccanismi concreti in via di sperimentazione, in quanto nel luglio 2015 il *Lords European Committee* ha presentato la sua prima *green card*, sottoscritta da altri 15 Paesi, invitando la Commissione europea ad intervenire per limitare lo spreco alimentare all'interno dell'Unione. Tale proposta non è stata scevra di conseguenze ma è stata presa in seria considerazione dalla Commissione, che ha individuato l'obiettivo della riduzione dello spreco alimentare entro il 2030 nel quadro di un pacchetto normativo sull'economia circolare recentemente approvato<sup>2330</sup>.

Il dialogo politico e la *green card* rappresentano, dunque, due ambiti privilegiati, già esplorati o ancora da esplorare, attraverso i quali i Parlamenti nazionali possono esercitare un'azione di influenza e orientamento nel *decision making process* della Ue.

### 3.1. (Segue) La proposta di rafforzamento del meccanismo nell'intesa del Consiglio europeo del 18- 19 febbraio 2016 per la permanenza del Regno Unito nell'Unione europea. Una proposta valida per il futuro?

Nel 2014 il *Folketinget danese*, la *Twede Kamer olandese*, e la *House of Lords*<sup>2331</sup> hanno presentato rapporti aventi ad oggetto proposte dettagliate per rafforzare il ruolo dei Parlamenti nazionali nella Unione europea rivolte anche a modificare il meccanismo di controllo del principio di sussidiarietà. In linea generale le proposte formulate suggeriscono di modificare le modalità attraverso le quali esercitare questa forma di controllo preventiva e di potenziarne gli effetti. In questa direzione propongono di utilizzare tale meccanismo in senso più ampio non soltanto per valutare il rispetto del principio di sussidiarietà, ma anche, ad esempio, per verificare l'adeguata applicazione del principio di proporzionalità. Propongono inoltre -segnatamente il rapporto dei

---

meccanismo informale attraverso il quale un gruppo di Parlamenti può suggerire alle istituzioni europee di avviare determinate politiche o adottare iniziative legislative in uno specifico ambito. Un meccanismo, quindi, che non attribuisce ai Parlamenti un diritto di iniziativa legislativa, in grado di pregiudicare l'iniziativa legislativa di cui è titolare la Commissione europea, ma che assegna loro, piuttosto, un ruolo propulsivo e complementare rispetto a quest'ultima. Il rapporto è consultabile on line nella sezione *documents* del Parlamento britannico <http://www.parliament.uk/documents/Role-of-National-Parliaments.pdf>

<sup>2330</sup> Su questi aspetti v. G. Caravale, *Il rafforzamento della cooperazione interparlamentare nelle proposte di alcuni Parlamenti nazionali*, in *Nomos-le attualità nel diritto.it*, n. 1, 2016.

<sup>2331</sup> Per il rapporto dell'*House of Lords* v. *supra*. V. *Folketing danese* "Twenty-three recommendations to strengthen the role of national Parliaments in a Changing European Governance", e il rapporto della *Twede Kamer olandese* "Ahead in Europe". On the role of the Dutch House of Representatives and national parliaments in the European Union Final report, Rapporteurship on 'Democratic legitimacy' Final version 9 May 2014. Per un'analisi di questi rapporti si rinvia a G. Caravale, *op. cit.*

Lords- di estendere il termine riservato alle Assemblée per operare tale controllo da 8 a 12, o finanche a 16 settimane, ovvero anche di ridurre il numero minimo di Paesi necessario per l’emanazione della *yellow card*. Sostengono, infine, la necessità di potenziare gli effetti della procedura di *yellow card*, collegando alla sua attivazione un obbligo da parte della Commissione di ritirare o modificare la proposta sulla quale si è raggiunta la soglia necessaria dei pareri motivati contrari.

La necessità di rafforzare il meccanismo di *early warning* è stata in seguito sottolineata nella nota lettera inviata dal *Premier* del Regno Unito, David Cameron, al Presidente del Consiglio europeo, Donald Tusk, il 10 novembre 2015. In questa missiva, in cui sono state formalizzate le preoccupazioni britanniche relative all’appartenenza all’Unione europea, è stato riservato nel paragrafo dedicato alla sovranità uno spazio specifico al tema dell’estensione dei poteri dei Parlamenti nazionali nell’ambito della legislazione dell’Unione. Nello specifico si proponeva di accordare ad un gruppo di Parlamenti, rinviando ai negoziati la identificazione del numero esatto, la facoltà di esercitare un vero e proprio potere di veto legislativo, una sorta di *red card*, in grado di bloccare le proposte legislative della Commissione europea. Un potere, quindi, quello invocato dal *Premier* Cameron, in grado di produrre conseguenze incisive sia sull’esercizio dell’iniziativa legislativa da parte della Commissione europea, che su quello delle prerogative legislative del Parlamento europeo e del Consiglio<sup>2332</sup>.

Alcune delle proposte menzionate concernenti l’*early warning*, emerse nel corso del più ampio dibattito politico-istituzionale, sono state accolte nella proposta di intesa formulata da Donald Tusk, il 2 febbraio 2016, mediante l’invio di una lettera ai membri del Consiglio europeo<sup>2333</sup>, e in seguito recepite nella intesa raggiunta il 18-19 febbraio in seno al Consiglio europeo per la permanenza del Regno Unito nell’Unione europea<sup>2334</sup>. Si tratta di un’intesa adottata con decisione dei capi di Stato e di governo per fornire risposte concrete alle preoccupazioni formalizzate dal Regno Unito e che avrebbe dovuto dispiegare pieni effetti giuridici solo dopo l’avvenuta comunicazione da parte del Governo britannico della volontà del Regno Unito di rimanere membro dell’Unione come conseguenza del risultato del referendum sulla Brexit. In realtà questa comunicazione non è mai avvenuta, poiché –come noto- il referendum sulla *Brexit* del 23 giugno ha sortito un esito positivo dato che il 52% dei cittadini britannici si è espresso a favore del *leave*, vale a dire di una fuoriuscita del Regno Unito dall’Ue. Il risultato fragoroso del referendum, che ha aperto una crisi senza precedenti nell’Ue,

<sup>2332</sup> Evidenzia queste preoccupazioni C. Curti Gialdino, *La richiesta britannica di rinegoziare taluni impegni europei: prime considerazioni sulla lettera del premier Cameron al presidente del Consiglio europeo Tusk*, in *federalismi.it* n. 23, 2015, che parla di *quasi monopolio* dell’iniziativa legislativa della Commissione europea.

<sup>2333</sup> Va ricordato che la soluzione proposta da Donald Tusk si articola in sei progetti di testi giuridici per un’analisi dei quali si rinvia a C. Curti Gialdino, “*To be or not to be together...*” *Il compromesso di Tusk per mantenere il Regno Unito nell’UE: una prospettiva ragionevole per l’integrazione europea?* In *federalismi.it*, n. 3, 2016.

<sup>2334</sup> Conclusioni del Consiglio europeo del 18-19 febbraio 2016, nell’ambito delle quali è stata adottata, con decisione dei capi di Stato o di governo, un’intesa che rafforzava lo status speciale del Regno Unito nella Ue che non è mai entrata in vigore.

ha portato il giorno seguente i presidenti delle istituzioni europee ad adottare una dichiarazione congiunta con cui è stato sollecitato un rapido avvio della procedura di recesso del Regno Unito dall'Unione ed è stato specificato che, come concordato, la Nuova intesa per il Regno Unito nell'Unione europea non entrerà in vigore, cesserà di esistere e non sarà rinegoziata<sup>2335</sup>.

Nulla esclude, tuttavia, che, per quanto concerne il rafforzamento dei Parlamenti e dell'*early warning*, quanto statuito nell'intesa non possa invece essere ridiscusso nell'ambito di future e diverse negoziazioni rivolte a rilanciare il progetto europeo. Le proposte di riforma avanzate in tale ambito mirano, infatti, a rafforzare la portata generale del meccanismo attraverso modifiche sostanziali che -come anzidetto- sono state sollecitate prima ancora che dal Premier Cameron da parte di diversi Parlamenti nazionali e, per tale ragione, destinate forse a essere riconsiderate in un futuro prossimo.

Nello specifico l'ipotesi di riforma contemplata nell'intesa prevedeva che qualora i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà, inviati entro il termine di 12 settimane dalla trasmissione del progetto di atto legislativo, fossero stati rappresentativi di più del 55% dei voti attribuiti ai Parlamenti nazionali (senza conteggiare i voti dei Parlamenti nazionali non partecipanti all'adozione dell'atto legislativo), la relativa questione avrebbe dovuto essere iscritta all'ordine del giorno della presidenza del Consiglio, al fine di svolgere una discussione esauriente sui pareri e sulle conseguenze da trarre. Prevedeva, poi, come conseguenza di tale discussione, e al termine della stessa, l'interruzione dell'esame del progetto di atto legislativo in questione da parte dei rappresentanti degli Stati membri- in qualità di membri del Consiglio-, ovvero, in alternativa, una modifica del progetto medesimo per rispondere alle preoccupazioni dei Parlamenti nazionali espresse nei pareri motivati.

La proposta così formulata si prefiggeva di introdurre due modifiche sostanziali nel procedimento di controllo preventivo di sussidiarietà, rivolte, entrambe, a rafforzare il ruolo dei Parlamenti nazionali, senza assegnare loro un vero e proprio potere di veto legislativo. Da un lato, estendeva da 8 a 12 settimane il tempo per l'esame dei progetti di atti legislativi, lasciando, così, ai Parlamenti un margine più ampio per valutare se e come formulare le proprie osservazioni in merito al rispetto del principio di sussidiarietà ed, eventualmente, anche per coordinarsi tra loro. Dall'altro, eliminava la procedura di riesame da parte della Commissione europea, rimettendo al Consiglio la discussione e la conseguente decisione sul seguito da dare ai pareri motivati, contemplando come principale opzione l'interruzione dell'*iter* di esame del progetto legislativo in questione, a meno che il progetto non fosse adeguatamente modificato per rispondere alle osservazioni formulate dai Parlamenti nazionali. La decisione ultima circa la continuazione o l'interruzione dell'esame del progetto legislativo in

<sup>2335</sup> Consiglio Europeo, Dichiarazione congiunta di Martin Schulz, Presidente del Parlamento europeo, Donald Tusk, Presidente del Consiglio europeo, Mark Rutte, presidente di turno del Consiglio dell'UE e Jean Claude Juncker, Presidente della Commissione europea, 24 giugno 2016, Dichiarazione e osservazioni, 381/16, Affari istituzionali

questione veniva, quindi, rimessa al Consiglio, chiamato a valutare il rispetto e la presa in debita considerazione delle posizioni espresse dai Parlamenti nazionali in merito alla sussidiarietà. L'esito della procedura risultava, pertanto, legato anche al modo in cui i Parlamenti nazionali sarebbero riusciti a far valere la propria posizione a livello nazionale nell'ambito del rapporto politico-fiduciario con i rispettivi Governi e nel quadro delle forme di controllo sugli atti e le politiche europee da questi adottati.

In conclusione, la proposta di revisione dell'*early warning system* prospettata nell'intesa, ancorché nulla e destinata -almeno per il momento- a rimanere nell'alveo delle ipotesi di riforma, presenta il vantaggio di rafforzare potenzialmente l'azione di controllo dei Parlamenti nazionali in tale ambito, senza attribuire loro un vero e proprio potere di veto, che rischia di avere dei costi sul piano dell'efficacia del processo legislativo.

#### 4. Conclusioni. Rilanciare il ruolo europeo dei Parlamenti nazionali in chiave collaborativa

L'analisi degli strumenti di cooperazione e controllo interparlamentare istituiti o implementati dopo il Trattato di Lisbona rivelano il "contributo" ma anche e soprattutto i "limiti" della partecipazione dei Parlamenti nazionali all'*Eu decision making process*.

Il meccanismo di controllo del principio di sussidiarietà, così come le tradizionali e le recenti forme di cooperazione interparlamentare, hanno offerto ai Parlamenti nazionali nuove opportunità di dialogo, intervento, e collaborazione con le istituzioni europee nel quadro del rinnovato assetto politico-istituzionale dell'Unione. I poteri "europei" attribuiti ai Parlamenti nazionali rappresentano, tuttavia, dei canali aggiuntivi e complementari rispetto a quelli di indirizzo e controllo nei confronti dei rispettivi esecutivi operanti sul versante dei singoli ordinamenti costituzionali (c.d. *intra-state channels*), che continuano a essere i principali strumenti di intervento dei Parlamenti nel processo decisionale europeo<sup>2336</sup>. Considerazione, quest'ultima, che sembra confermare ancora in parte l'attualità delle affermazioni di Marta Cartabia, che nel 2005 evidenziava come la risoluzione del problema della partecipazione parlamentare al processo decisionale europeo fosse affidata prevalentemente al diritto costituzionale degli Stati membri<sup>2337</sup>.

La centralità dei c.d. *intra-state channels* e delle forme di partecipazione indiretta dei Parlamenti nazionali alle dinamiche decisionali europee non significa che le innovazioni di Lisbona siano prive di conseguenze ed effetti rilevanti tanto sul piano

<sup>2336</sup> V. P. Bilancia, *L'early warning system nella prassi dello spazio pubblico europeo*, cit., 2, la quale osserva che il *general scrutiny* sulle posizioni che i Governi terranno in sede di Consiglio europeo e, ordinariamente, di Consiglio dell'Unione europea, consente ai Parlamenti di incidere con efficacia sui meccanismi di produzione del diritto europeo.

<sup>2337</sup> M. Cartabia, *I Parlamenti nazionali nell'architettura costituzionale dell'Unione europea. Che cosa resta in caso di mancata ratifica?*, cit.

della parlamentarizzazione dell'Unione europea, che su quello della europeizzazione dei singoli Parlamenti nazionali.

I nuovi meccanismi di controllo e cooperazione interparlamentare, fondati su un intervento parlamentare autonomo, hanno contribuito a rivalutare il ruolo di influenza e controllo dei Parlamenti nazionali sui poteri di governo nella dimensione costituzionale dell'Unione, confermando l'importanza di tali istituzioni quale risorsa fondamentale per il presente e il futuro della democrazia europea. Hanno contribuito, altresì, a rafforzare il processo di europeizzazione dei Parlamenti nazionali, sia pur in forma e misura differente in ciascuna esperienza statale, attraverso un maggior coinvolgimento delle commissioni specializzate negli affari europei (e anche di altre commissioni), e mediante un utilizzo più intenso delle procedure parlamentari già esistenti e/o l'approvazione di procedure *ex novo*.

Nel complesso, dunque, gli strumenti esaminati possono essere valutati positivamente nella misura in cui contribuiscono ad alleviare il deficit democratico e a migliorare il funzionamento dell'Unione. Non è semplice tuttavia definire l'entità di tale contributo, anche se è fuor di dubbio che non costituisca un contrappeso sostanziale alla primazia intergovernativa formalmente perdurante nell'Ue, soprattutto nel contesto post-Lisbona caratterizzato da una profonda crisi e da un ampio rinnovamento della *governance* economico-finanziaria.

Ciò non significa che una riforma o una migliore utilizzazione di questi strumenti, come dimostrano le recenti proposte di revisione dell'*early warning*, non siano funzionali a rafforzare la dimensione parlamentare e a creare elementi di maggiore equilibrio anche a livello sistemico. E' in questa prospettiva che si potrebbe tentare di superare le principali criticità e antinomie degli strumenti esaminati, che risultano in parte legate alla persistente competitività tra i Parlamenti nazionali e il Parlamento europeo, e in parte legate a una scarsa volontà collaborativa tra i Parlamenti nazionali degli Stati membri, e tra questi e i rispettivi esecutivi a livello nazionale.

Il miglior contributo dell'*early warning system* e della cooperazione interparlamentare al buon funzionamento dell'Unione europea richiede di perfezionare tali strumenti o perlomeno di valorizzarne l'utilizzo, seguendo, da un lato, un approccio più collaborativo a livello inter-istituzionale, e realizzando, dall'altro, una più stretta connessione con i c.d. *intrastate channels* negli affari europei sul versante dei singoli ordinamenti nazionali.

Per quanto concerne l'*early warning*, potrebbe rivelarsi utile migliorare il livello di comunicazione e coordinamento tra i Parlamenti nazionali, anche nel quadro di un organo di cooperazione interparlamentare, per scambiarsi informazioni e svolgere un'azione parlamentare più coesa ed efficace a livello europeo. Una maggiore collaborazione tra i Parlamenti nazionali strumentale al raggiungimento delle soglie necessarie alla presentazione dei diversi cartellini (giallo e arancione), che non significhi ovviamente rinunciare al proprio interesse nazionale, potrebbe servire a valorizzare questo meccanismo, senza tuttavia attribuirgli il rilievo di una terza

Camera virtuale dell'Unione, come sostenuto da una parte della dottrina<sup>2338</sup>. L'ipotesi di un approccio più collaborativo va considerata soprattutto nella prospettiva in cui si compia una riforma volta a rafforzare le prerogative parlamentari e a potenziare gli effetti complessivi del meccanismo di revisione della sussidiarietà nel quadro della legislazione della Ue. A ciò dovrebbe poi accompagnarsi un'azione di raccordo più intensa con i rispettivi esecutivi sul versante interno per consentire una difesa unitaria degli interessi nazionali a livello sovranazionale.

Infine va osservato che un migliore livello di informazione e comunicazione tra i Parlamenti nazionali potrebbe avere risvolti positivi anche sul piano del dialogo politico e, soprattutto, potrebbe rendersi necessario per utilizzare la *green card* qualora ne venisse formalizzata la istituzione mediante la individuazione di una soglia di Parlamenti per la sua attivazione.

Nell'ambito della cooperazione interparlamentare, invece, potrebbe essere utile formalizzare e valorizzare il ruolo di un organo che si occupi del coordinamento della cooperazione interparlamentare, capace di stimolare e orientare il funzionamento delle sedi di raccordo interparlamentare esistenti, senza lederne la relativa autonomia organizzativa e funzionale. Oltre a ciò, la cooperazione interparlamentare potrebbe essere ricostruita su più solide basi, implementando, ad esempio, il sistema di cooperazione *by committee*, come suggerito più di recente dalla dottrina, per dare spazio e rappresentanza ai gruppi delle opposizioni nazionali che rappresentano il vero plusvalore delle istituzioni parlamentari e delle dinamiche di cooperazione interparlamentare<sup>2339</sup>.

Questo processo di razionalizzazione della cooperazione interparlamentare, che richiede comunque una collaborazione su un piano più paritario tra Parlamento europeo e Parlamenti nazionali, dovrebbe contribuire a rafforzare l'azione di indirizzo e controllo delle Assemblee nei confronti dei rispettivi esecutivi ad ogni livello e nei diversi settori di intervento degli strumenti cooperativi.

In questa direzione, ad esempio potrebbe rivelarsi proficua una maggiore cooperazione interparlamentare in settori di matrice fortemente intergovernativa, come ad esempio quello della *governance* economico-finanziaria, dove lo sviluppo della collaborazione interparlamentare di tipo orizzontale e verticale potrebbe rivestire un ruolo importante per alimentare un circuito informativo virtuoso sulle scelte istituzionali strategiche della Ue e sulle politiche finanziarie ed economiche degli Stati membri nel quadro del semestre europeo.

In linea generale l'impostazione richiamata, fondata su un approccio collaborativo e non ostruzionistico, sembra porsi maggiormente in linea con un'interpretazione complessiva delle disposizioni dei Trattati e dei Protocolli dedicate ai poteri europei

<sup>2338</sup> I. Cooper, *A virtual third Chamber for the European Union? National Parliaments after the Treaty of Lisbon*, cit.

<sup>2339</sup> Il riferimento è alla proposta avanzata in dottrina da N. Lupo, C. Fasone (cur), *op. cit.*, 355, che vedono in questa tipologia una valida forma di cooperazione per integrare le opposizioni parlamentari nell'Eu *decision making process*.

dei Parlamenti nazionali, in connessione con gli altri principi fondamentali dell'architettura istituzionale dell'Ue, da cui sembrerebbe evincersi la volontà di avanzare verso un sistema parlamentare integrato, "euronazionale", fondato, almeno per ora, sulla compresenza e la collaborazione reciproca tra il Parlamento europeo e i Parlamenti nazionali e sulla valorizzazione delle connessioni tra loro esistenti.

E' possibile dunque chiedersi se non sia preferibile, anche in prospettiva, rilanciare in chiave collaborativa il ruolo complessivo dei Parlamenti nazionali nell'ordinamento europeo<sup>2340</sup>, allontanandosi da quelle proposte che- in senso opposto- suggeriscono, ad esempio, di attribuire loro un potere di veto individuale o collettivo (*red card*), ovvero di creare una assemblea composta esclusivamente dai Parlamenti degli Stati membri dell'Eurozona, con complicazioni ulteriori per l'organizzazione e il funzionamento della Ue. L'inclusione dei Parlamenti nazionali nei circuiti decisionali europei in chiave dialogica e collaborativa presenta il duplice vantaggio di integrare il pluralismo politico di cui tali istituzioni sono espressione, senza sganciarne completamente l'azione da quella dei rispettivi esecutivi nazionali, scongiurando così i rischi di una marcata accentuazione delle polarità nazionali ed eventuali riflessi negativi sull'efficacia del processo decisionale europeo. Un'impostazione di tale natura aspira in sostanza a valorizzare il contributo dei Parlamenti nazionali al rafforzamento della democrazia rappresentativa sulla quale si regge il funzionamento dell'Unione, assegnando loro poteri autonomi propri da esercitare autonomamente ma in continua dialettica con gli esecutivi nazionali, in maniera da evitare l'insorgere di conflitti inter-istituzionali sul versante interno e uno sdoppiamento della volontà statale in sede europea.

Questa prospettiva di partecipazione dei Parlamenti nazionali all'EU *decision making process*, per quanto basata su un modello di integrazione debole, è tuttavia quella che si allinea più facilmente all'assetto costituzionale attuale dell'Unione, che risulta attraversata in questa fase da forti spinte disgregative che minano la sua stessa unità e richiedono di rilanciare il progetto europeo su basi sicuramente più partecipative e democratiche, ma al tempo stesso di semplificare, e non di complicare ulteriormente, il suo funzionamento politico-istituzionale.

---

<sup>2340</sup> Si v. in questa direzione il rapporto della Tweed Kamer, *supra cit.*, ove si suggerisce di rafforzare la cooperazione interparlamentare come strumento di valorizzazione dei singoli Parlamenti nazionali. Nel rapporto si evidenzia come un singolo parlamento nazionale possa svolgere isolatamente un ruolo molto limitato mentre in collaborazione con gli altri "one's own parliament becomes stronger"

## DEBITO PUBBLICO E COSTITUZIONE AMERICANA: UNA PROSPETTIVA STORICA

di Jan Sawicki \*

Sommario: 1. Introduzione – 2. La Costituzione e il debito come problema storico – 3. Il disavanzo come problema strutturale nel XX secolo e le misure legislative di sistema approvate per combatterlo – 4. Il *debt ceiling* e il contenimento del debito federale – 5. I tentativi infruttuosi di introdurre un emendamento costituzionale volto al *balanced budget* – 6. Considerazioni conclusive.

### 1. Introduzione

«Fifty-five citizens of twelve states gathered to decide how to pay past due bills from the War of Independence. They solved that problem by creating a new nation, the United States of America»<sup>2341</sup>. A qualcuno potrà apparire un' enfasi persino eccessiva, ma sembra appurato che il peso del debito contratto dalla precedente debole Confederazione, allo scopo di assicurarsi la liberazione definitiva dalla madrepatria britannica, sia stato un impulso importante tra quelli che hanno propiziato, nella Convenzione di Filadelfia, la genesi di ciò che si sarebbe poi trasformato in una superpotenza mondiale<sup>2342</sup>.

Se si osservano le Costituzioni in vigore, quelle storiche, le successive revisioni o testi normativi anche a livello sovranazionale di livello materialmente costituzionale, dall'angolazione dei rapporti con il tema della finanza pubblica, se ne ricava l'impressione che i primi documenti di sistema ad ammettere, a legittimare il ricorso all'indebitamento o l'accumulazione di debito come strumento di governo dell'economia, o anche solo a evocare tali concetti, siano stati per apparente paradosso quelli orientati alla loro più stringente disciplina o limitazione. In realtà la constatazione da fare al riguardo è un po' più ricercata, ai limiti della sofisticazione. Diverse Costituzioni storiche non ignorano il problema del debito pubblico e ne fanno menzione, preoccupandosi in genere di assicurare l'impegno a onorarlo. Ma la differenza sottile con quelle attuali (o con molte di loro, e in ogni caso con alcune più

---

\* Dottore di ricerca in *Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate*. Professore a contratto presso l'Università Statale e Cattolica di Milano.

<sup>2341</sup> B. White, *America's Fiscal Constitution. Its Triumph and Collapse*, New York, 2014, p. 1. Bill White, avvocato e più volte sindaco democratico di Houston, già viceministro federale dell'energia dal 1993 al 1995, avvia così un affresco storico del rapporto tra finanza pubblica, debito e Costituzione americana, che è anche una trattazione riconosciuta come una tra le più complete che siano mai state compiute in merito alla c.d. costituzione finanziaria del suo paese.

<sup>2342</sup> La capacità di garantire il debito, insieme a una più efficace protezione tariffaria contro la concorrenza estera, sono state identificate come i due propellenti essenziali nella Convenzione, secondo la lettura di Ch. A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York, 1913. Per quanto opera controversa, la monografia opera tra l'altro una minuziosa indagine sociologica sui componenti della Convenzione e sui loro *constituents*, per evidenziare quanto gli interessi economici personali abbiano pesato sulle scelte operate.

recenti revisioni) sta nel fatto che non considerano in genere una grandezza come il deficit, o il disavanzo<sup>2343</sup>. L'assunto di partenza di molte Costituzioni attuali, al contrario, ritiene necessario prendere di mira il deficit, isolato essenzialmente per esercizi annuali, in quanto considera che il controllo su questo fenomeno sia lo strumento appropriato per facilitare la sostenibilità del debito consolidato complessivo, il quale proprio per questo motivo non viene considerato come dato statico ma tenuto sotto osservazione come realtà mutevole, e proprio perciò anche più insidiosa. Ci si potrebbe chiedere se il silenzio in merito da parte di molte delle carte preesistenti<sup>2344</sup> vada inteso come indifferenza rispetto al problema, come implicita accettazione per politiche di indebitamento incrementale o all'opposto come contrarietà alle stesse, una contrarietà che neanche viene espressa in quanto magari ritenuta superflua per l'eterodossia, a quei tempi, di politiche di deliberato ricorso al debito a fini di strategia economica. Ad ogni modo la realtà preesistente e ancor più quella attuale sono alquanto complesse e variegate in questa materia. Se nel caso delle Costituzioni europee continentali, in prevalenza del secondo dopoguerra, si è parlato talora di orientamenti keynesiani impliciti<sup>2345</sup>, l'opposto vale per la Costituzione americana, in merito alla quale si è ragionato di un «principio costituzionale implicito» che imponeva – o almeno a lungo si ritenne imponesse – di commisurare le spese federali alle entrate tributarie<sup>2346</sup>. Ma è davvero così, e lo è sempre stato?

<sup>2343</sup> Con riferimento alla Costituzione americana e alla recente crisi sul debito – ritenuta largamente politica piuttosto che costituzionale –, si è sostenuto (M. Tushnet, *The United States Constitution and the Great Recession*, in X. Contiades (ed.), *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Farnham, 2013, p. 287) che «the Constitution's age meant that it lacked provisions on fiscal matters that are more common in more modern constitutions».

<sup>2344</sup> Si considerino evocazioni come quella contenuta nell'art. 31 dello Statuto albertino, per cui «Il debito pubblico è garantito. Ogni impegno dello Stato verso i suoi creditori è inviolabile». Si tratta in effetti di affermazioni che da un lato si riferiscono a un debito pregresso, presupponendone l'esistenza come un dato di fatto, senza con ciò prendere posizione sull'uso del debito come strumento attivo di politica economica; e dall'altro sono in qualche misura dichiarazioni doverose. L'idea dell'eccezionalità del ricorso al debito pare confermata in F. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, vol. II, Torino, 1909, p. 190, dove si afferma che «[l]e entrate statali si distinguono [...] in ordinarie e straordinarie. Il tipo delle prime è costituito dalle imposte: il tipo delle seconde è costituito dal debito pubblico», anche se l'interpretazione si fa oscillante in alcuni passi successivi dello stesso commento. Sono però di grande interesse le considerazioni in cui si rammenta lo scrupolo volto a onorare il debito statale espresso dalle Costituzioni francesi del 1791, 1814, 1830, cui lo Statuto sabauda del 1848 si sarebbe ispirato, scrupolo che è raffigurato come un caposaldo dello stato di diritto, in contrapposizione con le frequenti bancarotte, più o meno fraudolente, operate in tempi di *ancien régime* dai vari Sully, Luigi XV, Richelieu, Tarray, Law.

<sup>2345</sup> A. Predieri, *Euro, poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, 1998, p. 190-ss., ha elaborato una complessa classificazione di alcuni sistemi costituzionali operando una distinzione tra costituzioni keynesiane e anti-keynesiane (e ponendo attenzione a inglobare grandi scelte di indirizzo legislative e giurisprudenziali nel modo complessivo di intendere il termine «costituzione»). I risultati di questo sforzo di classificazione sono per riconoscimento dello stesso A. problematici e non univoci, tanto che le disposizioni socio-economiche di alcuni paesi dopo il secondo dopoguerra, a cominciare da diversi enunciati della Costituzione formale italiana, pur avendo spiccato contenuto 'sociale', non sono stati considerati come pacificamente conciliabili con la teoria di Keynes. Anche l'«equilibrio economico generale», introdotto nell'art. 109 della Legge fondamentale con la revisione del 1967, si presta a diverse interpretazioni. L'analisi è invece più univoca nell'indicare i documenti materialmente costituzionali considerati di impostazione anti-keynesiana, tra i quali Predieri annovera come modello il TUE del 1992, facendo ampi riferimenti alla scuola della *Public Choice*.

<sup>2346</sup> A. Zorzi Giustiniani, *Costituzione americana ed equilibrio finanziario. Il caso della legislazione antideficit*, Ospedaletto, 2000, p. 17.

La crisi finanziaria esplosa nel 2008, e propagatasi nel mondo come collasso degli assetti socioeconomici complessivi, è stata imputata a cause differenziate a seconda degli orientamenti dei singoli osservatori, ma nessuno ha messo in dubbio l'evidenza che essa ha trovato il suo epicentro almeno iniziale negli Stati Uniti d'America. Laggiù come altrove essa ha preso dapprima le forme di un collasso del sistema finanziario privato, ma non ha potuto evitare di trasfigurare in una crisi dei debiti 'sovrani'. L'inesorabile metamorfosi ha messo alla prova gli ordinamenti democratico-liberali in merito alla tenuta della loro capacità di mantenere promesse di più o meno elevati livelli di prestazione e protezione sociale, che in maniera più o meno dettagliata e formalizzata erano stati quasi ovunque elevati al rango di diritti formali, anche costituzionali. Quello dei debiti sovrani è oggetto di un interesse robustamente rinnovato dalla nuova situazione storica ma non certo di un interesse senza precedenti, dal momento che crisi dei debiti sovrani, anche estremamente acute, si erano già prodotte in altre epoche e in ordinamenti che non avevano gli stessi connotati sociali di quelli attuali, a dimostrazione di come, per un verso, non sono necessariamente gli aspetti 'sociali' delle odierne Costituzioni a dover essere aprioristicamente additati come gravame incompatibile con la sostenibilità dei debiti pubblici, ma d'altra parte non si possa neanche credibilmente affermare che la doverosa presa in carico del problema, anche in termini costituzionali, comporti un 'attacco' *tout court* a questi principi come necessità prioritaria o anche come conseguenza non intenzionale<sup>2347</sup>.

Da queste circostanze, in ogni caso, sorge l'interesse rinnovato a un'analisi del rapporto che la Costituzione americana instaura con il tema del bilancio, del debito, dei relativi equilibri, sia sotto il profilo della gestione delle scelte passate che sotto quello dell'impostazione di quelle future. Il primo oggetto di osservazione non può che essere quello del dato normativo grezzo, poiché una comprensione adeguata dell'intento dei Padri costituenti non potrà essere metro unico di giudizio dell'attualità ma neanche merita di essere ignorato, e ciò al di là di ogni propensione per l'*original intent* verso il quale non si professa qui alcuna adesione indiscriminata. Piuttosto si ritiene che la conoscenza dei riferimenti normativi pertinenti debba essere quanto meno un punto di partenza da mettere a raffronto con le politiche perseguite nel tempo successivo, perché solo così si può dare una valutazione in merito alla loro opportunità o efficacia, ma anche per quanto attiene alla loro corrispondenza ai principi ispiratori della federazione.

Vi sono poi almeno tre altre chiavi di lettura del problema, ciascuna meritevole di attenzione. Una, sul piano della forma di governo, è quella delle relazioni tra *governance* del debito pubblico, del deficit, e rapporti tra organi costituzionali, istituzioni, partiti – per come e quando questi sono entrati in gioco – e spinge a indagare quanto le

---

2347 In questo senso T.F. Giupponi, *L'equilibrio di bilancio in Italia, tra Stato costituzionale e integrazione europea*, in A. Morrone (a cura di), *La Costituzione finanziaria. La decisione di bilancio dello Stato costituzionale europeo*, Torino, 2015, p. 38, per cui, lungi dal sacrificare diritti che sono ormai compressi, semmai, da un pregresso debito insostenibile, l'equilibrio di bilancio – di recente introduzione nella Costituzione italiana – può rappresentare un'importante opportunità di attuazione dello stesso disegno costituzionale.

dinamiche della prima abbiano eventualmente influito sul secondo argomento<sup>2348</sup>. La seconda è ancora più ampia, fino a lambire la forma di stato. Ci si riferisce alla sfera dei diritti e a quella peculiare, complessa e discussa loro categoria che riguarda i rapporti intergenerazionali, una *grande muette* dei nostri giorni, rapporti che richiedono che alle generazioni future – mute appunto in quanto non possono parlare né votare –, ma in parte anche a quelle presenti, non sia imposto di sobbarcarsi i costi di scelte non lungimiranti compiute in precedenza, o comunque di esserne condizionati in modo inderogabile<sup>2349</sup>. La delicatezza dell'argomento va riconosciuta insieme alla sua complessità, ma non si può negare la sua rilevanza, che non è minore rispetto agli altri motivi di interesse. La terza chiave di interpretazione è quella che fa riferimento al *tipo* di stato, o ai rapporti tra federazione e stati membri, sia pure in un'ottica del tutto particolare. Non sembra sia stato molto rilevato in dottrina, a quanto pare anche in quella americana, l'intreccio tra il tema del debito e il modo in cui le istituzioni federali si sono poste nei confronti degli stati (e viceversa). Gli oltre due secoli di storia americana sono un banco di prova che potrebbe dare luogo a spunti per raffronti anche con la (alquanto differente, certo) esperienza europea attuale. L'Unione fondata sulla Costituzione del 1787 non ha mai accettato per sé, nonostante sia letteralmente nata insieme al problema, che limitazioni formali al livello più solenne del proprio sistema normativo fossero apposte al volume di debito accumulato e al ricorso incrementale al mercato, allo scopo o nel tentativo di assicurarne quella sacralità che pure ne costituiva marchio di fabbrica; essa ha poi ripetutamente aggirato, scansato più spesso che respinto, emendamenti costituzionali che la potessero vincolare in tal senso<sup>2350</sup>, pur essendo costantemente assillata dal problema che però cercava di tenere a bada nella sola dimensione della legislazione ordinaria. La stessa Unione ha avuto (quasi) sempre successo, almeno fino ai nostri giorni, a fronteggiare il problema nonostante tutto. Essa però ha lasciato, a più riprese, che molti suoi stati membri andassero in *default*, come se ciò fosse indifferente o non avesse conseguenze sulle sorti della stessa federazione. Così gli stati, non aiutati o aiutati con estrema parsimonia in tal senso, in nettissima prevalenza si sono via via dotati nelle rispettive Costituzioni di vincoli variamente assortiti relativi a spesa, indebitamento, tassazione o equilibrio finanziario. Ciò, a quanto pare, è avvenuto in ampia autonomia<sup>2351</sup> – si è trattato dunque di vincoli assolutamente 'interni', contrariamente a quanto accaduto altrove<sup>2352</sup> – anche quando l'ingerenza della federazione si è dilatata a dismisura in

2348 Z. L. Hutchinson, *Whose Authority? Executive Power and the Debt Crisis of 2011*, in *University of La Verne Law Review*, 34, 2012-2013, pp. 167-ss.

2349 G. Bognetti, *Costituzione e bilancio dello Stato. Il problema delle spese in deficit (Note ispirate dalla lettura di un libro di G. Rivosecchi)*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2008, p. 19.

2350 Per queste vicende G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. II, La Costituzione democratica*. Torino, 2000, pp. 177-178.

2351 P.-A. Van Malleghem, *(Un)balanced Budget Rules in Europe and America*, in M. Adams, F. Fabbrini, P. Larouche (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford, 2014, p. 153, parla di una «'no-bailout' policy» che sarebbe stata tacitamente adottata dal governo federale, che non era da ritenersi scontata considerato l'ancora recente precedente successivo alla Guerra d'indipendenza.

2352 Come si è acutamente osservato (G. Bognetti, *Mercato unico e esperienze federaliste. Stati Uniti d'America e Unione europea (abbozzo di un sommario, parziale raffronto)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, III, 2013, pp. XX-ss.), a

quasi ogni altro angolo della vita pubblica, trasformando l'originale federalismo 'duale' in uno 'cooperativo'. Se si assume come premessa – come chi scrive è disposto a fare, pur con dubbi e distinzioni del caso – che limitazioni al debito o all'indebitamento possano essere strumenti utili per salvaguardare la tenuta di un ordinamento e la sua coesione sociale, a condizione di essere bene impostati e implementati, da questo presupposto può discendere un'altra conseguenza da sottoporre a verifica. Anche senza indagare sul perché la federazione non abbia accettato per sé regole che neanche, per vero, ha imposto ai suoi enti federati<sup>2353</sup>, ma che ha lasciato che essi si dessero dopo aver messo bene in chiaro che non vi era troppo aiuto da aspettarsi dal centro, vi è la possibilità che la relativa resilienza degli stati, nel corso del tempo, a choc finanziari eccessivi, non certo ostacolata da vincoli di questo tipo, abbia portato giovamento alla stessa federazione.

## 2. La Costituzione e il debito come problema storico

La Costituzione rese il debito della Confederazione «valid against the United States» (art. 6 sez. I). Quello ereditato era un fardello immenso per una nazione giovane e con scarsissime disponibilità di cassa in termini di capacità contributiva. Peraltro, come ben noto, la ratifica del testo non fu un processo facile, e ciò per diversi motivi tra i quali quello fiscale in generale, e legato al debito in particolare, non era affatto secondario. Se alcuni stati intendevano condizionare la propria ratifica alla previa adozione di un *bill of rights*, quello di New York tentò di pretendere un emendamento grazie a cui l'autorizzazione a contrarre *nuovo* debito federale, in aggiunta o in compensazione con quello da ritirare del passato, fosse approvabile dal Congresso con un voto a maggioranza qualificata dei due terzi<sup>2354</sup>. L'emendamento fu ritenuto irricevibile, e la sua mancata accettazione può far propendere per la tesi che semmai la nascita Unione intendesse tenersi le mani libere sul tema; benché la circostanza possa anche rappresentare un indizio per confermare l'opinione diffusa secondo cui i riferimenti al debito contenuti nella Costituzione fossero da intendersi come circoscritti a quello pregresso, e che per il resto vi fosse tacita ostilità verso uno strumento il cui abuso, nella convinzione di molti, avrebbe potuto minare la stabilità

---

dispetto del fatto che secondo consolidate categorie dottrinarie gli USA siano uno stato federale mentre la UE una c.d. organizzazione sovranazionale, in realtà «l'autonomia finanziaria degli stati membri europei è soggetta oggi ad alcune potenti restrizioni ignote a quella degli americani, e la struttura federale dell'Unione europea assomiglia oggi, sotto questo aspetto, a quella di un tradizionale stato regionale, anche non particolarmente decentrato».

2353 E' il X emendamento, con l'affermare che «The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States, respectively, or to the people», a immunizzare quasi ogni aspetto della politica di bilancio degli stati da un controllo federale diretto o indiretto, secondo V.P. Nanda, *Limitations on Government Debt and Deficits in the United States*, in *The American Journal of Comparative Law*, 62, 2014, p. 554. Questa spiegazione tuttavia è solo in parte soddisfacente, dal momento che altre ingerenze federali su materie in origine statali si sono affermate e spesso consolidate.

2354 B. White, *America's Fiscal Constitution*, cit., p. 24.

degli assetti sociali del nuovo ordinamento<sup>2355</sup>. Thomas Jefferson fu autore di lì a poco di un'altra proposta di emendamento in tal senso, anche con l'argomento 'pacifista' che i debiti servivano spesso a fare guerra, e che la presa di coscienza da parte del popolo dei costi di un'avventura bellica, inevitabile se questa avesse dovuto essere finanziata con la sola tassazione, lo avrebbe reso più recalcitrante in questo senso. Ma la proposta incontrò la determinante obiezione da parte di James Madison, con l'argomento che un divieto troppo esplicito di indebitamento avrebbe fatto correre il rischio di impedire anche qualche scelta «that could benefit posterity»<sup>2356</sup>, come si era fatto in passato della guerra d'indipendenza. Il debito pubblico anche per Madison restava da considerare un nemico, ma i principi per combatterlo dovevano fondarsi più sull'esperienza pratica che sulla teoria. Si andava così sedimentando una sottile contrapposizione tra coloro che interpretavano l'obbligazione costituzionale di onorare il debito come male passato da estinguere al più presto possibile e quanti cominciarono a considerarlo, e accettarlo, come una massa in qualche misura destinata a restare permanente, ma da gestire nel modo più oculato possibile.

Per alcuni decenni dalla nascita della repubblica, il governo federale non fece ricorso di nuovo al mercato se non del tutto sporadicamente e con puntuali giustificazioni di scopo, come preservare l'unione, assicurarne i confini appena acquisiti, estenderli poi verso ovest. Le amministrazioni presidenziali che si succedevano subordinavano ogni altro obiettivo a quello di ritirare, letteralmente, il debito ancora risalente alla guerra d'indipendenza<sup>2357</sup>. La curva dell'onere originario ebbe un andamento non costante, ma con una vistosa riduzione progressiva che si alternava solo a picchi momentanei di crescita, come quelli che si ebbero in occasionali eventi bellici o al momento del *Louisiana Purchase* (1803). Il governo seppe dimostrare che spese come quest'ultima si giustificavano come autentici investimenti, dato che le terre federali di nuova acquisizione venivano vendute, a milioni di ettari, a cittadini americani ansiosi di trasferirvisi per cercare nuova fortuna. In questo caso si realizzò una congiuntura particolarmente favorevole tra economia e avanzamento politico, dal momento che il rientro del debito per alienazione di immensi beni demaniali in tutti i nuovi stati sorti da questa acquisizione si accompagnò ad una notevole estensione dei requisiti per usufruire dei diritti politici, e in particolare elettorali, da parte dei nuovi residenti, così da rendere la vita politica più popolare in ogni senso del termine. La crescita economica vigorosa, interrotta solo da brevi recessioni, fece la sua parte nella riduzione del debito, in particolare rispetto al reddito prodotto. Si aggiunse a ciò il ruolo assunto da diversi Presidenti – soprattutto James Madison (1809-1817) ed Andrew Jackson (1829-1837) – con il porre veti a leggi congressuali a forte carattere di spesa. Motivazioni politiche si alternavano continuamente ad argomenti di natura

2355 Ma secondo art. I, sez. 8, cl. 2, «The Congress shall have power...[t]o borrow money on the credit of the United States», disposizione che per oltre un secolo fu interpretata in modo restrittivo.

2356 B. White, *America's Fiscal Constitution*, cit., p. 28.

2357 A tale scopo, anche se in via non esclusiva, doveva servire anche l'istituzione di una banca federale, avvenuta fin dal 1791, come ricorda D. M. O'Brien, *Constitutional Law and Politics. Struggles for Power and Governmental Accountability*, Volume One (Fourth Edition), New York, 2000, p. 508-ss.

costituzionale nell'apposizione dei primi veti presidenziali<sup>2358</sup>; anche quando gli argomenti costituzionali fossero prevalenti, essi tendevano a confondersi tra loro, poiché la questione giuridica dei poteri enumerati *ex art. 1, sez. 8, Cost.*, che serviva a limitare l'ingerenza della federazione nell'autonomia degli stati, implicava sovente conseguenze di spesa che si intersecavano con il principio generale non scritto votato all'equilibrio di bilancio e in ogni caso avverso all'indebitamento indiscriminato<sup>2359</sup>.

Il 1835, all'apogeo della presidenza Jackson, fu l'anno in cui poté essere celebrato con grandi festeggiamenti l'ammortamento del debito federale<sup>2360</sup>. Nuove nubi però si addensavano inaspettatamente all'orizzonte. Il governo federale estinse il debito accumulando successivi attivi di bilancio sugli esercizi annuali. Pochi erano disposti a vedere questo come un problema, ma intanto in Congresso si era aggregata una coalizione di interessi locali allo scopo di approvare una legislazione volta a distribuire agli stati questi surplus, alla quale neanche Jackson fu più capace, alla fine, di opporsi. Nel volgere di pochi anni, gli stati usufruirono di questi ingenti trasferimenti, sommandoli ad autonomi ricorsi all'indebitamento, specialmente ad opera di creditori esteri, per istituire banche, costruire ferrovie, strade e canali che non ebbero il ritorno atteso in termini di reddito permanente<sup>2361</sup>, tale da ripagare i debiti contratti. Appena si profilò una recessione come il Panico del 1837, otto stati americani precipitarono in *default*, con l'incapacità almeno temporanea di far fronte alle proprie obbligazioni, e quattro giunsero al ripudio parziale o totale del proprio debito. Il governo federale, ora sotto il Presidente Van Buren, rifiutò risolutamente ogni intervento a salvataggio di questi stati, a quanto pare con il consenso fortissimo dell'opinione pubblica persino negli stati rovinati dall'insolvenza.

Anche questo incidente di percorso non impedì agli Stati Uniti di avere numerosi anni di vertiginosa crescita economica, potendosi permettere oneri come l'annessione del Texas e la *Mexican Cession*. Il rifiuto da parte della federazione di prendersi carico delle insolvenze di alcuni suoi stati – mentre di buon grado si accollava quelle dei territori appena acquisiti – fu solo una parte di questo successo, sommandosi alla crescita della produzione industriale e di quella agricola, mentre il paese era destinazione di un'immigrazione sempre più massiccia. Una migliore strategia finanziaria è considerata anche alla base della vittoria degli Stati Uniti sui confederati

2358 Un'analisi approfondita dell'istituto, della sua genesi e del successivo impiego in A. Buratti, *Veti presidenziali. Presidenti e maggioranze nell'esperienza costituzionale statunitense*, Roma, 2012.

2359 Quanto 'giocasse' su questo aspetto soprattutto Andrew Jackson è messo in rilievo da B. White, *America's Fiscal Constitution*, cit., p. 77, secondo cui «voters applauded the president's role as the guardian of tax dollars». Si trattava di un'epoca storica in cui il sentimento diffuso per la stabilità delle finanze pubbliche era sentita, persino con accenti populistici, dato che la maggior parte dell'elettorato appoggiava questi veti, pur apposti su leggi approvate da congressisti eletti, considerandole espressione di interessi di settori ristretti della società.

2360 Ibidem, p. 78.

2361 Di «waste, overbuilding and mismanagement» ha parlato R. Briffault, *State and Local Finance*, in G. Alan Tarr, R. F. Williams (eds.), *State Constitutions for the Twenty-first Century*, Volume 3, Albany, 2006, p. 213. Sembra implicita nell'articolo la riprovazione per il fatto che, lungi dal potersi elevare una critica al settore privato che ha lottato per procurarsi un eccesso di credito in vista di progetti sovradimensionati e privi di un ritorno economico, si voglia criticare il settore pubblico, e in particolare gli stati, per aver incoraggiato con finanziamenti mirati ma non meditati iniziative il cui rischio avrebbe dovuto restare circoscritto ai privati. Sembra potersi parlare dunque di un caso di fallimento dello stato piuttosto che del mercato.

secessionisti del sud, in seguito alla guerra civile sorta nel 1861. Gli Stati Uniti fecero ricorso a tecniche innovative di indebitamento e non esitarono a imporre una maggiore tassazione per fronteggiare il conflitto, lasciando i ribelli confederati indietro sotto entrambi questi aspetti.

La guerra civile portò con sé due conseguenze dirette, importanti e durature di politica fiscale, implicanti modifiche espresse della Costituzione, anche se non entrambe immediate. Il debito contratto dalla federazione determinò una mutazione degli indirizzi di politica economica nei rapporti tra centro e periferia. Sul piano strettamente tributario la grande innovazione fu quella di introdurre un'imposta federale sul reddito, inizialmente assai moderata, che avrebbe colpito con un'aliquota del 5 per cento i redditi compresi tra 600 e 5000 dollari, e del 10 quelli al di sopra di 5000 dollari. A dispetto della forma di legge ordinaria, questa innovazione produsse un immediato contraccolpo costituzionale, nella forma di alcune decisioni giurisprudenziali. L'imposta fu soppressa nel 1873, quando ne venne meno la necessità, a dimostrazione della sua stretta correlazione con il debito contratto e della provvisorietà dello stesso, legato a gravi ma contingenti ragioni. Ma un precedente, almeno politico, era stato creato. La sua reintroduzione nel 1894, in tempo di pace, con un Congresso a maggioranza democratica, sfociò nel celebre caso *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co*<sup>2362</sup>. La Corte suprema, a stretta maggioranza di cinque contro quattro, giunse alla conclusione che quella sul reddito, in particolare nella parte in cui colpiva redditi da proprietà, aveva carattere di imposta diretta. Proprio per questo, dunque, la legge che la istituì era incostituzionale per contrasto con l'art. I, sezione 2, § 3 della Costituzione, a norma del quale tutte le imposte federali dirette sono soggette ad *apportionment*, imponendo quindi di stabilire prima un gettito complessivo a livello federale e poi di ripartirlo secondo criterio demografico determinato dal numero di rappresentanti che ogni stato invia al Congresso. Anche in un ordinamento come quello americano di allora, ancora allo stadio della sua versione puramente «liberale»<sup>2363</sup>, l'esito di una soluzione di questo tipo sarebbe stato così aberrante, sul piano dell'elementare eguaglianza contributiva tra cittadini, che non si poté fare altro che rinunciare all'imposta federale sul reddito. Un tributo così caratterizzato, avvicinandosi a una finalità commutativa più che contributiva, avrebbe smentito alla base le finalità distributive che ne erano all'origine. Ma la decisione della Corte suprema, espressione oltretutto di un'interpretazione costituzionale da molti ritenuta superata, sembrò quasi volersi cercare un *overruling* in forma legislativa, il quale prese la forma del XVI emendamento alla Costituzione, adottato solamente nel 1913, con cui il potere impositivo su ogni tipo di reddito venne sottratto all'*apportionment* demografico. Fu dato così il via allo sviluppo delle imposte federali sul reddito personale e su quello d'azienda (*corporate*) con ciò segnando una svolta rispetto alla tradizionale forma usata per finanziare i servizi federali, che consisteva in tributi

2362 58 U.S. 601 (1895).

2363 Secondo il quadro offerto da G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. I. La Costituzione liberale*, Torino, 1998.

gravanti sui consumi e tariffe sulle importazioni, oltre che in un rinnovato ricorso all'indebitamento considerato incompatibile con un principio costituzionale non scritto di segno opposto<sup>2364</sup>.

Vi è poi una seconda conseguenza di notevole impatto sul tema delle finanze pubbliche e del debito in generale. All'interno dei tre *Reconstruction Amendments*, il XIV in particolare, entrato in vigore già nel 1868 con le necessarie ratifiche, contiene tra le numerose disposizioni una quarta sezione che afferma tra l'altro: «The validity of the public debt of the United States, authorized by law, including debts incurred for payment of pensions and bounties for services in suppressing insurrection and rebellion, shall not be questioned». Tra i diversi contenuti di grande importanza di questo emendamento, a lungo è stato trascurato quello relativo al debito, che però, a distanza di tempo, è tornato di attualità imponendosi all'attenzione, in maniera inattesa e a più riprese.

L'impennata del debito federale negli anni della guerra civile aveva fatto temere seriamente, per la prima volta, che anche la federazione potesse incappare in uno stato di formale insolvenza<sup>2365</sup>. Le necessità di ricostruire un paese prostrato dal conflitto, insieme a quella di preservarne l'affidabilità di credito anche sul piano internazionale, indussero il Congresso ad approvare questa clausola, l'unica incontrovertita dell'intero emendamento. Quanto il tema del debito di guerra fosse avvertito come mito 'rifondativo' della nazione è confermato dal vigoroso divieto formulato di seguito, volto a impedire che mai la federazione né alcuno dei suoi stati onorassero, invece, il debito assunto dai confederati ribelli e poi sconfitti<sup>2366</sup>. La chiarificazione operata dalla sezione quarta del XIV emendamento interveniva in un certo senso a chiudere il

2364 A. Zorzi Giustiniani, *Costituzione Americana ed equilibrio finanziario*, cit., p. 248, considera l'adozione del XVI emendamento una delle cause che hanno contribuito all'«espansione sconsiderata della spesa pubblica», paradossalmente per il fatto di aver impinguato le entrate del Tesoro, invogliando per questa via la federazione a spendere anche al di là delle proprie circoscritte attribuzioni costituzionali. Ad accogliere questa tesi, se ne ricava la paradossale conseguenza che proprio una misura costituzionale volta a meglio amministrare e assorbire il debito pregresso – oltre che a farlo in maniera più equa – sia stata tra le responsabili della sua successiva espansione. In ogni caso, l'impatto dell'emendamento sul «management of federal debt and budgets» è altresì riconosciuta da B. White, *America's Fiscal Constitution*, cit., p. 156. Una correlazione tra istituzione dell'imposta federale sui redditi ed espansione della spesa sembra anche condivisa da G.F. Ferrari, *Il presidenzialismo: l'esperienza statunitense*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, volume secondo, Padova, 1998, p. 326.

2365 Una ricostruzione analitica delle circostanze storiche che condussero all'adozione della quarta sezione del XIV emendamento, insieme a un'analisi filologica del suo contenuto, è stata svolta da D. Strickland, *The Public Debt Clause Debate: Who Controls This Lost Section of the Fourteenth Amendment?*, in *Charleston Law Review*, VI, 2012, pp. 778-ss.

2366 «But neither the United States nor any State shall assume or pay any debt or obligation incurred in aid of insurrection or rebellion against the United States, or any claim for the loss or emancipation of any slave; but all such debts, obligations and claims shall be held illegal and void». L'eliminazione della schiavitù era strettamente correlata al tema del debito, perché la redistribuzione della rappresentanza in Congresso a vantaggio degli stati del sud, che quella soppressione avevano dovuto subire, faceva temere che gli equilibri politici successivi, conseguenza dell'*Emancipation* degli schiavi, avrebbero imposto agli Stati Uniti di sobbarcarsi anche il costo dei cospicui prestiti accesi dai confederati (soprattutto presso banche francesi e inglesi). Occorreva dunque giocare d'anticipo. La vicenda dell'intero emendamento, compresa la questione del debito sullo sfondo, è ricostruita in modo esemplare da B. Ackerman, *We the People. Transformations*, 2, Cambridge, MA, 1998, pp. 230-ss, ove si accentua l'attenzione sui modi poco 'ortodossi' adoperati per far accettare le modifiche costituzionali agli stati ribelli, ponendo in sostanza la loro accettazione incondizionata di tali modifiche come prerequisito per reintegrarli nella rappresentanza entro il Congresso federale.

cerchio del rapporto della Costituzione col debito pubblico (almeno fino a quel momento): dopo averlo legittimato, pur ambiguamente, con l'art. I sez. 8, la revisione del 1868 intervenne a reiterare «the supra-political character of debt obligations», sancendo il carattere sacrale di queste ultime<sup>2367</sup>.

Sta di fatto che l'applicazione dell'emendamento in questione ha conosciuto una vita e uno sviluppo imprevisti. Mentre si è sostenuto con forza che l'intenzione del legislatore costituzionale non fosse affatto, fin dall'inizio, di circoscrivere l'applicazione dell'emendamento a un singolo caso storico, pur importante<sup>2368</sup>, l'esperienza successiva, a distanza di molto tempo, lo ha riportato ripetutamente di attualità, con almeno un caso giurisprudenziale di rilievo negli anni 30<sup>2369</sup> e un conflitto politico tra poteri, senza precedenti, in seguito alla crisi del debito esplosa tra 2011 e 2013, quando è tornato inaspettatamente al centro di accese discussioni giuridiche.

Nonostante le scarse conseguenze pratiche nel merito della decisione giurisprudenziale suddetta<sup>2370</sup>, era stato riaffermato un principio che molti consideravano tacitamente desueto, sostanzialmente *dead*, solo perché si era tramutato in diritto positivo in un diverso contesto storico, ed erroneamente solo a quello lo si era ritenuto applicabile.

Dopo l'episodica controversia conclusasi nel 1935, l'emendamento sul debito sprofondò di nuovo in un lunghissimo periodo di oblio, che coincise in realtà con una sua tacita e incontrastata applicazione (anche se non mancò chi lo ritenesse caduto in desuetudine)<sup>2371</sup>. Tornò bruscamente di attualità, in forme ancora più impreviste e controverse nel 2011, come si dirà di seguito.

### 3. Il disavanzo come problema strutturale nel XX secolo e le misure legislative di sistema approvate per combatterlo

2367 J. Hazan, *Unconstitutional Debt Ceilings*, in *The Georgetown Law Journal Online*, vol. 103, 2013-2014, p. 30.

2368 Secondo Ph. J. Eder, *A Forgotten Section of the Fourteenth Amendment*, in *Cornell Law Quarterly*, XIX, 1933, p. 15, «the intention was to lay down a constitutional canon for all time in order to protect and maintain the national honor and to strengthen the national credit», nonché «to establish a perpetual dike against momentary waves of inflation and repudiation, total or partial».

2369 *Perry v. United States*, 294 U.S. 330 (1935). John Perry aveva acquistato *Liberty Bonds*, emessi dal Tesoro federale in base alla legge, per un valore nominale di 10.000 dollari, il cui capitale, secondo impegno di legge, avrebbe dovuto essere restituito a scadenza. Come avveniva frequentemente allora, la legge impegnava a restituire il capitale in monete d'oro secondo il tasso di conversione che valeva al momento dell'emissione. Poiché nel frattempo l'oro si era enormemente rivalutato, il Congresso decise, con *Joint Resolution* del 5 giugno 1933, che la restituzione sarebbe avvenuta in cartamoneta per un ammontare che in realtà era di valore alquanto inferiore alla sottoscrizione originaria, adì le vie legali finché la Corte suprema, a maggioranza di cinque voti contro quattro, stabilì che proprio in virtù della quarta sezione del XIV emendamento il Congresso non aveva il potere di modificare unilateralmente le obbligazioni da esso assunte al momento di disciplinare l'emissione di debito.

2370 Ricostruita da M. Abramowicz, *Beyond Balanced Budgets, Fourteenth Amendment Style*, in *Tulsa Law Review*, Vol. 33, 1997, Vol. 2, p. 44.

2371 Ma, secondo M. Abramowicz, *Train Wrecks, Budget Deficits, and the Entitlements Explosions; Exploring the Implications of the Fourteenth Amendment's Public Debt Clause*, in *GW Law Faculty Publications & Other Works*. Paper 193, 2011, «Concerns about desuetude are generally less applicable in a constitutional context than in a statutory one. When a statute falls into disuse, it may no longer reflect the consensus of society. Constitutional provisions are inherently counter-majoritarian, binding one generation to at least the words chosen by another», p. 16.

In ogni caso, se principio implicito relativo all'equilibrio di bilancio vi fu, tale principio è rimasto illeso persino negli anni del *New Deal*, secondo una linea interpretativa per cui la finanza in deficit che fu già sperimentata in maniera piuttosto sistematica in quegli anni costituiva non già un dogma bensì «un rimedio transitorio a una congiuntura economica del tutto eccezionale»<sup>2372</sup>, mentre esso sarebbe stato abbandonato solo a partire dal 1960, dopo cioè che la dottrina keynesiana – o le interpretazioni che ne furono date – ebbe modo di diffondersi compiutamente e in piena consapevolezza politica, fino a divenire dominante<sup>2373</sup>. In realtà non vi è univocità tra gli autori nel determinare la data, o il periodo storico a partire dal quale il rispetto per finanze equilibrate non fu più considerato indiscutibile, al di là della sua iscrizione in testi normativi. Secondo un'altra interpretazione, è solo in tempi recentissimi, almeno in prospettiva di lunga durata, che si è ritenuto di poter procedere a ricorsi massicci al mercato per finanziare spese non altrimenti coperte da entrate tributarie. Quando il paese fosse impegnato anche in operazioni belliche all'estero, le spese necessarie sarebbero state coperte non con maggiore tassazione, come si era sempre fatto in passato, ma anzi quest'ultima sarebbe stata complessivamente addirittura ridotta e il fabbisogno sarebbe stato soddisfatto esclusivamente con un massiccio ricorso al mercato finanziario. E in ogni caso i nuovi debiti furono contratti in anni di espansione economica, completamente sganciati dunque da ogni giustificazione anticiclica di compensare fasi di recessione. Il simultaneo operare di tutti questi fenomeni si è riscontrato solo, secondo tale ricostruzione, a far data dai primi anni 2000, e più precisamente dal 2003<sup>2374</sup>.

Da parte di altro pensatore, rivolgendo lo sguardo al passato, si è stabilita una cesura radicale, ma anche più classica, tra due periodi della Repubblica nord-americana, il primo dei quali fa riferimento a un ordinamento «liberale», mentre il secondo – con una linea di demarcazione che però viene fatta coincidere piuttosto esattamente proprio con l'avvio del *New Deal* – viene definito «democratico», con mutazione di indirizzi di fondo del potere pubblico pur nel permanere di una Costituzione formale pressoché invariata<sup>2375</sup>. Sembra connaturata a questa periodizzazione l'attribuzione di

2372 A. Zorzi Giustiniani, *Costituzione americana ed equilibrio finanziario*, cit., p. 14.

2373 R.E. Wagner, R.D. Tollison, in R.E. Wagner, R.D. Tollison, A. Rabushka, J.T. Noonan (eds.), *Balanced Budgets, Fiscal Responsibility and the Constitution*, Washington, 1982, pp. 10-ss., hanno considerato il 1960 come un momento di svolta nella storia della costituzione fiscale americana in quanto punto di avvio di una cronicizzazione dei disavanzi del bilancio federale.

2374 B. White, *America's Fiscal Constitution*, cit., p. 14. Secondo questa lettura, pur rigorosa in quanto effettuata sulla base di riscontri ufficiali e incontestati sulla gestione dei conti pubblici, ma forse affetta da qualche inclinazione polemica sulla base di opzioni politiche, l'incremento dei deficit e l'accumulazione di debito sembrano essere state determinate, in qualche amministrazione repubblicana, più dalla sconsiderata propensione a ridurre la tassazione comunque e ad ogni costo che da una genuina indifferenza per il problema del debito.

2375 G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. I, La Costituzione liberale*, cit. Per vero l'A. rileva subito – *ivi*, p. 42 – come, per l'art. I, sez. 8, comma 1, l'imposizione tributaria debba servire anche «per pagare i debiti», sebbene si riconosca che il ricorso al mercato non era vietato, espressamente, in linea generale. Altra dottrina è del parere che fosse cosa universalmente accettata, tuttavia, che, nello spirito dei costituenti, l'indebitamento non solo fosse considerato inopportuno, ma dovesse ritenersi

una più rigorosa osservanza per l'equilibrio o persino il pareggio di bilancio durante la fase «liberale» della Repubblica, ciò che trova conferma nelle evidenze empiriche per le quali la stragrande maggioranza degli esercizi finanziari nel corso del XIX secolo si conclusero con degli avanzi anziché dei deficit, questi ultimi si presentarono solo a seguito di operazioni belliche o di depressioni economico-finanziarie (e neanche nell'intero perdurare di tali crisi), il debito accumulato si mantenne costantemente su livelli fisiologici al punto da poter essere almeno in gran parte ritirato appena le condizioni generali economiche lo consentissero<sup>2376</sup>. Come che sia, va considerato che la questione del debito e della relativa sostenibilità, per quanto si imponesse all'attenzione di molti dei coevi, non raggiunse mai realmente la gravità estrema del punto di non ritorno, né in ogni caso potrebbe presentarsi in tal modo ai nostri occhi, se non altro per il fatto che le dimensioni complessive della spesa pubblica negli Stati Uniti furono costantemente contenute su valori stimati tra il 6 e l'8 per cento del Pil fino ai primi due decenni del XX secolo<sup>2377</sup>.

L'intera evoluzione della politica finanziaria e di bilancio in oltre due secoli di storia degli Stati Uniti è del resto un indice empirico rivelatore dei mutamenti all'insegna dell'elasticità di due concetti fondamentali del costituzionalismo, quali il tipo di stato e la forma di governo. Sotto il primo aspetto basta considerare che, a fronte di un'impennata nella percentuale di Pil intermediata dal settore pubblico a partire dal XX secolo, la quota di tale intermediazione ad opera del governo federale, rispetto a quella svolta dagli stati federati, ha subito un incremento altrettanto forte, con ciò segnando un aspetto essenziale del passaggio da federalismo «duale» a «cooperativo». Ma anche la politica stessa del bilancio federale presenta aspetti del massimo significato sul piano dei rapporti tra gli organi costituzionali supremi<sup>2378</sup>, anche qui non senza forzature, magari necessarie ma comunque evidenti, tanto del testo

---

implicitamente vietato in linea generale e ammesso solo in caso di guerra e pochi altri straordinari eventi non prevedibili, e che il debito contratto andasse immediatamente ritirato non appena l'evento straordinario fosse cessato (A. Zorzi Giustiniani, *Costituzione americana ed equilibrio finanziario*, cit., pp. 255-ss., dove si ricorda che negli auspici di T. Jefferson l'ostilità al debito fosse anche finalizzata a «the reduction of the administration of our government to the genuine principles of its Constitution»). Secondo quest'ultima opinione, il rischio stava nel fatto che proprio la clausola sopra citata formasse un pretesto per allargare a macchia d'olio l'amministrazione federale e attentare per questa via alle classiche libertà).

2376 A. Zorzi Giustiniani, *Costituzione americana ed equilibrio finanziario*, cit., pp. 23-ss., pur osservando che – almeno tra i federalisti – non vi era ostilità di principio in merito all'indebitamento, mentre per converso gli antifederalisti erano «propensi a giustificare disavanzi a livello periferico, ma rigorosi fautori del pareggio a livello federale». Questi ultimi insomma identificavano rafforzamento del governo federale, ingerenza dello stesso nell'economia, incremento della spesa pubblica, emissione di titoli del debito pubblico, *deficit spending* come elementi di una stessa piega negativa da scongiurare.

2377 G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano. II*, cit., p. 216, che aggiunge l'interessante considerazione per cui in tutto questo periodo il volume delle spese sostenute dalla federazione oscillò tra un terzo e la metà di quelle operate dagli stati membri, dando così il senso preciso di quel federalismo duale che venne superato con il New Deal, quando il rapporto cominciò a invertirsi. Si può aggiungere che il volume complessivo della spesa pubblica si è dilatato da quel dato iniziale fino a circa il 35% del prodotto interno lordo, con un'espansione, relativa e assoluta, della spesa federale cui si contrappone un andamento di quella statale che si riduce solo in proporzione, ma non certo in termini assoluti.

2378 Secondo V.P. Nanda, *Limitations on Government Debt and Deficits in the United States*, cit., p. 543, il controllo del bilancio federale è stato sempre al centro di competizione tra esecutivo e legislativo, pur restando fermo che «the U.S. Constitution grants Congress the spending power of the government».

costituzionale quanto dell'*original intent*. Mentre infatti alcune questioni restavano in tutto o in parte indefinite, a cominciare dai limiti e dalle tipologie di tassazione, dal problema dell'indebitamento e del ricorso al credito, un elemento per lo meno doveva essere chiaro per definizione in forza di numerose disposizioni, quello per cui «I cordoni della borsa furono [...] posti nelle mani del Legislativo»<sup>2379</sup>, anche in ossequio alla tradizione e alla storia costituzionale della Madrepatria.

Il primo secolo abbondante di storia costituzionale è stato caratterizzato dall'assenza di uno schema organico e coerente di programmazione della politica finanziaria, con i due poteri impegnati a contendersi la massima parte possibile del potere decisionale. E' solo dal 1921 che, a seguito di un'esplosione del deficit negli anni immediatamente precedenti, la materia è incisa da una sostanziale modifica, condensata nel *Budget and Accounting Act*, che consente al Presidente di presentare annualmente al Congresso un progetto unitario di bilancio in luogo delle precedenti proposte disarticolate formulate da ciascun dipartimento, dotandolo tra l'altro di un potente *Bureau of the Budget*<sup>2380</sup>. Questa ampia riforma, invero, presentata come necessaria per razionalizzare la disciplina di una materia importantissima eliminando o riducendo sprechi e occasioni di corruzione, segnò un felpato trasferimento di poteri dal legislativo all'esecutivo, per il quale non mancavano dubbi di legittimità costituzionale, allontanati con l'argomentazione che in ogni caso restavano in capo al Congresso importanti attribuzioni di controllo.

Questo stato di cose perdurò fino al 1974, quando il *Congressional Budget and Impoundment Act* riequilibrò in parte la distribuzione dei poteri<sup>2381</sup>, in modo da attribuire al Congresso non la mera facoltà di approvare la legislazione di merito contenuta nel bilancio presidenziale, ma anche le cifre riassuntive di entrata e spesa con i relativi saldi. Il ciclo di bilancio era modificato nel senso di renderlo assai più complesso per quanto attiene ai requisiti tecnici, comportanti a loro volta la conoscenza di proiezioni macroeconomiche. Fu introdotta l'apposizione preliminare di limiti massimi in termini di spesa e minimi in termini di entrata (*ceilings*), che la successiva legislazione finanziaria avrebbe dovuto tenere in conto. Il Congresso fu dotato per la prima volta, tramite il *Congressional Budget Office*, di un organismo tecnico apartitico in grado di contrapporre se necessario proprie valutazioni documentate ai corrispondenti organi dell'esecutivo per quanto attiene a stime e proiezioni sull'andamento dell'economia, sulla politica di bilancio, sull'eventuale e frequente scostamento tra legislazione finanziaria successiva e totali di spesa preventivi.

Ma la riforma così brevemente descritta non fu in grado di prevenire il male più insidioso che negli anni successivi si sarebbe imposto all'attenzione dell'opinione pubblica, ovvero la dilatazione del deficit verso dimensioni mai conosciute in precedenza, neanche in anni di guerra. Esso si affacciò già sul finire degli anni settanta fino a esplodere al principio del decennio successivo, per effetto di un'espansione

2379 A. Zorzi Giustiniani, *Costituzione americana ed equilibrio finanziario*, cit., p. 46.

2380 Ibidem, p. 54.

2381 V.P. Nanda, *Limitations*, cit., p. 544.

inerziale della spesa pubblica, di seguito associata alla pretesa di ridurre le imposte nel contesto di una crescita economica poco soddisfacente rispetto a quella che era stata assunta e dunque non in grado di assecondare una politica in deficit ammorbidendone gli effetti<sup>2382</sup>. In un confronto incrociato continuo tra Congresso e presidente, nonché tra repubblicani e democratici, aumenti di spesa sociale furono barattati con aumenti per la spesa militare, senza che misure di compensazione tributaria venissero adottate, fino a raggiungere intorno a metà degli anni ottanta un deficit di 212 miliardi di dollari, pari al 5,35 del Pil, senza precedenti nella storia degli Stati Uniti.

E' da quel momento che scattò un allarme acuto sui rischi per la tenuta dell'ordinamento causati da una simile involuzione. Un primo effetto di quell'allarme fu la rapida approvazione, a dicembre del 1985, di un'importante legge di sistema, il *Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act*. A conferma di quanto il principio costituzionale implicito del pareggio di bilancio avesse bisogno almeno di una forte iniziativa legislativa per essere riportato in auge, dopo decenni di marginalizzazione o persino oblio, per la prima volta a livello federale la legislazione di bilancio fu modificata non solo sotto aspetti procedurali o di riequilibrio nei rapporti di forza tra poteri, bensì con l'introduzione di vincoli materiali e quantitativi all'indebitamento, da far valere negli anni e nelle legislature successive (non senza problemi di costituzionalità). La legge prevedeva dei saldi di bilancio vincolati in decrescita di anno in anno fino a raggiungere il pareggio nel 1991, con possibilità di 'sequestro' o taglio automatico delle spese in eccesso rispetto ai saldi prefissati, sequestro le cui modalità sarebbero state condivise tra Presidente e Congresso in modo da rispettare almeno in parte il potere decisionale del legislativo sotto questo aspetto<sup>2383</sup>.

Senonché questo impianto legislativo fu travolto con altrettanta rapidità da una sentenza della Corte Suprema, la *Bowsher v. Synar*<sup>2384</sup>, con argomentazioni legate soprattutto alla separazione dei poteri, che però rischiarono di travolgere l'obiettivo dell'equilibrio bilancio tendente al pareggio, di cui non era disconosciuta da nessuno la valenza costituzionale. Le argomentazioni, adottate a stretta maggioranza, si incentravano in sostanza sul fatto che il *Comptroller General*, un funzionario federale nominato dal Presidente su *advice and consent* del Senato – istituito fin dal 1921 ma ora

2382 La stessa presidenza Reagan, assurta a paradigma mondiale per le politiche 'liberiste' composte di tagli, detassazione e *deregulation*, fu in realtà per certi aspetti assai più 'keynesiana' di quanto si sia mostrata osservante dei noti precetti teorici che pretendono, in maniera non sempre confermata dai fatti, di associare propensioni accentuate per un mercato fortemente competitivo con l'attenzione per l'equilibrio di bilancio. Quest'ultimo quanto più era oggetto di preoccupazione sul piano retorico e di molte declamazioni elettorali, tanto più era abbandonato come obiettivo concreto, non tanto per intenzioni soggettive deliberate quanto per il concorrere di fattori qualificati come *log rolling*: J.M. Buchanan, G. Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, in *The Collected Works of James M. Buchanan*, Volume 3, Indianapolis, 1999.

2383 Non sembra necessario sottolineare la natura materialmente costituzionale di un mutamento di indirizzo di una tale portata nell'ambito di un aspetto così importante della politica nazionale. Tuttavia proprio l'assenza di un emendamento alla Costituzione formale a suggello di una tale decisione di sistema poneva due problemi. Per un verso essa rendeva la stessa legge aggirabile da leggi successive che disponessero in modo diverso. Per l'altro non giustificava a sufficienza il rischio di coartare la volontà di parlamentari ancora non eletti, considerati sia la nota brevissima durata biennale di ogni Camera dei rappresentanti sia il rinnovo parziale del Senato di un terzo ogni due anni.

2384 478 U.S. 714 (1986).

munito dalla nuova legge del potere di far decadere mediante *sequester* automatico leggi di spesa in eccedenza ai tetti di deficit prefissati, con grande discrezionalità su quali leggi operare – potesse a sua volta essere sfiduciabile dal Congresso con una *joint resolution* delle due Camere oltre che con il tradizionale *impeachment*. Se quest'ultima circostanza era adatta a far considerare il *Comptroller General* una sorta di agente del Congresso, e dunque figura in sostanza alle dipendenze del legislativo, secondo la maggioranza del collegio giudicante non era appropriato attribuirgli funzioni materialmente esecutive, come quella di prendere provvedimenti puntuali immediati. L'opinione di maggioranza si atteneva ad una concezione rigorosa, restrittiva ed estremamente formalistica della divisione dei poteri, la quale – secondo le critiche formulate nelle opinioni dissenzienti – non teneva conto fin da principio del fatto che lo stesso principio basilare della forma di governo americana, per poter funzionare e non dar luogo ad una paralisi permanente del sistema, doveva essere compensato da interferenze reciproche nella forma dei *checks and balances*, ciascuno dei quali costituisce eccezione ad una divisione-separazione rigida tra poteri e organi. E nella prospettiva delle opinioni dissenzienti proprio la possibilità che un funzionario materialmente esecutivo si interponesse eccezionalmente nell'*enforcement* di atti legislativi, in base a una decisione di sistema preliminarmente presa dallo stesso Congresso, costituiva appunto uno dei freni e contrappesi pienamente coerenti con lo spirito della Costituzione.

Nel 1987 fu approvato un *Balanced Budget and Emergency Deficit Control Reaffirmation Act*, con cui l'obiettivo del pareggio di bilancio venne ricalibrato in modo da renderlo più realistico. In primo luogo l'azzeramento del deficit fu rinviato di due anni, fino al 1993. Ma l'elemento più qualificato dell'innovazione consisteva nella revisione della procedura di sequestro, che prevede scelte più qualificate all'interno delle voci di spesa (seppure il 70% della spesa federale aggregata restasse non aggregabile).

Non sono fondamentalmente diverse le osservazioni da formulare in merito al successivo *Budget Enforcement Act*, dell'ottobre 1990. Questa legge, approvata già sotto la presidenza di Bush Senior, prendeva atto del parziale fallimento degli atti precedenti, soprattutto per l'incapacità di azzerare il deficit entro i tempi previsti. In linea con una 'filosofia' ispiratrice nel frattempo emersa in tema di politica economica, l'obiettivo non era più la graduale riduzione fino all'azzeramento del deficit entro un numero prefissato di anni, bensì il controllo della spesa. Oltre al fatto che i massimali di deficit ammessi rispetto alle leggi precedenti furono portati a livelli più elevati, si evidenziò una maggiore attenzione sotto il profilo del controllo della dinamica della spesa pubblica, senza porre quest'ultima in stretta relazione con il rapporto diretto che questa potesse avere con il deficit complessivo. Erano i capitoli di spesa a dover essere tenuti sotto controllo, indipendentemente dagli effetti complessivi che un tale controllo potesse produrre sul deficit. D'altra parte furono escluse dal calcolo delle spese quelle effettuate per la *Social Security*, considerate *off-budget* da questo punto di vista (non che ciò costituisse un problema, dal momento che il rapporto tra spese ed entrate in questo settore esibiva dei crescenti surplus).

Un'ulteriore tappa nella lotta al deficit si è compiuta con il *Line Item Veto Act* del 1996<sup>2385</sup>. Questa legge si poneva nel solco di quella del 1990 quanto alla strategia di aggressione indiretta al deficit avendo di mira la formazione delle leggi di spesa. Ma questa volta, invece di prevedere auto-limitazioni essenzialmente ad opera del Congresso, e sullo stesso capaci di agire, si scelse di intervenire più sul versante dell'equilibrio tra poteri, formalizzando un potere presidenziale da molti decenni invalso ma altrettanto controverso, quello del veto selettivo su singole parti di una legge. L'impianto della legge era insomma predisposto non a inserire misure di contenimento del deficit nel momento in cui la legge di bilancio si formava – si trattava all'evidenza di procedure nei cui confronti si poteva considerare esaurito, o almeno molto compresso il credito di fiducia che su esse era stato in precedenza investito – bensì a consentire all'esecutivo di intervenire *ex post*, inibendone l'efficacia, su singoli capitoli accuratamente selezionati di legislazione puramente di spesa (gli *appropriation acts*), appena adottata dal Congresso, i quali ad avviso dell'esecutivo si rivelassero incompatibili con gli obiettivi di bilancio approvati dallo stesso legislativo. Secondo la legge che lo introduceva a livello federale, Il *Line Item Veto*, un istituto già a disposizione dei governatori contro i rispettivi Congressi in molti stati federati, avrebbe potuto essere superato dall'approvazione di un *disapproval bill* da parte del Congresso, il quale però correva il rischio di subire il formale veto presidenziale previsto dall'art. I, sez. 7, § 2 della Costituzione. Caratterizzato insomma da una procedura piuttosto farraginoso, il *Line Item Veto Act* rappresentava il tentativo di accordare al Presidente una capacità di incidere sull'attività legislativa del Congresso, sia pure limitata ad argomenti specifici, ma prestava il fianco all'accusa di attribuire all'esecutivo un potere privo di armonia con il dettato costituzionale, aggirando le doverose e ardue procedure di revisione che secondo molti si sarebbero imposte.

La vita di questo impianto normativo fu difatti assai breve. Grazie alla tecnica di *expedited review* immessa in una clausola della stessa legge, tale da consentire un giudizio di fatto accentrato, il *Line Item Veto Act* fu sottoposto rapidamente al giudizio della Corte Suprema federale per essere giudicato costituzionalmente illegittimo dalla stessa Corte nel caso *Clinton v. City of New York*. L'addebito principale mosso alla legge era quello per cui essa avrebbe violato l'art. I, sezione 7, della Costituzione, con la famosa *presentment clause*, della quale il veto presidenziale era parte in quanto possibilità accordata all'esecutivo di impedire l'entrata in vigore di un'intera legge deliberata dal Congresso, non già di selezionare in base a considerazioni di opportunità parti di legge già entrate in vigore.

#### 4. Il *debt ceiling* e il contenimento del debito federale

La sommaria ricostruzione che si è sopra compiuta, essendo riferita alla politica di bilancio in senso stretto, è ricaduta nel problema del deficit. Era inevitabile, dal

<sup>2385</sup> La genesi del *line-item veto*, così come le sue quasi immediate vicissitudini giudiziarie, è oculatamente ricostruita da A. Buratti, *Veti presidenziali*, cit., pp. 153-ss.

momento che gli esercizi finanziari annuali, comunque amministrati, si occupano di un flusso ristretto entro un limitato ambito temporale. L'analisi non si è dunque occupata dello *stock* di debito consolidato, che nell'accezione statunitense copre tutte le obbligazioni in precedenza assunte dalla federazione, e non ancora giunte a scadenza, con i relativi interessi nel frattempo maturati<sup>2386</sup>. Ma nella misura in cui esiste un rapporto di reciproco condizionamento tra questi due fenomeni, anche negli Stati Uniti il tema del debito è tornato a provocare crescente allarme, soprattutto a causa della sua vistosa crescita nel corso degli ultimi decenni. E' evidente come le politiche di riduzione sistematica del deficit, quali che ne siano stati i risultati, fossero e restino finalizzate a una prospettiva di contenimento e successiva riduzione del debito, ai fini soprattutto di una maggiore sostenibilità complessiva di quest'ultimo. Dunque, sebbene i due temi possano essere trattati separatamente sul piano tecnico, la loro correlazione interrelazione concettuale è innegabile.

In ogni caso i due fenomeni sono stati mantenuti formalmente separati nell'esperienza federale nord-americana, con una prevalenza, per lo meno negli ultimi decenni, della lotta al disavanzo. Anche la materia del debito è però conosciuta alla vicenda di questo paese, dove ha acquisito da tempo una rilevanza legislativa non trascurabile. Per comprendere meglio la complicata questione occorre dipanare intrecci tra questioni relative alle fonti normative, alla giurisprudenza, ai rapporti intersoggettivi in seno alla federazione. Quando si parla di debito e deficit si toccano aspetti distinti di uno stesso problema, il cui trattamento giuridico ha conosciuto un separato e alquanto differenziato sviluppo a livello federale e statale, con differenza tra una disciplina a livello di legislazione ordinaria – che si può definire organica in senso atecnico, in quanto sistematica – e una normazione costituzionale.

La legislazione contro il debito conosce una storia anche più risalente di quella volta a ridurre il deficit. Essa fu inaugurata dal *Second Liberty Bond Act* del 1917, con cui fu

---

2386 Per comprendere il tema della sostenibilità complessiva del debito, ma anche la sua pressante rilevanza costituzionale, diventa a questo punto necessario affrontare un problema relativo alla sua definizione. In una sua accezione minimale, e accolta di là come da questa parte dell'Oceano, si può intendere per debito pubblico l'insieme delle obbligazioni finanziarie assunte da parte dell'intero settore pubblico di un ordinamento statale, in altri termini l'indicatore di quanta spesa pubblica è finanziata dal ricorso al mercato finanziario anziché dalla tassazione. Lo si può anche definire, come sopra si è accennato, quale somma di tutte le obbligazioni già contratte con gli interessi che nel frattempo sono maturati sulle stesse. Ma, nell'ambito di una frequente confusione concettuale, prima ancora che lessicale, nella nozione di debito vengono talora ricomprese anche obbligazioni di spesa future, solo in parte prevedibili nella loro entità, derivanti da autorizzazioni di spesa (*appropriations*) già fornite della forza di legge efficace. Tali spese (orientativamente) previste per scelta politica, si suddividono a loro volta in spese discrezionali e obbligatorie (queste ultime, difficilmente comprimibili dal Congresso, dipendono da programmi pluriennali; ma esse sono lievitate negli ultimi anni per il fatto che vi sono state fatti rientrare i programmi di salvataggio delle società finanziarie in crisi), e il peso di quelle obbligatorie, tra le quali si annoverano numerosi programmi sociali, è lievitato costantemente negli ultimi decenni.

introdotto l'istituto del *debt limit*, più comunemente noto come *debt ceiling*<sup>2387</sup>. La data non è casuale e si collega con l'ingresso degli Stati Uniti nella prima guerra mondiale, momento storico in cui si ritenne inopportuno seguitare a vincolare l'amministrazione federale a puntuali specifiche autorizzazioni a indebitarsi, preferendosi fissare un 'tetto' al volume complessivo del debito in termini nominali, allo scopo di ampliare l'autonomia e il margine di manovra del governo in una fase di ascesa del suo impegno internazionale. Questa scelta, rivelatasi definitiva, ha segnato però, a ben vedere, uno spartiacque tra due concezioni antitetiche in merito al modo di amministrare le finanze pubbliche americane, incompatibili tra loro e però entrambe formalmente compatibili con l'art. I, sez. 8, § 2 della Costituzione. Dalle origini fino al 1917 la disposizione era stata interpretata nel senso che il Congresso, solo responsabile di ultima istanza della scelta di ricorrere ai mercati finanziari, avrebbe autorizzato l'esecutivo, tramite il Tesoro federale, a ogni puntuale emissione di titoli di debito, possibilmente indicando nell'autorizzazione legislativa gli obiettivi specifici cui tale emissione sarebbe stata finalizzata<sup>2388</sup>. Dal 1917 in poi il potere congressuale di autorizzare indebitamento fu trasformato in una facoltà conferita in via generale, con possibilità per il Tesoro di usufruirne in maniera discrezionale, parziale e scandita anche a distanza di tempo, oltre che non motivata puntualmente, ancorché assoggettata appunto ad un tetto massimo in linea di principio invalicabile. Si evidenzia così un interessante profilo di possibile paradosso: il *debt ceiling*, che volle porsi da subito come uno spazio di libertà concesso dal legislativo all'esecutivo<sup>2389</sup>, ma al tempo stesso come vincolo diretto all'espansione del ricorso al mercato – e vincolo indiretto alla spesa pubblica –, con il collocarsi al di sopra, e in misura consistente, del livello di debito attuale al momento della sua approvazione, nel tempo però finì, anche per l'indeterminatezza degli obiettivi entro lo spazio di libertà cui si è accennato, per convalidare una politica governativa di emissione di titoli che servissero allo scopo di compensare con denaro fresco preso a prestito quelle spese che erano già state munite della forza di legge federale mediante successive *appropriation acts*, ma che non erano mai state coperte, talora in piena consapevolezza, con adeguate previsioni di entrate tributarie. Non era questa la finalità originaria del *debt ceiling*, che intendeva mantenersi entro i confini tradizionali della *unwritten constitution* in materia fiscale, pur innovandone alcune tecniche. La finalità originaria non era questa perché il maggiore indebitamento avallato dal *debt ceiling*, che pure sperava di tenerlo sotto controllo, era stato in sede

2387 Sul punto specifico D. Andrew Austin, *The Debt Limit: History and Recent Increases*, Washington (Congressional Research Service), 2015, p. 5 (reperibile a <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL31967.pdf>). Per più ampie considerazioni L. Icher, *Le debt ceiling aux États-Unis: de l'utilité d'un instrument inutilisé*, in *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 4, 2014, pp. 1051-ss.

2388 B. White, *America's Fiscal Constitution*, cit., p. 157: «Congress authorized each issue of debt, and the public could easily identify precisely why the federal government had borrowed».

2389 Secondo J. Hazan, *Unconstitutional Debt Ceilings*, cit., p. 29, fu tale maggiore indipendenza a consentire al Tesoro di mantenere bassi i costi dell'indebitamento, consentendo agli USA di finanziare ben due guerre mondiali. Ci sarebbe da chiedersi se il merito di questi bassi costi non sia piuttosto da attribuirsi ad altre cause che alla facilità di ricorrere al mercato finanziario: per esempio alla forza e alla creatività del sistema economico americano.

politica ricollegato alle esigenze pressanti della partecipazione degli Stati Uniti alla prima guerra mondiale, ma non era in ogni caso ipotizzato come finalizzabile a misure di spesa corrente.

Per vero, la *ratio* della legge del 1917 è stata recentemente oggetto di una reinterpretazione in senso assai restrittivo, per non dire riduttivo. Il limite a suo tempo fissato, collegato a una seconda emissione di titoli per finanziare lo sforzo bellico della nazione, serviva secondo tale lettura a chiarire che oltre a ciò, in quel contesto e a quella finalità specifica, non si sarebbe potuti andare; si trattava in altri termini, o avrebbe dovuto trattarsi, di una misura di scopo precisa, episodica, non già del punto di avvio per una legislazione di sistema finalizzata a controllare il governo della spesa e le decisioni di bilancio nel corso dei decenni<sup>2390</sup>. Come che sia, sta di fatto che il *debt ceiling*, quale istituto giuridico di governo della finanza pubblica nordamericana, si appresta oramai a compiere un secolo di vita, pur modificato, a lungo dimenticato, negletto<sup>2391</sup>, alterato poi nelle giustificazioni, tornato rapidamente alla memoria in forma clamorosa, tanto che è stato al centro di un conflitto politico-costituzionale ad altissima intensità, sovente detestato al punto che in tempi recenti se ne è affermata in termini apodittici l'incostituzionalità – un aspetto questo tutto da affrontare – e se ne è auspicata l'abrogazione o addirittura una disinvolta disapplicazione ad opera dell'esecutivo, ma in modo talmente velleitario da risultare del tutto infruttuoso.

La legge del 1917, la cui impostazione è stata più volte modificata nel corso dei decenni, ha però mantenuto ferma una parte del suo impianto concettuale di base. Un elemento fondamentale, si diceva, si trova nella fissazione per legge di un importo massimo in termini nominali al livello del debito<sup>2392</sup>. Si tratta dunque di un dato piuttosto grezzo, svincolato da legami con altre grandezze macroeconomiche, come quella relativa alla determinazione del prodotto interno lordo, e già sotto questo aspetto il valore del parametro adottato è diverso da quello in seguito individuato in altri ordinamenti. Il livello massimo del debito deve essere fissato dal Congresso, con la conseguenza che l'amministrazione rischia la paralisi delle proprie attività una volta

2390 Di una «modest original purpose» parla B. White, *op. cit.*, p. 165, aggiungendo che il *ceiling* «was never intended to replace the traditional requirement for congressional authorization of debt for defined purposes». Non si discute che così sia sicuramente stato negli intenti originari, ma dall'evoluzione successiva pare che ciò non abbia potuto ostacolare il formarsi di un'eterogeneità dei fini. Non sono mancate addirittura letture volte quasi a ridicolizzare il significato dell'istituto, come quella per cui (N.H. Buchanan, M.C. Dorf, *Don't End or Audit the Fed: Central Bank Independence in an Age of Austerity*, in *Cornell Law Review*, Vol. 102, 2016, p. 51), «prior to 2011 this law was essentially a meaningless bit of feel-good legislation with no practical import». Se così fosse, non si capirebbe perché tale legislazione è durata ormai un secolo, e – al momento decisivo – il conflitto in merito ai suoi scopi è stato sul punto di aggiungere una crisi costituzionale alla già esistente crisi economica.

2391 «Historically this “debt ceiling” has been largely a formality», secondo J. Hazan, *Unconstitutional Debt Ceilings*, cit., p. 29.

2392 Va detto che è stato Franklin D. Roosevelt, nel 1939, a imporre un limite generalizzato per legge al livello aggregato di tutto il debito federale, fissato allora a 45 miliardi di dollari, in luogo di un limite circoscritto ad alcune specifiche emissioni, come era avvenuto fin dal 1917. Così D. Andrew Austin, *The Debt Limit*, cit., p. 7, che aggiunge che le manovre operate dal Congresso sotto Roosevelt erano finalizzate ad allungare i tempi di maturazione dei titoli al fine di rendere meno oneroso il servizio del debito. Con quelle misure si può affermare che è intervenuta anche una mutazione nel significato del tetto legislativo al debito, che si è avvicinato alle finalità che gli vengono riconosciute al giorno d'oggi.

che il livello sia stato raggiunto. Dato però il criterio nominale di fissazione del parametro, nella perdurante incapacità di ridurre le dimensioni del debito la sola inflazione è sufficiente a ridurne il valore in termini reali, imponendo solo per questo frequenti adeguamenti verso l'alto della soglia (sempre che tali aggiornamenti non siano ulteriormente determinati da scelte peculiari di politica economica o da shock macroeconomici). Per comprendere la serietà e l'efficacia dell'impegno politico nel contenimento del debito, che si produce in questa sorta di continuativo auto-vincolo legislativo, sarebbe dunque necessario soffermarsi sui valori nominali dei tetti massimi volta per volta stabiliti in relazione a grandezze come il prodotto interno lordo, e osservarne la traiettoria.

A prescindere da una ricerca di questo tipo, qualche altro elemento di questa legislazione ha motivi di interesse in una prospettiva di comparazione. Intanto si può osservare che il tetto massimo del debito nominale consentito è continuativamente fissato a un livello superiore a quello cui si trova il debito nominale attuale (è noto quanto ciò non vada dato per scontato, specie alla luce dell'attuale esperienza europea). Si tratta in altri termini di un limite (che sarebbe in linea di principio) da non superare, non già di un parametro di riferimento, verso il quale convergere idealmente nella consapevolezza di averlo già superato. E' interessante però che al momento della propria introduzione il livello attuale del debito si collocava molto al di sotto del massimo consentito dalla legge, mentre alla vigilia della seconda guerra mondiale lo scostamento tra i due valori si era già ridotto a circa un dieci per cento<sup>2393</sup>. Questo avvicinamento del dato reale a un livello di sostenibilità, astrattamente predeterminato per legge, segnala già uno stato di tensione delle finanze pubbliche, tale da richiedere misure di risanamento o in alternativa volte a elevare il tetto, con il rischio di contraddire gli obiettivi di un simile impianto legislativo.

Nell'imminenza di uno sfondamento del tetto previsto per legge quali sono dunque le conseguenze previste? L'argomento è discusso in dottrina più di quanto sia disciplinato per legge, dunque l'eventualità teorica è aperta a un confronto di opinioni. Sembra in ogni caso che vada data priorità al pagamento degli interessi sul capitale preso a prestito. Per il resto il governo non solo sarebbe privato della facoltà di ricorrere al mercato, ma sarebbe addirittura costretto a sospendere, a tempo indeterminato, impegni di spesa già assunti per legge, tagliare servizi, licenziare dipendenti federali, chiudere pubblici uffici<sup>2394</sup>. L'alternativa secca è quella di elevare

2393 Ibidem, p. 7. Secondo V.P. Nanda, *Limitations on Government Debt*, cit., p. 546, si sono contate circa 93 variazioni al valore nominale del *debt ceiling* a far data dalla sua originaria introduzione, nel 1917. Non tutte le variazioni sono state di segno positivo, ma queste ultime sono nettamente prevalenti. Un'impennata fu registrata durante la seconda guerra mondiale, seguita da alcune misure di calo. A partire dagli anni 60, tuttavia, il limite di norma non ha fatto che crescere, con un'esplosione negli ultimi anni, dalla crisi dei mutui *subprime* del 2008 in poi.

2394 E' ciò che nel linguaggio o nel gergo della finanza pubblica americana viene definito *default*: un *default* 'tecnico', a rigore, e che non collima del tutto con l'idea a cui lo stesso termine viene associato, per esempio, in Europa (dove lo si intende più come un'insolvenza per reale e oggettiva *incapacità* di far fronte a obbligazioni assunte, non perché una legge ponga ostacoli in tal senso a scopo, opportuno o magari erroneo, di profilarsi contro situazioni peggiori).

il livello del debito federale ammissibile per mezzo di un semplice ritocco legislativo al suo importo massimo nominale (innumerevoli volte operato), se non si vuole tenere conto della possibilità apparentemente pressoché illimitata di stampare moneta ad opera della *Federal Reserve* o di quella di mettere in vendita beni del demanio federale<sup>2395</sup>; ma per altro verso, e proprio per questa circostanza, è un'alternativa che sembra quasi voler vanificare o contraddire il significato stesso della volontà legislativa di fissare limiti alla crescita del debito, i quali hanno un senso in quanto siano invalicabili o quanto meno non aggirabili *ad libitum*.

In ogni caso, tanto la *Public Debt Clause* rinchiusa nel XIV emendamento quanto il *debt ceiling* nato nel 1917 in forma solo legislativa hanno conosciuto un destino parallelo, da un lato per le lunghe parentesi di oblio nelle quali sono stati relegati, dall'altro per il loro inatteso e prepotente irrompere sulla scena pubblica dopo il 2011, con un tentativo di porre i due istituti in rotta di collisione, neutralizzando o persino annientando il secondo in forza di un'interpretazione parziale, comunque forzata e forse neanche formalmente corretta del primo.

Le due fasi acute di crisi recente del debito pubblico americano sono in gran parte il portato del collasso del sistema finanziario privato avviatosi dal 2008. A prescindere da giudizi soggettivi sul comportamento degli attori sulla scena, è indubbio che le tensioni intorno al limite legislativo al debito sono state scatenate dal fatto che il governo federale ha dovuto far ricorso a tutte le risorse a disposizione, e forse anche oltre, per fronteggiare la crisi prima finanziaria e poi economica, approssimando di nuovo oltremodo il debito reale a quello che in astratto era stato prefigurato come il limite della non tollerabilità. Il primo episodio è quello del 2011, quando i repubblicani in entrambe le Camere hanno minacciato il *default* tecnico per estorcere ai democratici e al Presidente Obama tagli alla spesa pubblica senza concedere in cambio alcun inasprimento tributario. Il secondo risale a fine 2012, in coincidenza con il famoso *fiscal cliff*, e portò a sospendere provvisoriamente il *debt ceiling*, prima che fossero raggiunte alcune soluzioni di compromesso e che la ripresa economica incrementasse le entrate fiscali, risolvendo per così dire da sé il problema. Ma il *government shutdown* su alcune agenzie e funzioni federali, soprattutto nel secondo caso, ebbe un impatto negativo sulla reputazione dei titoli federali americani, riducendone il valore per qualche tempo.

I due episodi hanno poi innescato un acceso scontro tra poteri, di immediate implicazioni costituzionali. Nell'imminenza del *default*, alcuni settori dell'opinione pubblica e alcuni giuristi hanno sostenuto che il Presidente Obama avrebbe dovuto ignorare il tetto al debito e dar corso unilateralmente a tutte le obbligazioni di spesa già assunte con leggi del Congresso. Le argomentazioni sono state simili anche se non identiche. Vi è chi ha sostenuto che l'adozione da parte del Congresso di *appropriations* di spesa costituisce addirittura un'implicita autorizzazione al Tesoro a prendere a

---

2395 E in ogni caso anche queste opzioni, pur nella pratica applicate, sono soggette ad altre problematiche di rapporti tra poteri, come si dirà in seguito (non si entra qui nel merito degli aspetti squisitamente economici dell'argomento).

prestito tutte le somme non già coperte con voci tributarie di entrata<sup>2396</sup>, a fronte della quale ogni altra statuizione legislativa, sia essa il bilancio o sia anche il limite al debito, deve cadere nel nulla. Più sofisticate, invece, le argomentazioni di altri due studiosi che si sono pronunciati sul tema a ripetizione<sup>2397</sup>: a loro avviso la situazione descritta schiudeva davanti all'esecutivo un trilemma di ipotesi di azione, ciascuna delle quali incostituzionale: ignorare il *debt ceiling* ed emettere unilateralmente nuovi titoli, usurpando il potere solo del Congresso di ricorrere al mercato; aumentare unilateralmente le imposte, usurpando il potere legislativo di tassare; tagliare unilateralmente le spese, di nuovo usurpandone il relativo potere<sup>2398</sup>. In estrema sintesi, secondo questi autori, la prima delle ipotesi è la 'meno incostituzionale', perché è quella che, pur omettendo come le altre precise disposizioni di legge, ed entrando per questa via in rotta con la divisione dei poteri, si giustifica almeno con la salvaguardia di un altro principio costituzionale sacro, quello della sezione 4 del XIV emendamento (per come da loro interpretata).

In senso contrario a tali affermazioni si sono prodotte argomentazioni volte a negare che l'esecutivo potesse ignorare l'esiguità degli strumenti a sua disposizione, laddove la Costituzione è sufficientemente chiara (lo stesso Obama, tramite i suoi collaboratori, avrebbe riconosciuto non esservi un *winning argument* tale da convincerlo a intraprendere un simile passo). In ogni caso, si è sostenuto, se il Presidente avesse elevato il limite al debito con un atto esecutivo, non avrebbe agito a sostegno di un'azione o comunque di un sentimento diffuso presso il Congresso; ma avrebbe agito a sostegno di una politica fiscale presidenziale, contrastante con quella del Congresso, in violazione della divisione dei poteri, poiché da ogni dettaglio della Costituzione risulta che le scelte economiche (fiscali, monetarie) appartengono al solo Congresso, e dall'art. II, sez. 2, enumerante i poteri presidenziali, risultano escluse proprio queste materie, mentre al contrario (art. II, sez. 3) si afferma il dovere presidenziale di prestare cura che le leggi siano fedelmente eseguite<sup>2399</sup>. Si è aggiunto in ogni caso<sup>2400</sup> che la stessa sezione quinta del XIV emendamento attribuisce al solo

2396 J. Hazan, *Unconstitutional Debt Ceilings*, cit., p. 30, che non esita poi evocare tanto il federalista Alexander Hamilton quanto l'antifederalista Thomas Jefferson (p. 37) per perorare la causa di poteri extra-costituzionali al fine di salvare la nazione.

2397 N.H. Buchanan, M.C. Dorf, *Nullifying the Debt Ceiling Threat Once and for All: Why the President Should Embrace the Least Unconstitutional Option*, in *Columbia Law Review Sidebar*, vol. 112, 2012, pp. 237-249; Id., *How to Choose the Least Unconstitutional Option: Lessons for the President (and Others) from the Ceiling Standoff*, in *Columbia Law Review*, vol. 112, 2012, pp. 1175-1243; Id., *Borrowing by any Other Name: Why Presidential "Spending Cuts" Would Still Exceed the Debt Ceiling*, in *Columbia Law Review Sidebar*, vol. 114, 2014, pp. 26-50.

2398 Anche la possibilità eventuale di alienare proprietà federali avrebbe violato l'art. IV, sez. 3, cl. 2 Cost., che riserva anch'esso al Congresso i necessari poteri. Idem per l'ipotesi di stampare cartamoneta a beneficio del Tesoro, che contravverrebbe all'art. I, sez. 8, cl. 5, riservante al Congresso il potere di battere moneta e regolarne il valore (pur se in questo contesto, poiché la legislazione in vigore fissa a un certo livello solo la quantità di cartamoneta in circolazione, un inventivo personaggio ebbe l'idea di coniare una moneta di platino del valore facciale di mille miliardi di dollari, da depositare nel conto di tesoreria intestato al Tesoro, al fine di soddisfare le necessità di spesa già impegnate per legge).

2399 Z.L. Hutchinson, *Whose Authority?*, cit., pp. 185-186.

2400 D. Strickland, *The Public Debt Clause Debate*, cit., p. 796.

Congresso il potere di dargli attuazione con adeguata legislazione<sup>2401</sup>. Si tratta, com'è evidente, di un argomento formale, che potrebbe essere da qualcuno liquidato come formalistico o persino 'testualista'.

Se allora ciò non bastasse, prima di portare un argomento che appare ancora più decisivo è il caso di fare un riconoscimento a uno degli esponenti della dottrina in precedenza menzionati, di cui non si condividono le opinioni. A più riprese si è operata una fondamentale distinzione tra *ability* e *intent*, o *willingness*, nel far fronte alle obbligazioni americane rispetto al debito<sup>2402</sup>. Si tratta di una distinzione che conforta quanto era stato intuito da chi scrive queste righe, fin da quando ha affrontato l'argomento in discussione, anche se chi scrive individua in modo diverso le situazioni in cui questi due concetti sono da considerarsi pertinenti e dunque applicabili. In ogni caso qui sta uno snodo decisivo della questione. Tutta la querelle degli anni recenti in merito al *debt ceiling* e al XIV emendamento muove da un assunto (molto spesso) non dichiarato e dato per scontato, che si può, con qualche sommarietà, richiamare nei seguenti termini: gli Stati Uniti vantano una capacità pressoché illimitata di sostenere e rifinanziare il proprio debito, quali che siano le ragioni di questa forza. Poiché la decisione di incrementarlo dipende dalla propria volontà, e non incontra sulla propria strada alcun ostacolo oggettivo immediato, né prospetta particolari incognite per il futuro, misure artificiose volte a limitarlo o anche solo contenerlo sono un inutile impaccio all'espansione dell'economia, austerità superflua, frutto di teorie economiche sbagliate o infondate. Inoltre, in questa chiave, i pericoli di *default* tecnico sopra richiamati non solo sono essi per primi un danno alla reputazione del paese, che vede aumentare il premio al rischio ogni volta che quelle convulsioni politiche si presentano; ma divengono causa di una possibile violazione della Costituzione, rendendo il paese incapace di tener fede a un fondamentale tipo di obbligazione, trasformandolo in sostanza, e inutilmente, in un paese insolvente. Il *debt ceiling* è quindi almeno politicamente inopportuno; usato come arma di ricatto o portato a estreme conseguenze può essere persino incostituzionale; esso va dunque levato di mezzo, in un modo o nell'altro.

Ma anche negli Stati Uniti questa opinione, benché assai radicata, non è universalmente condivisa. La stessa lunga esistenza di questa misura legislativa, compresa una rilettura ed estensione del suo significato, testimonia l'esistenza di un modo diverso di guardare al problema. Se si condivide che un'accumulazione incontrollata di debito può essere un azzardo foriero di pericoli, allora si capovolge la relazione che la legislazione fin qui analizzata assume con l'obbligo costituzionale di «non mettere in questione», in nessun modo (e non solo espressamente ripudiare), la validità del debito americano autorizzato dalla legge. Anche una lettura formalista e puntuale di singole parti del testo si sposa con una sua esegesi alquanto più sistematica, che per giunta non presenta problemi di conciliazione con la consapevolezza storica e con la volontà dei *Framers* di tardo ottocento, ma anzi ne esalta una percezione che

2401 «The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article».

2402 J. Hazan, *Unconstitutional Debt Ceilings*, cit., pp. 29 e 32 in particolare.

potrebbe essere meno strumentale. In questa prospettiva, l'esistenza di una legislazione mirata al controllo del debito – così come del deficit – non solo non andrebbe incontro a sospetti di incostituzionalità, ma potrebbe persino essere contemplata come costituzionalmente doverosa. Il piano d'indagine allora si sposterebbe dalla legittimità di una simile normativa a quello della sua adeguatezza, dell'efficacia rispetto allo scopo, e semmai alla necessità di un suo potenziamento, capace di prevenire qualche possibile effetto 'collaterale' indesiderabile. In definitiva l'argomento persuasivo sembra quello portato magistralmente da Laurence Tribe, pur nell'angusto spazio di una colonna di quotidiano<sup>2403</sup>, dove le perorazioni di segno opposto vengono neutralizzate con l'osservazione che ogni disavanzo di bilancio, ogni aumento di spesa o taglio fiscale potrebbe essere attaccato su basi costituzionali perché potrebbe leggermente incrementare la possibilità di *default*; e vengono tacciate infine di essere *self-defeatist*, perché anche l'assenza di un *debt ceiling* potrebbe essere censurata di incostituzionalità, giacché più grande è il debito della nazione maggiore la difficoltà di ripagarlo e la probabilità di un (autentico) *default*. E' evidente che conclusioni di questo tipo sono condivisibili solo a condizione di concepire il governo della finanza pubblica, nel lungo termine, come mirato non solo alla *willingness* di fronteggiare minacce immediate e tecniche di insolvenza, ma anche alla *ability* di prevenire rischi oggettivi in tal senso.

### 5. I tentativi infruttuosi di introdurre un emendamento volto al *balanced budget*

Un difetto fondamentale di tutto questo impianto legislativo restava però la natura puramente politica e quindi facilmente aggirabile da scelte successive, sia pure ad alto valore esortativo, di tutte le complesse procedure adottate. In effetti, se quello dell'equilibrio di bilancio fosse davvero stato un principio costituzionale sufficientemente avvertito, per quanto implicito, una legge di sistema, e così articolata, sarebbe al più stata necessaria per attuarlo con precisione ma non per imporlo. Se invece un emendamento costituzionale in argomento fosse stato approvato, una scelta di questo tipo avrebbe rivelato da un lato l'opportunità, se non la necessità, di esplicitare quanto finora era stato considerato implicito, e dall'altro l'inadeguatezza della mera scelta legislativa<sup>2404</sup>. Ad avviso di chi scrive, solo la scelta di un emendamento costituzionale – a maggior ragione tenendo a mente la difficoltà e lentezza, e in certa misura anche la solennità di un tale processo di revisione in un ordinamento come quello degli Stati Uniti – avrebbe potuto conferire una legittimazione potenzialmente insuperabile al bene comune supremo, e almeno in linea di principio largamente condiviso, insito nell'equilibrio dei conti pubblici.

2403 L.H. Tribe, *A Ceiling We Can't Wish Away*, in *The New York Times*, July 7, 2011, reperibile a <http://www.nytimes.com/2011/07/08/opinion/08tribe.html>.

<sup>2404</sup> Particolarmente scettica in merito alla reale natura costituzionale della crisi degli anni scorsi è l'opinione di M. Tushnet, *The United States Constitution*, cit., p. 300. Da questa opinione discende l'altra, espressa dallo stesso A., per cui tutti gli adeguamenti necessari allo scopo possono essere raggiunti in mera via interpretativa.

Una scelta di questo tipo, certo, avrebbe dovuto fronteggiare le obiezioni avanzate da parte dell'opinione pubblica americana e del suo ceto politico, obiezioni non banali e rafforzate da un'indubbia valenza retorica sul piano della democraticità dell'ordinamento: qui ci si riferisce non tanto agli argomenti di vera o pretesa marca realistica, per cui le scelte in materia economica, le quali abbiano la pretesa di una durata pluriennale, non sono in grado di prevedere a sufficienza, di mettere in conto imprevisti; quanto alle obiezioni di natura democratica, quelle per cui – sia detto in termini brutali e persino semplicistici – non si comprende a quale scopo si eleggano rappresentanti (e senatori) a scadenze regolari prefissate in modo invariabile, se poi questi sono vincolati a scelte determinate dai loro predecessori, via via sempre più remoti nel tempo, e non sono più legalmente in grado di revocarle, restando invece subordinati a questi vincoli proprio sulle questioni senza dubbio più essenziali nel perimetro della sfera, o scelta pubblica, come quelle che dipendono dall'imposizione tributaria, dalla spesa e dall'eventuale ricorso all'indebitamento in caso di insufficiente provvista di fondi tramite l'imposizione, o – al limite – persino dall'emissione di moneta<sup>2405</sup>. E' vero però che pare connaturato alle scelte costituzionali lo scopo di limitare lo spazio di quelle legislative; e se ciò vale in altri campi – atteso che si condivide l'opportunità di una scelta di questo tipo in questa materia – lo stesso potrebbe valere nel caso del *balanced budget*.

In ogni caso vi sono stati, negli ultimi decenni, numerose iniziative per giungere all'approvazione di un tale emendamento<sup>2406</sup>. A titolo di esempio, un tentativo prese le mosse nel 1982 per il tramite di una *Joint Resolution*, prima approvata al Senato superando ampiamente il quorum dei due terzi, ma poi non adottata con la stessa maggioranza alla Camera<sup>2407</sup>. Un'altra revisione fu intrapresa nel 1986, ma venne

2405 D'altra parte, secondo C. Bologna, *Il pareggio di bilancio nell'ordinamento statunitense*, in A. Morrone (a cura di), *La Costituzione finanziaria*, cit., p. 337, «uno degli argomenti frequentemente sollevati è che l'introduzione del principio del pareggio di bilancio incorporerebbe nella costituzione una sola delle possibili opzioni offerte dalla teoria economica, rendendo permanente quello che in realtà è un valore transitorio o la risposta momentanea a particolari problemi sostanziali».

2406 Come ricordato da S. Volterra, *La revisione costituzionale negli Stati Uniti d'America*, in S. Gambino, G. D'Ignazio (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Milano, 2007, p. 374, in realtà è dalla fine degli anni sessanta che l'argomento forma oggetto di una lotta per la sua costituzionalizzazione; essa fu ingaggiata in un primo momento – e molto significativamente – a partire dagli stati, con il proposito di avvalersi dell'altra procedura di revisione della Costituzione federale, prevista dall'art. V ma ormai desueta, consistente nell'istituzione, da parte degli stessi stati, di una Convenzione con il compito *ad hoc* di presentare una proposta di emendamento al Congresso. Sul piano comparativo vi sarebbero considerazioni interessanti da fare: al fatto, già in precedenza osservato, che da lungo tempo gli stati federati hanno stabilito a carico di se stessi delle regole di costituzionalismo fiscale che non erano mai state loro imposte dalla federazione, si aggiunge ora la constatazione che dagli stessi stati è partita un'iniziativa per imporre all'Unione norme rispetto alle quali il Congresso federale era sempre stato, almeno fino ad allora, recalcitrante. Tornano di nuovo all'attenzione le dissonanze con il caso attuale dell'Europa, ordinamento 'meno' che federale, ma dove pure il 'centro' è riuscito a imporre alla 'periferia' delle opzioni fiscali che non ogni Stato membro avrebbe voluto in linea di principio, e spontaneamente, adottare (anche se la realtà è cosa ovviamente più complessa di come qui la si sia dovuta qui sintetizzare).

2407 A. Zorzi Giustiniani, *Costituzione americana ed equilibrio finanziario*, cit., p. 258. L'emendamento disponeva in effetti l'obbligo per Congresso e Presidente di approvare un bilancio in pareggio; fissava nei tre quinti dei componenti di ciascuna camera la maggioranza necessaria per eventualmente derogare, per un anno, a tale obbligo (con ampia facoltà di scelta delle giustificazioni per l'eccezione); stabiliva che l'incremento della

respinta stavolta al Senato per un solo voto di scarto<sup>2408</sup>. Non si fecero più tentativi significativi per circa un decennio, finché, sotto l'amministrazione Clinton, fu avviato per volontà repubblicana il processo di approvazione di un nuovo emendamento, che mirava a coniugare il pareggio di bilancio, secondo criteri essenzialmente procedurali, con una norma ben più incisiva sul piano sostanziale, poiché collegava direttamente la lotta al deficit con la riduzione della pressione fiscale e dunque del detestato *big government*<sup>2409</sup>.

Da quel momento in poi, il tema in argomento è passato per così dire dietro le quinte, senza più dominare la scena principale della lotta politica, ma senza neanche scomparire del tutto. Essendosi la polemica degli ultimi anni svolta nei termini di cui si è detto in precedenza, cioè limitata a un braccio di ferro continuativo, e in gran parte pretestuoso, sull'innalzamento del limite al debito fissato per legge, solo occasionalmente, e in modo abbastanza strumentale, l'emendamento costituzionale è tornato al centro della discussione.

E' la scuola di pensiero economico della *Public Choice*, o scelta pubblica, con a capo il premio Nobel James M. Buchanan, ad essere riconosciuta come punto di riferimento teorico per la formalizzazione costituzionale dei vincoli di bilancio. In questa sede non è possibile soffermarsi più a lungo su questo indirizzo teorico, che muove da una diffidenza nei confronti della mano pubblica assunta come dato presupposto in base però a considerazioni innovative rispetto ad altre correnti di pensiero liberale<sup>2410</sup>. Esso ritiene che i comportamenti degli agenti pubblici, che siano politici eletti o personale amministrativo di professione, non siano mossi dal perseguimento di un generico bene pubblico (come danno per scontato molte altre correnti di pensiero, perlopiù non liberali), né vadano considerati come mero elemento esogeno di perturbazione della naturale tendenza all'equilibrio del sistema (come pensavano le teorie neo-classiche più risalenti), ma che tali comportamenti coincidano semmai, e come tali vadano accuratamente analizzati, con quelli di qualunque (altro) soggetto privato, essendo dettati dall'interesse individuale<sup>2411</sup>. Per

---

pressione fiscale nel successivo esercizio non avrebbe potuto essere superiore alla crescita del pil registrata l'anno precedente.

2408 Anche in questo caso si richiedeva una maggioranza di tre quinti per derogare all'obbligo di pareggio, ma si prevede l'esplicita eccezione di uno stato di guerra dichiarata; inoltre si voleva assoggettare ogni incremento di debito a una delibera congressuale presa a maggioranza di due terzi.

2409 A. Zorzi Giustiniani, *Costituzione americana ed equilibrio finanziario*, cit., pp. 260-ss. Questa volta, accanto al divieto di incremento del deficit – derogabile sempre a tre quinti – fu previsto anche un tetto costituzionale al debito complessivo, che finora si era sempre inteso limitare al rango legislativo. La novità era data appunto dall'impedimento a raggiungere il pareggio di bilancio tramite nuove imposte, salva decisione contraria adottata a maggioranza dei componenti di ciascuna Camera. L'eccezione era però prevista, di nuovo, in caso di impegno in guerra degli Stati Uniti. A questo si aggiunse una limitazione di grande significato, con l'escludere la giurisdizione del potere giudiziario da casi concernenti l'emendamento. Si tagliava così di netto il tema della giustiziabilità, abbandonando un argomento di massima dignità costituzionale alla volontà di attuazione e rispetto dello stesso da parte delle forze politiche e dei loro giochi di maggioranza.

2410 E che in questo si ispira, anche secondo la formazione culturale di Buchanan, alla scienza delle finanze italiana di inizio 900.

2411 Un'estesa trattazione relativa a questa corrente di pensiero – che riconosce il proprio leader intellettuale in James McGill Buchanan (1919-2013), premio Nobel per l'economia nel 1986 – è in G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Bologna, 2009, pp. 31-ss.

quanto a gran parte della dottrina costituzionalistica o anche a quella della scienza politica ciò possa sembrare inaccettabile o persino irricevibile, il meccanismo istituzionale viene qui interpretato in chiave economica, come una competizione tra imprese sotto forma di partiti politici ed elettori nella veste di clienti, con l'aggravante che quello dell'arena pubblica è un 'mercato' dichiaratamente monopolistico. La visione idealizzata della democrazia politica viene ulteriormente falsificata dall'osservazione per cui l'eguaglianza formale tra cittadini-elettori fa ombra alla realtà secondo la quale gruppi di elettori, minoritari ma ben organizzati, sono in grado di imporre le proprie scelte a scapito di maggioranze apatiche o passive che non hanno interessi consolidati, precisi e vitali da difendere, trasformando il processo legislativo in uno strumento di tutela di interessi settoriali piuttosto che promozione di diritti generali. E' da queste considerazioni che discende l'ostilità della scuola di *Public Choice* per forme ampie di intervento pubblico a fini di sostegno alla piena occupazione, di redistribuzione del reddito o di fornitura di beni e servizi. E' dallo stesso tipo di considerazioni, d'altra parte, che scaturisce una sensibilità, certo discutibile come ogni idea ma insolitamente dilatata per una scuola di pensiero economico, verso argomenti giuridici, e in special modo costituzionali. Nell'ambito di un peculiare contrattualismo, viene così ad essere postulata la necessità di un processo costituente all'esito del quale si pongano dei vincoli severi a scelte pubbliche in materia tributaria e di spesa pubblica<sup>2412</sup>. La gerarchia delle fonti normative assume a questo punto suprema importanza. E' necessario che anche in materia di equilibrio dei conti pubblici si ponga una decisione sulle regole (*choice among rules*) come scelta di politica costituzionale, nel cui solo quadro potranno poi essere assunte decisioni di politica ordinaria (*choices within rules*)<sup>2413</sup>. Una regola di questo tipo a livello costituzionale circoscrive – ma in realtà, contrariamente a quanto è facile immaginare, non annulla – la gamma di opzioni a disposizione del decisore politico, assicurando nel lungo periodo una tutela più oculata degli interessi generali, e dunque di tutte le parti in gioco.

### Considerazioni conclusive

L'esperienza statunitense sotto questo profilo potrebbe dare indizi per una considerazione di altro tipo sui rapporti tra disciplina costituzionale dei rapporti economici e atteggiamento di pari grado nei confronti della finanza pubblica (in altri

2412 Gli stessi esponenti della *Public Choice* ammettono però, sia pure molto più alla stregua di ipotesi teorico- astratta che come possibilità concreta, che un vincolo costituzionale rigido di bilancio possa impedire decisioni politiche razionali e lungimiranti: G. Brennan, J.M. Buchanan, *The Reason of Rules. Constitutional Political Economy*, Indianapolis, 2000, p. 62: «But any complete analysis would also have to reckon with the possibility that such a balanced-budget rule, if operative, might sometimes restrict well-intentioned and far-seeing politicians from securing macroeconomic stability. [...] In one perspective on politics at least, any implied reduction in the governmental flexibility of response to unforeseen circumstances will embody political costs that must be taken into account».

2413 Nella sterminata produzione scientifica di Buchanan in collaborazione con i suoi allievi, ci si limita a segnalare sul punto J.M. Buchanan, R.E. Wagner, *Democracy in Deficit. The Political Legacy of Lord Keynes*, in *The Collected Works of James M. Buchanan*, ora in Volume 8, Indianapolis, 2000, pp. 180-ss.

termini tra ‘costituzione economica’ e ‘costituzione finanziaria’<sup>2414</sup>). Si è soliti, per un senso comune diffuso, assimilare l’idea di un’economia di mercato improntata alla proprietà privata, alla concorrenza, in un contesto di ridotta pressione fiscale, a quella che esige bilanci in pareggio e basso debito. E per converso si associa l’idea di economia mista, favorevole a forti iniezioni di intervento pubblico, con propensioni ‘keynesiane’ per politiche anticicliche, espansive, e dunque con una minore sensibilità per i rischi da indebitamento, nella fiducia che quest’ultimo sia in qualche misura riassorbito dalla dinamica di crescita determinata dagli investimenti pubblici. Ebbene, l’esperienza comparata degli Stati Uniti e dell’Europa di questi ultimi decenni – intesa sia come organizzazione sovranazionale sia in alcuni dei suoi stati membri – sembra smentire un assunto di questo tipo. Non vi è dubbio che gli Stati Uniti, nonostante l’accrescimento notevole dell’intervento pubblico in economia risalente a gran parte del secolo precedente, siano pur sempre più favorevoli a un’economia di competizione guidata dall’economia privata, con minori accentuazioni sociali coperte dalla spesa pubblica<sup>2415</sup>. Eppure la loro avversione all’indebitamento, anche a livello di Costituzione federale, è rimasta assai debolmente espressa, ed è estremamente contraddittoria anche in termini di legislazione ordinaria. Al contrario, l’Europa comunitaria e i suoi singoli ordinamenti statali, i cui presupposti sociali sono di media più articolati (spesso anche in misura notevole, pur se da molti ritenuta insoddisfacente), sono ordinamenti che ultimamente hanno adottato parametri di controllo delle grandezze finanziarie alquanto più analitici e rigorosi, almeno in linea di principio, pur nella nota flessibilità con cui sono applicati, non alieni da considerazioni discrezionali di opportunità politica.

Per quanto concerne il tema qui trattato, dunque, dalle considerazioni sopra svolte si può trarre una prima conclusione. Nonostante l’opinione diffusa, per cui negli Stati Uniti vi è, o in ogni caso un tempo vi fu, un principio costituzionale non scritto, ‘materiale’, avverso al debito e all’indebitamento all’infuori di circostanze rare ed eccezionali, e per contro dunque orientato a un obbligo di sostanziale equilibrio di bilancio, occorre in primo luogo constatare che, anche a prescindere da una sua effettiva ‘giustiziabilità’<sup>2416</sup>, non solo non esiste una disposizione formale scritta in tal

2414 Il concetto di «costituzione economica», come disciplina autonoma e separata dal resto della costituzione, non è apprezzato da parte della dottrina italiana: M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. V, quarta ed., Torino, 1990, pp. 373-385, anche se forse le considerazioni svolte sono riferite prevalentemente allo stato sociale del novecento avanzato. Ma per A. Morrone, *La “costituzione finanziaria”. Un’introduzione*, in A. Morrone (a cura di), *La Costituzione finanziaria*, cit., p. X, è stato un errore porre un’enfasi eccessiva sulla reciproca autonomia tra politico ed economico, con la pretesa di ridurre il diritto costituzionale a teoria dei diritti fondamentali, dimenticando e marginalizzando il ruolo delle istituzioni e delle politiche pubbliche, e facendo della giurisdizione il nuovo sovrano del diritto (mentre le questioni economiche, compresa la decisione di bilancio, sono state ridotte a meri strumenti tecnici funzionali alla realizzazione di quei diritti).

2415 Come risulta dagli indici di libertà economica pubblicati da organizzazioni quali, ad es., la *Heritage Foundation*.

2416 In America il problema è stato posto da R. Kogan, *Enforcement of a Constitutional Balanced Budget Amendment: Questions Without Answers*, in Center For Budget and Policy Priorities, 1997, (<http://www.cbpp.org/archives/BBAENFRC.htm>); J. W. Bowen, *Enforcing the Balanced Budget Amendment*, in

senso, ma sono anche alquanto labili e sfuggenti gli appigli testuali altrove collocati per farne derivare, sia pure in una interpretazione combinata, estensiva ed evolutiva, un carattere vincolante.

Ma restiamo ancora al punto di partenza, a quell'assunto per cui il pareggio o almeno l'equilibrio di bilancio, la tolleranza minima per bassi deficit, il dovere di circostanziare puntualmente la formazione di un limitato debito ("di scopo" si potrebbe dire), da ritirare senz'altro appena le condizioni lo consentano, fossero caratteristiche tacite ma innate della "costituzione economica" degli Stati Uniti. Si trattava, si è detto, di principi tanto forti quanto non scritti, la cui forza, semmai, era forse ancor più evidente per il fatto di esistere, di essere osservati proprio in quanto non scritti; essi sarebbero rimasti fermi nonostante tutto, per un periodo assai lungo, e avrebbero dominato fino ad essere contraddetti e poi rovesciati soltanto in tempi molto recenti (all'incirca nei primi anni del secolo presente).

Va però osservato che un principio costituzionale implicito conosce, rispetto a quelli che sono espressi, un limite di debolezza ulteriore: che esso può considerarsi vincolante, quasi alla stregua di una norma consuetudinaria, finché non venga meno la ripetitività della sua osservanza – in questo caso da parte degli operatori politici e delle istituzioni – insieme alla persuasione della sua obbligatorietà. Ora, se questo per qualunque motivo dovesse venir meno, l'assenza di una disposizione scritta formale non fa altro che mettere a nudo la debolezza della pretesa norma consuetudinaria. Nel caso specifico, dunque, vanno poste due questioni. La prima è se, in linea generale, delle politiche statali improntate alle caratteristiche fiscali sopra evidenziate siano desiderabili e opportune. Nel caso in cui la risposta sia affermativa, si aggiunge la seconda questione, se cioè norme costituzionali con un minimo grado di vincolatività siano efficaci, nel senso che siano capaci di produrre una congruenza del mezzo rispetto al fine. Qualora, con tutte le condizionalità e cautele rispetto al caso, si ritenga di poter rispondere positivamente anche a questo secondo quesito, è inevitabile riconoscere che sono privilegiati quegli ordinamenti che sono forniti di una copertura scritta analitica sotto questo profilo.

Ci si potrebbe infine chiedere per quale motivo proprio gli Stati Uniti d'America, nonostante le similitudini sopra esposte, siano rimasti sprovvisti, a livello costituzionale, di un apparato di norme di questo tipo. La risposta in senso storico può essere data da quanto detto in precedenza. Le risposte ancorate all'attualità possono essere di diverso tipo, dalla nota difficoltà di apportare emendamenti formali alla Costituzione federale americana<sup>2417</sup> all'inerzia naturale di ordinamenti, specie quando ormai risalenti e onusti di un cospicuo bagaglio di esperienza, che resistono a cambiamenti dirompenti; si potrebbe evocare il noto paradosso delle riforme, che le

---

*Seton Hall Constitutional Law Journal*, vol. 4, 1994, pp. 565-ss. Ovviamente le ipotesi formulate si riferiscono all'eventualità dell'approvazione di un emendamento costituzionale per il pareggio di bilancio.

2417 S. Volterra, *La revisione costituzionale negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 360, che parla di una procedura «volutamente difficile da attuare» anche per revisioni limitate, diversamente da quanto accade per gli stati membri.

rende tanto più difficili quanto più si rendano necessarie<sup>2418</sup>, come si potrebbe cogliere un altro aspetto di grande interesse, che però non è possibile qui sviluppare, consistente nel fatto che proprio un ordinamento come quello nordamericano, per la sua natura peculiare, all'inverso ad es. degli stati europei, non conosce, non è 'programmato' per riconoscere vincoli giuridici formali più o meno esterni<sup>2419</sup> (il che, a tacer d'altro, fa mutare completamente di significato alle sanzioni giuridiche formali, al processo per metterle in atto, processo che ricadrebbe esclusivamente all'interno), né ha rapporti con chiunque possa anche immaginare di volergliene imporre in maniera così palese.

Ma sembra necessario alla fine riconoscere che, verosimilmente, alla radice di una tale indisponibilità, vi deve essere un motivo non giuridico, legato alla pura ragione della forza<sup>2420</sup>. In sintesi, esso risiede nella stessa potenza economico-finanziaria degli Stati Uniti, simboleggiata dal ruolo del dollaro come valuta di riserva o come benefugio. Questa realtà, insieme al ruolo della *Federal Reserve*, ha elevato a lungo uno scudo protettivo per il paese, rendendolo relativamente immune da crisi anche per il fatto di poter finanziare il proprio debito, per decenni, a un tasso d'interesse straordinariamente conveniente. Gli Stati Uniti, quasi unici al mondo e diversi in questo dall'Europa comunitaria, hanno potuto finora giovare di una tale situazione e (illudersi di?) affrontare il problema della sostenibilità del proprio debito non sotto il profilo angoscioso della *capacità* reale di farvi fronte, e del rischio quindi di non essere più in grado di farlo oltre un limite che magari si rivela all'improvviso, ma semmai sotto il più tranquillizzante profilo della *volontà*, della disponibilità a sostenerlo entro limiti da essi discrezionalmente fissati, come se questo limite potesse sempre essere dilatato a piacimento. Resta però che la stessa idea di un limite evoca, sia pure in maniera sbiadita, non nitida, alla lontana, la consapevolezza di risorse, in questo caso anche finanziarie, che potrebbero non essere infinite<sup>2421</sup>. Se così non fosse, e non

2418 G. Zagrebelsky, *Adeguamenti e cambiamenti della Costituzione*, in *Scritti su le fonti normative e altri temi di vario diritto, in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, 1985, p. 927, dove si evoca il «paradosso della riforma costituzionale», per cui – anche in riferimento a dottrina della Germania weimariana – «l'esigenza della riforma nasce dalla disgregazione del processo di integrazione politica; ma la riforma costituzionale presuppone essa stessa il massimo di aggregazione. Si vuole la riforma perché non si riesce a decidere; ma la riforma della costituzione (nel senso ipotizzato) è essa stessa la massima decisione ipotizzabile». *Mutatis mutandis*, non è qui in causa una disgregazione politica, ma il degenerare sempre più incontrollato di un debito che quasi tutti osservano con angoscia, ma che nessuno pare veramente disposto a imbrigliare nelle maglie di un severo emendamento. D'altra parte, se tornasse in auge il vecchio principio non scritto del pareggio di bilancio, la revisione formale sarebbe superflua.

2419 Secondo X. Contiades e A. Fotiadou, *How Constitutions Reacted to the Financial Crisis*, in X. Contiades (ed.), *Constitutions in the Global Financial Crisis*, cit., p. 29, «State sovereignty has quite a lot to do with the way in which fiscal discipline is conceived, and in the US context the conceptualization of the merits and shortcomings of a balanced budget rule is much different, being detached from sovereignty narratives and in the light of the strong checks and balances system that exists».

2420 S'intende qui, ovviamente, forza in senso economico, condividendo però l'assunto che «l'economia reale produce norme di diritto costituzionale» (G. di Plinio, *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la costituzione economica della crisi globale*, in G. Cerrina Feroni e G.F. Ferrari (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Torino, 2012, p. 83), un po' in antitesi alle aspettative di alcuni giuristi, che soffrono per la difficoltà crescente, al contrario, di piegare l'economia alle norme deterministiche del diritto.

2421 Ciò che è aggravato dal fatto che una quota crescente del debito americano, e comunque incomparabilmente superiore a quanto mai avvenuto in passato, è detenuta da sottoscrittori esteri.

fosse stato fin dall'inizio, non avrebbe mai avuto un senso l'idea di porre dei limiti, anche solo con la limitata forza della legge ordinaria.

In ogni caso si tratta di un dato di fatto che come altri fenomeni storici non ha i caratteri dell'eternità, e potrebbe essere reversibile o soggetto comunque ad attenuazione, come tante circostanze geopolitiche. Specie con l'avvento della nuova amministrazione federale, sono estremamente contraddittori i segnali emessi in materia economica, con riflessi possibili anche sul tema del debito. Poiché istituti di analisi economica mettono in guardia dalla possibilità che entro alcuni anni torni a presentarsi una crisi come quella successiva al 2008, è possibile che torni a porsi in forme drammatiche la questione della sostenibilità del debito e dunque l'opportunità di varare misure più adatte ad affrontare i *rainy days* che certamente arriveranno.

## CONTRO LA POST-VERITÀ: IL PLURALISMO ASSIOLOGICO QUALE LIMITE DEL POTERE E GARANZIA DELLA GIUSTIZIA NELLO STATO COSTITUZIONALE\*

di Gianluigi Fioriglio\*\*

SOMMARIO: 1. Post-verità, democrazia e pluralismo; 2. Diritto e democrazia fra verità e post-verità; 3. Pluralismo, diritto e interpretazione; 4. Il pluralismo assiologico quale limite del potere e garanzia della giustizia.

### 1. Post-verità, democrazia e pluralismo

**N**ella società contemporanea il prefisso «post» è frequentemente utilizzato per evidenziare il superamento, evolutivo ma sovente involutivo, delle categorie e degli apparati concettuali tradizionali: ad esempio, post-democrazia, post-modernità, post-sovrantà, e così via. Ad essi si è ora aggiunto, nel dizionario comune, il lessema «post-verità». Per quanto il termine inglese (“post-truth”) sia stato utilizzato a partire dagli anni Novanta, recenti accadimenti storici ne hanno sancito la popolarità<sup>2422</sup> e spingono a chiedersi se l’epoca contemporanea sia caratterizzata proprio dalla post-verità.

Andando oltre questa domanda e adottando quindi una prospettiva giusfilosofica e teorico-giuridica, pare opportuno chiedersi se e come la post-verità possa anche solo ipoteticamente conciliarsi con la democrazia e con il pluralismo che costituisce un valore-chiave di ciascuno Stato democratico. Ma può anticiparsi una risposta negativa, cui segue la necessità di interrogarsi sul difficile rapporto fra pluralismo e verità, da un lato, e fra diritto e verità, dall’altro, nonché sulla possibilità di argomentare il pluralismo assiologico quale strumento per limitare i poteri costituiti e contribuire, di tal guisa, a garantire la giustizia, oltre che a porsi quale «antidoto» alla post-verità.

Questa tesi richiede di partire dalla considerazione del significato di post-verità: per essa si intende ciò che è relativo a, o che denota, circostanze in cui gli appelli all’emotività e le convinzioni personali influenzano maggiormente l’opinione pubblica rispetto ai fatti obiettivi<sup>2423</sup>. Pertanto, l’emozione prevale sulla ragione, la

---

\* Il presente saggio è una versione accresciuta e arricchita, grazie ai commenti e agli spunti ricevuti, della relazione presentata al XXX Congresso nazionale della Società Italiana di Filosofia del Diritto (“Limiti del diritto”, Workshop su “Giustizia del diritto”), Lecce, 16 settembre 2016.

\*\*Dottore di ricerca; Dipartimento di Scienze Politiche, “Sapienza” Università di Roma.

<sup>2422</sup> Tanto da portare i redattori degli *Oxford Dictionaries* a «incoronare» “post-truth” quale parola dell’anno per il 2016 (<https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>)

<sup>2423</sup> Secondo la definizione di “post-truth” di cui agli *Oxford Dictionaries*: <https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>.

disinformazione sulla informazione e la menzogna sulla verità, che diviene ininfluente. Ma queste non sono caratteristiche proprie della sola società contemporanea.

Così, in relazione al primo aspetto, è emblematico il racconto di Tucidide circa il destino della colonia ribelle di Mitilene: in un primo tempo, il *demos* ateniese ha ascoltato il demagogo Cleone, stabilendo l'uccisione di tutti gli uomini di Mitilene e la riduzione in schiavitù di donne e bambini, e in un secondo tempo, a brevissima distanza, si è fatta persuadere da Diodoto a riformare la decisione poc'anzi adottata. La volontà popolare si è formata e si è espressa sulla mera scia dell'emozione.

Il secondo aspetto, invece, sembra ora amplificarsi in virtù di un utilizzo diffuso, e tutt'altro che ragionato, dei social network e comunque della Rete, per cui la diffusione di determinati contenuti appare pandemicamente incontrollabile. L'assenza di qualsiasi controllo sulla veridicità dei contenuti, fulcro della disciplina vigente in materia, agevola questo fenomeno, mentre le eventuali segnalazioni che possono essere effettuate dagli utenti non risolvono la problematica e la lenta predisposizione di strumenti di controllo da parte dei fornitori dei servizi è oltremodo problematica, in quanto tecnicamente difficoltosa e potenzialmente censoria.

Il terzo aspetto, infine, è relativo a un'arma da sempre utilizzata nella lotta politica<sup>2424</sup>, cui oggi possiamo guardare anche quale tradimento dell'essenza della democrazia, che dovrebbe essere basata sul confronto e sul dialogo, mentre l'utilizzo di argomenti falsi vizia *ab origine* qualsiasi decisione anche se talune menzogne si fermano al piano del politico e non raggiungono quello del giuridico.

Più in generale, "post" assume la valenza di "oltre" e non di "dopo": pertanto, "un 'dopo la verità' che non ha niente a che fare con la cronologia, ma che sottolinea il superamento della verità fino al punto di determinarne la perdita di importanza. E, analizzando le modalità in cui il superamento si concretizza di volta in volta, colpisce la vocazione profetica che la parola nasconde tra le sue lettere: la post-verità, infatti, spesso finisce per scivolare nella "verità dei post" (come è successo spesso sulla rete proprio in relazione alle campagne politiche legate alla Brexit o alle elezioni americane)"<sup>2425</sup>.

Se è così, allora la post-verità è altro dalla verità: è, al contempo, il suo opposto e il suo rifiuto.

Sino ad oggi vi si è fatto esteso ricorso a fini commerciali e di marketing, per cui la spinta emozionale, quasi compulsiva, viene normalmente alimentata e sfruttata per vendere sempre più beni e servizi in una società essenzialmente consumistica.

Un suo ambito, però, appare ben più delicato: quello della democrazia. Non a caso, per Habermas una democrazia della post-verità non sarebbe più una vera

<sup>2424</sup> Cfr., ad esempio, la riflessione filosofico-politica di Hannah Arendt, con particolare ma non esclusivo riferimento a *La menzogna in politica. Riflessioni sui "Pentagon Papers"*, tr. it., Marietti, Genova, 2006, e *Verità e politica*, tr. it., Bollati Boringhieri, Milano, 2004. Per un recente studio sul rapporto fra menzogna e norma cfr. M. Catanzariti, *Studio sul divieto di menzogna*, in *Ragion pratica*, 2014, 1, pp. 159-185.

<sup>2425</sup>M. Biffi, *Viviamo nell'epoca della post-verità?*, Accademia della Crusca, 25 novembre 2016, <http://www.accademiadellacrusca.it/it/lingua-italiana/consulenza-linguistica/domande-risposte/viviamo-nellepoca-post-verit>.

democrazia<sup>2426</sup> e quindi la difesa di quest'ultima passa anche attraverso il superamento della prima. Tuttavia, se la post-verità connota l'agire dei detentori del potere e la condotta dei consociati, che si presta a essere manipolata dai primi, allora la democrazia non è solo in crisi ma è addirittura in pericolo.

Una risposta può giungere dal pluralismo assiologico: ossia da un pluralismo che non rifiuti la verità, ma che ammetta la coesistenza di molteplici verità. Per affrontare tale questione si può assumere che il pluralismo (o, come notoriamente definito da Rawls, il “fatto” del pluralismo<sup>2427</sup>, ossia il pluralismo in quanto fenomeno) sia un valore fondamentale che deve necessariamente essere preservato nelle democrazie costituzionali contemporanee.

Il rapporto fra verità e democrazia è, del resto, assai delicato: la verità è certezza, ma la democrazia, quale “incertezza istituzionalizzata”, si contrappone al totalitarismo, che “è un tentativo di possedere la certezza una volta per tutte”<sup>2428</sup>. Sullo sfondo si pone un ordinamento giuridico che a sua volta rifugge dalla certezza del diritto e che viene plasmato, nella sua evoluzione, da un potere giudiziario che spesso prende le veci del potere legislativo. Da un lato, l'ordinamento stesso si evolve, ma dall'altro si aprono le possibilità di interpretazioni arbitrarie e, comunque, di uno sbilanciamento fra i poteri dello Stato oltrepassando o modificando il sistema di *checks and balances* istituzionalmente stabilito dal potere costituente.

Eppure, negli Stati costituzionali la predetta evoluzione deriva proprio dal compromesso fra le diverse forze politiche che si esprime in ciascuna costituzione e a cui consegue una generalità più o meno marcata della costituzione medesima, anche perché essa deve applicarsi potenzialmente a tutta la società per un lungo periodo.

Di qui la previsione di una molteplicità di diritti formulati in modo non dettagliato nonché la loro conflittualità ed apertura a compromessi con considerazioni diverse<sup>2429</sup>, che oltretutto possono essere influenzate da spinte post-veritative sia per ciò che concerne l'azione politica e la sua estrinsecazione in norme giuridiche sia in riferimento alle decisioni giudiziarie che promanano pur sempre da individui, con la propria ragione ma anche con le proprie spinte emozionali. Anche in questa prospettiva può dunque essere letta la connessione fra diritto e verità.

Tuttavia, a fronte di insigni pensatori quali Hegel, Kant e soprattutto Nietzsche che argomentano questa connessione, numerosi altri, sulla scia hobbesiana per cui *auctoritas non veritas facit legem*, la negano quale “assenza di fondamento cognitivo ultimo od oggettivo del diritto”<sup>2430</sup>.

Emergono, pertanto, diverse questioni e bisogna qui focalizzare l'attenzione su quegli aspetti funzionali all'argomentazione della tesi qui proposta.

In tal senso si può partire da una considerazione: la post-verità pare alimentarsi da un rifiuto del metodo socratico, sostituito dalla meno faticosa accettazione di

<sup>2426</sup> J. Habermas, *Tra scienza e fede*, tr. it., Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 47.

<sup>2427</sup> J. Rawls, *Liberalismo politico*, tr. it., Einaudi, Torino, 2012, p. 406.

<sup>2428</sup> J. Müller, *L'enigma democrazia. Le idee politiche nell'Europa del Novecento*, tr. it., Einaudi, Torino, 2012, p. 341.

<sup>2429</sup> G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 9.

<sup>2430</sup> M. La Torre, *La verità del diritto senza verità*, in *Sociologia del diritto*, 2013, 1, pp. 187-189.

informazioni, magari redatte ad effetto, senza interrogarsi sui fatti obiettivi, o senza dar credito agli stessi.

Tuttavia, in una società sempre più complessa, la mera comprensione dei fatti è spesso sottratta alla comune esperienza e richiede un apporto tecnico per essere compresa; più l'informazione è specialistica, però, più si presta a essere manipolata o ad essere usata per orientare artatamente l'opinione dei relativi destinatari. Sorgono pertanto alcune domande.

Se la conoscenza della verità permette di limitare proprio il potere, come è possibile tendere ad essa? In questo quadro in cui coesistono molteplici verità, come evitare le manipolazioni del *démos*? Come assicurarsi che si giunga a decisioni o deliberazioni giuste in ambito politico, legislativo e giudiziario? Se le verità sono individuate dall'organo che interpreta le norme giuridiche all'uopo rilevanti e le applica a ciascun caso concreto adempiendo ai propri compiti istituzionali, come far sì che detta interpretazione non sia arbitraria?

## 2. Diritto e democrazia fra verità e post-verità

Le questioni sin qui evidenziate possono essere lette nell'ottica dello Stato costituzionale prendendo le mosse dalla considerazione di Peter Häberle secondo cui esso (considerato come democrazia pluralistica) si contrappone agli stati totalitari e a tutte le pretese fondamentalistiche di verità, ai monopoli dell'informazione e alle ideologie chiuse. Nello Stato costituzionale emerge la consapevolezza di una continua ricerca della verità in quanto non precostituita né eterna: esso si fonda su verità provvisorie e rivedibili, assunte in linea di principio al plurale e non al singolare, oltre che non imposte in modo autoritativo<sup>2431</sup>.

Sembra quindi potersi adottare una prospettiva fallibilista per contemperare l'esigenza della continuativa ricerca della verità con il rifiuto della sua imposizione. Ciò pare rispondente allo spirito della democrazia, che è “costitutivamente, sebbene non irenicamente [...] ricerca della verità, da intendersi sia come ‘dovere della verità/diritto alla verità’; sia come processo ‘aperto’ alla libera ricerca e credenza in fedi e valori; sia come *medium* discorsivo per il confronto non solo degli interessi ma anche delle ragioni”<sup>2432</sup>.

Questa ricerca è però assai ardua e si può provare a contemperarla con le critiche di chi, come Anna Pintore, avversa la verità del diritto poiché la verità pratica si trasforma da presupposto a postulato, in un modo indifferente ai valori, e non vi è risposta alle domande circa i soggetti cui compete scoprirla, dichiararla ed imporla, oltre che sulla individuazione di chi conosca coloro i quali la posseggono. L'autorità è senza verità; è più facile la scelta e il controllo di un'autorità intesa come fonte di decisioni anziché di ricognizioni, soprattutto negli ordinamenti democratici. Si passa

<sup>2431</sup> P. Häberle, *Diritto e verità*, tr. it., Einaudi, Torino, 2000, p. 85.

<sup>2432</sup> F. Mancuso, *Le 'verità' del diritto. Pluralismo dei valori e legittimità*, Giappichelli, Torino, 2013.

così dal principio della verità a quello dell'autonomia e dell'uguale valor delle scelte individuali nella sfera pubblica, ossia all'accordo raggiunto nel rispetto sostanziale e non meramente formale delle regole della democrazia. Questi fondamenti sono molto fragili, ma gli altri si sono rilevati illusori o dispotici<sup>2433</sup>: e questi timori sono certamente giustificabili, per cui non possono essere pretermessi.

Il contemperamento di queste opposte visioni può tuttavia aversi mediante l'adozione di una prospettiva fallibilista che, in chiave costituzionalistica, sia basata sul pluralismo assiologico.

Può dirsi fallibilista poiché parte dal presupposto che non vi siano verità assolute, certe e precostituite, come affermato da Häberle, bensì verità continuamente modificabili pur se oggettive. È rispettosa dello spirito democratico, poiché è caratterizzata da un ideale verso cui tendere in modo condiviso e nel rispetto delle regole del gioco. Dal costituzionalismo (ma in ipotesi anche dal neo-costituzionalismo)<sup>2434</sup> trae un fondamento, seppur non ultimo in senso metafisico, dei valori che si ritengono fondanti di una specifica comunità statale. Nessun soggetto, in essa, ha una sovranità assoluta, come comunemente ritenuto dagli autori che si rifanno a tali teorie, e quindi ha il monopolio della verità. Vi sono organi istituzionali e procedure che portano a identificare verità che possono essere mutevoli o tendenzialmente permanenti (come nel caso di una sentenza passata in giudicato), e addirittura confliggenti.

In tal modo si rifugge dai rischi di totalitarismo, o quanto meno essi appaiono ragionevolmente ridotti. Bisogna però chiedersi se questa continua ricerca della verità non comporti un rifiuto di quest'ultima o una deriva verso la post-verità, o ne costituisca l'humus, con conseguenze negative sia in ambito politico sia in ambito giuridico.

La post-verità è infatti la negazione dei processi democratici e, in una prospettiva fenomenologica, potrebbe sostenersi che essa derivi anche dalla mancata predisposizione di strumenti che consentano effettivamente al cittadino di cercarla e comprenderla.

Bisogna quindi chiedersi cosa sia la verità, quali siano le connessioni con il diritto e quali siano i predetti strumenti.

In relazione al primo profilo è sufficiente, ai fini del presente scritto, partire dalla celebre definizione aristotelica, per cui “è falso, infatti, dire che l'essere non è o che il

<sup>2433</sup> A. Pintore, *Il diritto senza verità*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 259-260.

<sup>2434</sup> Sul costituzionalismo cfr., fra gli altri: G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2009; D. Castellano, *Costituzione e costituzionalismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013; L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 3, pp. 2771-2816. Cfr. altresì A. Barbera (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2015. Sul neocostituzionalismo, oltre all'opera di Alexy, Dworkin e Nino, cfr.: M. Barberis, *Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, 1, pp. 153-164; T. Mazza, (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002; S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001; A. Schiavello, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2013, [http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2003\\_n3/monografica\\_a/D\\_Q-3\\_Schiavello.pdf](http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2003_n3/monografica_a/D_Q-3_Schiavello.pdf).

non-essere è; è vero dire che l'essere è e che il non-essere non è" e bisogna altresì ricordare che "tra enunciati contrari, o si avrà realmente un intermedio, come c'è il grigio tra il nero e il bianco, oppure non ci sarà un intermedio, come tra uomo e cavallo non c'è qualcosa che non-sia né uomo né cavallo"<sup>2435</sup>.

La teoria dello Stagirita è notoriamente basata sulla corrispondenza fra ciò che è detto e come stanno le cose, per cui se essa sussiste il discorso è vero e in caso contrario è falso. Non si può inoltre sottovalutare la molteplicità di sfumature che possono far andare oltre la predetta dicotomia.

Il corrispondentismo è qui particolarmente utile per argomentare quanto sia problematica e dannosa la post-verità: se anche nei casi facili la menzogna può prevalere sulla verità poiché non ci si cura di accertarsi della predetta corrispondenza, nei casi difficili la prevalenza appare quasi scontata perché le cognizioni per poter controbattere sono specialistiche o perché in ciascuna fattispecie vengono in rilievo principi e valori contrastanti che non sempre possono predicarsi nei termini della verità. Eppure, circostanze fattuali palesemente errate possono orientare sia le scelte morali, come potrebbe accadere in ambito bioetico, sia quelle politiche, determinando, o contribuendo a determinare, l'elezione dei rappresentanti e la condotta di quest'ultimi.

La connessione fra verità e diritto, nonché fra post-verità e diritto, diviene così centrale, in quanto il diritto positivo è comunque prodotto dal legislatore (e quindi, negli Stati costituzionali, dai Parlamenti). Per quanto il diritto non si risolve unicamente in esso, non può certo negarsene il rilievo centrale salvo voler ritenere che il potere giudiziario possa creare in misura tanto incisiva il diritto stesso da discostarsi totalmente da quello positivo: ma in tal caso si avrebbe un esercizio arbitrario del potere, incompatibile proprio con lo Stato costituzionale che dall'arbitrio stesso rifugge, almeno idealmente.

Bisogna però prendere atto che anche nella realtà contemporanea alcune verità non sono conoscibili dall'uomo, permanentemente o temporaneamente; ciò nondimeno, determinate azioni devono o possono essere compiute sulla base di un ragionevole grado di verità (che quindi non può certo intendersi in termini assoluti). L'esempio paradigmatico è quello del processo, in cui si giunge a un accertamento della verità sulla base delle prove prodotte ed assunte nell'ambito di rigide procedure. In tal caso, il seppur necessario formalismo può portare a decisioni in cui la verità processuale diverge da quella fattuale (il che può verificarsi in modo lapalissiano, ad esempio, nei casi in cui si ometta di produrre un documento che proverebbe le ragioni di una parte, come una quietanza di pagamento; la realtà processuale divergerà da quella fattuale e la verità accertata nel processo non lo sarà dal punto di vista ontologico in quanto non concordante con quella fattuale).

<sup>2435</sup> Aristotele, *Metafisica*, tr. it., Laterza, Roma-Bari, 1973, IV, 6-7, 1011b, p. 115.

In breve, può così proseguirsi assumendo che “a) la verità è una *relazione* fra un enunciato e un fatto; b) la relazione di verità è una relazione di *corrispondenza*; c) la corrispondenza si dà o meno *a prescindere da quello che ne sappiamo*”<sup>2436</sup>.

Ebbene, la post-verità è idonea ad incidere sull’ambito degli enunciati, rendendoli falsi. Il punto cruciale è da rinvenirsi nelle conseguenze che ne derivano poiché orientano la condotta delle persone in qualsiasi ambito, inclusi quello politico e quello giuridico considerati sia singolarmente sia unitariamente.

Il primo infatti si presta particolarmente a manipolazioni, provocate o spontanee, che incidono negativamente sul secondo. Le manipolazioni possono essere frutto sia delle scelte dei detentori del potere politico sia di chi persegue fini di lucro utilizzando mezzi discutibili, se non illeciti (come la creazione di polemiche ad arte), che hanno la conseguenza immediata di portare alla popolarità di determinati contenuti sul Web e quindi a incamerare consistenti profitti grazie alla pubblicità, ma che portano altresì alla diffusione di credenze errate.

Il secondo si connette alla richiesta o alla necessità di nuove regole per soddisfare esigenze potenzialmente basate, in tutto o in parte, su enunciati falsi e che in ipotesi possono portare a regolamentazioni errate o in contrasto con dati scientifici verificabili: ciò può avvenire soprattutto in settori estremamente tecnici, che spaziano da quello informatico a quello biomedico, da quello alimentare a quello *lato sensu* industriale. E, nella complessità del politico, ciò si lega alle possibilità che ciascun gruppo di interesse ha di far sentire la propria voce. Non può negarsi, poi, che l’azione politica trovi estrinsecazione anche mediante l’emanazione di norme che, partendo da falsi presupposti di fatto, modificano comunque l’ordinamento.

In simili casi, la mancanza della corrispondenza fra l’enunciato e il fatto impedisce che una norma possa essere considerata vera (anche se ciò non può affermarsi secondo alcuni autori<sup>2437</sup>).

Ad esempio, una norma che prevede l’obbligatorietà di un determinato vaccino ha la sua ragion d’essere nei suoi presupposti scientifici; se essi sono errati, lo è anch’essa. La sua interpretazione trascende quindi il mero ambito giuridico e si fonde con quello tecnico, anzi dipende da quest’ultimo. Effettivamente la sua prescrizione è vera ma non lo è quella componente logica che la regge e che può ipoteticamente essere contestata in un giudizio. Questo stesso esempio, poi, evidenzia la problematicità della post-verità: l’infondata contestazione del fondamento scientifico della predetta norma è idonea a danneggiarne l’applicazione, con conseguenze negative su un diritto fondamentale come quello alla salute. Rende inoltre palese la difficoltà di verificare la corrispondenza fra ciò che è detto e come stanno le cose, nonché di come false credenze, amplificate dagli odierni canali di comunicazione, possano prevalere sui dati scientifici: e ciò può leggersi, in chiave sociologica, quale segno della sfiducia nei

<sup>2436</sup> G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 75.

<sup>2437</sup> Come ricorda Massimo La Torre, infatti, ciò non è ammissibile per quegli autori che ritengono che una norma non abbia carattere descrittivo bensì prescrittivo, o anche prescrittivo, e dunque il diritto non può consistere di enunciati veri o falsi, mentre può essere oggetto di enunciati di cui è predicabile la verità (M. La Torre, *La verità del diritto senza verità*, in *Sociologia del diritto*, 2013, 1, p. 189).

confronti di interi settori, con una generalizzazione che porta altresì alla perdita di quelle sfumature che già Aristotele aveva argomentato.

Cosa accade, però, quando una norma è corretta dal punto di vista fattuale (ossia corrisponde al dato obiettivo, qualora ciò sia «tecnicamente» possibile) ma viene emanata in risposta ad esigenze che esprimono una post-verità? In altri termini, cosa accade quando una norma sia ipoteticamente «vera» ma sia stata deliberata quale mera risposta a false esigenze o credenze?

Ove essa sia correttamente emanata (i.e., nel rispetto dei requisiti formali e sostanziali), *nulla quaestio* dal punto di vista giuridico. Al più si potrà fare riferimento all'indagine sulla intenzione del legislatore quale ausilio all'attività dell'interprete qualora si aderisca a una teoria intenzionalista.

Sul punto è opportuno ricordare che, in linea più generale, “per i giuspositivisti, una proposizione giuridica è vera se trova corrispondenza con certi fatti di natura istituzionale. Fra i giusnaturalisti contemporanei, vi sono alcuni i quali sostengono che una proposizione giuridica è vera qualora risulti coerente con quei principi di moralità che sono capaci di porre il diritto nella sua luce migliore. Altri ancora ritengono che «verità» sia il sostantivo che designa un accordo sulle premesse interpretative che riguardano il diritto”<sup>2438</sup>.

Se, però, guardiamo al problema della verità in ambito democratico alla luce di quanto sin qui evidenziato, emerge che l'ambito che ne viene toccato maggiormente è quello politico, con ricadute a livello istituzionale che evidenziano la connessione con gli strumenti che consentono di giungere a un pluralismo assiologico costituzionalmente orientato.

La post-verità, infatti, compromette quel flusso dialogico che è, o che dovrebbe essere, alla base di ciascun ordinamento democratico. La contrapposizione fra i diversi gruppi costituisce effettivamente una componente ineliminabile della democrazia stessa, ma è necessario che essa si realizzi nel rispetto delle regole del gioco che regolano proprio tale conflitto svolto. La post-verità, però, le viola e contribuisce a una risoluzione ingannevole del conflitto che alla lunga non può che favorire un pluralismo non assiologico, ma pericolosamente relativistico, in cui l'oggettività si dissolve nella soggettività e il dubbio prevale sempre e comunque sulla certezza.

Bisogna quindi consolidare il pluralismo assiologico, ossia far sì che l'uomo possa effettivamente tendere a cercare e a conquistare la verità. A tal fine è necessario predisporre degli strumenti che glielo consentano e fra essi il più importante è costituito dal sapere. Il cittadino dello Stato costituzionale deve infatti essere posto in condizione di adoperare quegli strumenti concettuali che solo il sapere e il senso critico possono fornirgli. Sul punto si può rilevare che anche le concezioni formali o procedurali della democrazia non sono realmente scisse dai loro aspetti sostanziali, per cui il nucleo minimo di diritti che emerge da queste considerazioni può ritenersi indubbio e indipendente dalla concezione formale o sostanziale della democrazia,

<sup>2438</sup> D. Patterson, *Diritto e verità*, tr. it., Giuffrè, Milano, 2010, p. 11.

fermo restando che ciò non risolve il problema dell'estensione del predetto nucleo e delle misure che ne garantiscano l'effettività sostanziale.

All'opposto, però, vi sono forze che spingono verso la realizzazione di un processo decostituente degli ordinamenti statali (anche a livello europeo e globale), per cui si ha una crisi sistemica delle democrazie occidentali caratterizzata da una crescente impotenza della politica rispetto all'economia, che si realizza rimuovendo la costituzione dall'orizzonte dell'azione di governo e riducendo le promesse "eccessive" della democrazia costituzionale<sup>2439</sup>. Ma questo processo è altresì agevolato dal fatto che "si è persa l'evidenza delle ragioni della codificazione delle regole della politica e la società politica sembra essere una società senza futuro che consuma istantaneamente le sue possibilità"<sup>2440</sup>.

Si ha, comunque, una "neutralizzazione del politico da parte di un ordine economico-finanziario globale" che impone il pensiero unico, il vero nichilismo giuridico: "ridurre il mondo ad unità attraverso la finanza e senza il diritto"<sup>2441</sup>. Del resto, oggi si tende a valutare il progresso di uno Stato in modo sin troppo forte facendo riferimento alla crescita economica, tralasciando quegli elementi non direttamente legati alla crescita economica se non in modo strumentale; dalla crescita economica non discendono automaticamente miglioramenti verso la sanità, l'istruzione, la libertà politica. Bisogna invece abituare la mente a diventare attiva, competente e responsabilmente critica verso le complessità del mondo<sup>2442</sup>.

Pertanto, il sopra citato nichilismo trova terreno fecondo nel pluralismo post-veritativo caratterizzato dal definitivo abbandono della verità, in cui l'uomo è sempre più incapace di reagire al sovraccarico informativo non padroneggiando quegli strumenti concettuali che invece gli consentono di cercare e conquistare la «verità». Il rifiuto della obiettività, o la sua totale mancanza di considerazione, si presta quindi a essere utilizzata dai detentori del potere, o da chi vuole conquistarlo.

Tali questioni evidenziano, a maggior ragione, la necessità di difendere il sapere quale preconditione della democrazia; ciò passa non solo mediante il riconoscimento del diritto allo studio, ma anche attraverso un'attiva opera di rimozione degli ostacoli che limitano il pieno sviluppo della persona umana. Questa problematica incrocia pertanto quella dei diritti sociali<sup>2443</sup> e investe sia il piano della politicità (in relazione alle scelte che vengono compiute) sia quello della giuridicità (in merito alla indisponibilità di specifici diritti e alla essenzialità della loro tutela nel rispetto dei

<sup>2439</sup> L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 157-158.

<sup>2440</sup> T. Serra, *Lo Stato e la sua immagine*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 9.

<sup>2441</sup> P. Becchi, *La sovranità limitata*, in *Mondoperaio*, 2016, 6-7, p. 95.

<sup>2442</sup> Cfr. M.C. Nussbaum, *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica*, tr. it., 2013, in particolare pp. 31-43.

<sup>2443</sup> Per un recente dibattito cfr. la sezione su "Diritti sociali veri diritti?" sul n. 2/2016 di *Ragion pratica*, con contributi di A. Facchi, M. Ferrera, G. Pino, F. Battezzozze, O. Bonardi, T. Casadei, F. Pasquali, N. Riva. Su di essi cfr. altresì T. Casadei, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze University Press, Firenze, 2012; M. Cossutta (a cura di), *Diritti fondamentali e diritti sociali*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2012; S. Vantin, *I diritti sociali in tempo di crisi*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2015, 2, pp. 427-436; S. Zullo, *La dimensione normativa dei diritti sociali. Aspetti filosofico-giuridici*, Giappichelli, Torino, 2013.

principi costituzionali). Un rimedio all'avanzamento del processo decostituente può trovarsi, dunque, proprio nelle stesse costituzioni e nella difesa dei loro molteplici livelli istituzionali.

### 3. Pluralismo, diritto e interpretazione

Il costituzionalismo e il neocostituzionalismo, in linea generale, forniscono utili spunti per argomentare la possibilità di una ricerca della verità che si svolga continuamente nell'ambito dei processi democratici e dunque di procedure che, lungi dall'essere meramente formali, garantiscano i diritti dei consociati e impediscano derive totalitaristiche. Pertanto, tale verità si caratterizza per la molteplicità, la provvisorietà e la rivedibilità, nonché per il reperimento dei suoi fondamenti proprio nella costituzione.

Questo percorso teorico può utilmente partire dalla considerazione del ruolo delle regole più importanti negli Stati costituzionali, anche se tocca, più in generale, il problema di quello dell'interprete nell'applicazione delle norme giuridiche. Come si è visto, la connessione fra diritto e verità pare rispondente all'essenza della democrazia, ma al contempo evidenzia i rischi della sua negazione, ossia il totalitarismo.

La costituzione di uno Stato realmente democratico (o di una società decente, per dirla con Dworkin) non fornisce una risposta circa il suo fondamento ultimo. Se, però, si assume che essa sia effettivamente democratica, se ne possono trarre dei fondamenti, ancorché fragili, per argomentare la corrispondenza con una verità che non sia autoritativamente imposta ma che si costruisca nell'ambito di processi formalmente e sostanzialmente rispettosi di regole del gioco (e dei diritti che essi proteggono) senza tuttavia risolversi nell'applicazione dei principi fondamentali di uguaglianza, libertà e giustizia, per quanto il pluralismo assiologico costituisca proprio una garanzia della giustizia (come di seguito discusso).

A fini espositivi è quindi necessario affrontare tale complessa tematica prendendo come riferimento la tradizionale tripartizione dei poteri (pur con la consapevolezza che nella realtà pratica i confini sono tutt'altro che netti) e, per ciascuno di essi, una considerazione potenzialmente paradigmatica e ovviamente estremamente semplificata funzionalmente all'esposizione della tesi di cui al presente contributo.

Partendo dal potere politico, può dirsi che la verità entri in gioco quando vengono prese decisioni basate su presupposti di fatto che vengono considerati veri. Queste decisioni si concretizzano normalmente in norme giuridiche che sono spesso emanate (o ratificate) dal potere legislativo. Il cerchio si chiude con il potere giudiziario, che non è notoriamente mera *bouche de la loi*, bensì un organo che interpreta e applica la legge a ciascun caso concreto. Sullo sfondo rimane comunque il popolo, sovrano ben più formalmente che sostanzialmente, e nel paragrafo precedente si è visto come il pluralismo assiologico, letto in un'ottica capacitante del *démos*, possa contribuire al raggiungimento dei fini della democrazia.

Dall'ambito politico-istituzionale bisogna quindi passare a quello del potere giudiziario, la cui attività ermeneutica e applicativa lo porta a invadere (necessariamente?) l'ambito del potere legislativo e a svolgere anche una funzione di garanzia dell'ordinamento giuridico.

In caso di conflitti, infatti, la verità deve pur sempre essere rinvenuta e verificata da un soggetto precostituito per legge e la cui interpretazione si risolve, o può risolversi, in un giudizio di veridicità sui fatti (e sulla loro corrispondenza alla fattispecie a una norma giuridica che si ritiene applicabile al caso di specie), che ha la sua collocazione naturale, ovviamente, nel processo<sup>2444</sup>. Tale giudizio, ancorché fallibile come la natura umana, avrà in determinati casi una definitività comunque dovuta alla necessità di giungere, nei vari ambiti, a una decisione finale, ferme restando le possibilità evolutive di seguito esposte. Una singola decisione, pur se in linea di principio è vincolante solo in relazione alle parti di ciascun procedimento giudiziario, può avere effetti che la trascendono anche negli ordinamenti di *civil law*.

La questione è estremamente complessa e la si può qui affrontare prendendo come riferimento le norme costituzionali: esse sono emblematiche sia perché evidenziano quanto ampio possa essere il margine dell'interprete (soprattutto ove «particolarmente qualificato», come nel caso dei giudici costituzionali) sia per la considerazione dei principi e dei valori costituzionali quali norme che vanno al di là del mero dato testuale per costituire il fondamento dell'ordinamento giuridico e porsi al riparo anche dai rischi di un giuspositivismo meramente formale.

Soprattutto, esse consentono di rinvenire quei principi e quei valori a cui ancorare un giudizio di veridicità che possa trascendere dalla mera considerazione di fatti concreti e al contempo semplici.

Vi sono, però, dei rischi dovuti alla loro natura «vivente». I testi costituzionali si evolvono pur in assenza di loro modifiche formali lasciando margini forse troppo ampi all'interprete e, in modo particolare, al potere giudiziario.

Da ciò derivano problemi e opportunità, i primi legati a una sorta di paradossale flessibilità delle costituzioni rigide (più che di loro elasticità) nonché alle operazioni interpretative e creative svolte su di esse, le seconde alle possibilità di evoluzione delle medesime. In altri termini, se la rigidità è relativa alla sola forma e non alla sostanza, sino a che punto l'interpretazione non è arbitraria e non è un surrettizio pretesto per riempire di contenuti di un certo tipo una o più norme che prevedevano o che dovrebbe prevedere tutt'altro? Ancora, si verifica in tali casi una illegittima modifica delle norme costituzionali, che vengono abrogate di fatto e sostituite con altre norme a piacimento dell'interprete? Oppure non vi è altro modo per evitare di essere ingabbiati in un mero formalismo?

Bisogna quindi evitare che l'interpretazione si risolva in arbitrio: qualora ciò dovesse accadere, le conseguenze negative saranno tanto più gravi quanto più importante sarà

<sup>2444</sup> Su questo profilo cfr., anche per i riferimenti bibliografici, G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli, Torino, 2016, in particolare pp. 67-118. Cfr., inoltre, M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

il ruolo istituzionale dell'interprete. Del resto, diversi organi possono e devono compiere attività ermeneutiche nello svolgimento dei loro compiti istituzionali. Come comprendere se le loro deliberazioni sono conformi a giustizia? Una risposta può forse trovarsi nelle teorie costituzionaliste e neocostituzionaliste, ma bisogna occuparsi preliminarmente del "tempo della consolidazione".

Infatti, il rifiuto della verità assoluta e la presenza di molteplici verità che trovano comunque il fondamento nelle carte costituzionali, o prima di esse, portano ad una continua revisione non tanto delle norme, così come espresse dal legislatore e formalmente introdotte nell'ordinamento giuridico, bensì della loro interpretazione.

Usando una efficace espressione di Letizia Gianformaggio, può sostenersi che oggi ci troviamo nel "tempo della consolidazione", operata dal diritto e dalla politica costituzionale, per cui è più utile fare riferimento a un periodo e una durata che a un momento storico ormai trascorso: "Ne segue che se il consolidamento nella durata è fattore essenziale di vita della costituzione, ed oltretutto ne determina i contenuti di significato, non influisce però sulla normatività come senso della costituzione, ovverosia sulla sua superiorità, né tantomeno la determina. Questa è, infatti, l'essenza *della costituzione in sé*, non l'esistenza, né un significato"<sup>2445</sup>.

Si consolida la costituzione, dunque, ma una sua lettura continuamente mutevole, che produce un diritto anche radicalmente diverso da quello originariamente prodotto<sup>2446</sup>, sfida lo stesso concetto di consolidazione che rischia di essere più formale che sostanziale. Da esso può tuttavia partirsi per trovare o argomentare i fondamenti di un pluralismo assiologico che nasce dalla costituzione e che si consolida a sua volta grazie ad essa, pur mutando costantemente: proprio questa mutevolezza può costituire una evoluzione o una involuzione, a seconda della prospettiva che si adotta e delle attività ermeneutiche svolte dagli interpreti istituzionali per prendere le proprie decisioni e giungere a un ben deliberare o a un mal deliberare a seconda dei casi.

Sorgono, però, alcuni rischi.

Basti pensare alla circostanza per cui un diritto fondamentale e inviolabile può essere legittimamente violato in seguito alle note operazioni di bilanciamento e/o ponderazione: del resto, la loro confliggenza può essere considerata una caratteristica peculiare degli Stati costituzionali. Emerge inoltre un altro rischio, connesso a una problematica antica che continuamente si ripropone: *quis custodiet ipsos custodes?* Ad esso, poi, si accompagna quello dello squilibrio fra i poteri.

Per discutere tali rischi e comprendere come e perché il pluralismo assiologico possa al contempo contribuire a limitare i poteri e a garantire la giustizia negli Stati costituzionali sembra opportuno premettere alcuni aspetti essenziali del processo di costituzionalizzazione e fare riferimento ai caratteri generali del neocostituzionalismo.

<sup>2445</sup> L. Gianformaggio, *Tempo della costituzione, tempo della consolidazione*, in *Politica del diritto*, 1997, 4, p. 538.

<sup>2446</sup> Del resto, è a livello di costituzione materiale che si operano le vere trasformazioni costituzionali (T. Serra, *Lo Stato e la sua immagine*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 9-10).

In relazione al primo profilo, rifacendosi a Riccardo Guastini, si può sostenere che alle condizioni necessarie di costituzionalizzazione (la presenza di una costituzione rigida e la sua garanzia giurisdizionale) si accompagnano la forza vincolante della costituzione, la sua sovra-interpretazione, l'applicazione diretta delle sue norme, l'interpretazione adeguatrice delle leggi e l'influenza della costituzione sui rapporti politici<sup>2447</sup>. Inoltre, il costituzionalismo non è più finalizzato unicamente al perseguimento dell'obiettivo storico della limitazione dei detentori del potere e del monopolio della forza. I poteri non sono chiaramente individuabili e a quelli pubblici si accompagnano quelli privati, mentre il predetto monopolio si affievolisce, o forse si perde, e coesistono molteplici centri di forza.

In riferimento al secondo, come afferma Mauro Barberis, le tre principali tesi caratteristiche del neocostituzionalismo riguardano la connessione tra diritto e morale (specialmente nello Stato costituzionale e tramite i principi costituzionali)<sup>2448</sup>, la distinzione tra regole e principi<sup>2449</sup> e la distinzione tra applicazione di regole e applicazione di principi (le prime applicabili per sussunzione, i secondi per ponderazione)<sup>2450</sup>. Nella prospettiva del neocostituzionalismo, i principi supremi svolgono un ruolo costitutivo dell'ordinamento e si pongono «prima» delle norme particolari, proteggendo i valori essenziali della società; si distinguono dunque da quelli generali dell'ordinamento della dizione codicistica, che sono desunti dalle norme particolari. I principi non hanno la precisione della fattispecie, per cui non è possibile circoscriverne il campo di vigenza e includerne o escluderne una fattispecie concreta. L'adesione, non l'obbedienza, ai principi è svolta in misura variabile così da ponderarne la forza normativa e gestirne la compresenza<sup>2451</sup>.

Il quadro costituzionalistico, ma ancor di più quello neo-costituzionalistico, permette di rinvenire quei fondamenti di una verità magari fragile e mutevole, ma che costituisce la ricognizione di quei principi e valori fondamentali che, in un determinato momento storico, colgono il nucleo essenziale di una comunità politica e dell'ordinamento giuridico che ne consente l'esistenza e il funzionamento. Anche sulla

<sup>2447</sup> R. Guastini, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento*, in T. Mazzarese, (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 149-156.

<sup>2448</sup> Ad esempio, per Robert Alexy i principi morali appartengono alle ragioni ideali di ciò che è definitivamente giuridico. Il loro collegamento alla pretesa di correttezza comporta che i principi morali presi in considerazione dal diritto siano corretti (per cui la correttezza giuridica comprende elementi della correttezza morale) e quindi sarebbero giuridicamente rilevanti perché sostanzialmente corretti; inoltre, la loro partecipazione ad una ponderazione significa che anche gli argomenti morali hanno un ruolo nella giustificazione della decisione ponderata (R. Alexy, *La natura del diritto. Per una teoria non-positivistica*, tr. it., ESI, Napoli, 2015, p. 62).

<sup>2449</sup> Ad esempio, per Ronald Dworkin la distinzione fra regole e principi è di carattere logico, per cui le prime sono applicabili seguendo la logica del "tutto-o-niente", mentre i secondi possono essere ponderati o bilanciati in considerazione del loro peso o della loro importanza – caratteristica, questa, assente nelle prime. (R. Dworkin, *The Model of Rules I*, in *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1978, p. 24 ss.). Anche per Gustavo Zagrebelsky all'assolutezza delle regole si contrappone la relatività dei principi, in quanto esistono principi confliggenti fra i quali devono determinarsi rapporti combinatori e reciproche relativizzazioni (G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, p. 102). Com'è noto, poi,

<sup>2450</sup> M. Barberis, *Esiste il neocostituzionalismo?*, in *Analisi e diritto*, 2011, pp. 18-23.

<sup>2451</sup> V. Omaggio, *Saggi sullo stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 39-40.

base di ciò può altresì argomentarsi che il pluralismo dei soggetti che operano in uno Stato costituzionale sia esso stesso una garanzia che un potere non prevarichi sull'altro, purché il delicato sistema di *checks and balances* sia stato correttamente predisposto. Una valvola di sicurezza è notoriamente costituita dai custodi della costituzione stessa, i quali hanno il compito di proteggere i principi e i valori fondamentali dello Stato, e quindi lo Stato stesso.

Riprendendo ancora Gianformaggio, può sostenersi che il modello ideale della costituzione non sia visto come un comando, bensì come un accordo nel cui ambito i valori costituiscono la matrice dei diritti degli individui limitando al contempo ogni futura normazione e proteggendo anche gli interessi e i valori non privilegiati, che non possono essere trascurati completamente. All'atto dell'ideale stipula, il rawlsiano velo d'ignoranza copriva gli occhi dei partecipanti: nessuno sapeva chi avrebbe vinto o perso nella successiva competizione. Alla sua conclusione, però, il vincitore (che diviene legislatore) ha gli occhi bene aperti e il velo viene posto sugli occhi di chi la deve eseguire affinché le particolarità dei casi concreti non vada a fuorviare chi deve decidere da ciò che è rilevante, già deciso dalla legge. La costituzione si contrappone alla *dura lex* per proteggere, tutelare, mediare<sup>2452</sup>.

Il ruolo dei custodi della costituzione è quindi centrale e, in aggiunta, si rafforza progressivamente anche per un sempre più marcato allontanamento dal dato testuale giustificabile e giustificato non solo dalla necessità di proteggere i principi fondamentali, ma anche dalla volontà di applicare direttamente anche norme molto generali e di sovra-interpretare la costituzione stessa.

Si ripropone, pertanto, l'incertezza quale tratto caratterizzante della democrazia contemporanea e comunque "il potere di decisione di ultima istanza (potere di decisione ultima, non soggetto a revisione da parte di poteri ulteriori; decisione 'sovrana') non è eliminabile"<sup>2453</sup> e ha oltretutto un impatto generale che trascende il singolo caso, come già evidenziato.

In linea generale, però, si verifica uno spostamento dell'asse dell'obbedienza dal politico al giudiziario, dunque da un soggetto (quanto meno) sanzionabile politicamente al momento delle successive elezioni (mediante il mutamento della preferenza) a uno che può fruire comunque di importanti guarentigie che comportano una sostanziale irresponsabilità dei propri componenti anche in caso di errore, magari frutto di casi in cui la post-verità prevale sulla verità. I meccanismi dello Stato costituzionale possono però limitare questi rischi e, in tal senso, bisogna guardare al pluralismo assiologico nell'ambito dei poteri dello Stato, con particolare ma non esclusivo riferimento alle sue derive tecnocratiche.

<sup>2452</sup> L. Gianformaggio, *Tempo della costituzione, tempo della consolidazione*, in *Politica del diritto*, 1997, 4, pp. 540-541.

<sup>2453</sup> B. Celano, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello Stato costituzionale di diritto*, in *Filosofia politica*, 2005, 3, p. 439.

#### 4. Il pluralismo assiologico quale limite del potere e garanzia della giustizia

Il pluralismo assiologico può fungere da limite dei poteri (costituiti e non) e contribuire, di tal guisa, a garantire la giustizia, oltre che porsi quale «antidoto» alla post-verità. Una concezione debole della verità, ossia fallibile e sottoposta a un continuo divenire, consente infatti di limitare quegli stessi rischi di totalitarismo che spingono a negare la connessione fra diritto e verità. Un rifiuto della post-verità, d'altro canto, permette di evitare manipolazioni da parte di quei soggetti che già detengono il potere o che vogliono conquistarlo, evitando al contempo che la tecnocrazia prevalga sulla democrazia.

Del resto, la verità non è solo “un dovere o – se si preferisce – una virtù filosofico-esistenzial-politica”: “l’antica *παρρησία* è innanzitutto una pratica di libertà, attraverso la quale il soggetto assoggettato, da oggetto, afferma la propria individualità di soggetto, scardinando l’ordine del discorso e le relazioni di potere; è, insomma, lo sfuggire (*échappée*) del soggetto al ruolo di oggetto del discorso altrui”<sup>2454</sup>.

Se una verità unica spinge verso il totalitarismo, così il rifiuto della verità non solo porta verso il nichilismo ma plasma altresì una società in cui non possono esservi né certezze né punti di riferimento anche quando invece essi potrebbero rinvenirsi. Un pluralismo che, a sua volta, rifugge del tutto dalla verità, anche in ambito giuridico-istituzionale, ricondurrebbe al nichilismo e, soprattutto, sarebbe in contraddizione con lo spirito della democrazia perché essa è anche ricerca della verità, ma non sua imposizione. A ben guardare, però, tale imposizione sussiste nei casi, già citati, in cui la componente prescrittiva è conseguenza ineludibile di quella descrittiva: e, se quella descrittiva è falsa, l’interprete non può che prenderne atto ed agire di conseguenza. Pertanto, pare potersi sostenere che una connessione, ancorché debole e non onnipresente, sussista fra verità e diritto. E in tal modo essa funge anche da limite del potere, poiché ci si allontana parzialmente dall’ambito della discrezionalità per sostenere, in talune ipotesi, la possibilità di fare riferimento a dati oggettivi (ove accertabili).

Più in generale, viene quindi in considerazione la problematica dei poteri, nel cui ambito i punti di riferimento scarseggiano e in relazione ai quali il richiamo alla verità agevola però il dominio della tecnocrazia; inoltre, quando la conoscenza è inafferrabile a chi si trova al di fuori della relativa élite (poiché non ha le cognizioni per comprenderla), si agevola l’utilizzo di strumenti post-veritativi. Il pluralismo assiologico può quindi essere un’arma a doppio taglio, la cui pericolosità deve però suggerire cautela nella sua considerazione ben più che un suo abbandono: anche se

<sup>2454</sup> L. Pannarale, *La verità del diritto. Riflessioni a margine di un racconto di Friedrich Dürrenmatt*, in *Sociologia del diritto*, 2013, 1, p. 169. Come ricorda Pannarale, è su questo presupposto che Foucault parla di “coraggio della verità”, riprendendo questa categoria fondamentale della cultura filosofica e politica greca (M. Foucault, *Il coraggio della verità. Il governo di sé e degli altri. Il corso al Collège de France (1984)*, tr. it., Feltrinelli, Milano, 2011).

esso è un carattere fondamentale degli Stati costituzionali, un'accezione troppo ampia (per cui tutto è ammissibile o predicabile in termini epistemologici) ne cancella il significato e porta a un sovraccarico non solo informativo ma anche pluralistico.

Tanto premesso, può osservarsi che è oltremodo difficoltoso distinguere nettamente fra i poteri, come si è anticipato, ma è comunque necessario evidenziarne talune peculiarità nella società odierna.

I loro confini sono labili e mobili; in particolare, negli Stati costituzionali il potere legislativo tende a confondersi con quello giudiziario grazie a sovra-interpretazioni che possono ipoteticamente stravolgere il significato di una norma e aprire il campo ad interpretazioni arbitrarie. In aggiunta, molti Stati si caratterizzano per la crescente importanza delle autorità amministrative indipendenti (che regolamentano settori specifici caratterizzati da notevole tecnicismo) e l'aumento dei poteri legislativi dell'esecutivo (con l'eccessivo ricorso alla decretazione d'urgenza e delegata). Vi è quindi una complessità estrema, poiché nella organizzazione del potere vi è una molteplicità di nodi interconnessi, anche indirettamente e a più livelli, il cui funzionamento è possibile anche qualora detti nodi vengano meno.

La crisi delle ideologie e il venir meno dei punti di riferimento tradizionali fa sì che la tecnica diventi tale, assurgendo a potere autonomo e caratterizzando una società parzialmente tecnocratica in cui il continuo sviluppo scientifico e tecnologico tocca ogni ambito della vita dell'essere umano, ormai ancor prima del concepimento e sino a dopo la sua morte, pervadendone tutta la vita stessa. Oltretutto, la crisi delle democrazie rappresentative e la sfiducia di gran parte del *démos* dei vari Stati verso i propri rappresentanti rafforzano la tentazione di affidarsi alla tecnica più che alla politica magari illudendosi che ciò sia inevitabile conseguenza dell'evoluzione della società ma giungendo, in tal modo, a trasformare la democrazia in tecnocrazia e conseguentemente a reintrodurre comunque la verità nell'ambito dello Stato. Una verità che però può essere molto pericolosa in quanto incomprensibile ai più ma ritenuta accertabile con metodi scientifici, nonostante sia ben nota la fallibilità della scienza medesima.

Le ricadute a livello giuridico sono ovvie in una società sempre più complessa: le norme regolano fattispecie create dalla tecnica, che fornisce al diritto stesso i presupposti fattuali su cui basarsi. La verità così risiede nella tecnica, che è tanto complessa da essere inafferrabile per il legislatore e comprensibile solo ad essa: è quindi del tutto autoreferenziale.

Non si può tuttavia prescindere dalla tecnica: non lo si può fare oggi, dinanzi ad evoluzioni inimmaginabili anche solo decenni fa, ma non lo si poteva fare neanche nella democrazia ateniese. Doveroso, dunque, il richiamo a quell'equilibrio fra tecnica e democrazia così mirabilmente esposto da Platone nel *Protagora*, per cui i tecnici si pongono come consiglieri e il parere di chi non è esperto non viene preso in considerazione quando sono in gioco questioni che richiedono le loro competenze (come la costruzione di una nave), mentre tutti i cittadini partecipano al governo della città proprio nella loro veste di cittadini, indipendentemente dalla propria attività

professionale. Si può insegnare un mestiere, ma non la capacità di amministrare la città<sup>2455</sup>.

Nella società contemporanea, però, il ruolo dei tecnici si presta a diventare di dominio anziché di supporto. Per comprenderlo è essenziale la distinzione fra tecnico e tecnocrate; il primo detiene e applica un sapere particolare con propri fini e mezzi, ma proprio tali fini vengono proposti e imposti dal secondo come quelli superiori della collettività<sup>2456</sup>. Come ben evidenziato da Bobbio, il contrasto fra tecnocrazia e democrazia è quindi insanabile, poiché la prima è il governo dei competenti e la seconda è il governo di tutti, i cui protagonisti sono rispettivamente l'esperto e il cittadino qualunque. La sovranità è, almeno formalmente, propria del cittadino, ma se le decisioni sono progressivamente più tecniche e meno politiche, si restringe la sfera di competenza del cittadino e così la sua sovranità; diventa paradossalmente contraddittorio chiedere più democrazia in una società sempre più tecnicizzata<sup>2457</sup>, in cui però i c.d. governi tecnici assumono spesso un ruolo fondamentale. Si arriva sostanzialmente a uno stato di eccezione di cui si rivendica la (presunta) "neutralità" tecnica<sup>2458</sup>, ma proprio il concetto di neutralità è molto difficile da definire, oltre che essere mutevole anche quando riguarda competenze scientifiche. Deve essere considerato con particolare cautela e non può essere generalizzato ma deve essere invece contestualizzato in quanto può essere variamente inteso a seconda della problematica concreta e della disciplina, o delle discipline, in gioco. Inoltre, come notoriamente dimostrano sia la storia dell'umanità sia i vari dibattiti scientifici antichi e moderni, non si può mitizzare la tecnica stessa, le cui «verità» possono continuamente mutare: il che non significa negarle, bensì guardare ad esse con spirito critico.

In questa prospettiva, tali verità si avvicinano quindi alle caratteristiche della loro ricerca nello Stato costituzionale, in quanto fondata, come si è detto, su verità provvisorie e rivedibili, assunte in linea di principio al plurale e non al singolare oltre che non imposte in modo autoritativo.

Si può così adottare un approccio che sia basato sul pluralismo che caratterizza le democrazie contemporanee, nonché sulla necessità di bilanciare i principi

<sup>2455</sup> Platone, *Protagora*, tr. it., BUR, Milano, 2013, pp. 121-123 (319a-319e). Difatti, il senso del giusto e del rispetto sono stati concessi a tutti e non solo ad alcuni come per le abilità tecniche (ivi, pp. 131-133 (322c-323a)).

<sup>2456</sup> N. Irti, *Del salire in politica*, Aragno, Torino, 2014, pp. 74-76. Può aggiungersi che è tecnico chi ha una particolare competenza in un'arte, in una scienza, in una disciplina o in un'attività. Il tecnico è, in senso generico, uno specialista; in senso specifico, è una persona che nella sua specializzazione primeggia per preparazione e successo: fa così parte dell'élite sociale e della classe dirigente di un ordinamento. Anche il politico dovrebbe essere considerato un tecnico, poiché prende parte attiva al governo e all'amministrazione della cosa pubblica: effettua infatti un'attività politica, che è una professione o vocazione che, nella divisione del lavoro moderno, richiede una specializzazione specifica che si concretizza nella ricerca del consenso e nella soluzione dei problemi politici. La tipologia di legittimazione è diversa fra il tecnico e il politico: per il primo è relativa al consenso medio ottenuto nell'attività specifica di distribuzione autoritativa dei valori e per il secondo alla opportuna sapienza del settore cui appartiene (F. Lanchester, *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 74-75).

<sup>2457</sup> N. Bobbio, *Quali alternative alla democrazia rappresentativa?*, in Id., *Quale socialismo? Discussione di un'alternativa*, Einaudi, Torino, 1996, p. 49.

<sup>2458</sup> G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 81.

eventualmente confliggenti. Pertanto, anche l'approccio verso la tecnica dovrebbe essere pluralista, teso a raggiungere il difficile punto di equilibrio fra tecnica e politica: la sua probabile precarietà non può esimere dalla sua ricerca. L'ambito politico deve riconquistare qui la sua centralità, ribadendo la distinzione fra mezzi e fini in modo tale da non far sì che la tecnica predomini sulla politica e che la post-verità diventi un, o si consolidi quale, mezzo surrettizio per la conquista e il mantenimento del potere.

In questo senso, è fondamentale il ruolo della filosofia quale “sapere «utile», poiché la conquista di questa libertà permette di non divenire uno strumento degli strumenti della tecnica, anzi di padroneggiarli, di sfuggire alla loro autoreferenzialità e di orientarli verso fini degni dell'essere umano”<sup>2459</sup>. Essa consente di tendere a padroneggiare il metodo socratico, ad assumere un ruolo attivo e critico verso le post-verità e a svolgere così lo sguardo verso le molteplici verità, quasi in una ennesima riproposizione del mito della caverna di Platone<sup>2460</sup>.

Il ruolo del politico è qui molto importante, perché dinanzi a un'altra molteplicità, quella delle tecniche, deve comporre le diversità e porsi su un piano differente, operando in modo da determinare i fini ultimi e lasciando la scelta dei mezzi alla tecnica, purché essi non modificino i fini stessi o non li dettino surrettiziamente. Il tutto non può che avvenire nel rispetto dei fini predeterminati in ciascuno Stato costituzionale. La connessione fra tecnica, diritto e politica, del resto, potrebbe oramai dirsi indubbia, ma bisogna evitare che la prima prevalga sulla terza e che si consolidi altresì il predominio dell'economia sia sul diritto sia sulla politica, fra le cui conseguenze può individuarsi quella tendenza verso un processo decostituente discusso in dottrina.

Complessivamente, per evitare quest'ultimo processo, pare quindi necessario un recupero della sfera della politicità ritrovando all'uopo i suoi fondamenti stessi nella costituzione. Qui emerge l'importanza del ruolo dei suoi custodi, come si è detto, ma è altresì necessario ricostruire una sfera pubblica vitale in cui i suoi principi e i suoi valori sono rinvenuti non solo e non tanto nelle (e dalle) decisioni di giudici e legislatori, bensì da coloro che la compongono. Di qui la necessità di difendere il pluralismo assiologico affinché sia la base di un confronto continuativo che può essere anche aspro ma che deve svolgersi correttamente, ossia nel rispetto delle regole del gioco. Queste stesse regole risultano però violate dalla post-verità, in quanto essa rende fallaci i presupposti delle azioni e delle decisioni dei consociati.

Bisogna chiedersi se sia opportuno o necessario un apporto del diritto e, in caso positivo, come potrebbe realizzarsi.

Alla prima questione può risponderci prendendo come riferimento la giustizia: essa trova la propria linfa anche nel pluralismo assiologico e il suo opposto nella post-verità. La libertà è una condizione necessaria del pluralismo e della ricerca della verità. Ma la giustizia non può che basarsi anche sulla verità, o almeno non può dirsi compatibile con la post-verità: difatti, qualsiasi concezione della giustizia implica

<sup>2459</sup> F. Viola – G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, 2003, p. 12.

<sup>2460</sup> Platone, *La Repubblica*, tr. it., Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 229-232 (514a-518b).

necessariamente, in modo più o meno intenso, l'alterità. La post-verità viola le premesse di qualsiasi azione, mentre il pluralismo assiologico contribuisce ad un'alterità democraticamente orientata. La post-verità rende sicuramente falsi i presupposti di qualsiasi azione o decisione, che ne risulta viziata. Il celebre “velo di ignoranza” di Rawls<sup>2461</sup> viene realmente calato sugli occhi dei consociati, ma in modo diverso e surrettizio. Al contrario, il pluralismo assiologico, ancorché fallibile e rivedibile nelle sue verità, tende a eliminare questo velo, o a ridurne la fittezza della trama e aiuta a spingersi fuori dalla platonica caverna. Ciò è ancor più importante oggi, in cui la giustizia ha sempre più un carattere globale<sup>2462</sup>.

L'apporto del diritto può aversi a più livelli.

Innanzitutto, come già oggi avviene, possono punirsi i casi conclamati di utilizzo a fini illeciti di informazioni false; basti pensare all'ipotesi del “procurato allarme”. Ma è necessario altresì predisporre degli strumenti non solo informatici ma anche giuridici da utilizzarsi verso i prestatori dei servizi della Società dell'informazione affinché informazioni palesemente false non si diffondano viralmente (a titolo esemplificativo, potrebbero apporsi delle icone, anche a posteriori, su ciascuna informazione dichiarata falsa e prevedere l'obbligo, in capo al prestatore, di avvisare telematicamente ciascun utente che l'ha condivisa o che ha interagito con essa). In tal modo, si avrebbe una responsabilizzazione, seppur blanda e non eccessivamente invasiva, di alcuni degli attori coinvolti.

A un diverso livello, che potrebbe definirsi politico-istituzionale, sarebbe necessario potenziare lo sviluppo del pensiero critico ricordando, nell'ambito dell'istruzione, l'importanza di una conoscenza che, prima di diventare specialistica, deve essere generale: altrimenti, i fini dei tecnici diverranno sempre più quelli dei tecnocrati e si sostituiranno a quelli di una comunità composta da una frammentazione di gruppi (manipolabili).

In conclusione, quale conseguenza delle riflessioni sin qui svolte, forse è proprio il sapere a costituire il limite del potere nella stessa società tecnocratica. Esso, infatti, si pone come base per un pluralismo che rifiuta la verità assoluta ma ne accetta molteplici, in un continuo bilanciamento fra regole contrastanti ispirate a diverse concezioni della giustizia. In questo senso è fondamentale il ruolo dell'istruzione per consentire la creazione e il mantenimento di uno spirito critico in ciascun componente della società.

<sup>2461</sup> J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, tr. it., Feltrinelli, Milano, 2010.

<sup>2462</sup> Cfr. I. Trujillo, *Giustizia globale. Le nuove frontiere dell'uguaglianza*, Il Mulino, Bologna, 2007.

## RICORDANDO ANTONIO ZORZI GIUSTINIANI\*

di Giuliano Amato \*\*

**H**a scritto Fulco Lanchester che Antonio Zorzi è stato uno dei componenti di quella “scuola toscana romana” del diritto pubblico, che ha caratterizzato, a suo avviso, la seconda metà del secolo scorso e della quale invece Paolo Grossi ha “amabilmente”  
(dice Fulco) negato l’esistenza.

Ho più ragioni per non schierarmi in questa disputa, ma è certo che Antonio non solo ha personalmente lavorato tra la Toscana e Roma – studente a Firenze, assistente e Roma, docente a Pisa- ma, prima di diventarlo lui stesso, è stato vicino a professori che a Roma erano arrivati dalla Toscana: Carlo Lavagna, professore a Pisa dove io ero stato suo studente, io stesso, che, cresciuto a Pisa, a Roma venni chiamato dopo Firenze, e infine Mario Galizia, fiorentino sempre, anche quando fu romano.

Né si è trattato di un fatto solamente geografico. Ha attinto a un metodo – imperniato sulla storia degli istituti giuridici – che proprio in Mario Galizia, negli anni giovanili di Antonio, aveva il suo massimo cultore. E quel metodo lo ha applicato fra gli altri a un tema, il diritto dell’economia, che in un altro pisano-romano, Massimo Severo Giannini, aveva avuto il maggior maestro.

Io davvero l’ho avuto vicino per molti anni. Nel ruolo io, di “fratello maggiore”, quando ero l’assistente senior nella piccola scuola di Carlo Lavagna, e dopo, in una veste solo formalmente diversa, quando mi parlava dei lavori che aveva in mente e mi faceva leggere le prime stesure.

Non c’era solo il tradizionale rapporto accademico; c’era, ancor più, la comunanza effettiva di interesse, almeno negli anni in cui io stesso mi occupavo, soprattutto, di sistemi decentrati di governo e di diritto dell’economia, con il medesimo gusto per la storia che era spiccatissimo in lui.

Per questo comunicavo e ci capivamo, anche se le nostre frequentazioni si tennero col tempo diradando. Lui, del resto, riservava incontri e temi di incontro a ciò che più interessava entrambi.

---

\*Intervento al Convegno in ricordo di Antonio Zorzi Giustiniani, tenutosi il 17 ottobre 2016, Aula Magna – Dipartimento di Scienze politiche, Università di Pisa.

\*\*Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato – Università di Roma “La Sapienza”. Giudice della Corte Costituzionale.

Può darsi che io gli abbia insegnato qualcosa, soprattutto nel modo di organizzare i suoi lavori e di presentarne i risultati. Ma ho imparato molto da lui. Il suo “Alle origini dello Stato regolatore” rifletteva un suo filone sul quale ci eravamo instradati insieme. E mentre fu lui a seguire me nell’applicarsi agli Stati Uniti, lo fece tuttavia su percorsi su cui ero stato appena un apprendista.

Lavorò infine sulla governance economica europea, proprio mentre io finivo di occuparmene in sede istituzionale. E sono tre esempi soltanto.

L’ultima volta che l’ho sentito aveva da poco scoperto il suo male. In ogni sua parola e nel tono della voce percepii il suo stato d’animo e le sue aspettative: non era ottimista come gli altri sono o si sforzano di essere, era inquieto, incupito, al fondo presago di ciò che gli sarebbe successo.

Ne uscii sconvolto. Mi aveva fatto capire che lo avremmo perso presto. Ed ora mi unisco a voi nel ricordarlo con la stessa, profonda amarezza che sentii allora.

ALLA VIGILIA DELLA SENTENZA SULL'ITALICUM\*

INDICE

**Roberto Borrello**, *Le aporie costituzionali e quelle pratiche di un meccanismo elettorale*

**Giampiero Buonomo**, *L'Italicum e la Corte: tavola sinottica delle doglianze*

**Alessandro Gigliotti, Simone Ferraro**, *Dibattito sulla modifica dell'Italicum alla vigilia del referendum costituzionale*

---

\* In questa sezione pubblichiamo l'intervento di Roberto Borrello, ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università di Siena, al Dibattito sulla modifica dell'Italicum alla vigilia del referendum costituzionale organizzato a "La Sapienza" il 20 ottobre 2016 da questa rivista, dalla Fondazione Paolo Galizia - Storia e Libertà e dal Master in Istituzioni parlamentari "Mario Galizia" per consulenti d'Assemblea con la partecipazione di numerosi relatori (Federico Fornaro, Andrea Giorgis, Dario Parrini, Pino Pisicchio, Danilo Toninelli; Antonio Agosta, Gaetano Azzariti, Giuseppe Calderisi, Paolo Carnevale, Vannino Chiti, Oreste Massari, Michele Prospero, Giorgio Rebuffa, Massimo Siclari, Lorenzo Spadacini, Massimo Villone, Luciano Violante).

Lo scritto è affiancato dalla documentazione delle doglianze proposte alla Consulta dalle ordinanze di remissione della l.52/2016 a cura di Giampiero Buonomo, consigliere parlamentare del Senato della Repubblica e dalla raccolta delle proposte di legge presentate davanti alle Camere per la riforma del sistema elettorale alla data del Seminario citato.

Il 30 gennaio 2017 si terrà un nuovo Seminario su *Il sistema elettorale per le Camere dopo la sentenza della Corte costituzionale* (Sala degli organi collegiali Rettorato dell'Università di Roma La Sapienza, ore 15,00). Introdurranno i lavori: Paolo Carnevale, Stefano Ceccanti, Fulco Lanchester, Massimo Luciani, Gianni Serges, Massimo Siclari. Il Seminario verrà anticipato e poi pubblicato sul n.1/2017 di questa rivista.

Fulco Lanchester

*Le aporie costituzionali e quelle pratiche di un meccanismo elettorale*

di Roberto Borrello\*\*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le criticità del meccanismo di trasformazione dei voti in seggi – 3. Le proposte in campo - 4. Il rinvio dell'udienza

## 1. Premessa

**R**ingrazio Fulco Lanchester per il gentile invito e per la sua iniziativa che si iscrive in una pluriennale attenzione al dibattito sul sistema elettorale in Italia e che ha dato ormai luogo ad un vero e proprio Osservatorio sui sistemi elettorali in Italia tra Corte e politica. Ringrazio anche i Dott.ri Gigliotti e Ferraro per il prezioso Dossier che ci è stato fornito in anteprima.

Nel primo gruppo vengono in considerazione, in primo luogo, le proposte di modifica di più basso profilo, che intendono attuare “migliorie” al meccanismo elettorale, nella logica del “tagliando”, secondo l’espressione usata nella proposta del Sen. Quagliariello del 15 settembre 2015. Esse sono anche quelle più risalenti, più vicine alla data di approvazione della legge.

Di tali proposte alcune propongono la reintroduzione della coalizione come soggetto politico a cui imputare, in alternativa alla lista, il premio di maggioranza sia al primo che al secondo turno. Tutte tali proposte partono dalla valutazione dell’assetto del sistema partitico italiano, evidenziando l’attitudine dell’Italicum nel suo attuale assetto a realizzarne una sua ristrutturazione in senso forte, tendendo non solo a contrastare la frammentazione eccessiva, ma anche a escludere dalla competizione soggetti politici di largo radicamento ma strutturati in senso coalizionale.

Le risposte fornite dalle proposte sono di due tipi:

a) reintrodurre la coalizione in modo permanente nel meccanismo competitivo dell’Italicum (in modo da contrastare solo il secondo degli effetti di semplificazione della platea dei partiti rilevanti ai fini della rappresentanza: il progetto Romani-Gasparri del 15 settembre 2015 prevede l’introduzione di una soglia per le coalizioni del 12%) ovvero per contrastare entrambi (proposta Bencini ed altri n. 2538 del 27 settembre 2016, che propone una soglia del 2% per l’accesso alla distribuzione dei seggi ed il recupero della migliore lista sotto al 2% compresa in coalizioni che abbiano raggiunto il 10%);

b) accettare il complessivo effetto semplificatorio dell’Italicum, ma temperandone l’immediata operatività (proposta Locatelli ed altri Camera e Buemi ed altri Senato), attraverso l’introduzione di un regime transitorio che consenta alle coalizioni di partecipare alle prime elezioni utili successive alla entrata in vigore della

---

\*\* Professore ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato presso il Dipartimento di Scienze politiche ed internazionali dell’Università degli studi di Siena.

legge Ciò consentirebbe “ai partiti di avere tempo necessario per potere avviare processi di semplificazione e ristrutturazione del sistema capaci, nel breve periodo, di condurre ad un sistema compiutamente bipolare”.

Vengono poi, sempre nel primo gruppo, le proposte che affondano maggiormente il bisturi.

La proposta Lauricella più risalente (28 ottobre 2015 3385) da un lato ritiene la necessità di confermare la logica della lista come forma di contrasto rispetto alle dinamiche ricattatorie dei piccoli partiti, a scapito del principio della governabilità e, dall'altro, ipotizzano l'abolizione del ballottaggio (utilizzando 'argomento comparatistico del fisiologico utilizzo di tale meccanismo in collegi e non a livello nazionale). Tale abolizione comporterebbe, in costanza del premio di lista al 40% dei voti, la possibilità di governi di coalizione solo successivi, in caso di mancato raggiungimento della soglia del premio. La proposta evidenzia anche le aporie del ballottaggio senza soglia, sottolineando la rilevanza del fenomeno dell'astensionismo ai fini della sua valutazione.

La proposta Verducci- Orfini (senato) collegata ai c.d. giovani Turchi elimina parimenti il ballottaggio ed introduce un premio di governabilità fisso di 90 seggi per la lista (viene quindi riaffermata la volontà di produrre un sistema partitico con grandi partiti coesi e maggioritari in alternanza secondo un reale bipartitismo. Tale premio è attribuito alla lista che ha ottenuto il maggior numero di voti validi, fermo restando che in ogni caso occorre che sia raggiunta una soglia del 20%. La logica del sistema è quella di un aiuto sostanzioso al partito singolo che si avvicina alla possibilità di governare da solo e di evitare nel contempo che tale aiuto sia eccessivo determinando la sovrarappresentazione vietata dalla sent. n. 1 del 2014. In tal caso occorre per governare una coalizione per così dire *ex post facto*, ma non eccessivamente composita grazie al premio di governabilità

La proposta Pisicchio (n. 3223 del 2015-Camera) non elimina il ballottaggio, ma apre alle coalizioni (soglia di accesso per liste non coalizzate 4%, liste coalizzate 3% e coalizioni 8%). Aspetti molto importanti: viene eliminato il divieto di apparentamento tra liste e (a questo punto) anche tra coalizioni in occasione del secondo turno, ma viene introdotto il quorum partecipativo del 50+1 degli aventi diritto al voto al secondo turno. Tale meccanismo sembra di fatto neutralizzare il ballottaggio e riporta l'asse portante del sistema sul primo turno, rispetto al quale il conseguimento del premio viene reso più realistico in ordine al traguardo del 40% attraverso la reintroduzione del meccanismo della coalizione.

Quello che si spinge sul versante più estremo della modifica (fino quasi a sfiorare la *mutatio*) è il c.d. *Provincellum* di Parrini. Il ballottaggio viene riportato alla sua fisiologica dimensione di collegio, mentre il premio resta su base nazionale con effetti sulla governabilità. È un sistema elettorale di base proporzionale che mantiene il premio di maggioranza e il doppio turno ma elimina capolista bloccati, multicandidature e preferenze.

Nel secondo gruppo abbiamo innanzitutto il c.d. Mattarellum 2.0 di Fornaro e Giorgis, che riporta la spinta maggioritaria a livello di collegio, alla stregua del Provincellum, ma in collegi uninominali a turno unico, con diritto di tribuna ai partiti più piccoli ed un premio attivato a livello

Abbiamo poi la proposta del M.5ss.(Toninelli) che prevede un proporzionale corretto con soglia naturale collegata alla circoscrizione e divisore forte, il più lontano dalla logica dell'Italicum.

## **2. Le criticità del meccanismo di trasformazione dei voti in seggi**

Ricordiamo ora, in sintesi, le criticità emerse rispetto all'Italicum in sede giudiziario incidentale ed in altra sede:

- a) il profilo più problematico è quello del ballottaggio: 1) in ordine al suo utilizzo, rispetto al diritto comparato, nei confronti di una competizione tra liste, anziché persone; 2) in ordine agli effetti sul sistema partitico nel senso della eccessiva semplificazione; 3) in ordine alla connessione perversa col fenomeno dell'astensionismo tipico del secondo turno; 4) in ordine al premio assegnato, senza soglia minima, alla lista che vince il turno di ballottaggio tra le due liste che al primo turno hanno ottenuto più voti validi rispetto alle altre.

I primi due profili sono emersi essenzialmente nel dibattito politico-parlamentare, mentre gli altri sono stati anche oggetto, come è noto delle due ordinanze sinora giunte alla Corte.

Il Tribunale di Torino ha evidenziato il “concreto rischio” che il premio possa essere attribuito ad una forza politica “priva di adeguato radicamento nel corpo elettorale”.

Due sono gli elementi critici sottolineati.

In primo luogo, la base di calcolo per la determinazione della lista vincente al ballottaggio è costituita –così come per il primo turno -dai soli voti validamente espressi; dunque, non dandosi alcun peso all'astensione, una lista potrebbe risultare vincente al ballottaggio anche con una esigua percentuale di voti rispetto all'intero elettorato.

In secondo luogo si riscontra l'assenza di clausole che consentano di “rafforzare l'elemento di rappresentatività del voto” destinato ad ottenere il premio di maggioranza, ed anzi, al contrario, la presenza di disposizioni che si muovono in senso opposto, come, in particolare, la norma che in questa fase elettorale proibisce ogni apparentamento o coalizione tra le liste già presentate al primo turno. Non si ha cioè certezza circa l'esistenza di quel forte appoggio popolare che può consentire di attribuire automaticamente alla lista vincente la maggioranza della Camera e, contemporaneamente, il ruolo di diretta scaturigine dell'esecutivo nella presente forma di governo parlamentare.

- b) Il premio di maggioranza connesso al raggiungimento del 40% al primo turno. Tale aspetto è stato oggetto di critica da parte del solo Tribunale di Messina, che ha evidenziato che la soglia del 40% prevista per

il primo turno sia riferita ai soli voti validi, senza un qualche riferimento agli aventi diritto al voto o ai votanti. Inoltre tale congegno appare sospetto in coniugazione alla presenza di soglie di sbarramento al 3% che comprimono ulteriormente la rappresentanza delle forze minoritarie ed al ballottaggio. Secondo il Tribunale di Messina, sebbene questa modalità di per sé possa considerarsi tale “da non rendere intollerabile la cd. disproporzionalità tra voti espressi e seggi attribuiti” sussiste comunque un dubbio di costituzionalità da sottoporre alla Corte costituzionale proprio allorché tale modalità sia congiuntamente valutata tenendo conto degli effetti correttivi e distorsivi derivanti da gli altri predetti aspetti della legge. Inoltre lo stesso Tribunale di Messina sottolinea che tutti i tre predetti aspetti della normativa dell’Italicum vanno considerati anche alla luce della riforma costituzionale al cui interno si prevede che solo la Camera sarà diretta espressione della sovranità popolare e dunque organo direttamente rappresentativo. Ciò, a parere del giudice a quo, impone che il principio maggioritario non possa che essere “adeguatamente contenuto”.

c) Problematica dell’effetto distorsivo sull’esito elettorale dovuto alla “rappresentanza parlamentare largamente dominata da capilista bloccati”,  
Il sistema si basa, come è noto, su:

- 1 le liste formate da un capolista “bloccato” (cioè su cui non è possibile esprimere preferenze) e dai rimanenti candidati su cui l’elettore può esprimere le sue preferenze;
- 2 la possibilità che i capilista siano candidati in più collegi ed esattamente sino a dieci diversi collegi;
- 3 la modalità di selezione dei candidati eletti a partire, per ciascun collegio, dal capolista – e specificamente da quello che, in caso di multicandidatura, abbia scelto proprio l’elezione in quel collegio e proseguendo con gli altri candidati in ragione dell’ordine di preferenze ottenute.

Il voto popolare così disciplinato sarebbe “sostanzialmente indiretto e quindi né libero né personale, in violazione dell’art. 48, secondo comma, Cost. in ordine al “margine di scelta dei propri rappresentanti”;

d) Questione della “rappresentatività territoriale” degli eletti. Il Tribunale di Messina, partendo dai principi costituzionali che prevedono la distribuzione dei seggi della Camera tra collegi territorialmente articolati (in base ai commi 1 e 4 dell’art. 56 Cost.), ha sottolineato che nell’Italicum apposite disposizioni consentono, in estrema sintesi, che alle liste cui spetti in una data circoscrizione (cosiddetta eccedentaria) un numero di seggi superiore a quello dei candidati potenzialmente eleggibili, siano assegnati tutti i seggi spettanti, utilizzando anche i seggi di altre circoscrizioni (dette carenti).

e) Vizi connessi alla approvazione o meno della riforma costituzionale. Nel caso di mancata approvazione, si evidenzia la presenza di due sistemi elettorali orientati a differenti metodi di trasformazione dei voti in seggi, con conseguenze sul piano del conseguimento del fine della governabilità. Nel caso di approvazione si paventa lo stravolgimento della forma di governo parlamentare a causa della introduzione in via surrettizia dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio ed indiretta del Presidente della Repubblica.

### 3. Le proposte in campo

A fronte di tutto questo, le proposte esaminate:

- a) Agiscono fundamentalmente sul ballottaggio il profilo in effetti più problematico, temperandolo (coalizioni) o eliminandolo di diritto o di fatto (quorum);
- b) non mettono in discussione nella maggior parte il premio di maggioranza al primo turno, per altro oggetto di censura dal Tribunale di Messina;
- c) non toccano (salvo il Provincellum e le proposte alternative all'Italicum) il sistema dei capilista, delle multicandidature e dei trasferimenti dei seggi.
- d) Nella misura in cui stemperano l'impatto in senso maggioritario sulla forma di governo parlamentare nel contesto della riforma (unicameralismo per il rapporto fiduciario) tendono a contrastare i vizi connessi al cd. combinato disposto.

In questa prospettiva mi sembrano efficaci le proposte come quelle di Verducci e Parrini ed il c.d. il c.d. Mattrellum 2.0, che forniscono un contributo ragionevole ma effettivo alla governabilità (governabilità ma non troppo) e tendono a garantire maggiormente la correlazione tra scelta dell'elettore e rappresentante, attraverso il legame tra seggi e territorio.

### 4. Il rinvio dell'udienza

A fronte di tale situazione ed in presenza, comunque, ancora di numerosi profili problematici sul tappeto, a mio avviso, a questo punto assume una valenza strategica l'avvenuto rinvio dell'udienza da parte della Corte.

È inutile ricordare preliminarmente la pregnanza dell'uso del potere di stabilire in assoluta autonomia il ruolo delle udienze da parte della Corte nella gestione di situazioni difficili. Ricordo rilevanti precedenti in materia televisiva (un tempo magmatica come quella elettorale), quale quello che ha portato al differimento (quindi con "congelamento" della relativa questione) della fissazione dell'udienza di discussione di una ordinanza del 1982 che aveva sollevato una questione riguardante la legittimità del monopolio televisivo a livello nazionale fino al 1988 (allorchè fu

discussa unitamente alla questione riguardante la proroga del c.d. decreto Berlusconi bis, conv. con legge n. 10 del 1985).

Il rinvio a data da destinarsi mi sembra sia riuscito, almeno in parte, a neutralizzare una situazione di pericolo sia per la Corte che per la qualità del processo democratico. La decisione anticipata avrebbe, a dire di molti, esposto la Corte a ripercussioni, ad immediato impatto sul referendum, laddove una bocciatura ampia sull'*Italicum* (ma sempre nei limiti di una normativa di risulta in grado di far funzionare il sistema elettorale) sarebbe stata letta come un segnale positivo per il fronte del No, laddove ritocchi in grado di farlo funzionare senza toccare i tre profili critici (ballottaggio, capilista, trasferimento seggi) avrebbe significato un vantaggio per la posizione del Si.

Possiamo ricordare cosa aveva detto Roberto Bin in ordine al ruolo della Corte rispetto al suo diretto coinvolgimento nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo, rispetto al quale, la scelta espressa dalla legge n. 352 del 1970 la colloca al termine di quella che Bin definisce il lungo processo di lievitazione dell'interesse politico per il quesito, quando ormai esso è al centro dell'attenzione dei (e dello scontro tra) partiti. Tale collocazione la espone a regolare lo scontro politico con la sola forza delle proprie argomentazioni, con un esercizio "molto pericoloso" con cui gioca la propria stessa legittimazione. Tale logica non vale formalmente per il referendum costituzionale, dove la Corte non è chiamata a competenze di ammissibilità dirette (anche se le vicende dello spezzettamento del quesito prospettavano comunque forme sia pure incidentali). Tuttavia, il perverso meccanismo del combinato disposto ha finito per esporre di fatto la Corte a tale pericolosa situazione.

Il rinvio indubbiamente scongiura, da un lato l'impatto (ove ciò sia un problema) sulla genuina espressione del voto referendario, e dall'altro sulla necessità della Corte di leggere, decidendo prima del referendum, nella sfera di cristallo per prospettarsi problematiche connesse al diverso esito referendario. A questo punto potrà valutare ex post in caso di vittoria del no in ordine ad un rapporto fiduciario coinvolgente ancora il Senato e quindi alla presenza di due sistemi elettorali ispirati a logiche diametralmente opposte ed in caso di vittoria del si, da un lato verificare la compatibilità tra l'*Italicum* e la forma di governo parlamentare e, dall'altro, intervenire su quegli aspetti di contorno (capilista ecc. ) o comunque sugli aspetti problematici che non dovessero essere oggetto di modifica.

Del resto ormai appare consolidato che se da un lato, sussiste una indubbia capacità della legge elettorale, qualunque sia la sua copertura costituzionale nel sistema delle fonti, di influire, attraverso lo stabilimento della qualità e della quantità della rappresentanza politica sul funzionamento della forma di Governo, contribuendo a plasmarne il meccanismo effettivo, ma dall'altro, che tale contributo, qualunque sia la sua potenziale capacità di incidenza, deve arrestarsi dinanzi ai principi fondanti dell'ordinamento costituzionale che segnano i limiti della naturale elasticità della forma di governo stessa.

*L'Italicum e la Corte: tavola sinottica delle doglianze*

di Giampiero Buonomo\*

SOMMARIO: 1. Premessa e legenda. – 2. Tavola sinottica sui ricorsi contro l'Italicum

**1. Premessa e legenda\*\***

**S**i propone una tavola sinottica delle doglianze accolte e delle doglianze non accolte, nei giudizi instaurati dai ricorsi depositati da un gruppo di avvocati coordinati dal senatore Felice Carlo Besostri, contro la legge 6 maggio 2015, n. 52.

Data per conosciuta la giurisprudenza costituzionale in materia e la dottrina relativa<sup>2463</sup>, ci si limiterà ad esaminare, tra i giudizi instaurati presso tutti i tribunali

---

\* Consigliere del Senato della Repubblica.

\*\* Si ringraziano la dottoressa Francesca Bailo e l'avvocato Luca Campanotto per il materiale fornito, di estrema utilità per la lettura dei testi originati dal lavoro del gruppo di avvocati coordinati dal senatore Felice Carlo Besostri.

<sup>2463</sup> Più volte richiamata, in tutti gli atti qui esaminati, è ovviamente la sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale, per la quale, *ex multis*, v.: Marino Giuseppe, Ecco perché il Porcellum viola la Carta costituzionale, in *Diritto & Giustizia* 2014, pag. 172; Rescigno Giuseppe Ugo, Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di cassazione e la Corte costituzionale, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2014, pag. 27B, fasc. 1; Anzon Demmig Adele, in Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento “creativo” della Corte costituzionale, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2014, pag. 34, fasc. 1; D'Andrea Antonio, La “riforma” elettorale “imposta” dal giudice costituzionale al sistema politico e l'esigenza di “governabilità” dell'ordinamento, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2014, pag. 38, fasc. 1; Morrone Andrea, L'eguaglianza del voto anche in uscita: falso idolo o principio?, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2014, pag. 47, fasc. 1; Lehner Eva, Il diritto di voto dopo la conquista della “zona franca”, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2014, pag. 54, fasc. 1; Zagrebelsky Gustavo, La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2014, pag. 2959, fasc. 3; Sorrentino Federico, La Corte e i suoi precedenti: overruling o continuità?, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2015, pag. 886, fasc. 3. Sulle ricadute della sentenza n. 1/2014, v. Delledonne Giacomo, «Base proporzionale» e premio di maggioranza nella legge elettorale comunale del Trentino-Alto Adige, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2014, pag. 4698, fasc. 6; Cozzi Alessia-Ottavia, Gli effetti della sentenza n. 1 del 2014 sui premi di maggioranza regionali, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2014, pag. 4166, fasc. 5. Sul processo legislativo che ne è scaturito, v. D'Andrea Antonio, La “riforma” elettorale “imposta” dal giudice costituzionale al sistema politico e l'esigenza di “governabilità” dell'ordinamento, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2014, pag. 38, fasc. 1; Volpi Mauro, Gli apprendisti stregoni dell'Italicum, in “costituzionalismo.it” il 17 aprile 2014; Ferrara Gianni, L'idolatria della governabilità, in “costituzionalismo.it”, 4 marzo 2014; Troilo Silvio, Dal “Porcellum” all’“Italicum”: una risposta adeguata alle aspettative dei cittadini?, in *Iustitia*, fasc. 1, 2014, pag. 81; Rivosecchi Guido, La disciplina della politica: Lo status degli esponenti politici e la crisi dei partiti, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 2015, pag. 339A, fasc. 2; De Fiores Claudio, La riforma della legge elettorale, pubblicato su *costituzionalismo.it* il 18 maggio 2015; Falcone Anna, La riforma elettorale alla prova del voto in Senato: il super-emendamento premissivo e il voto ‘bloccato’ sulla proposta di legge, *Rivista AIC*, 1.2015, marzo 2015; Ciaurro Luigi, Parlamento. L'emendamento premissivo omnibus: fra (in)ammissibilità formale e (in)opportunità procedurale, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2015, pag. 306, fasc. 1; Trucco Lara, Il sistema elettorale “Italicum – bis” alla prova della sentenza della Corte Costituzionale n. 1 del 2014 (atto secondo), in *Consulta Online*, 27 aprile 2015; Fusaro Carlo, Per una storia delle riforme istituzionali (1948-2015), in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 2015, pag. 431, fasc. 2; Annamaria Poggi, La Corte e la legge elettorale, in *Federalismi.it*, 2016; Villone Massimo, La forma di governo nella legge costituzionale Renzi-Boschi e nell'Italicum, relazione al seminario Astrid sul tema “La forma di governo”, Roma 8 giugno 2016; Pace Alessandro, Le finalità accentratrici della riforma costituzionale Renzi-Boschi, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2016, pag. 355, fasc.

civili delle città sedi di Corte d'appello sul territorio nazionale<sup>2464</sup>, quelli che hanno portato ad un'ordinanza di remissione della questione di legittimità costituzionale, alla data del 31 dicembre 2016.

Non ci si può però esimere dal ricordare che:

- una precisa strategia processuale ha indotto il coordinamento dei ricorrenti a cadenzare i ricorsi, in modo da “perfezionare” i successivi atti introduttivi (presso i tribunali investiti successivamente, nel corso del 2016) alla luce delle memorie di costituzione dell'Avvocatura dello Stato depositate presso i tribunali investiti prima, nel corso del 2015;
- oltre al procedimento per “approssimazioni successive” dei ricorsi introduttivi, in alcune sedi i ricorrenti hanno arricchito lo schema-tipo di ricorso alla luce delle peculiarità locali, prevalentemente dovute alla presenza di minoranze linguistiche tutelate da parametri di costituzionalità appositamente invocati od arricchiti;
- la prima ordinanza di rimessione (Messina) segue la peculiare scansione data dai ricorrenti locali all'atto introduttivo, per cui volta a volta nell'illustrarla si farà riferimento a numerazione e contenuti parzialmente diversi dalla scansione altrove seguita;
- il non liquet dei ricorsi trattenuti in decisione per parecchi mesi fa risaltare<sup>2465</sup> il coraggio delle sedi che hanno offerto ai ricorrenti una risposta, qualunque essa sia: i tribunali che hanno assunto la scelta di respingere i ricorsi o di dichiararli inammissibili si sono assoggettati al rischio di una loro smentita nei giudizi di corte d'appello prontamente attivati; i tribunali che hanno investito la Corte hanno dato alla dottrina giuridica, al Giudice delle leggi ed all'intera collettività nazionale la possibilità di riflettere sulla fattura di una legge fondamentale in un ordinamento costituzionale.

Esclusa la trattazione delle parti in rito<sup>2466</sup>, la prima colonna segue la scansione dei motivi di doglianza di merito, secondo lo schema-tipo Besostri; la seconda e la terza colonna attingono alle cinque ordinanze di promovimento dei giudizi di

1; Lanchester, Fulco, Il sistema elettorale in senso stretto dal Porcellum all'Italicum, in *Democrazia e diritto* : LII, 1, 2015.

<sup>2464</sup> Per un loro elenco e per lo stato del relativo iter, alla data di pubblicazione del numero 2-2016, v. Nomos, Dossier: *La Corte costituzionale ed i ricorsi Anti-Italicum*, § 7 (n. 2/2016, pp. 140-143).

<sup>2465</sup> Oltre alla fondatezza di un antico sospetto, in ordine alla presenza di un coordinamento informale tra organi giurisdizionali che dovrebbero decidere in monadica solitudine e scevri da condizionamenti: v. la relazione alla Giunta delle elezioni del Senato in ordine alla proclamazione contestata dalla *Rosa nel pugno* (Senato della Repubblica, XV legislatura, Giunte e Commissioni n. 244, lunedì 21 gennaio 2007, pagine 143-144, audizione del presidente dell'Ufficio elettorale della regione Piemonte: "noi ci siamo sentiti anche con gli uffici elettorali di Roma e di Milano, se non sbaglio, e abbiamo poi insieme verificato e insieme abbiamo detto che secondo noi l'interpretazione era quella di richiedere per tutti la soglia del 3 per cento").

<sup>2466</sup> Ogni presunta inammissibilità attinenti a motivi di rito è stata definitivamente sbaragliata, in via di fatto, dalla considerazione secondo cui ben quattro giudici remittenti hanno proceduto successivamente alla data del 1° luglio 2016, che in alcune difese erariali appariva dirimente sotto questo profilo. Si rammenta, peraltro, che, nell'ambito dell'illustrata scansione per approssimazioni successive, alcuni ricorsi sullo schema-tipo Besostri sono comunque stati depositati dopo tale data.

costituzionalità, sintetizzando per ciascun motivo gli argomenti di reiezione (seconda colonna) o di accoglimento (terza colonna).

Proprio alla luce del procedimento per approssimazioni successive, quando significativi saranno richiamati anche gli atti intermedi, depositati in corso di causa, che hanno dettagliato uno o più argomenti a sostegno di motivi di doglianza.

## 2. Tavola sinottica sui ricorsi contro l'Italicum

| n. | RICORSI BESOSTRI                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | No DEI GIUDICI REMITTENTI                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Si DEI GIUDICI REMITTENTI |
|----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------|
| 01 | <p>1° MOTIVO <u>error in procedendo</u>: articolo 72 co. 1 e 4 Cost. e dei Regolamenti parlamentari per legge in materia elettorale e costituzionale. Illegittimità della procedura di approvazione (da impugnarsi nella sua interezza per motivi procedurali) (p. 26 ss. MILANO, p. 37 ss. TORINO, p. 26 ss. PERUGIA, p. 36 ss. TRIESTE, p. 27 ss. GENOVA)</p> | <p>Trib. MESSINA: La questione di fiducia alla Camera non ha fatto omettere votazione art. per art. ed esame in commissione, unici requisiti garantiti da art. 72 al “procedimento ordinario” (1<sup>a</sup> statuizione)<sup>2467</sup>.</p> <p>Trib. TORINO: riserva d’assemblea non incompatibile con effetti di questione di fiducia (decadenza di emendamenti) (1<sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. PERUGIA (1<sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. TRIESTE (1<sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. GENOVA, secondo cui, tuttavia, la questione del voto segreto sormontato dalla fiducia non rileva - come violazione delle modalità indicate dall’art. 116 del Regolamento<sup>2468</sup> - perché “potrebbe essere richiesta (ma così non è stato) la votazione a scrutinio segreto, invece che per appello nominale, con conseguente divieto, solo in tal caso, di fare</p> |                           |

<sup>2467</sup> Sul problema che la fiducia sia stata posta su di una legge elettorale a Messina non c’è stata pronuncia. Delle parti conferenti del ricorso MESSINA (MOTIVO B) pp. 31-36) non si raccoglie la questione della triplice caducazione degli emendamenti riferiti agli articoli per il cui mantenimento fu posta la fiducia (v. anche p. 65 del ricorso); inoltre vi si è dismessa come irrilevante la questione del lodo Jotti sulla procedura normale e si è affrontata la questione voto segreto.

<sup>2468</sup> Trib. GENOVA cita la giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenze nn. 3 e 57 del 1957 e 9/1959) sulla sindacabilità degli *interna corporis*, per dichiarare l’ammissibilità della doglianza.

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                 | ricorso alla fiducia” <sup>2469</sup> (1 <sup>a</sup> statuizione).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| 02 | <b>2° MOTIVO per irrazionalità della norma relativa all’attribuzione di 340 seggi alla (unica) lista che ottiene almeno il 40% dei voti validi</b> (p. 28 ss. MILANO, p. 40 ss. TORINO, p. 29 ss. PERUGIA, p. 40 ss. TRIESTE, p. 29 ss. GENOVA)                                 | Trib. TORINO: In via interpretativa si addivene all’attribuzione dei 340 seggi in primo e unico turno alla più votata, tra le due liste che dovessero superare insieme il 40% (2 <sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. TRIESTE (2 <sup>a</sup> statuizione).<br><br>Trib. PERUGIA: è disciplinato espressamente il caso dell’attribuzione dei 340 seggi in primo e unico turno alla più votata (2 <sup>a</sup> statuizione). | Trib. GENOVA <sup>2470</sup> : in assenza di una disciplina positiva, è impossibile addivenire per via interpretativa all’esclusione del premio di maggioranza per l’ipotesi in cui siano due le liste che superano la soglia del 40%, ed alla contestuale previsione del ballottaggio (4 <sup>a</sup> statuizione, <i>che riverbera dall’accoglimento del motivo 05</i> ). |
| 03 | <b>3° MOTIVO per irragionevolezza, contraddittorietà rispetto ai fini dichiarati</b> (p. 29 ss. MILANO, pp. 42 ss. TORINO, p. 30 ss. PERUGIA, p. 41 ss. TRIESTE, p. 31 ss. GENOVA) ( <i>sul caso per cui la prima lista non abbia superato il 40% e pure ex se consegue 340</i> | Trib. MESSINA: Non irragionevole il ballottaggio in caso di conseguimento dei 340 seggi al primo turno: “avendo l’elettorato scelto al primo turno il proprio rappresentante”, il secondo turno svolge                                                                                                                                                                                                                              | Trib. GENOVA <sup>2472</sup> : “dover ricorrere al secondo turno anche nel caso in cui una lista ottenga il numero di seggi ritenuto opportuno dal legislatore al fine di garantire la governabilità, è contraddittorio rispetto allo scopo proclamato                                                                                                                      |

<sup>2469</sup> In realtà, la decisione della Presidente della Camera del 28 aprile 2015 esclude il concorso di fiducia e voto segreto (invocando i precedenti 24 gennaio 1990, 29 giugno 2004, 24 novembre 2004, 12 maggio 2009: XVII lgs., Camera dei deputati, resoconto stenografico n. 417, Assemblea, p. 44): dopo tale decisione, le richieste di voto segreto sulla legge elettorale, preannunciate da alcuni gruppi (cfr. intervento del deputato Buttiglione, *ibidem*, p. 39), non furono più coltivate.

<sup>2470</sup> Elezioni - Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati (c.d. Italicum) - Attribuzione del premio di maggioranza, nel caso in cui due liste raggiungano al primo turno oltre il 40 per cento dei voti, alla lista che abbia ottenuto il maggior numero di voti: Legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati), artt. 1, comma 1, lett. f), per le parole “sono attribuiti comunque 340 seggi alla lista che ottiene, su base nazionale, almeno il 40 per cento dei voti validi”, e 2, comma 25 capoverso “art. 83”, che modifica l’art. 83 del d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati), con particolare riferimento ai commi 1, nn. 5) e 6), 2, 3 e 4.

<sup>2472</sup> Elezioni - Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati (c.d. Italicum) - Previsione di un secondo turno di votazione nel caso in cui una lista ottenga 340 seggi al primo turno ma non abbia raggiunto la percentuale del 40 per cento: Legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati), artt. 1, comma 1, lett. f), e 2, comma 25 capoverso “art. 83”, che modifica l’art. 83 del d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati), con particolare riferimento ai commi 1, nn. 5) e 6), 2 e 5; capoverso “art. 83 bis” [rectius: comma 25, che aggiunge l’art. 83-bis al d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati)], commi 1, nn. 1), 2), 3) e 4).

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                               |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|    | <i>seggi o più)</i>                                                                                                                                                                                                                                                                       | funzione di coagulo di consenso su proposta di governo (9 <sup>a</sup> statuizione) <sup>2471</sup> .<br><br>Trib. TORINO: In via interpretativa si evita l'interpretazione formalistica che richiederebbe il ballottaggio (3 <sup>a</sup> statuizione) <i>Idem</i> Trib. PERUGIA (3 <sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. TRIESTE (3 <sup>a</sup> statuizione).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | dallo stesso legislatore <sup>2473</sup> (5 <sup>a</sup> statuizione, <i>che riverbera dall'accoglimento del motivo 05</i> ). |
| 04 | 4° MOTIVO <b><i>error in procedendo</i></b> (p. 34 e ss. MILANO, p. 48 ss. TORINO, p. 35 ss. PERUGIA, p. 48 ss. TRIESTE, p. 35 ss. GENOVA) ( <i>aggiramento della procedura di revisione costituzionale per una legge, quella elettorale, di fatto partecipe della forma di governo</i> ) | Trib. MESSINA: il potere di revisione non è intaccato, essendo - al livello disrappresentativo fissato dalla legge elettorale (340 seggi Camera) - sempre possibile il referendum oppositivo (5 <sup>a</sup> statuizione)<br><br>Trib. TORINO (unitamente al 12° MOTIVO): nulla è innovato quanto alla necessità che il PCM venga scelto dal Capo dello Stato tenendo conto della concreta possibilità di ottenere la fiducia parlamentare; nessun automatismo c'è tra indicazione del capo della forza politica e sua nomina a PCM da parte del Capo dello Stato in caso di lista vincitrice dei 340 seggi (4 <sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. TRIESTE (4 <sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. GENOVA (9 <sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. PERUGIA (4 <sup>a</sup> statuizione), con citazione C.Cost. 23/2011. |                                                                                                                               |

<sup>2471</sup> In ricorso MESSINA (PARTE DEL MOTIVO G) E PARTE DEL MOTIVO H) p. 65-69) si sviluppa l'argomento anche verso la questione (inevasa da Trib. Messina) che per arrivare al 40% si attinge da tutti i voti, ma per ripartire i seggi si attinge solo alle liste sopra 3%.

<sup>2473</sup> Pertanto la lettura della norma, offerta dal Trib. Genova, è conforme a quella del Trib. Messina, anche se il giudizio è opposto. Per converso, Trib. Genova dissente dalla lettura della stessa norma offerta da Trib. Torino.

|    |                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 05 | <p>5° MOTIVO relativo al c.d. “premio di maggioranza”, con lesione del diritto al voto personale, uguale, libero e diretto (p. 35 e ss. MILANO, p. 50 ss. TORINO, p. 36 ss. PERUGIA, p. 50 ss. TRIESTE, p. 37 ss. GENOVA)</p> | <p>Trib. TORINO: c'è voto unico ed uguale in entrata; la distorsione del voto in uscita non è eccessiva, perché l'attribuzione dei 340 seggi è subordinata, al primo turno, al conseguimento del 40% dei voti validi su base nazionale (5<sup>a</sup> statuizione), <i>Idem</i> Trib. PERUGIA (5<sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. TRIESTE (5<sup>a</sup> statuizione).</p> | <p>Trib. MESSINA<sup>2474</sup>: assenza di una soglia minima calcolata sugli aventi diritto al voto sovrarappresenta il partito con più voti (non basta quella del 40 per cento dei votanti al primo turno) (2<sup>a</sup> statuizione)<sup>2475</sup></p> <p>Trib. MESSINA<sup>2476</sup>: clausola di sbarramento al 3% sovrarappresenta il partito con più voti (3<sup>a</sup> statuizione)<sup>2477</sup></p> <p>Trib. GENOVA<sup>2478</sup>: “La percentuale di distorsione del voto espresso a favore della lista vincitrice risulta pari a 1,375 (dato che il 55% dei seggi viene attribuito a chi ha ottenuto il 40% dei voti)”: valuti la Corte costituzionale se questo effetto distorsivo del voto in uscita supera lo lo scrutinio di proporzionalità e ragionevolezza che</p> |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

<sup>2474</sup> Elezioni - Elezioni della Camera dei deputati - Premio di maggioranza: Legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati), art. 1, lett. f); d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati), artt. 1, comma secondo, e 83, commi primo, secondo, terzo, quarto e quinto, come modificati dall'art. 2, commi 1 e 25, della legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati).

<sup>2475</sup> RICORSO MESSINA, MOTIVO E) *pp.* 51-53: assenza di soglia minima per chi consegue il premio e per chi passa al ballottaggio (soglia che andrebbe conteggiata sugli aventi diritto); *pp.* 53-55: assenza di soglia minima per la seconda lista (soglia che andrebbe conteggiata sugli aventi diritto) è però doglianza inevasa da Trib. Messina.

<sup>2476</sup> Elezioni - Elezioni della Camera dei deputati - Lista dei candidati - Attribuzione dei seggi - Soglia di sbarramento: Legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati), artt. 1, lett. a), d) ed e); d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati), artt. 83, commi primo, secondo, terzo, quarto e quinto, e 84, comma secondo, come sostituiti dall'art. 2, commi 25 e 26, della legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati).

<sup>2477</sup> RICORSO MESSINA, MOTIVO D) *pp.* 43-48: alternatività di premio e sbarramento (inevasa da Trib. Messina) e penalizzazione della lista che potrebbe fare coalizione e non supera lo sbarramento (*tema ancillare ripreso altrove: v. 02-03*).

<sup>2478</sup> Elezioni - Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati (c.d. Italicum) - Attribuzione del premio di maggioranza, al primo turno, alla lista che abbia ottenuto, su base nazionale, almeno il 40 per cento dei voti validi - Soglia di sbarramento del 3 per cento: Legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati), artt. 1, comma 1, lett. f), e 2, commi 1 e 25 capoverso “art. 83” (e quindi del novellato art. 83, commi 1, nn. 5) e 6), e 2, 3 e 4 del d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 “Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati”).

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |  | le compete, o se “la soluzione prescelta non determini un sacrificio o una compressione eccessiva di ciascuno degli interessi in gioco” (rappresentanza e governabilità) (2 <sup>a</sup> statuizione)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| 06 | <b>6° MOTIVO relativo alla norma disciplinante il turno di ballottaggio. Lesione del diritto al voto uguale, libero, diretto e personale</b> (p. 38 e ss. MILANO, p. 54 ss. TORINO <sup>2479</sup> , p. 39 ss. PERUGIA, p. 54 ss. TRIESTE, p. 40 ss. GENOVA) <i>(inclusa la violazione in maniera patente della volontà del corpo elettorale, come espressa al primo turno)</i> |  | Trib. TORINO <sup>2480</sup> : rappresentatività e governabilità non contemplate nell’eventuale turno di ballottaggio: esso comporta la compressione del voto di rappresentanza (restringimento a due delle opzioni) e l’artificiosità della maggioranza del 50%+1. Per evitare che il premio vada a formazione priva di una soglia “critica” di consensi, si impongono correttivi mediante espansione della componente rappresentativa del voto e/o eliminazione del divieto di apparentamento o coalizione tra liste al secondo turno (10 <sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. |

<sup>2479</sup> Alle pagine 55 e 56 di Torino si aggiunge parte di comparato su Grecia e Francia. A pagine 61-62 Torino e pagina 61 Trieste e pagina 45 Genova si aggiunge l’articolo 3 del primo protocollo addizionale CEDU.

<sup>2480</sup> Elezioni - Disposizioni in materia di elezioni della Camera dei deputati (c.d. “*Italicum*”) - Premio di maggioranza - Attribuzione di 340 seggi alla lista che ottiene, su base nazionale, almeno il 40 per cento dei voti validi o, in mancanza, il maggior numero di voti validi al ballottaggio - Ripartizione proporzionale ed assegnazione dei seggi tra le restanti liste: Legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati), artt. 1, comma 1, lett. *f*) e 2, comma 25, [sostitutivo dell’] art. 83, in relazione al novellato comma 5 ], del Decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati)].

|  |  |  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|--|--|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  |  |  | <p>TRIESTE<sup>2481</sup> (10<sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. GENOVA<sup>2482</sup> (3<sup>a</sup> statuizione).</p> <p><i>Idem</i> Trib. PERUGIA (6<sup>a</sup> statuizione)<sup>2483</sup>, con specificazione che il meccanismo “garantisce il 55% dei seggi ad una lista che potrebbe avere ottenuto al primo turno una percentuale attorno al 25-30% dei voti, per la quale non è possibile alcun collegamento con altre liste”.</p> <p>Trib. MESSINA<sup>2484</sup>: c’è violazione della territorialità della rappresentanza: lo scorrimento dei seggi da una circoscrizione</p> |
|--|--|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

<sup>2481</sup> Elezioni - Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati (c.d. *Italicum*) - Attribuzione del premio di maggioranza al secondo turno di ballottaggio tra le due liste con il maggior numero di voti: Legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati), artt. 1, comma 1, lett. *f*), e 2, comma 25, [sostitutivo dell’] art. 83, in relazione al novellato comma 5 [, del decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati)].

<sup>2482</sup> Elezioni - Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati (c.d. *Italicum*) - Attribuzione del premio di maggioranza al secondo turno di ballottaggio tra le due liste con il maggior numero di voti: Legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati), artt. 1, comma 1, lett. *f*), e 2, comma 1 e comma 25 capoverso “art. 83” [rectius: comma 25, sostitutivo dell’art. 83 del decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati)].

<sup>2483</sup> Elezioni - Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati (c.d. “*Italicum*”) - Premio di maggioranza - Attribuzione di 340 seggi alla lista che ottiene, su base nazionale, almeno il 40 per cento dei voti validi o, in mancanza, il maggior numero di voti validi al ballottaggio - Ripartizione proporzionale ed assegnazione dei seggi tra le restanti liste: Legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati), artt. 1, comma 1, lett. *f*), e 2, comma 25, in relazione al novellato art. 83, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati).

<sup>2484</sup> Elezioni - Elezioni della Camera dei deputati - Proclamazione degli eletti - Blocco misto delle liste e delle candidature - Impossibilità per gli elettori di scelta diretta dei deputati: Legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati), art. 1, lett. *g*); d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati), artt. 18-*bis*, comma terzo, primo periodo, 19, comma primo, primo periodo, e 84, comma primo, come modificati dall’art. 2, commi 10, lett. *c*), 11 e 26, della legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati).

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                            |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | all'altra la comprime (6 <sup>a</sup> statuizione, <i>che ha riflessi anche su 07 e 08</i> ) <sup>2485</sup>                                                                                                               |
| 07 | 7° MOTIVO relativo ai capilista "bloccati" e al sistema delle preferenze, con lesione del diritto al voto libero, uguale e diretto (p. 43 e ss. MILANO, p. 62 TORINO, p. 44 ss. PERUGIA, p. 61 ss. TRIESTE, p. 45 ss. GENOVA), con citazione del calcolo Spadacini <sup>2486</sup> a dimostrazione della natura stocastica del grado di conoscibilità, per l'elettore, di candidati e distribuzione dei seggi. | Trib. TORINO: certa ma non irragionevole distorsione del voto, perché la quantificazione del suo effetto non è persuasiva e perché la "speciale categoria di candidati" si inserisce in un contesto in cui è possibile – a differenza del passato – esprimere due preferenze (6 <sup>a</sup> statuizione) <sup>2487</sup> <i>Idem</i> Trib. TRIESTE (6 <sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. GENOVA (6 <sup>a</sup> statuizione).<br><br>Trib. PERUGIA: il legislatore ha lasciato ai partiti il compito di indicare l'ordine di presentazione delle candidature: ciò non lede la libertà di voto del cittadino, visto che "non tutti i seggi sono attribuiti sulla base di liste bloccate ma solo una parte, quella relativa ai capilista" (7 <sup>a</sup> statuizione) <sup>2488</sup> | Trib. MESSINA: c'è possibile distorsione della rappresentanza per l'effetto combinato con la norma sui capilista bloccati e sulle pluri-candidature (7 <sup>a</sup> statuizione, <i>che ha riflessi anche su 06 e 08</i> ) |
| 08 | 8° MOTIVO sulle candidature multiple (p. 46 e s. MILANO, p. 66                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | <i>Trib. Messina: v. supra, 06 e 07</i>                                                                                                                                                                                    |

<sup>2485</sup> Il ricorso MESSINA, MOTIVO C) pp. 36-43, argomenta diffusamente il nesso tra territorialità e voto diretto, ripreso a pp. 70-74, ma in esso non è legato solo alla territorialità, bensì al fatto che può vincere al secondo turno una seconda lista assai distanziata, in uno "spareggio" che travolge il *ius in officio* che il candidato aveva già maturato al primo turno (su questa più ampia versione, la questione è ineccepibile da Trib. Messina, ove si parla di compressione della rappresentanza, ma non se ne dettaglia il massimo grado che la compressione raggiunge in virtù del ballottaggio); a pp. 55-62 il ricorso affronta capilista bloccati e pluricandidature (non solo questione legata alla territorialità, ma su questa più ampia versione la questione è ineccepibile da Trib. Messina).

<sup>2486</sup> In Forum di quaderni costituzionali, 2015, p. 14 ss.

<sup>2487</sup> *In parte qua* difetto di rilevanza, trattandosi di doglianza a tutela dell'elettorato passivo e non dell'elettorato attivo (a dispetto del principio di tendenziale corrispondenza tra di due).

<sup>2488</sup> *In parte qua* difetto di rilevanza, trattandosi di doglianza a tutela dell'elettorato passivo e non dell'elettorato attivo (a dispetto del principio di tendenziale corrispondenza tra di due).

|    |                                                                                                                                                         |                                                                                                                                                                                               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|    | TORINO, p. 47 ss. PERUGIA, p. 65 ss. TRIESTE, p. 49 ss. GENOVA)                                                                                         |                                                                                                                                                                                               | Trib. TORINO <sup>2489</sup> : non la pluri-candidatura, ma la pluri-opzione degli eletti in più collegi sarebbe illegittima, perché - non essendo legata a criteri oggettivi e predeterminati - rende impossibile prevedere l'utilità del voto di preferenza espresso dall'elettore, dinanzi all' <i>arbitrium merum</i> del capolista plurieletto (11 <sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. PERUGIA <sup>2490</sup> (8 <sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. TRIESTE <sup>2491</sup> (11 <sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. GENOVA <sup>2492</sup> (7 <sup>a</sup> statuizione). |
| 09 | <b>9° MOTIVO Erroneo procedimento di ripartizione proporzionale dei seggi tra le liste, rischio di una possibile attribuzione di un numero di seggi</b> | Trib. MESSINA: Non c'è violazione del <i>numerus clausus</i> dei seggi del <i>plenum</i> . Trentino ed Aosta non concorrono al riparto, quindi l'innalzamento dei seggi oltre 630 è prevenuto | Trib. GENOVA <sup>2497</sup> : "il recupero proporzionale potenzialmente lesivo delle liste di minoranza nazionali è necessario per via della istituzione degli otto collegi uninominali che vengono assegnati fin dal primo turno, senza che il                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |

<sup>2489</sup> Elezioni - Disposizioni in materia di elezioni della Camera dei deputati (c.d. "*Italicum*") - Previsione per il deputato eletto in più collegi plurinominali dell'obbligo di dichiarare al Presidente della Camera, entro otto giorni dalla proclamazione, il collegio plurinominalmente prescelto e, in caso di mancata opzione, previsione del sorteggio: Decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati), art. 85, come modificato dall'art. 2, comma 27, della legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati).

<sup>2490</sup> Elezioni - Disposizioni in materia di elezioni della Camera dei deputati (c.d. "*Italicum*") - Previsione per il deputato eletto in più collegi plurinominali dell'obbligo di dichiarare al Presidente della Camera, entro otto giorni dalla proclamazione, il collegio plurinominalmente prescelto e, in caso di mancata opzione, previsione del sorteggio: Legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati), art. 2, comma 27, in relazione al novellato art. 85 del decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati).

<sup>2491</sup> Elezioni - Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati (c.d. "*Italicum*") - Opzione per un collegio del candidato capolista eletto in più collegi plurinominali: Decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati), art. 85, come modificato dall'art. 2, comma 27, della legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati).

<sup>2492</sup> Elezioni - Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati (c.d. "*Italicum*") - Opzione per un collegio del candidato capolista eletto in più collegi plurinominali: Decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati), art. 85, come modificato dall'art. 2, comma 27, della legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati).

<sup>2497</sup> Elezioni - Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati (c.d. "*Italicum*") - Meccanismo del recupero proporzionale dei voti nella Regione Trentino-Alto Adige: Legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati), art. 2, comma 25; decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361 (Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati), art. 83, comma 3.

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|    | <p><b>superiore nel totale a 630</b> (p. 47 e ss. MILANO, p. 67 ss. TORINO, p. 48 ss. PERUGIA, p. 66 ss. TRIESTE, p. 50 ss. GENOVA<sup>2493</sup>), <i>con citazione studio Spadacini</i><sup>2494</sup></p>                                                                                                           | <p>in via interpretativa (8<sup>a</sup> statuizione)<sup>2495</sup>; genericità della doglianza su inclusione TAA e VdA nei conteggi ma non nei riparti (4<sup>a</sup> statuizione)<sup>2496</sup></p> <p>Trib. TORINO: <i>numerus clausus</i> previene rischio denunciato; recupero proporzionale solo in TAA giustificato da sua particolare conformazione etnico-linguistica; scomputo dai 340 seggi dei seggi di candidati TAA e VdA collegati con lista vincitrice del premio Camera compensa inclusione loro elettori nei conteggi nazionali (7<sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. PERUGIA (9<sup>a</sup> statuizione), <i>Idem</i> Trib. TRIESTE (7<sup>a</sup> statuizione).</p> | <p>ballottaggio possa incidervi. Deve altresì osservarsi che il meccanismo (...), in relazione al caso del mancato apparentamento della lista di minoranza con liste nazionali o con la lista vincitrice nella regione Trentino-Alto Adige, appare determinare un'incidenza del voto in uscita di gran lunga superiore al corrispettivo voto reso dagli elettori nei confronti di una lista nazionale di minoranza" (8<sup>a</sup> statuizione).</p> |
| 10 | <p>10° MOTIVO <b>sulle minoranze linguistiche</b> (p. 49 e ss. MILANO, p. 69 e ss. TORINO, p. 50 ss. PERUGIA, p. 69 ss. TRIESTE<sup>2498</sup>, p. 52 ss. GENOVA) (<i>la disciplina "totalmente speciale" per TAA e VdA per Spadacini è molto meno capace di tutelare il complesso delle minoranze, ad esempio</i></p> | <p>Trib. TORINO (unitamente al 13° MOTIVO): non tutte le minoranze linguistiche meritano l'adeguato correttivo, nella soglia di accesso alle liste rappresentative, riconosciuto in TAA e VdA (8<sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. PERUGIA (10<sup>a</sup> statuizione).</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |

<sup>2493</sup> All'udienza del 27 ottobre 2016 parte attrice ha anche "osservato che, quanto alla regione Trentino-Alto Adige, sarebbe leso il diritto di voto libero e uguale, in caso di assegnazione dei tre seggi di recupero proporzionale ad una lista non apparentata con alcuna lista nazionale o espressione della minoranza linguistica vincitrice nella suindicata regione. Ciò comporterebbe infatti una violazione nella rappresentatività della minoranza nazionale, rispetto alla minoranza linguistica assegnataria dei tre seggi di recupero proporzionale" (dall'ordinanza Trib. GENOVA).

<sup>2494</sup> Per la Val d'Aosta, tra l'altro, articolato in apposito paragrafo del saggio L. Spadacini, *L'Italicum di fronte al comma 4 dell'articolo 56 Cost. tra radicamento territoriale della rappresentanza e principio di uguaglianza*, in Nomos, 2-2016, pagine 29-34.

<sup>2495</sup> Ricorso MESSINA, PARTE DEL MOTIVO G) p. 64.

<sup>2496</sup> RICORSO MESSINA, PARTE DEL MOTIVO G) pp. 62-64: collegamento con lista minoritaria

<sup>2498</sup> A Trieste p. 70 si aggiunge una specificazione per il Friuli.

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |  |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|
|    | <i>escludendo gli sloveni per impossibilità di arrivare alla soglia del 20%)</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Trib. TRIESTE (unitamente al 13° MOTIVO): difetto di rilevanza <sup>2499</sup> (8 <sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. GENOVA (10 <sup>a</sup> statuizione).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |  |
| 11 | <b>11° MOTIVO sull'esenzione della raccolta delle firme</b> (p. 56 e ss. MILANO, pp. 79 ss. TORINO, p. 57 ss. PERUGIA, p. 77 ss. TRIESTE, p. 59 ss. GENOVA) <i>(corredata dell'impossibilità ad ottenere un tempestivo ed imparziale rimedio giurisdizionale all'esclusione, in ragione dell'illegittima estensione dell'autodichia ex art. 66 Cost. agli atti elettorali preparatori)</i> <sup>2500</sup> | Trib. MESSINA: Nell'esenzione delle sottoscrizioni è legittimo privilegiare chi ha già un minimo di consensi (11 <sup>a</sup> statuizione, <i>in parte qua</i> ) <sup>2501</sup> . Il mancato esercizio della delega sugli atti elettorali preparatori non comporta profili sindacabili, anche per la presumibile natura giurisdizionale degli uffici elettorali centrali <sup>2502</sup> (12 <sup>a</sup> statuizione)<br><br>Trib. TRIESTE: difetto di rilevanza <sup>2503</sup> (9 <sup>a</sup> statuizione).<br><br>Trib. TORINO: legittimo fissare soglie minime di firme per le liste e legittimo adottare criteri di esenzione dalla relativa raccolta (9 <sup>a</sup> |  |

<sup>2499</sup> Non verrebbero indicati dai ricorrenti quali “effetti distorsivi avrebbero le norme denunciate come illegittime in ordine al loro diritto di elettorato attivo, neanche quali elettori friulanofoni?”.

<sup>2500</sup> La mancata attuazione della delega di cui all'art. 44, c. 2 lett. d) della legge n. 69/2008 compare anche in premessa di tutti i ricorsi.

<sup>2501</sup> La statuizione, nella restante parte, sfiora il motivo *sub* 10, giudicando irrilevante a Messina la penalizzazione di minoranze linguistiche diverse dalle trentine o aostane.

<sup>2502</sup> L'Avvocatura dello Stato, più prudentemente, si limita a evidenziare “che, in ogni caso, avverso le decisioni di esclusione delle liste per le elezioni politiche – emesse dagli Uffici centrali circoscrizionali retti da magistrati – è ammesso ricorso all'Ufficio centrale nazionale, composto da 5 magistrati della Corte di cassazione” (così nell'ordinanza del Trib. GENOVA, che pure giudica inconferente la censura mossa alle disposizioni in esame per violazione dell'art. 13 CEDU, per la mancata previsione di un rimedio giurisdizionale atto a consentire l'impugnazione delle operazioni elettorali preparatorie, come le ammissioni e le esclusioni delle liste”).

<sup>2503</sup> “La violazione delle norme costituzionali inciderebbe, per come prospettata, sul diritto di elettorato passivo e non su quello di elettorato attivo”.

|    |                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |  |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                            | statuizione) <sup>2504</sup> . <i>Idem</i> Trib. PERUGIA (11 <sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. GENOVA (11 <sup>a</sup> statuizione, <i>ad abundantiam</i> dopo il difetto di rilevanza).                                                                                                                                                                                                                                  |  |
| 12 | <b>12° MOTIVO sull'indicazione del capo della forza politica e i poteri presidenziali</b> (p. 64 e ss. MILANO, pp. 89 ss. TORINO, p. 64 ss. PERUGIA, p. 88 ss. TRIESTE, p. 67 ss. GENOVA) ( <i>vulnus ai poteri del Capo dello Stato</i> ) <sup>2505</sup> | Trib. MESSINA: Non c'è <i>vulnus</i> al Capo dello Stato perché restano ferme le sue prerogative (10 <sup>a</sup> statuizione)<br><br><i>v. 4<sup>a</sup> statuizione Trib. TORINO (trattazione congiunta con il 4° MOTIVO)</i> <sup>2506</sup> , supra, 04. <i>Idem</i> Trib. PERUGIA (12 <sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. TRIESTE (4 <sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. GENOVA (9 <sup>a</sup> statuizione). |  |
| 13 | <b>13° MOTIVO per i collegi elettorali e la Tabella A allegata al DPR n. 361/1957</b> (p. 65 e ss. MILANO <sup>2507</sup> , pp. 91 ss. TORINO, p. 65 ss. PERUGIA, p. 90 ss. TRIESTE, p. 68 ss. GENOVA <sup>2508</sup> )                                    | <i>v. 8<sup>a</sup> statuizione Trib. TORINO (trattazione congiunta con il 10° MOTIVO)</i> <sup>2509</sup> , supra, 10 <i>Idem</i> Trib. PERUGIA (13 <sup>a</sup> statuizione). <i>Idem</i> Trib. GENOVA <sup>2510</sup> (12 <sup>a</sup> statuizione).                                                                                                                                                                              |  |

<sup>2504</sup> Adombrato anche difetto di rilevanza, trattandosi di doglianza a tutela dell'elettorato passivo e non dell'elettorato attivo (a dispetto del principio di tendenziale corrispondenza tra di due).

<sup>2505</sup> L'Avvocatura dello Stato "ha evidenziato (...) la legittimità della scelta, operata da una o più liste, di inserire all'interno del proprio contrassegno il nome del capo della forza politica. In tal modo «la lista indicherebbe al proprio elettorato – in un'ottica di trasparenza democratica – la persona da proporre (in caso di vittoria) al Capo di Stato per il conferimento del mandato a formare il nuovo Governo»" (da ordinanza Trib. GENOVA).

<sup>2506</sup> Adombrato anche un possibile difetto di rilevanza e, comunque, un possibile errore materiale nell'impugnativa di una norma attinente al procedimento elettorale preparatorio (indicazione del capo della forza politica all'atto del deposito dei simboli al Viminale).

<sup>2507</sup> Non c'è a Torino la specifica recata nel ricorso milanese e genovese sulle minoranze sarda, ladina e friulana, né c'è la specifica milanese e perugina sul *gerrymandering* a Lombardia 6 e Lombardia 8.

<sup>2508</sup> A Genova si aggiunge (p. 69 ss.) la specifica del *gerrymandering* in Lombardia e Liguria (comuni di Ceranesi e Campomorone).

<sup>2509</sup> La statuizione reca il difetto di rilevanza, rigettando solo subordinatamente ("quand'anche si ritenesse...") la prospettazione di non manifesta infondatezza.

<sup>2510</sup> In aggiunta, la statuizione entra nel merito della doglianza attinente ai comuni di Campomorone e Ceranesi: "pur condividendosi i rilievi di parte attrice e dei comuni intervenuti in merito alla dedotta mancanza di legami storici, socio-economici, infrastrutturali o di assi di comunicazione con il levante Ligure, e al contrario della presenza di forti legami con l'altrettanto contiguo territorio genovese che avrebbero potuto portare all'individuazione di diversi confini territoriali dei tre collegi liguri", il Tribunale di

|    |                                                                                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|    | <i>(non garantisce le minoranze linguistiche diverse da quelle del Trentino Alto Adige e della Valle d'Aosta)</i>                                     | <i>v. 8<sup>a</sup> statuizione Trib. TRIESTE (trattazione congiunta con il 10° MOTIVO), supra, 10</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| 14 | <b>14° MOTIVO sulle soglie di accesso al Senato</b> (pp. 68 e ss. MILANO, p. 69 ss. PERUGIA, pagina 93 ss. TRIESTE, p. 72 ss. GENOVA) <sup>2511</sup> | <p>Trib. PERUGIA: “la diversità di sistemi elettorali tra le due Camere è prevista già dalla Costituzione, cosicché risulta insita nella Costituzione anche la possibilità che le due Camere presentino maggioranze difformi” (14<sup>a</sup> statuizione)</p> <p>Trib. TRIESTE: la più elevata soglia di accesso rispetto alla Camera non è contraria all’art. 1 (doglianza generica), né all’art. 3 (trova giustificazione ragionevole nella circostanza che per il Senato il numero dei seggi è la metà di quello della Camera), né all’art. 48 (soglia di accesso più elevata per il Senato non è suscettibile di per sé di creare discriminazioni tra gli elettori), né all’art. 49 (la soglia non viola il diritto di associazione), né all’art. 51 Cost. (la maggiore soglia prevista per il Senato non determina di per sé discriminazioni legate al genere o alla cittadinanza) (12<sup>a</sup> statuizione)</p> | Trib. MESSINA: violazioni costituzionali sono insite nella possibilità di maggioranze diverse tra Camera e Senato, derivanti alternativamente: a) dalle soglie diverse tra leggi elettorali delle due Camere <sup>2512</sup> ; b) dalla mancata modifica della legge elettorale del Senato, che a Costituzione vigente ha il medesimo ruolo nella fiducia al Governo e pertanto comporta il rischio di ingovernabilità derivante da esiti elettorali sostanzialmente divergenti tra le due Camere <sup>2513</sup> (13 <sup>a</sup> statuizione) |

Genova respinge la doglianza di cattivo esercizio della delega alla determinazione dei collegi, in quanto “per la individuazione del territorio ricompreso nel collegio Liguria 3, avuto riguardo ai comuni di Campomorone e Ceranesi, ci è attenuti infatti al criterio della continuità territoriale, risultando ricompresi nel predetto collegio il territorio dei comuni confinanti verso est, e tutta la zona del levante fino a La Spezia”.

<sup>2511</sup> Motivo assente nel ricorso TORINO.

<sup>2512</sup> Elezioni - Elezioni del Senato della Repubblica - Soglia di sbarramento in misura più elevata di quella prevista per la Camera dei deputati: Decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533 (Testo unico delle leggi recanti norme per l’elezione del Senato della Repubblica), artt. 16, comma 1, lett. b), come novellato dall’art. 4, comma 7, della legge 21 dicembre 2005, n. 270 (Modifiche alle norme per l’elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica).

<sup>2513</sup> Elezioni - Elezioni della Camera dei deputati - Applicazione delle disposizioni concernenti l’elezione della Camera dei Deputati dal 1° luglio 2016: Legge 6 maggio 2015, n. 52 (Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati), art. 2, comma 35.

|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |  |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|
|    |                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Trib. GENOVA: premesso che le soglie rientrano nella discrezionalità lata del legislatore, “le possibilità da parte di un candidato di essere eletto in entrambe le camere non possono essere oggetto di confronto, posto che ognuna delle due articolazioni del Parlamento risponde a distinte regole di funzionamento, apparendo del tutto fisiologico che le soglie per l’accesso alle assemblee legislative siano fra loro diverse” (13 <sup>a</sup> statuizione). |  |
| 15 | <b>15° MOTIVO (pp. 95 e ss. TRIESTE): le soglie di sbarramento previste per l’accesso alla ripartizione dei seggi (3% su base statale e 20% su base circoscrizionale e quindi regionale) soffocano la rappresentanza di tutte e tre le comunità linguistiche autoctone del Friuli</b> | Trib. TRIESTE: premesse le ragioni storiche che hanno comportato che “per alcune minoranze vi fosse una tutela più forte” della friulana, non si ravvisa altra minoranza linguistica rispetto alla quale vi sarebbe disparità di trattamento, tanto più che l’art. 6 Cost. non assicurerebbe alle minoranze linguistiche la partecipazione attraverso un loro rappresentante alla formazione del Parlamento (13 <sup>a</sup> statuizione)                              |  |
| 16 | <b>16° MOTIVO la delimitazione dei due soli collegi elettorali previsti per la regione Friuli viola la disciplina di delega sulla tutela linguistica (pp. 99 e ss. TRIESTE)</b>                                                                                                       | Trib. TRIESTE: la delega sui collegi non è violata, visto che i suoi criteri non “prevedono che per la formazione dei collegi siano rispett[at]e in maniera assoluta le aree geografiche in cui sono presenti le minoranze riconosciute”, ma (vieta, N.d.R.) “solo che queste siano eccessivamente frammentate, finalità realizzata con la previsione di soli due collegi” (14 <sup>a</sup> statuizione).                                                              |  |

## LISTA DELLE ABBREVIAZIONI

- Ricorso MILANO: atto introduttivo del procedimento civile promosso da Felice Carlo Besostri ed altri (depositato il 6 novembre 2015)<sup>2514</sup>

- Ricorso MESSINA: atto introduttivo del procedimento civile promosso da Palumbo Vincenzo ed altri contro Presidenza del Consiglio dei ministri e Ministero dell'interno (depositato il 24 novembre 2015)

- Trib. MESSINA: Ordinanza del 17 febbraio 2016 del Tribunale di Messina (GAZZETTA UFFICIALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA 6-4-2016 1a Serie speciale - n. 14), atto di promovimento N. 69

---

<sup>2514</sup> Ad esso si fa capo, per i parametri invocati e le norme attinte dalla doglianza numerata alla prima colonna della tavola sinottica. **01**: intera L. n. 52/2015 per violazione dell'art. 72 c. 1 e 4 Cost. e dei Regolamento parlamentare; **02**: Illegittimità della norma ex artt. 1, c. 1 lett. f) – per le parole “sono attribuiti comunque 340 seggi alla lista che ottiene, su base nazionale, almeno il 40% dei voti validi...” - e 2, comma 25 capoverso “art. 83”, della L. n. 52/2015, di modifica dell'art. 83 DPR n. 361/1977 con particolare riferimento ai commi 1 nn. 5) e 6), 2, 3 e 4 per la violazione degli artt.1, comma secondo, e 61 Cost.; **03**: Illegittimità costituzionale degli artt. 1, c.1 lett. f); 2, c. 25 cpv. « Art.83 c. 1 nn. 5), 6), c.2 e5; cpv. « Art. 83-bis c.1, nn. 1), 2),3) e 4) Legge n. 52/2015, per violazione degli artt. 1, 3, 48, 49, 51, 56 e 67 Cost.; **04**: Illegittimità degli artt. 1 e 2 L. n. 52/2015, per violazione dell'art.138 Cost, sul procedimento di revisione costituzionale; **05**: Illegittimità delle norme ex artt. 1, c. 1 lett f), 2, commi 1 e 25 capoverso “art. 83”, L. n. 52/2015 e quindi del novellato art. 83 comma 1, numero 5 e 6 e commi 2,3 e 4, del DPR 361/1957, per la violazione degli artt. 1, 3, 48, comma 2, 51, 56, comma 1, 58, c.1, 67 e 122, c.2, Cost.; **06**: Illegittimità della norma ex artt.1, c.1 lett. f), 2, commi 1, 25 capoverso “art. 83”, L. n. 52/2015, e 83, comma 2 numero 5, DPR n. 361/1957, relativamente al turno di ballottaggio, con violazione degli artt. 1, 3, 48 secondo comma, 49, 51, 56, commi primo e quarto 67 Cost., art. 3 del Protocollo addizionale della C.E.D.U.; **07**: Illegittimità delle norme di cui agli artt. 1, lett. b) - per le parole “... salvo i capilista nel limite di 10 collegi”- , c) per le parole “... tra quelli che non sono capilista”, g) – per le parole “...dapprima i capilista nei collegi, quindi...” – 2, comma 26, capoverso “art.84” comma 1, per le parole “...a partire dal candidato capolista...”, c. 2 per le parole “a partire dal candidato capolista, della L. n. 52/2015, nonché dell'art. 59-bis, commi da 1 a 3 DPR n. 361/2015 come novellato dall'art. 2,c. 21 legge n. 52/2015 per violazione degli artt. 3, 48, II comma, 51 primo comma, 67 Cost.; **08**: illegittimità costituzionale della norma di cui all'art. 2, comma 11, L. n. 52/2015 sulle candidature multiple; **09**: Conseguente illegittimità dell'art. 2, comma 25 L. n. 52/2015, e dell'art.83, comma 3, DPR n. 361/1957, per violazione dell'art. 56,comma secondo, Cost.; **10**: Illegittimità costituzionale della norma ex art.1, comma 1 lettera a) , e) , i) e dell'art.2, commi 1,2,3,4,5, 25 capoverso “art.83”, commi 1 numero 3, 6, 29, 30, 31, 32, L. n. 52/2015 per violazione degli artt. 1, 2, 3, 6, 10, 11, 48, 49, 51, 117 c. 2 lett. f, Cost.; **11**: Illegittimità costituzionale dell'art.2, comma 10 e c. 36 L. n. 52/2015 e dell'ART. 18-bis, c. 1 e 2 per violazione degli artt. 3,48, 49 e 51 Cost., nonché degli artt. 24, e 113 Cost. e 13 C.E.D.U.; **12**: Illegittimità costituzionale dell'art. 2, c. 8 legge n. 52/2015 e degli artt. 14 e 14-bis del DPR n. 361/1957 per violazione dell'art. 92 Cost.; **13**: Illegittimità costituzionale della Tabella A approvata dall'art. 1 d.lgs n 122/2015 per violazione dell'art. 76 Cost. in relazione all'art.1, c. 1 lett. a) legge n. 52/2015 e dell'art. 4 legge n. 52/2015 per violazione degli artt. 1,2, 3, 6, 48, 49, 51 Cost.; **14**: Illegittimità costituzionale degli artt. 16 e 17 del D.lgs 20 dicembre 1993 n. 533, come modificati dall'art.4 settimo e ottavo comma della legge n. 270 del 21 dicembre 2005, per violazione degli artt. 1 ,3, 48, 49 e 51 Cost.

- Ricorso TORINO: atto introduttivo del procedimento civile promosso da Ciotti Luigi Pio e altri contro Presidente del Consiglio dei ministri e Ministro dell'interno (depositato il 12 novembre 2015)

- Trib. TORINO: Ordinanza 5 luglio 2016 del Tribunale di Torino (GAZZETTA UFFICIALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA 27-7-2016 1a Serie speciale - n. 30), atto di promovimento N. 163

- Ricorso PERUGIA: atto introduttivo del procedimento civile promosso da Volpi Mauro e altri contro Presidenza del Consiglio dei ministri e Ministero dell'interno (depositato il 30 novembre 2015)

- Trib. PERUGIA: Ordinanza del 6 settembre 2016 del Tribunale di Perugia (GAZZETTA UFFICIALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA 12-10-2016 1a Serie speciale - n. 41), atto di promovimento N. 192

- Ricorso TRIESTE: atto introduttivo del procedimento civile promosso da Simeoni Federico e altri contro Ministero dell'interno, Presidenza del Consiglio dei ministri (depositato l'11 novembre 2015)

- Trib. TRIESTE: Ordinanza del Tribunale di Trieste del 5 ottobre 2016 (GAZZETTA UFFICIALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA 14-12-2016 1a Serie speciale - n. 50), atto di promovimento N. 265

- Ricorso GENOVA: atto introduttivo del procedimento civile promosso da Acquilino Sergio e altri contro Presidenza del Consiglio dei ministri e Ministero dell'interno (notificato il 2 dicembre 2015)

- Trib. GENOVA: Ordinanza del Tribunale di Genova del 16 novembre 2016 (GAZZETTA UFFICIALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA 14-12-2016 1a Serie speciale - n. 50), atto di promovimento N. 268.

*Dibattito sulla modifica dell'Italicum alla vigilia del referendum costituzionale* \*

---

\* Documentazione predisposta in occasione del Seminario su "Il sistema elettorale per le Camere dopo la sentenza della Corte costituzionale", organizzato dal Master in Istituzioni parlamentari "Mario Galizia" per consulenti d'Assemblea presso la Sala degli organi collegiali del Rettorato dell'Università di Roma "La Sapienza" il 30 gennaio 2017. La presente documentazione è stata aggiornata fino a gennaio 2017

A cura di Alessandro Gigliotti \*\* e Simone Ferraro \*\*\*

SOMMARIO: 1. Mozioni presentate il 21 settembre 2016. – 1.1. Camera dei Deputati: resoconto stenografico della seduta n. 643 del 21 settembre 2016 – 2. Interpellanza urgente presentata il 30 settembre 2016. – 2.2. Camera dei Deputati: resoconto stenografico della seduta n. 683 del 30 settembre 2016. – 3. Senato della Repubblica: principali disegni di legge presentati al 30 gennaio 2017. – 4. Camera dei Deputati: principali proposte di legge presentate al 30 gennaio 2017.

## 1. Mozioni presentate il 21 settembre 2016

- [Mozione, Sindacato Ispettivo 1/01314 presentata da SCOTTO ARTURO il 28/06/2016 nella seduta n. 643<sup>2515</sup>](#)
- [Mozione, Sindacato Ispettivo 1/01349 presentata da DIENI FEDERICA il 20/09/2016 nella seduta n. 676<sup>2516</sup>](#)
- [Mozione, Sindacato Ispettivo 1/01351 presentata da ROSATO ETTORE il 21/09/2016 nella seduta n. 677<sup>2517</sup>](#)
- [Mozione, Sindacato Ispettivo 1/01353 presentata da BRUNETTA RENATO il 21/09/2016 nella seduta n. 677<sup>2518</sup>](#)

### 1.1. Camera dei Deputati: resoconto stenografico della seduta n. 643 del 21 settembre 2016

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

## 2. Interpellanza urgente presentata il 30 settembre 2016

- [Interpellanza urgente 2/01479 presentata da DIENI FEDERICA il 30/09/2016 nella seduta n. 683](#)

### 2.1. Camera dei Deputati: resoconto stenografico della seduta n. 683 del 30 settembre 2016

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

## 3. Senato della Repubblica: principali disegni di legge presentati al 30 gennaio 2017

- **Atto Senato n. 2621 - Sen. Roberto Calderoli (LN-Aut)**

---

\*\* Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate - Dipartimento di Scienze Politiche, Università di Roma "La Sapienza".

\*\*\* Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate - Dipartimento di Scienze Politiche, Università di Roma "La Sapienza".

<sup>2515</sup> Atti abbinati: Atto 1/01349 abbinato in data 21/09/2016; Atto 1/01351 abbinato in data 21/09/2016; Atto 1/01353 abbinato in data 21/09/2016.

<sup>2516</sup> Atti abbinati: Atto 1/01314 abbinato in data 21/09/2016; Atto 1/01351 abbinato in data 21/09/2016; Atto 1/01353 abbinato in data 21/09/2016.

<sup>2517</sup> Atti abbinati: Atto 1/01314 abbinato in data 21/09/2016; Atto 1/01349 abbinato in data 21/09/2016; Atto 1/01353 abbinato in data 21/09/2016.

<sup>2518</sup> Atti abbinati: Atto 1/01314 abbinato in data 21/09/2016; Atto 1/01349 abbinato in data 21/09/2016; Atto 1/01351 abbinato in data 21/09/2016.

Modifica della normativa per le elezioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, nonché della normativa sui referendum.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Senato n. 2548 - Sen. Luis Alberto Orellana (Aut (SVP, UV, PATT, UPT)-PSI-MAIE) e altri**

Modifiche al testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, e alla legge 6 maggio 2015, n. 52.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Senato n. 2543 - Sen. Francesco Verducci (PD)**

Modifiche al testo unico delle leggi recanti norme per la Camera dei deputati di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, concernenti il turno unico di votazione e il premio di governabilità.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Senato n. 2538 - Sen. Alessandra Bencini (Misto, Italia dei valori) e altri**

Modifiche al testo unico delle leggi recante norme per l'elezione della Camera dei deputati, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, come modificato dalla legge 6 maggio 2015, n. 52.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Senato n. 2532 - Sen. Federico Fornaro (PD) e altri**

Norme per l'elezione della Camera dei deputati. Delega al Governo per la determinazione dei collegi uninominali della Camera dei deputati.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Senato n. 2206 - Sen. Enrico Buemi (Aut (SVP, UV, PATT, UPT)-PSI-MAIE) e altri**

Modifiche alla legge 6 maggio 2015, n. 52, nonché delega al Governo per la definizione delle modalità di svolgimento delle prime elezioni della Camera dei deputati successive al 1° luglio 2016

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Senato n. 2056 - Sen. Paolo Romani (FI-PdL XVII) e altri**

Modifiche alla legge 6 maggio 2015, n. 52, recante "Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati" e delega al Governo per apportare le modifiche necessarie al testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Senato n. 2055 - Sen. Gaetano Quagliariello (AP (NCD-UDC))**

Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Senato n. 1702 - Sen. Francesco Campanella (Misto, Italia Lavori in Corso) e altri**

Modifiche alle norme per l'elezione della Camera dei deputati con reintroduzione del voto di preferenza distinto per genere e garanzia di governabilità e rappresentatività. Introduzione dell'obbligo di elezioni primarie

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Senato n. 1691 - Sen. Loredana De Petris (Misto, Sinistra Ecologia e Libertà) e altri**

Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Senato n. 1529 - Sen. Giovanni Endrizzi (M5S) e altri**

Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, in materia di elezione della Camera dei deputati, e al testo unico di cui al decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533, in materia di elezione del Senato della Repubblica

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Senato n. 1369 - Sen. Enrico Buemi (Aut (SVP, UV, PATT, UPT)-PSI-MAIE) e altri**

Testi unici delle leggi elettorali politiche

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Senato n. 1017 - Sen. Luciano Pizzetti (PD) e altri**

Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, e al testo unico di cui al decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533. Introduzione del doppio turno di coalizione per l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**4. Camera dei Deputati: principali proposte di legge presentate al 30 gennaio 2017**

**- Atto Camera n. 4240 - On. Giovanni Cuperlo (PD)**

Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, in materia di elezione della Camera dei deputati con sistema proporzionale e voto personalizzato. Delega al Governo per la determinazione dei collegi uninominali.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Camera n. 4183 - On. Giuseppe Lauricella (PD)**

Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, in materia di elezione della Camera dei deputati, e al testo unico di cui al decreto

legislativo 20 dicembre 1993, n. 533, in materia di elezione del Senato della Repubblica, nonché delega al Governo per la determinazione dei collegi plurinominali.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Camera n. 4182 - On. Lorenzo Dellai (DeS-CD) e altri**

Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, in materia di elezione della Camera dei deputati, e al testo unico di cui al decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533, in materia di elezione del Senato della Repubblica.

[Scarica testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Camera n. 4177 - On. Massimo Parisi (SC-ALA CLP - MAIE) e altri**

Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, concernenti l'elezione della Camera dei deputati, e al testo unico di cui al decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533, in materia di elezione del Senato della Repubblica, nonché delega al Governo per la determinazione dei collegi uninominali e plurinominali.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Camera n. 4167 - On. Danilo Toninelli (M5S) e altri**

Introduzione dell'articolo 3-bis della legge 6 maggio 2015, n. 52, e modifiche al testo unico di cui al decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533, in materia di disposizioni applicabili per l'elezione del Senato della Repubblica.

[Testo ritirato il 6 febbraio 2017](#)

**- Atto Camera n. 4166 - On. Michele Nicoletti (PD) e altri**

Abrogazione della legge 6 maggio 2015, n. 52, e della legge 21 dicembre 2005, n. 270, in materia di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, ripristino dell'efficacia delle disposizioni preesistenti nonché delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Camera n. 4142 - On. Pierpaolo Vargiu (CI) e altri**

Abrogazione della legge 6 maggio 2015, n. 52, e della legge 21 dicembre 2005, n. 270, recanti disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, e ripristino dell'efficacia delle disposizioni preesistenti.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Camera n. 4136 - On. Mara Mucci (CI) e altri**

Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, concernente l'elezione della Camera dei deputati, e al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 16 maggio 1960, n. 570, concernenti la sottoscrizione delle liste elettorali, delle candidature, delle richieste di referendum, dell'iniziativa legislativa popolare e degli altri istituti di democrazia diretta in modalità digitale.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Camera n. 4128 - On. Maurizio Lupi (AP (NCD-UDC)) e altri**

Modifiche al testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, e alla legge 6 maggio 2015, n. 52.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Camera n. 4092 - On. Domenico Menorello (CI) e altri**

Modifica del termine iniziale di efficacia della legge 6 maggio 2015, n. 52, recante disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Camera n. 4088 - On. Roberto Speranza (PD)**

Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, in materia di elezione della Camera dei deputati, e delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Camera n. 4068 - On. Matteo Orfini (PD) e altri**

Modifiche al testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, concernenti l'introduzione del turno unico di votazione e del premio di governabilità.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Camera n. 3986 - On. Pia Elda Locatelli (Misto) e altri**

Modifiche alla legge 6 maggio 2015, n. 52, e delega al Governo per la definizione delle modalità di svolgimento delle prime elezioni della Camera dei deputati successive al 1° luglio 2016.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Camera n. 3385 - On. Giuseppe Lauricella (PD)**

Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Camera n. 3223 - On. Pino Pisicchio (Misto)**

Nuove norme in materia di elezione della Camera dei deputati.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Camera n. 3015 - On. Stefano Quaranta (SEL) e altri**

Abrogazione della legge 21 dicembre 2005, n. 270, recante modifiche alle norme per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, e ripristino dell'efficacia delle disposizioni preesistenti.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Camera n. 3014 - On. Arturo Scotto (SI-SEL) e altri**

Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, in materia di elezione della Camera dei deputati.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Camera n. 2690 - On. Roberto Giachetti (PD)**

Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, in materia di elezione della Camera dei deputati, e al testo unico di cui al decreto

legislativo 20 dicembre 1993, n. 533, in materia di elezione del Senato della Repubblica, nonché delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Camera n. 2352 - On. Danilo Toninelli (M5S) e altri**

Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, in materia di elezione della Camera dei deputati, e al testo unico di cui al decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533, in materia di elezione del Senato della Repubblica.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

**- Atto Camera n. 1143 - On. Andrea Martella (PD) e altri**

Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, concernenti l'introduzione di un sistema elettorale uninominale maggioritario a doppio turno per l'elezione della Camera dei deputati, nonché delega al Governo per la determinazione dei collegi uninominali.

[Scarica il testo completo in formato PDF](#)

## [Il primato della politica nell'Italia del novecento \\*](#)

di Simona Colarizi \*\*

**P**er chi ha dedicato i suoi primi setta anni alla ricerca e alla trasmissione dei saperi acquisiti, credo sia di grande soddisfazione ritrovarsi nelle pagine di questo libro scritto da più giovani colleghi che hanno anch'essi intrapreso il percorso degli studi storici. L'omaggio a Emilio Gentile non è fatto di lodi e di riconoscimenti alle sue ben note qualità di storico, tributi del resto ricevuti ampiamente a livello nazionale e internazionale dalla comunità degli studiosi. Curati da Alessandra Tarquini, legata a Emilio da un lungo rapporto di amicizia e di affetto, presentiamo qui una raccolta di saggi che in qualche misura pur nella loro diversità di temi e di impostazione, trovano nelle riflessioni di Emilio una fonte di ispirazione, riassumibile in massima sintesi nella religione della politica. Un tema che percorre tutto il Novecento o per lo meno settanta anni del XX secolo, se si vuole indicare una data approssimativa alla quale riferirsi come la fase terminale delle grandi ideologie totalizzanti. Un tema che Emilio ha sviluppato nelle sue opere con particolare riferimento al fascismo negli anni tra le due guerre mondiali, l'età dei totalitarismi. Nella sua nota introduttiva Tarquini ci invita a riflettere sulla crisi della politica che oggi ha perso <<la sua capacità di trasformare la realtà>> (cito testualmente).

È una osservazione che declinerei in altri termini: la politica appare oggi in affanno nel suo compito precipuo, vale a dire indicare come governare la realtà.

È in affanno innanzi tutto nell'interpretare le trasformazioni della società, sempre più accelerate a partire dagli anni Settanta in poi, fino appunto ad arrivare al XXI secolo. Ed è questa mancanza di comprensione delle mutazioni profonde che porta all'incapacità di offrire soluzioni persuasive su come governare la nuova società. Del resto su questo terreno si sono prodotte le grandi crisi che hanno scandito il Novecento italiano - e non solo: dalla crisi dello Stato Liberale alla crisi della democrazia partecipata, se con questa espressione cerchiamo di riassumere il tramonto della politica oggi.

L'andamento temporale dei saggi ci aiuta in questo percorso, a cominciare da quello di Benadusi incentrato sulla fortuna di Carlyle e nel quale l'autore ripercorre i fermenti del mondo intellettuale tra la fine del secolo XIX e i primi anni del XX quando la reazione antipositivista erode le basi dello Stato liberale retto da un'élite incapace di capire e quindi di governare la nuova società di massa. La cultura della politica come attività razionale e costruttiva guidata da élite colte non riesce a misurarsi con l'esplosione<sup>2519</sup> dei fermenti irrefrenabili delle masse che premono con impazienza alle porte de<sup>2520</sup>llo Stato. I liberali non capiscono la necessità di organizzarle e di organizzarsi, e di fronte a socialisti e cattolici che in questa direzione si muovono con successo nell'aggregare il proletariato operaio e contadino, alzano barricate nel terrore di un'ondata rivoluzionaria distruttiva del vecchio ordine. Sfugge loro che in questa massa in movimento sono presenti anche in pari quantità una miriade di ceti medi alla ricerca di un'identità politica e desiderosi quanto il proletariato di trovare un senso comunitario in valori condivisi, e come il proletariato decisi a rovesciare il vecchio Stato sentito come ostile alla loro ascesa. Sono gli intellettuali-contro a riflettere sulla psicologia collettiva, sull'irrazionalità delle folle difficilmente riconducibile entro i parametri della ragione e del progresso. Piuttosto ad affascinare la folla è la via breve, l'avvento dell'uomo superiore

\* Intervento tenuto alla presentazione del volume *Il primato della politica nell'Italia del Novecento: Studi in onore di Emilio Gentile*, a cura di A. Tarquini, Roma, Laterza, 2016.

\*\* Professore emerito di Storia contemporanea presso l'Università "La Sapienza" di Roma

\* Professore ordinario di Storia contemporanea presso la Facoltà di Scienze politiche, sociologia e comunicazione dell'Università degli studi di Roma "La Sapienza"

che apra loro le porte dello Stato; l'eroe, la personalità straordinaria, il leader carismatico capace di guidarli nel nuovo mondo.

È Mussolini "l'uomo della provvidenza" che da leader socialista sa bene quale sia l'importanza dell'organizzazione, e al ceto medio presenta finalmente un canale identitario poi dilatato a tutta la nazione alla quale viene offerta una vera e propria religione politica: lo Stato totalitario come entità collettiva sacralizzata – ha scritto Emilio Gentile. E Aramini nel suo saggio rintraccia le origini di questo culto dello Stato nell'antica Roma dei Cesari e nella Roma cristiana, entrambe trasformate in uno dei miti più potenti del fascismo. L'attività dell'Istituto di studi romani è il luogo privilegiato per <<osservare l'incontro, lo scontro, l'osmosi e le profonde reciproche influenze tra due fenomeni tipicamente moderni prodotti dalla politica di massa: quello della sacralizzazione della politica e quello della politicizzazione e ideologizzazione del religioso>> (pp. 62-63). Una riflessione in armonia con quanto ha scritto Renato Moro. Una riflessione ripresa anche nel saggio di Soriani che attraverso la sua ricerca sui fasci all'estero, riflette sulla vocazione universalistica del fascismo e sulla sua ambizione di creare una nuova civiltà romana nel mondo.

Anche Tarquini riprende il tema della romanità presente nella "rivoluzione" del linguaggio operata dal fascismo – DUCE – e nel linguaggio del corpo – il passo romano; ma il suo saggio sulle parole e sui discorsi del fascismo analizza anche i **neologismi di origine militare** – fiancheggiatori, adunata, rientrare nei ranghi, ecc. – incrociando così un altro tema sviluppato da Emilio Gentile che considera **militarizzazione e sacralizzazione** attributi intrecciati tra loro nel totalitarismo fascista. Scrive Tarquini: <<la guerra con l'esaltazione del sacrificio, la comunione del cameratismo e il culto degli eroi>> (p. 78), è l'apice del culto totalitario basato sul sacro come veicolo per arrivare al cuore della folla. Perché è sui sentimenti, sull'emotività, sull'irrazionalità che Mussolini "governa" le folle. E lo testimonia la sua retorica e lo conferma lui stesso nel discorso di Mantova del 1925 ricordato da Tarquini: il duce vuole una << presa di contatto tra la mia anima e la vostra. Tra il mio cuore e i vostri cuori>> (cit. p. 90) Del resto basta ascoltare a viva voce un discorso di Mussolini per rendersene conto. Ricordo quanto mi aveva colpito quarant'anni fa un filmato sonoro del Luce sul discorso di Brindisi, un discorso in apparenza senza senso, nel quale gestualità e toni di voce sottolineavano il messaggio scandito dalle acclamazioni della folla: <<di fronte a questo mare che non è un oceano, io vi dico che non è necessario vivere; è necessario navigare>>. Qui sono importanti solo quattro parole pronunciate tra le pause, le sole che devono arrivare alle masse plaudenti: mare, oceano, vivere, navigare.

La religione politica per aggregare e governare le masse non si interrompe con la caduta del fascismo e la costruzione dell'Italia democratica fondata del resto su due partiti chiesa, Dc e Pci, i pilastri del sistema politico italiano. I caratteri religiosi del totalitarismo comunista sono presenti nel Pci e sono funzionali al suo bisogno di legittimarsi che passa per un forte radicamento nel paese: non più partito di avanguardia rivoluzionaria ma partito di massa di dimensioni tali da sventare il pericolo di una messa fuori legge. E per farsi partito di massa, culto del capo e religione della politica sono fattori indispensabili, come sottolinea Allotti nel suo saggio. La creazione dell'uomo nuovo comunista, dedito integralmente alla causa, passa per quel legame intessuto di sentimenti - affetto, amore, devozione, timore - nei confronti del partito stesso – entità sacrale – e del leader carismatico Togliatti, come testimonia la mobilitazione delle folle comuniste al momento dell'attentato alla vita del segretario nel 1948 e quando si celebrano i suoi funerali.

Neppure i cattolici rinunciano allo strumento della religione che è il comune denominatore delle masse aggregate nella Dc; masse composte da ceti sociali diversi e con inclinazioni diverse che vanno dai reazionari ai conservatori ai cattolici democratici, ai cattolici sociali e addirittura ai cattolici "marxisti". Una religione però che acquista i connotati di una religione politica dal momento che la stessa unità politica dei cattolici viene garantita dalla Chiesa. Che il mondo cattolico nel ventennio dittatoriale sia stato permeabile alla religiosità politica del totalitarismo, è sottolineato da Acanfora. E tuttavia l'autore nel suo saggio mette in luce quanto abbia pesato l'influenza di Maritain nelle file dei cattolici antifascisti e democratici. E il progetto di Maritain della nuova cristianità poggia su due miti – libertà come strumento di perfezione spirituale – e fraternità. Basta

rileggere quanto De Gasperi scriveva citato da Acanfora: <<*occorreva dare alle masse la sensazione che i principi cristiani portano in sé la soluzione della crisi presente*>>; vale a dire che dopo le devastazioni della guerra il cristianesimo offriva un insieme coerente di principi e di valori, una visione complessiva dell'esistenza capace di proporsi come ideologia positiva. Un'ideologia dunque in grado di rispondere sul terreno dei miti e dei simboli a una visione compiuta dell'uomo, dello stato, della società (p. 166). In sostanza il consenso politico che faceva della Dc il più grande partito di massa non era frutto di una scelta razionale o dell'appartenenza a una categoria o a una classe, ma l'esito di un coinvolgimento integrale.

E allora dopo questo rapido excursus sui saggi, ritorno alla questione iniziale posta da Tarquini sulla politica che sembra aver perduto oggi la capacità di trasformare la realtà; così posta la questione rimanda alla convinzione che i fascisti avevano della politica "creazione rivoluzionaria". Sicuramente il fascismo era convinto di realizzare una politica rivoluzionaria – e il fascismo in sé è una creazione politica rivoluzionaria. Ma con la realtà il fascismo doveva fare i conti e la sua politica e la sua politica risulta efficace – mantiene il primato, per così dire - proprio perché assicura il governo della società, una società che del resto si trasforma nei vent'anni del regime. E qui bisognerebbe aprire il problema della modernizzazione, ma si andrebbe troppo lontano. Nei fatti le società cambiano e si trasformano sulla spinta di un insieme di fattori certamente anche politici, ma non solo politici; mentre il primato della politica sta nella capacità di governare queste trasformazioni. Anche se i caratteri "religiosi" dei due maggiori partiti italiani sono stati veicolo fondamentale nell'aggregazione delle masse cattoliche e comuniste, la democrazia partecipata nell'età dell'oro si è assicurata trenta anni di consenso attraverso quella sorta di laburismo capitalista schumpeteriano che portava Welfare, piena occupazione, sviluppo economico; cioè il governo della società di massa poggiava su un progetto razionale e progressivo.

Oggi però la classe politica democratica si confronta con una società nuova, non più la società di massa dell'epoca industriale, ma una società post industriale, individualizzata al punto da apparire una "società liquida" – secondo la definizione di Baumann. Di fronte al diffondersi ovunque nell'Occidente dei populismi, dei neonazionalismi, dei localismi e dei qualunquismi, c'è da chiedersi se la democrazia sia in grado di sviluppare lo stesso senso di totalità dell'impegno politico che invece davano i valori del cristianesimo, del comunismo, del fascismo, interpretati come perenne palingenesi di tutta la storia. Da figli del Novecento noi abbiamo gioito di fronte al declino delle ideologie totalizzanti, delle religioni della politica che hanno seminato orrori, guerre e stragi nei secoli passati e che anche oggi ci lasciano sconfortati di fronte all'ondata di terrore scatenata in nome di un Dio. La nostra risposta non può che essere un appello alla ragione; viviamo in un'epoca di incertezza, di dubbi, di critica quotidiana: ma incertezza, dubbi e critiche sono attributi della ragione che non può darci verità e certezze. E da storici lo sappiamo bene!

## BREVI NOTE IN TEMA DI AUTODICHIÀ DELLE CAMERE

di Alessio Vaccari\*

La giustizia domestica delle Camere, inizialmente pensata per garantire il libero esercizio delle funzioni delle Camere attraverso l'esclusione dei propri dipendenti dalla possibilità di adire la giurisdizione comune, si è progressivamente estesa alle controversie relative agli aspiranti alle carriere parlamentari e ai privati che forniscono beni e servizi ai due rami del Parlamento<sup>1</sup>. A giudizio di alcuni, il progressivo ampliamento dell'autodichia ha rappresentato un «inopinato salto di qualità»<sup>2</sup> rispetto alla tradizione costituzionale, uno spostamento che sarebbe imputabile a una più generale volontà delle Camere di ampliare i propri margini di autonomia e indipendenza<sup>3</sup>. Oltre che per queste ragioni, il tema dell'autodichia è oggi più che mai al centro del dibattito dottrinario, a seguito della nota sentenza n. 120 del 2014<sup>4</sup> e di due ordinanze con le quali la Corte ha ammesso il conflitto di attribuzione

\* Dottorando di ricerca in Scienze Politiche (Governò e Istituzioni) - Università degli Studi Roma Tre

<sup>1</sup> Alla Camera la modifica è stata introdotta nel 1998 cfr. art. 12 Reg. Cam. laddove prevede «l'affidamento a soggetti estranei alla Camera di attività non direttamente strumentali all'esercizio delle funzioni parlamentari» e assoggetta all'autodichia «qualsiasi impugnativa, anche presentata da soggetti estranei alla Camera, avverso gli atti di amministrazione della Camera medesima». Al Senato, invece, la previsione è del 2005 cfr. il Regolamento adottato dal Consiglio di Presidenza del Senato con deliberazione n. 180 del 5 dicembre 2005. Si tratta invero di un regolamento minore, il che pone, come è evidente, ulteriori problemi.

<sup>2</sup> Così M. MANETTI, *La Corte costituzionale ridefinisce l'autonomia delle Camere (ben oltre i regolamenti parlamentari e l'autodichia)*, in Osservatorio Costituzionale, ottobre 2014, 1.

<sup>3</sup> Per questo rilievo, cfr. ancora M. MANETTI, op. ult. cit., 2. A commento di questa importante decisione cfr. A. RUGGERI, *Novità in tema di (in)sindacabilità dei regolamenti parlamentari, in una pronunzia-ponte della Consulta (a margine di Corte cost. n. 120 del 2014)*, in *giurcost.org.*, 2014; R. DICKMANN, *Tramonto o rilegittimazione dell'autodichia delle Camere?*, in *Federalismi.it*, 14.05.2014; A. LO CALZO, *Il principio di unicità della giurisdizione costituzionale e la giustizia domestica delle Camere*, in *Federalismi.it*, 14.05.2014; L. TESTA, *La Corte salva (ma non troppo) l'autodichia del senato. Brevi note sulla sent. Corte cost. n. 120 del 2014*, in *Federalismi.it*, 14.05.2014; G.

BUONOMO, *Il diritto pretorio sull'autodichia, resistenze e desistenze*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; L. BRUNETTI, *Un significativo passo avanti della giurisprudenza costituzionale sull'autodichia delle camere*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; R. IBRIDO, *“In direzione ostinata e contraria”. la risposta della Corte costituzionale alla dottrina della sindacabilità dei regolamenti parlamentari*, in *Rivista AIC*, 11.07.2014; T. F. GIUPPONI, *La Corte e la*

“sindacabilità indiretta” dei regolamenti parlamentari: il caso dell'autodichia, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; R.

LUGARÀ, *I regolamenti parlamentari al vaglio di costituzionalità: la Consulta indica la strada*, in *Rivista AIC*, 1.08.2014; E. GRIGLIO, *Le assemblee parlamentari, giudici in causa*

<sup>4</sup> A commento di questa importante decisione cfr. A. RUGGERI, *Novità in tema di (in)sindacabilità dei regolamenti parlamentari, in una pronunzia-ponte della Consulta (a margine di Corte cost. n. 120 del 2014)*, in *giurcost.org.*, 2014;

R. DICKMANN, *Tramonto o rilegittimazione dell'autodichia delle Camere?*, in *Federalismi.it*, 14.05.2014; A. LO CALZO, *Il principio di unicità della giurisdizione costituzionale e la giustizia domestica delle Camere*, in *Federalismi.it*, 14.05.2014; L. TESTA, *La Corte salva (ma non troppo) l'autodichia del senato. Brevi note sulla sent.*

sollevato dalla Corte di Cassazione e dal Tribunale ordinario di Roma, nei confronti rispettivamente del Senato e della Camera<sup>5</sup> che hanno dato nuova linfa ad una questione che sembrava ormai essersi “chiusa” con le affermazioni della Corte del 1985. In questo breve scritto si cercherà di indicare alcuni possibili esiti di questa vicenda processuale che promette importanti sviluppi in ordine alla giustizia domestica delle Camere.

## 1. La nuova prospettiva aperta dalla sentenza n. 120 del 2014

A questo scopo è opportuno prendere le mosse dalla sentenza n. 120 del 2014. Questa decisione riveste infatti un'importanza decisiva. Pur chiudendosi con un dispositivo di inammissibilità, così come era accaduto nella nota sentenza n. 154 del 1985<sup>6</sup>, la pronuncia contiene un'importante apertura sulla possibilità di sindacare le norme che prevedono l'autodichia attraverso lo strumento del conflitto di attribuzioni tra poteri cui, «in linea di principio», i regolamenti parlamentari non sono sottratti<sup>7</sup>. Questa soluzione, già da tempo indicata in dottrina,<sup>8</sup> rappresenta un passaggio fondamentale per la giurisprudenza costituzionale: negando espressamente ai regolamenti parlamentari la forza di legge<sup>9</sup>, la Corte finisce per rendere quella del conflitto la sola via praticabile per la loro sindacabilità. Nel motivare la sua decisione, il giudice costituzionale sottolinea che non tutte le funzioni svolte all'interno delle Camere possono dirsi coperte dalla garanzia di autonomia riconosciuta dall'art. 64 Cost. Questa garanzia può farsi valere per quelle «funzioni primarie» delle Camere, ma è «questione controversa» per i rapporti di lavoro dei dipendenti e per i rapporti con i terzi. L'indipendenza delle Camere non può infatti mai compromettere diritti fondamentali o pregiudicare l'attuazione di principi inderogabili. In queste occasioni, conclude la Corte, «deve prevalere la grande regola dello stato di diritto ed il

Corte cost. n. 120 del 2014, in *Federalismi.it*, 14.05.2014; G. BUONOMO, Il diritto pretorio sull'autodichia, resistenze e desistenze, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; L. BRUNETTI, Un significativo passo avanti della giurisprudenza costituzionale sull'autodichia delle camere, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; R. IBRIDO, “In direzione ostinata e contraria”. la risposta della Corte costituzionale alla dottrina della sindacabilità dei regolamenti parlamentari, in *Rivista AIC*, 11.07.2014; T. F. GIUPPONI, La Corte e la “sindacabilità indiretta” dei regolamenti parlamentari: il caso dell'autodichia, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; R. LUGARÀ, I regolamenti parlamentari al vaglio di costituzionalità: la Consulta indica la strada, in *Rivista AIC*, 1.08.2014; E. GRIGLIO, Le assemblee parlamentari, giudici in causa propria, ma non a titolo esclusivo? I seguiti della sent. n. 120/2014 della Corte costituzionale, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2015.

Cfr. Corte di Cassazione sezioni unite civili, ordinanza n. 26934 del 2014 e Tribunale ordinario di Roma, sezione seconda lavoro, ordinanza depositata in cancelleria il 18 dicembre 2015.

Sentenza che fa il paio in tema di sindacabilità dei regolamenti parlamentari con l'altrettanto nota sentenza n. 9 del 1959 in tema di parametricità degli stessi, v. per tutti in dottrina M. SICLARI, *Le «norme interposte» nel giudizio di costituzionalità*, Padova, 1992, 68 ss.

Così Corte cost., sent. n. 120 del 2014 Considerato in diritto punto 4.4.

Sul punto v. S. M. CICCONE, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2007, 354 ss.

Per questo rilievo v. A. RUGGERI, cit., 1 ss. che critica la scelta della Corte di adottare una nozione di forza di legge che non tiene conto del criterio della competenza come invece ha fatto tanta parte della dottrina a partire dalle note posizioni di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. Le fonti del diritto*, II, Padova, 1984. A commento della sentenza n. 154 del 1985 la dottrina più attenta aveva rilevato come la Corte, spostando l'asse del suo ragionamento sul problema del ruolo del Parlamento come organo al centro del sistema, aveva di fatto lasciato impregiudicata la questione della forza di legge, finendo per separare il regime giuridico dell'atto (il valore di legge) dalla sua forza. Cfr. S. M. CICCONE, *Diritto parlamentare*, 2010, 20. Come si ricorderà la sentenza n. 154 del

1985 era molto attesa. Per valutare la legittimità dell'autodichia, non prevista in Costituzione, la Corte doveva in via preliminare risolvere la questione della forza di legge dei regolamenti parlamentari, requisito necessario per essere atti sottoponibili al giudizio di legittimità costituzionale.

conseguente regime giurisdizionale al quale sono normalmente sottoposti, nel nostro sistema costituzionale, tutti i beni giuridici e tutti i diritti»<sup>10</sup>.

## 2. I conflitti di attribuzione sollevati dalla Corte di Cassazione e dal Tribunale di Roma

Facendo seguito alle indicazioni della Corte, la Cassazione e il Tribunale ordinario di Roma hanno sollevato conflitto di attribuzione nei confronti rispettivamente del Senato e della Camera, conflitti che la Corte ha ritenuto ammissibili con le ordinanze n. 137 del 2015 e n. 91 del 2016. Nel merito, la Corte Costituzionale ha davanti a sé una pluralità di soluzioni per un tema che ha esplicitamente definito come una «questione controversa». A ben guardare, almeno tre sono le vie percorribili dal giudice costituzionale, a meno che naturalmente, nonostante la delibazione sommaria in sede di giudizio di ammissibilità, la Corte non opti nel merito per una inammissibilità. Il giudice costituzionale potrebbe infatti, in primo luogo, negare in radice l'autodichia, ritenendo che essa non sia riconducibile all'articolo 64 Cost.; in secondo luogo, adottare una decisione compromissoria che, dando seguito alle indicazioni della Corte Edu nella nota sentenza Savino e altri contro Italia del 2009, ridefinisce parzialmente l'autodichia, oppure infine, graduare l'autodichia a seconda dei soggetti con i quali le Camere istaurano dei rapporti<sup>11</sup>.

## 3. Le possibili soluzioni

La prima soluzione presuppone, come è evidente, che la Corte prenda posizione in ordine all'interpretazione dell'art. 64 Cost. Che le norme riguardanti l'autodichia delle Camere trovino una giustificazione nell'art. 64 Cost., in particolare nel suo primo comma, non è tuttavia un'affermazione priva di difficoltà. Se il combinato disposto degli articoli 64 e 72 Cost. attribuisce espressamente alle Camere una riserva di competenza relativamente alla disciplina del procedimento legislativo, i confini della potestà di auto-organizzarsi sono invece più difficilmente tracciabili<sup>12</sup>. In passato, la giustizia domestica è stata fatta esplicitamente rientrare nell'autonomia delle Camere. In questa prospettiva l'autodichia, assieme all'autonomia normativa, organizzativa e contabile, costituirebbe una delle «proprietà essenziali» degli organi costituzionali, essendo un aspetto della loro indipendenza<sup>13</sup>. Altri, pur all'interno di una posizione più sfumata, hanno ipotizzato un'interpretazione ampia della garanzia di indipendenza delle Camere che imporrebbe

---

Per tutte le citazioni tra virgolette cfr. Corte cost., sent. n. 120 del 2014, punto 4.4. del Considerato in diritto. Non è la prima volta, peraltro, che la Corte afferma tale principio. L'affermazione è tratta dalla nota sentenza n. 379 del 1996. Già in quella decisione, molto criticata in dottrina, si potevano cogliere dei segnali della Corte in ordine ai diversi tipi di funzioni che le Camere esercitano. Per questo rilievo cfr. M. C. GRISOLIA, L'autonomia degli organi costituzionali e i limiti alle loro prerogative. Un tema ricorrente in lenta trasformazione, in Osservatorio sulle fonti, 2/2015, 6.

Prospetta queste tre soluzioni già E. GRIGLIO, Le assemblee parlamentari, giudici, cit., 1 ss. Secondo S. M. CICONETTI, Le fonti, cit., 348, «un buon punto di partenza, sia pure abbastanza generico, è rappresentato dalla definizione, ormai classica, secondo cui la materia riservata ai regolamenti parlamentari è quella attinente all'organizzazione di ciascuna Camera ed ai modi di esercizio delle sue funzioni». Si veda A. M. SANDULLI, Spunti problematici in tema di autonomia degli organi costituzionali e di giustizia domestica nei confronti del loro personale, in Giur. it., 1977, 1837. secondo Sandulli, gli organi costituzionali non dovrebbero essere vincolati da limiti esterni poiché ciò comprometterebbe il libero esercizio delle loro funzioni. Seguendo questo argomento, «lo Stato di diritto, mito operativo della società liberale» dovrebbe arrestarsi «dinanzi all'esigenza di tutelare la posizione degli organi sovrani». Per una critica si veda M. MIDIRI, Autonomia costituzionale delle Camere e potere giudiziario, Padova, 1999, 182 ss.

norme riguardanti non soltanto il rapporto con i loro dipendenti ma anche quelli che occasionalmente possono instaurarsi con terzi estranei.<sup>14</sup> Un' altra ricostruzione sembrerebbe invece lasciare intendere che l'autodichia non possa essere fatta rientrare nella previsione dell'art.

64 Cost. in quanto il regolamento parlamentare sarebbe una «fonte riservataria solo in parte (relativa al procedimento legislativo 72 Cost.) e, per il resto, destinataria soltanto di una autorizzazione costituzionale ad operare come fonte primaria»; ciò che peraltro non gli consentirebbe di estendersi fino a incidere su competenze costituzionali di altri organi<sup>15</sup>.

Quand'anche l'art. 64 Cost. possa essere considerato il fondamento costituzionale della autodichia è stato comunque osservato in modo più radicale che esso non potrebbe costituire una valida deroga agli articoli 24, 111 e 113, ai quali la Corte ha riconosciuto in più occasioni il valore di principi supremi dell'ordinamento. Il risultato del bilanciamento dovrebbe essere infatti nella direzione della «prevalenza dei principi supremi del diritto alla difesa in giudizio e del diritto alla tutela giurisdizionale piena ed effettiva rispetto al principio di cui all'art. 64 Cost. e, conseguentemente, della illegittimità costituzionale delle norme regolamentari che prevedono il principio dell'autodichia nei confronti dei dipendenti di Camera e Senato e, a più forte ragione, nei confronti dei terzi estranei»<sup>16</sup>. Nonostante la diversità di posizioni dottrinarie e una giurisprudenza non univoca sull'autonomia riconosciuta alle Camere, una indicazione forte a favore della prima soluzione potrebbe forse già desumersi dalla nota sentenza n. 154 del 1985. In questa decisione, pur dichiarando la questione inammissibile, riconoscendo alle Camere una «indipendenza guarentigata», la Corte ammette esplicitamente «la fondatezza del dubbio di compatibilità dell'autodichia delle Camere con i principi costituzionali in tema di giurisdizione». Il giudice costituzionale sottolinea infatti, con una posizione «chiara ed inequivoca»<sup>17</sup>, che relativamente «al dubbio di compatibilità dell'autodichia delle camere con i principi costituzionali in tema di giurisdizione non può non convenirsi col giudice a quo»<sup>18</sup> secondo il quale l'autodichia era censurabile come istituto in sé e per il modo in cui era configurato. La Corte, dunque, troverebbe già in questo precedente la soluzione del conflitto. Si potrebbe sostenere, tuttavia, che dal 1985 i regolamenti parlamentari hanno profondamente modificato l'istituto, introducendo dei veri e propri procedimenti paragiurisdizionali, cui si devono aggiungere le modifiche introdotte nel 2009 al Regolamento della Camera in seguito alla sentenza Savino della Corte Edu<sup>19</sup>. Dunque,

G. ZAGREBELSKY, *Diritto Costituzionale*, volume primo. Il sistema delle fonti, Torino, 1993, 196.

Per questa ricostruzione, si veda G.G. FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Milano, 1986, 214 e ss. Ripresa successivamente da G. G. FLORIDIA – F. SORRENTINO, *I regolamenti parlamentari*, in *Enc. Giur.*, 1991, 14. In questo senso v. S. M. CICCONE, *Corte europea dei diritti dell'uomo e principio di autodichia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, II, Napoli, 2011, 921.

In questi termini v. G. G. FLORIDIA, *Finale di partita*, in *Dir. proc. amm.* 1986, 270 ss., ora in *Scritti Minori. Raccolti da Federico Sorrentino*, Torino, 2008, 305.

Cfr. Corte cost. sent. n. 184 del 1985, punto 4.4. del Considerato in diritto.

Come è noto nella sentenza Savino e altri contro Italia, la Corte Edu ha salvato in linea generale l'autodichia finendo, secondo alcuni, addirittura per rinforzarla, laddove ha osservato che «il semplice fatto che i membri dei due organi giurisdizionali della Camera dei deputati siano scelti tra i deputati medesimi - di per sé - non può far sorgere dubbi in merito all'indipendenza di tali giurisdizioni». Nella medesima decisione, tuttavia, la Corte ha condannato lo

Stato italiano al pagamento di 10.000 euro a ciascun ricorrente a titolo di rimborso di costi e spese in quanto ha ritenuto fondati i timori riguardo all'imparzialità e all'indipendenza della Sezione giurisdizionale della Camera dei deputati. A seguito di questa decisione, la Camera dei deputati ha modificato l'articolo 12 del suo regolamento introducendo il comma sei che prevede che i componenti degli organi dell'Ufficio di presidenza non possono far parte degli organi interni di primo e secondo grado che giudicano sui ricorsi. La Sezione giurisdizionale dell'Ufficio di

Presidenza è stata sostituita dal Collegio di Appello. Su tale decisione e sulle numerose questioni aperte cfr. N. OCCHIOCUPO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo dà il suo imprimatur alla autodichia della Camera dei*

l'autodichia che si trova a giudicare la Corte oggi è molto diversa da quella che la Corte aveva di fronte a sé nel 1985<sup>20</sup>. Queste considerazioni potrebbero giocare a favore della percorribilità della seconda via, la soluzione compromissoria. In questa direzione, sarebbe soprattutto la giurisprudenza della Corte Edu (nella misura in cui quest'ultima considera gli organi interni alle Camere dei veri e propri "tribunali") a fornire validi argomenti alla Corte costituzionale per salvare, con opportuni correttivi, la giustizia domestica. Questa soluzione, peraltro, sarebbe quella prospettata, seppure in via subordinata, anche dalla Corte di Cassazione nel sollevare il conflitto<sup>21</sup>. Nell'ordinanza, infatti, la Cassazione ricostruisce gli organi interni alle Camere come giudici speciali, la cui esistenza sarebbe fondata su una lunga tradizione preesistente all'entrata in vigore della Costituzione che li renderebbe compatibili con l'articolo 102 Cost. Accogliendo questa prospettiva, l'autodichia è ritenuta lesiva del potere giurisdizionale soltanto nella misura in cui non consente alla Corte di Cassazione il sindacato di legittimità ex art. 111, comma 7, Cost. cui neppure le decisioni dei giudici speciali possono essere sottratte. Tale soluzione, che è stata definita di co-dichia, con una formula che mette in luce che in tal modo si realizzerebbe una tutela integrata dei diritti<sup>22</sup>, non sembra tuttavia convincente alla luce delle critiche che ha ricevuto l'impostazione della Corte Edu quando ha riconosciuto il carattere di tribunali agli organi interni delle Camere. Anche dopo le ultime modifiche, infatti, gli organi del contenzioso delle Camere, in ragione della loro composizione, risultano, diversamente da quanto sembrerebbe avvenire, per esempio, per gli omologhi organi presso la Presidenza della Repubblica, privi del requisito della terzietà<sup>23</sup>. Requisito fondamentale perché si possa parlare di giurisdizione<sup>24</sup>. La Corte di Cassazione, peraltro, ha sollevato conflitto di attribuzioni anche nei confronti della Presidenza della Repubblica, motivando la decisione con le stesse argomentazioni utilizzate nel sollevare conflitto contro il Senato. Secondo la Cassazione, infatti, la violazione delle norme costituzionali relative alla competenza in materia di giurisdizione sarebbe prodotta anche dai decreti presidenziali che disciplinano l'autodichia presso la presidenza, nonostante gli organi giudicanti

---

deputati e degli altri organi costituzionali dello Stato italiano, in Scritti in onore di Alessandro Pace, Napoli, 2012, 2305 ss.

<sup>21</sup> Sull'evoluzione dell'autodichia all'interno delle Camere v. E. ALBANESI, Le implicazioni della giurisprudenza della Cassazione sull'autodichia delle Camere: dal «giusto processo» al «giusto procedimento parlamentare», in *Rass. parl.*, 2008, 175 ss.

<sup>22</sup> Cfr. l'ordinanza della Corte di Cassazione, in cui le sezioni unite chiedono «di dichiarare che non spettava al Senato deliberare gli articoli da 72 a 84 del Testo unico delle norme regolamentari dell'Amministrazione riguardanti il personale del Senato della Repubblica, nella parte in cui – violando gli artt. 3, primo comma, 24, primo comma, 102, secondo comma, quest'ultimo in combinato disposto con la VI disposizione transitoria, 108, secondo comma, e 111, primo e secondo comma, della Costituzione – precludono l'accesso dei dipendenti del Senato alla tutela giurisdizionale nelle controversie di lavoro insorte con l'amministrazione di quel ramo del Parlamento; ovvero, in via subordinata, nella parte in cui – violando gli artt. 111, settimo comma, e 3, primo comma, Cost. – non consentono il ricorso in cassazione per violazione di legge, ai sensi dell'art. 111, settimo comma, Cost., contro le decisioni pronunciate dagli organi giurisdizionali previste da tali disposizioni».

<sup>23</sup> La formula co-dichia è mutuata da E. GRIGLIO, *Le assemblee parlamentari*, cit., 6.

<sup>24</sup> Secondo l'articolo 2 del Decreto del Presidente della Repubblica n. 34 del 2008 «1. Il Collegio Giudicante è nominato con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Segretario Generale ed è composto da un Consigliere di Stato che lo presiede, da un Consigliere di Corte d'Appello, da un Referendario della Corte dei Conti, designati rispettivamente dai Presidenti del Consiglio di Stato, della Corte di Appello di Roma e della Corte dei Conti.

23 I componenti del Collegio Giudicante durano in carica quattro anni e possono essere confermati per una sola volta, purché al momento della conferma siano ancora in possesso dei requisiti necessari per la nomina nel Collegio medesimo. Non possono far parte del Collegio Giudicante i componenti del Collegio di Appello, nonché i magistrati in posizione di comando o di fuori ruolo presso il Segretariato generale o consulenti dello stesso».

<sup>24</sup> Sul punto cfr. ex multis Corte cost., sentt. nn.64 e130 del 2008.

siano composti in modo che, come si è detto, sembra garantire un certo grado di imparzialità<sup>25</sup>. Il conflitto è stato ritenuto ammissibile con l'ordinanza 138 del 2015. La questione dell'autodichia è destinata quindi ad essere affrontata "a tutto tondo", prendendo in considerazione sia le diverse fonti normative che la fondano, rispettivamente i regolamenti parlamentari di Camera e Senato e i decreti del Presidente della Repubblica, sia le diverse norme che la disciplinano<sup>26</sup>. La Corte, come si è detto, potrebbe percorrere anche una terza via, riconoscendo la possibilità di una tutela variabile a seconda dei soggetti. La cosiddetta co-dichia, che si fonda sul presupposto del riconoscimento del carattere di tribunali speciali agli organi interni alle Camere, non sembrerebbe, infatti, estensibile anche ai soggetti terzi, rispetto ai quali i regolamenti parlamentari hanno esteso l'autodichia in un momento successivo all'entrata in vigore della Costituzione. A meno che non si acceda a quella ricostruzione secondo la quale tale ampliamento sarebbe sempre riconducibile ad una competenza che tali organi esercitavano prima dell'entrata in vigore della Costituzione. A suffragio di questa interpretazione potrebbe essere utile richiamare quanto affermato dalla Corte in precedenti decisioni, vale a dire che «la modificazione dell'oggetto della giurisdizione degli organi speciali è consentita solo se non "snaturi" la materia originariamente attribuita alla cognizione del giudice speciale».<sup>27</sup> In altri termini, l'identità di materia «costituisce una condizione essenziale perché le modifiche [...] di tale oggetto possano qualificarsi come una consentita "revisione" dei giudici speciali e non come una vietata introduzione di un "nuovo" giudice speciale»<sup>28</sup>. Anche questa soluzione, tuttavia, lasciando in piedi una autodichia "dimezzata" presta il fianco alle medesime critiche relative alla giurisdizione domestica nei confronti dei dipendenti che comunque non potrebbero avvalersi del rimedio del ricorso in Cassazione per violazione di legge. Non resta, dunque, che aspettare la decisione della Corte, sperando che quello che ci attende sia un finale di partita meno amaro di quello di Beckett, evocato in un noto commento<sup>29</sup> sul tema.

---

<sup>17</sup> L'ordinanza si pone in netto contrasto con la precedente decisione n. 6592 del 2010 nella quale la Corte di Cassazione aveva ritenuto che l'autodichia della Presidenza della Repubblica non si ponesse in contrasto con la Costituzione ed in particolare con i principi riguardanti la giurisdizione. Tale ordinanza, peraltro, costituiva a sua volta un cambio di rotta rispetto alla precedente n. 12614 del 1998 in cui invece la Corte di Cassazione aveva negato il fondamento costituzionale dell'autodichia della Presidenza della Repubblica. Su tali questioni v. S. M. CICCONE, *Corte europea dei diritti dell'uomo e principio di autodichia*, cit., 932 ss.

<sup>18</sup> Come è noto, mentre il fondamento dell'autodichia delle Camere è rinvenibile negli articoli 12 dei rispettivi Regolamenti di Camera e Senato, adottati sulla base di quanto previsto dall'art. 64 Cost., l'autodichia della Presidenza è disciplinata dai decreti del Presidente della Repubblica. L'autonomia regolamentare riconosciuta alla Presidenza della Repubblica trova fondamento nell'art. 4, comma 1, della legge n. 1077 del 1948.

<sup>19</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 64 del 2008.

<sup>20</sup> Cfr. Corte cost. sent. n. 130 del 2008.

<sup>21</sup> Ci si riferisce al lavoro di G. G. FLORIDIA, *Finale di partita* citato alla nota 11. Nell'attesa della decisione della Corte, ci si sarebbe potuti aspettare che il disegno di legge di revisione costituzionale risolvesse definitivamente la questione dell'autodichia, prevedendo espressamente o la sua attribuzione alle Camere (come avviene per la cosiddetta verifica dei poteri nell'art. 66 Cost) oppure la sua assegnazione definitiva al giudice comune. Strada che, tuttavia, sembrerebbe non facilmente percorribile soprattutto alla luce di quanto la Corte ha osservato nella sent. n.

<sup>29</sup> del 2009. In questa pronuncia, il giudice delle leggi sottolinea che «la complessiva architettura costituzionale ispirata ai principi della divisione dei poteri e del loro equilibrio, esige che la disciplina delle prerogative contenuta nel testo della Costituzione debba essere intesa come uno specifico sistema normativo, frutto di un particolare bilanciamento e assetto di interessi costituzionali; sistema che non è consentito al legislatore ordinario alterare né

in

peius né in melius». La pronuncia lascia peraltro intendere che, anche nell'ipotesi in cui si volesse introdurre una modifica a tale «bilanciamento bloccato» attraverso una legge costituzionale, questa incontrerebbe il limite rappresentato dal principio supremo di eguaglianza e da quello del diritto di difesa. L'autodichia rappresenta una delle tante questioni non affrontate dal disegno di legge di revisione costituzionale respinto dagli elettori con il referendum del 4 dicembre 2016.

## LE ELEZIONI PRIMARIE E GLI SCENARI APERTI DELLA CORSA ALL'ELISEO

Di Paola Piciacchia\*

**A**pochi mesi dalle elezioni presidenziali del prossimo aprile, a dominare la scena politica dell'ultimo quadrimestre del 2016 sono state le elezioni primarie e gli scenari aperti della corsa all'eliseo: con la sfida lanciata da fillon uscito vittorioso dalle primarie de *les républicains* lo scorso ottobre; con la rinuncia di hollande, giunta ad inizio dicembre, a ricandidarsi e la conseguente immediata discesa in campo di valls che si è dimesso dal governo in vista delle primarie del *partito socialista* del 22 e 29 gennaio; con, infine, marine le pen, leader e candidata naturale del *front national*, pronta alla sua campagna elettorale più importante.

In linea con la logica presidenzialista della quinta repubblica che vede nell'elezione del presidente della repubblica, *clé de voûte* dell'ordinamento francese, il momento fondante dell'assetto dei pubblici poteri, la selezione delle candidature alla presidenza della repubblica, ha costituito il terreno privilegiato su cui negli ultimi mesi si sono confrontate le forze politiche in campo. Un serrato confronto, in primo luogo, interno al singolo partito ma anche, e soprattutto, una sfida esterna che ha confermato come lo strumento delle primarie stia diventando sempre più uno strumento, non solo per la selezione dei candidati, ma un momento elettorale ben preciso con sue regole e sue specifiche ricadute in vista del momento elettorale vero e proprio. Una sorta di allungamento della campagna elettorale capace di amplificare per mesi il dibattito politico.

Le primarie aperte per le presidenziali sono dunque diventate un momento che, dopo essersi imposto per la prima volta nel 2011 con il partito socialista, si sta trasformando in uno strumento capace di mobilitare milioni di elettori e dunque di segnare anche il livello di partecipazione democratica, così come dimostra l'importanza data dai francesi con l'alta affluenza.

---

\* Professore Aggregato di Diritto pubblico comparato – “Sapienza” Università di Roma

Le primarie de *les républicains* che si sono svolte il 20 e 27 novembre sono, a tal riguardo, significative. Lanciate su iniziativa di sarkozy, già nel 2015, anno in cui sono anche state fissate tutte le regole procedurali e di organizzazione per presentazione delle candidature e svolgimento delle primarie, non hanno mancato di riservare sorprese con la vittoria finale di fillon, l'ex primo ministro del settennato di sarkozy. Fillon ha, in primo luogo, messo fuori dalla competizione, al primo turno con ben il 44,2% di preferenze, uno dei candidati dati certi per il ballottaggio, l'ex inquilino dell'eliseo, nicolas sarkozy e ha vinto, poi, prevalendo sull'avversario al ballottaggio alain juppé, tra i favoriti, la schiacciante maggioranza del 66,5%.

La vittoria di fillon ha dimostrato, - a parte la scarsa attendibilità dei sondaggi e l'alta mobilità degli elettori che contraddistingue le elezioni primarie rispetto ad uno scrutinio tradizionale - da un lato, la reale capacità di aggregazione intorno ad un programma, dall'altro la capacità di un vero dibattito intorno su temi della politica interna ed internazionale e intorno, sostanzialmente, ad una visione del mondo.

Rispetto a quello che era potuto sembrare all'inizio, fillon si è presentato agli elettori di destra con un programma molto più rigoroso e austero rispetto a quello dei due avversari nicolas sarkozy e alain juppé. Un programma più dettagliato, preciso, con forti tagli alla spesa pubblica in materia economica (cinquecentomila posti di funzionari pubblici in meno, abolizione delle 35 ore, riduzione di 110 miliardi sulla spesa pubblica), più conservatore per le questioni che riguardano la società e la famiglia, con idee molto più decise sugli orientamenti della politica estera ed un marcato atteggiamento filo-russo.

Fillon è diventato così il candidato "de synthèse" (più solido di juppé e più calmo di sarkozy) ed ha espresso tutta la forza e l'attrattiva di quella "droite tranquille" di cui è diventato l'espressione, confermando in tal modo anche l'antico gradimento dei francesi verso la sua persona, come già era emerso dai sondaggi all'epoca della sua permanenza a matignon. Già allora, nonostante, la tendenza di sarkozy a ridimensionarne il ruolo del primo ministro, definendolo il suo

collaboratore, fillon aveva dato prova di non essere solo il *grand commis* del presidente ma di essere in grado di rivendicare spazi e decisioni del governo.

Fillon, con molte delle posizioni assunte durante la campagna elettorale per le primarie, sembra ora essere in grado di rimescolare lo scenario tra le forze politiche che si contenderanno l'eliseo a primavera. Soprattutto a destra.

Il consolidamento dell'articolazione del panorama partitico in tre poli (sinistra, centro-destra e destra estremista) ugualmente in grado di proporsi come forze che aspirano alla carica presidenziale appare innegabile; tuttavia il consenso determinatosi intorno a fillon, espressione di una destra popolare, riformista, conservatrice su alcuni temi della società civile, potrebbe rappresentare un argine alla minaccia estremista del front national di marine le pen, che, al momento, appare affettivamente in grado di poter sfidare i partiti tradizionali vincendo al primo turno.

Tutto dipenderà naturalmente da quanto succederà nel campo del partito socialista e dei suoi alleati. Tutto dipenderà da quanto riusciranno a recuperare il tempo perso con il tardivo annuncio di hollande di non ricandidarsi alla presidenza.

Dopo mesi di ambiguità, il presidente hollande, ormai ai minimi storici della sua popolarità come capo dello stato con un gradimento arrivato solo al 4%, ha deciso forse troppo tardi di rendere nota, "per il bene del paese", la sua decisione di non ricandidarsi, non giovando in tal modo al suo stesso partito. Una vicenda che tradisce le forti tensioni all'interno del ps e la crisi interna alla dirigenza del partito.

La stessa discesa in campo "ufficiale" di valls (che già da qualche tempo si era detto pronto a correre per le presidenziali del 2017) per le primarie socialiste del 22 e 29 gennaio, arrivata ad inizio dicembre dopo l'annuncio di hollande, non è stata priva di sorprese. Il primo ministro insieme alla candidatura alle primarie ha anche annunciato le sue dimissioni, aprendo così una crisi di governo, immediatamente ricomposta il 6 dicembre con la sola sostituzione di valls con il ministro degli interni cazeneuve e la sostituzione di quest'ultimo con bernard le roux. Valls si è dimesso per meglio dedicarsi alla campagna elettorale per le primarie di gennaio ma la sua è una scelta senza precedenti. Lionel Jospin, Primo Ministro della

coabitazione durante il settennato di Jacques Chirac, non si dimise quando scese in campo per concorrere, nel 2002, per le presidenziali contro lo stesso Chirac. Le dimissioni di Valls sembrano assumere anche un ben preciso significato per un candidato che cerca di prendere le distanze, rilanciando, dalla scarsa popolarità delle decisioni del Governo da lui presieduto e andando, senza vincoli di governo, verso la sfida delle presidenziali.

Valls appare sicuramente il favorito per la vittoria al primo turno delle primarie socialiste, occorrerà vedere se riuscirà a ricucire intorno a lui gli strappi con l'elettorato francese.

Oltre alle dinamiche in atto all'interno dei tre poli che si contendono la vittoria per le presidenziali, occorre infine non dimenticare il ruolo che potrebbero giocare personalità di spicco come Emmanuelle Macron, l'ex Ministro dell'economia del governo Valls. Dimessosi dal Governo a fine agosto, dopo aver fondato in aprile un nuovo movimento, *En marche!* Ha deciso di candidarsi alle presidenziali senza passare per le primarie di un partito dal quale ha ormai preso le distanze. Non sono pochi i consensi che sembra raccogliere intorno alla sua persona, al punto di essere visto come vincente da alcuni sondaggi in un ipotetico ballottaggio con Fillon. Per quanto tale scenario appaia remoto, nella campagna elettorale ufficiale per le presidenziali del 2017 non si potrà non tenere conto anche di lui\*\*.

## PARTITI

---

\*\* Proprio mentre questa Rivista stava per chiudere il n.3/2016, si è svolto il **22 gennaio 2017** il primo turno delle elezioni primarie della sinistra per la selezione del candidato alle presidenziali, al quale appare opportuno, sia pur brevemente, accennare.

In uno scrutinio caratterizzato da un'affluenza di elettori al di sotto dei due milioni, e, ancora una volta, a dispetto di ogni sondaggio, a sorpresa, ad arrivare in testa è stato Benoît Hamon, espressione dell'ala più a sinistra del PS che ha ottenuto il 36,35% dei voti superando l'ex Primo Ministro Manuel Valls che ha, invece, raggiunto il 31,18% dei voti. Saranno i due a contendersi il **29 gennaio** al ballottaggio la candidatura alle prossime elezioni presidenziali. Ma è facile presupporre che non si tratterà solo di una battaglia per la candidatura presidenziale ma di una sorta di resa dei conti all'interno di un partito ormai diviso da anni di contrasti sui contenuti sulla politica presidenziale e governativa, uno scontro, in ultima istanza, tra visioni della sinistra.

Hamon, uno dei maggiori "frondeur" del quinquennio di Hollande e fautore del reddito di cittadinanza ha già ricevuto l'appoggio di altri esponenti del partito come Montebourg e Martine Aubry mentre Valls, incarnazione della sinistra più moderata, sembra sempre più isolato.

## primarie Europe Ecologie

Il **19 ottobre** l'eurodeputato Yannick Jadot è arrivato in testa con il 35,61% al primo turno delle primarie di Europe Ecologie-Les Verts, seguito da Michèle Rivasi con il 30,16%, Cécile Duflot con il 24,41% e Karima Delli con il 9,82%. Al ballottaggio con Michèle Rivasi, Yannick il **7 novembre** ha vinto al secondo turno con il 54,25% dei voti contro il 40,75% della sua concorrente, diventando così ufficialmente il candidato di Europe Ecologie-Les Verts alle presidenziali del 2017.

## ELEZIONI PRIMARIE DE *LES RÉPUBLICAINS*

Si sono tenute il **20 e il 27 novembre** il primo e secondo turno delle elezioni primarie dell centro-destra per la selezione del candidato alle presidenziali del 2017 organizzate dal partito *Les Républicains* (LR), dal *Partito chrétien-démocrate* (PDC) e dal partito del *Centre national des indépendants et paysans* (CNIP) decise nell'aprile del 2015.

Il **9 settembre** si erano chiusi i termini per la presentazione delle candidature mentre il 21 settembre era stata pubblicata dall'Alta Autorità delle Primarie (HAP), l'organismo deputato a seguire l'iter procedurale delle primarie, la lista dei candidati ammessi e lo stesso giorno era iniziata la campagna elettorale.

Sette i candidati ammessi al primo turno delle primarie : Jean-François Copé, François Fillon, Alain Juppé, Nathalie Kosciusko-Morizet, Bruno Le Maire, Jean-Frédéric Poisson e Nicolas Sarkozy.

Il **20 novembre** al primo turno - al di là delle aspettative di una campagna elettorale che aveva puntato l'attenzione soprattutto sul duello tra l'ex Primo Ministro Alain Juppé e l'ex Presidente della Repubblica Nicolas Sarkozy - a sorpresa è stato François Fillon, ex Primo Ministro del settennato di Sarkozy, ad ottenere la percentuale più alta di voti con il 44,2%, seguito a distanza, da Alain Juppé che ha ottenuto il 28,4% di voti. Entrambi sono così passati al secondo turno.

I sondaggi che fino a fine ottobre avevano continuato a dare vincenti per il ballottaggio Juppé e Sarkozy, avevano mostrato una crescita di consensi dagli inizi di novembre nei confronti di Fillon, consensi cresciuti fino alla vittoria.

Molto bassa è stata la percentuale di voti ottenuta dagli altri candidati alle primarie Bruno Le Maire, Nathalie Kosciusko-Morizet, Jean-Frédéric Poisson, e Jean-François Copé che non hanno superato il 7% di voti. Tuttavia il vero grande sconfitto è risultato Nicolas Sarkozy, l'ex Presidente della Repubblica che con il 20,7% di voti non è riuscito ad accedere al ballottaggio.

Al secondo turno del **27 novembre**, François Fillon vince la battaglia delle primarie contro Alain Juppé con una percentuale di consensi molto alta del 66,5% dei voti contro il 33,5% di voti ottenuti dal suo avversario di partito e si consacra candidato ufficiale del centro-destra per le elezioni presidenziali del 2017. Soddisfacente la partecipazione popolare alle primarie con un afflusso di circa quattro milioni di elettori per ogni turno.

## primaire citoyenne del partito socialista

Dall'**1 al 15 dicembre** sono rimasti aperti i termini per la presentazione delle candidature per le primarie del Partito Socialista e dei suoi alleati che si terranno il **22 e il 29 gennaio 2017** in vista delle elezioni presidenziali di aprile 2017.

Il **15 dicembre**, dopo la chiusura dei termini per la presentazione delle candidature, si è aperta ufficialmente la campagna elettorale per le primarie che ha visto scendere in campo sette candidati: Jean-Luc Bennahmias, (Fronte democratico) Benoît Hamon (PS), Arnaud Montebourg (PS), Vincent Peillon (PS), Sylvia Pinel (Partito radicale), François de Rugy (Partito ecologista), e lo stesso Primo Ministro Manuel Valls (PS) che il **5 dicembre** si era dimesso dalla carica di Governo per potersi dedicare interamente alla campagna elettorale per le primarie.

Tra le personalità di spicco ad aver rinunciato alla candidatura sono stati in primo luogo il Presidente uscente François Hollande che l'**1 dicembre**, dopo mesi di incertezze, aveva ufficialmente dichiarato di non ricandidarsi per il secondo mandato, Segolène Royal la candidata PS che nel 2007 fu battuta da Sarkozy, Martine Aubry, ex primo segretario del PS dal 2008 al 2012, battuta al secondo turno delle primarie da Hollande nel 2011, e Christiane Taubira, ex Ministro della Giustizia dei Governi di Jean-Marc Ayrault e Manuel Valls. Emmanuel Macron, ex Ministro dell'Economia e Jean-Luc Melanchon del Front de Gauche hanno rinunciato a concorrere alle primarie citoyenne per candidarsi direttamente alla presidenza della Repubblica. In particolare Emmanuel Macron che il **30 agosto** si era dimesso dalla carica di Ministro dell'Economia per dedicarsi al Movimento « En marche ! » fondato **in aprile**, e che aveva già espresso nei mesi scorsi l'intenzione di candidarsi autonomamente alla presidenza della Repubblica, ha annunciato la sua candidatura il **16 novembre**, gettando le basi per la campagna elettorale anche con l'uscita del libro *Révolution*.

## PARLAMENTO

### repubblica digitale

Il **7 ottobre** viene promulgata la legge **n. 2016-1321** (J.O. del 9 ottobre) relativa alla "Repubblica digitale". Il progetto di legge, frutto di una lunga concertazione tra il 2014 e il 2015, era stato presentato all'Assemblea Nazionale il **9 dicembre 2015**, ed ivi approvato in prima lettura, con ricorso del Governo alla procedura accelerata, il **20 gennaio 2016**. Trasmesso al Senato, era stato da questo adottato con modifiche il **3 maggio**. Dopo la convocazione della Commissione Mista Paritetica, in presenza dell'accordo tra le due Camere, il testo predisposto dalla CMP era stato approvato definitivamente dall'Assemblea Nazionale e dal Senato, rispettivamente il **20 luglio** e il **28 settembre**. La

legge riguardava la grande sfida digitale della Repubblica francese. Si compone di tre parti. La prima parte è relativa alla circolazione dei dati e dei saperi. Vengono previste misure relative all'economia dei dati, l'apertura dei dati pubblici e la creazione di un servizio pubblico di open data. Riguardo ai saperi, viene prevista per i ricercatori di pubblicare liberamente gli articoli scientifici di cui sono gli autori per un periodo da sei a 12 mesi. La seconda parte della legge prevede misure per la protezione dei cittadini nella società digitale che garantiscono un ambiente digitale aperto ma al tempo stesso la protezione della vita privata. La legge infine prevede disposizioni per garantire l'accesso di tutti al digitale.

## **liberta' indipendenza e pluralismo dei media**

Il **14 dicembre** viene promulgata (J.O. del 15 dicembre) la legge n. 2016-1524 relativa al rafforzamento della libertà, dell'indipendenza e del pluralismo dei media.

La proposta di legge era stata presentata dal gruppo socialista all'Assemblea Nazionale il **2 febbraio** ed ivi approvata, in prima lettura, dopo la dichiarazione di adozione della procedura accelerata da parte del Governo, **l'8 marzo**. Trasmessa al Senato, la proposta era stata adottata con modifiche il **26 maggio**. Dopo la convocazione della Commissione Mista Paritetica, e di fronte al persistente disaccordo delle due Camere, il testo era stato esaminato in nuova lettura dall'Assemblea Nazionale che lo aveva adottato il **18 luglio**, e dal Senato che lo aveva modificato il **29 settembre**. In lettura definitiva l'Assemblea Nazionale aveva poi approvato il testo il **6 ottobre**.

La legge ha lo scopo di proteggere i giornalisti da ogni tipo di pressione alla quale si possono opporre rifiutandosi di divulgare le loro fonti e di firmare un articolo o una trasmissione se una parte del contenuto è stata modificata a loro insaputa o contro la loro volontà. La legge prevede anche che le aziende o le società editrici della stampa o televisive si debbano dotare di una carta deontologica che dovrà essere redatta congiuntamente dalla direzione e dai rappresentanti dei giornalisti. Vengono anche definiti dalla legge i poteri del Consiglio superiore dell'Audiovisivo (CSA) in materia di pluralismo, onestà e indipendenza dell'informazione e dei programmi e viene anche istituito un comitato relativo all'onestà e indipendenza e al pluralismo dell'informazione e dei programmi, composto da persone indipendenti presso ogni persona morale editrice di un servizio di radio generalista a vocazione nazionale o televisione che diffonde informazioni di politica generale. La legge prevedeva inoltre il diritto alla protezione delle fonti e la possibilità che il segreto delle fonti potesse essere violato solo in casi eccezionali per prevenire o reprimere un crimine o delitto che costituisce attentato alla persona o delitto. Per quanto riguarda gli informatori la legge prevedeva che la detenzione di documenti provenienti da violazioni del segreto professionale o dal segreto di inchiesta o di istruttoria o dalla violazione dell'intimità della vita privata non potessero costituire reato di occultamento se questi documenti contengono informazioni la cui diffusione al pubblico costituisce uno scopo legittimo in una società democratica. Tuttavia il Consiglio Costituzionale con la

sentenza n. 738 DC ha censurato tutte le disposizioni relative alla protezione delle fonti (v. infra).

## modernizzazione della GIUSTIZIA

Il **18 novembre** viene promulgata la legge n. [2016-1547](#) (J.O. del 19 novembre) sulla modernizzazione della giustizia del XXI secolo. La legge è stata approvata dopo un lungo iter parlamentare che ha visto spesso portare avanti un vero e proprio braccio di ferro tra Assemblea Nazionale e Senato. Il progetto di legge era stato presentato al Senato il **31 luglio 2015** ed ivi adottato, in prima lettura, dopo la dichiarazione del Governo di ricorrere alla procedura accelerata, il **5 novembre**. Trasmesso all'Assemblea Nazionale era stato poi approvato con modifiche il **24 maggio 2016**. Dopo la convocazione della Commissione Mista paritetica, in assenza di accordo tra le due camere, il testo era passato in nuova lettura all'Assemblea Nazionale il **12 luglio** e al Senato, che lo aveva ulteriormente modificato, il **28 settembre**. Di fronte al persistente disaccordo tra le due camere il testo era stato poi adottato in via definitiva dalla sola Assemblea Nazionale il **12 ottobre**. In applicazione dell'art. 61, c.2 Cost., sessanta senatori e sessanta deputati hanno presentato ricorso al Consiglio Costituzionale che si è pronunciato con la decisione n. 739 DC del **17 novembre**. La legge si muove nell'ottica di migliorare alcuni dispositivi della giustizia per renderla più fruibile e vicina al cittadino. Vengono operate alcune grandi ristrutturazioni e razionalizzazioni nella ripartizione delle competenze e delle cause da trattare. Innanzitutto la legge crea un servizio di accoglienza unico dei cittadini che devono essere sottoposti a giudizio, che permetta loro di ricevere informazioni sui propri diritti, di sbrigare formalità e avviare procedure e di informarsi sulle procedure o sull'iter del proprio procedimento. La legge mira inoltre ad incentivare la risoluzione amichevole dei contenziosi rendendo obbligatorio il tentativo di conciliazione per i piccoli contenziosi della vita quotidiana. Inoltre viene prevista dalla legge la realizzazione di un quadro legale comune per le *class actions* in materia giudiziaria e amministrativa e una procedura specifica in materia di discriminazioni. La legge procede alla soppressione dei tribunali penali per i minori creati nel 2011.

Il testo approvato interviene anche sui diritti civili prevedendo che la registrazione di un patto civile di solidarietà (PACS) sia affidata al funzionario di stato civile in comune mentre il cambiamento di sesso allo stato civile viene semplificata con la soppressione, per le persone transessuali, delle condizioni mediche previste. Vengono depenalizzate le trasgressioni derivanti da mancanza di assicurazione e di patente di guida che saranno sostituite da semplici contravvenzioni. Le domande di risarcimento di danni fisici saranno sottoposte ai tribunali civili e non più alle preture che invece seguiranno le piccole controversie civili della vita quotidiana concentrandosi anche sulla protezione di coloro che devono essere sottoposti a giudizio più deboli. In materia di previdenza sociale, sarà

il

polo sociale del tribunale penale di ogni capoluogo di Dipartimento ad occuparsi dei contenziosi prima trattati dai tribunali della previdenza sociale (TASS) e dai tribunali dei contenziosi sull'inabilità (TCI). Nell'ottica di un maggiore snellimento delle procedure la legge è intervenuta anche in materia di divorzio introducendo il divorzio breve che potrà essere pronunciato, in caso in cui il divorzio sia consensuale, senza passare per il giudice agli affari di famiglia ma attraverso una registrazione presso un notaio dopo che gli sposi accompagnati da un avvocato avranno negoziato la loro separazione. Il divorzio diventerà effettivo dopo quindici giorni. Viene inoltre cancellata l'approvazione da parte del giudice di piani di sovraindebitamento stabiliti dalle commissioni di debito. Il datore di lavoro deve indicare entro quarantacinque giorni i dipendenti autori di infrazioni stradali con un veicolo aziendale.

### **trasparenza, lotta alla corruzione e modernizzazione della vita economica**

Il **9 dicembre** viene promulgata la legge **n. 2016-1691** (J.O. del 10 dicembre) relativa alla trasparenza, alla lotta contro la corruzione e alla modernizzazione della vita economica. Il progetto di legge era stato depositato il **30 marzo** all'Assemblea Nazionale ed ivi approvato, con dichiarazione da parte del Governo di utilizzo della procedura accelerata, il **14 giugno**. Trasmesso al Senato, il progetto era stato adottato con modifiche l'**8 luglio**. Dopo la convocazione della Commissione Mista paritetica e di fronte al persistente disaccordo tra le due camere, il testo era passato di nuovo in Assemblea Nazionale per una nuova lettura dove era stato adottato il **29 settembre**. Al Senato in nuova lettura il progetto era stato nuovamente modificato il **3 novembre**. Il testo era stato adottato in lettura definitiva dall'Assemblea Nazionale l'**8 novembre**.

Il Presidente del Senato, sessanta senatori, sessanta deputati e lo stesso Primo Ministro avevano fatto ricorso al Consiglio Costituzionale ai sensi dell'art. 61, 2 c. Cost. il quale si è pronunciato con la sentenza **n. 741 DC** dell'**8 dicembre** (vedi infra).

L'obiettivo principale della legge è quello di proseguire sul cammino intrapreso dalla legge Sapin nel 1993 per la prevenzione della corruzione, la trasparenza della vita economica e delle procedure pubbliche. Tra i contenuti più importanti della legge, la creazione di una Agenzia francese anticorruzione che andrà a sostituire il Servizio centrale di prevenzione della corruzione (SCPC). Oltre ai vecchi compiti del SCPC, l'Agenzia controllerà l'attuazione degli obblighi di vigilanza delle società in materia di prevenzione della corruzione e in caso di non ottemperanza potrà erogare sanzioni. L'Agenzia potrà inoltre anche controllare la qualità e l'efficacia delle procedure delle pubbliche amministrazioni. Le persone morali potranno essere processate e sanzionate penalmente dall'autorità giudiziaria per violazione alla probità. La legge introduce l'infrazione per traffico d'influenza del funzionario pubblico straniero e verrà quindi sanzionato il pagamento di un agente pubblico straniero che usi la sua influenza per ottenere una decisione. Per ciò che concerne la trasparenza, la legge crea meccanismi per garantire maggiore trasparenza nel processo di elaborazione delle decisioni pubbliche e nella vita economica. A tal fine,

viene innanzitutto previsto un repertorio informatico sulle relazioni tra le lobbies (delle quali viene descritto un elenco di soggetti) e i poteri pubblici e che sarà gestito dall'HATVP (Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, creata nel 2013 dalle leggi sulla trasparenza nella vita pubblica) e sarà accessibile a tutti su internet.

La legge inoltre tenta anche di proteggere gli informatori nel campo delle violazioni alla probità definendo il tipo di informazioni che essi possono rilasciare. La legge prevede che non debba rispondere penalmente la persona che viola un segreto protetto dalla legge se la divulgazione è necessaria e proporzionale alla salvaguardia degli interessi in causa e se interviene nel rispetto delle procedure previste dalla legge e se la persona risponde ai criteri definiti per gli informatori. Allo stesso modo le persone fisiche che segnaleranno all'Autorità dei mercati finanziari (AMF) o all'Autorità « de contrôle prudentiel » mancanze agli obblighi definiti dal codice monetario e finanziario non potranno essere soggetti a licenziamento o sanzione. Per quanto riguarda la modernizzazione della vita economica, la legge punta al rafforzamento della regolamentazione finanziaria e bancaria.

Legata alla precedente legge è anche la legge organica **n. 2016-1690 del 9 dicembre** (J.O. del 10 dicembre) relativa alla competenza del Difensore dei diritti per l'orientamento e la protezione degli informatori. La proposta di legge organica nasceva come esigenza di completare il regime di protezione degli informatori per i quali il progetto di legge sulla trasparenza sulla lotta alla corruzione e di modernizzazione della vita sociale aveva gettato le basi con un pacchetto di disposizioni. La proposta di legge organica era così stata presentata all'Assemblea Nazionale dal gruppo socialista il **18 maggio** ed ivi approvato, in prima lettura, il **14 giugno**. Sul testo il Governo aveva impegnato la procedura accelerata. Trasmesso al Senato il testo era stato adottato con modifiche **l'8 luglio**. Dopo la convocazione della Commissione Mista Paritetica, in assenza di accordo tra le due Camere, si era proceduto ad una nuova lettura senza esito all'Assemblea Nazionale che aveva deliberato il **29 settembre** e al Senato che aveva deliberato adottando modifiche al testo, il **3 novembre**. In lettura definitiva aveva poi deciso l'Assemblea Nazionale **l'8 novembre**. La legge prevede di orientare verso le autorità competenti ogni persona che segnala un'informazione alle condizioni stabilite dalla legge e di vigilare sui diritti e le libertà di queste persone, le quali non potranno costituire oggetto di ritorsione o rappresaglie per essersi rivolte al Difensore dei diritti. Il Consiglio Costituzionale ha censurato la disposizione relativa all'aiuto finanziario per gli informatori bisognosi.

### **stato di urgenza**

Per la quinta volta in poco più di un anno il parlamento francese ha approvato la legge con cui è stato prorogato lo stato di urgenza previsto dalla legge n. 55-385 del 3 aprile 1955. La legge **n.2016-1767** è stata promulgata il **19 dicembre 2016** (J.O. del 20 dicembre) dopo un brevissimo iter parlamentare iniziato con la presentazione del progetto di legge all'Assemblea Nazionale il **10 dicembre** (con relativa adozione il **13 dicembre**) e finito con l'approvazione definitiva in prima lettura al Senato il **15 dicembre**.

La legge innanzitutto proroga di sei mesi ancora lo stato di urgenza fino al **15 luglio 2017** evitando così interruzioni nel periodo della tornata elettorale delle presidenziali e legislative dei prossimi mesi. Inoltre la legge interviene sull'«*assignation à résidence*» (domicilio coatto) fissandone a 15 mesi la durata massima ininterrotta, lasciando ferma la possibilità di ripristino in caso di fatti nuovi. In prima lettura l'Assemblea Nazionale ha approvato un emendamento con il quale ha precisato che il domicilio coatto non possa essere prolungato al di là dei dodici mesi senza l'autorizzazione del giudice del Consiglio di Stato. Merita ricordare che l'approvazione della legge era stata preceduta il **6 dicembre** dalla presentazione ai sensi dell'art. 145 RAN all'Assemblea Nazionale di un *Rapport d'information* sul controllo parlamentare sullo stato di urgenza.

## GOVERNO

### rimpasto di governo e dimissioni di valls

In seguito alle dimissioni di Emmanuel Macron, Ministro dell'Economia, dell'industria e del digitale e di George Pau-Langevin, Ministro dell'oltremare il 30 agosto, il Presidente Hollande l'**1 settembre** ha proceduto ad un rimpasto di Governo nominando, su proposta del Primo Ministro, Michel Sapin come Ministro dell'Economia e delle Finanze e Ericka Bareigts come Ministro dell'Oltremare. Sempre su proposta del Primo Ministro è stato anche nominato un nuovo Segretario di Stato al Ministero dell'Economia e Finanze, Christophe Sirugue che si occuperà dell'industria. Sono state infine ampliate le competenze di Christian Eckert, Segretario di Stato al budget e quelle di Axelle Lemaire, Segretario di Stato al digitale che vengono incaricati rispettivamente di budget e conti pubblici il primo e di digitale e innovazione la seconda.

Il **5 dicembre** Manuel Valls si è dimesso dal Governo candidandosi ufficialmente alle primarie del Partito Socialista per l'elezione presidenziale che si terranno il **22 e 29 gennaio 2017**. Il **6 dicembre** è stata nominata una nuova compagine governativa che ricalca sostanzialmente quella precedente. Al posto di Valls, il Presidente Hollande ha nominato Primo Ministro, Bernard Cazeneuve già Ministro dell'Interno del governo Valls e come Ministro dell'Interno ha nominato Bernard Le Roux.

Il **13 dicembre** Bernard Cazeneuve si è presentato all'Assemblea Nazionale con una dichiarazione di politica generale con la quale rivendicando prima le scelte in politica estera e difesa, poi le scelte economiche, e quelle sulla sicurezza del mandato di Hollande si è posto in una linea di continuità con il precedente governo.

### corte di giustizia della repubblica

La Corte di Giustizia della Repubblica che giudica sui reati dei ministri nell'esercizio delle loro funzioni ha condannato Christine Lagarde, Ministro dell'Economia dal giugno 2007 al giugno 2011, durante il quinquennio di Sarkozy, per negligenza durante il caso dell'arbitrato favorevole a Bernard Tapie nel 2008. La Corte comunque decise di dispensare l'ex Ministro dalla pena e di non iscrivere la condanna nel casellario giudiziario.

### politica estera e di difesa

Il **31 ottobre** il Ministro della Difesa Jean-Yves Le Drian ha annunciato ufficialmente la fine dell'operazione Sangaris, iniziata nel 2013, nella Repubblica centroafricana.

## CAPO DELLO STATO

### la rinuncia alla candidatura alle presidenziali del 2017

Dopo mesi di forti ambiguità, il Presidente Hollande **l'1 dicembre** ha annunciato in un solenne discorso televisivo la sua decisione di non ripresentarsi alle elezioni presidenziali del 2017. Solo **l'8 settembre** aveva pronunciato un importante discorso a Wagram nel corso di un Convegno sulla democrazia di fronte al terrorismo, discorso a lungo atteso in cui il Presidente aveva colto l'occasione di difendere il suo mandato e le scelte del suo quinquennio. Nonostante il Presidente non avesse chiarito nulla circa l'intenzione di ricandidarsi ai commentatori più attenti era sembrato l'inizio di una precampagna elettorale in vista delle elezioni presidenziali del 2017.

### politica estera e di difesa

Nel corso dell'intervento alla 71<sup>a</sup> Assemblea generale delle Nazioni Unite che si è tenuta a New York il **19 e 20 settembre**, il Presidente Hollande ha invitato i paesi a firmare l'accordo di Parigi per il clima e ad agire per permettere a tutti gli africani di accedere all'uso dell'elettricità al 2020 e a garantire la sicurezza degli Stati mettendo fine alla guerra in Siria. Riguardo il conflitto siriano il Capo dello Stato ha manifestato ancora una volta **l'11 ottobre**, di fronte al Consiglio d'Europa, il disaccordo della Francia con la Russia sul conflitto siriano.

## CORTI

## indipendenza dei giornalisti e tutela delle fonti

Il Consiglio Costituzionale con la sentenza **n. 738 DC** si è pronunciato il **10 novembre** sulla legge relativa al rafforzamento della libertà, l'indipendenza e il pluralismo dei media in merito a tre articoli per i quali era stato adito dai ricorrenti. Dei tre articoli, il Consiglio Costituzionale ha dichiarato costituzionali sia l'art. 1 relativo al diritto di opposizione che permette ad un giornalista di rifiutarsi di compiere un atto imposto dal datore di lavoro e che urta la sua convinzione professionale formata nel rispetto della carta deontologica, sia l'art. 6 relativo alle missioni del Consiglio superiore dell'audiovisivo in quanto le sue disposizioni non disconoscono alcuna esigenza costituzionale.

Di contro, il *Conseil* ha dichiarato incostituzionale l'intero art. 4 sulla protezione delle fonti dei giornalisti che modificava il regime attuale di protezione delle fonti e che permette di violare il segreto solo se vi è un motivo preminente di interesse pubblico a giustificarlo. In particolare questo articolo vietava la violazione del segreto delle fonti per la repressioni dei delitti, indipendentemente dalla sua gravità, delle circostanze e degli interessi protetti o imperativi preponderanti dell'interesse pubblico che si ricollega a questa repressione. Inoltre l'immunità penale che veniva istituita era definita in modo troppo ampio sia per le persone protette sia per i delitti coperti. Non solo si estendeva a tutti i collaboratori della redazione ma impediva la sottoposizione a giudizio per l'occultamento della violazione del segreto professionale e per la violazione dell'intimità privata, delitti che vengono puniti con cinque anni di prigione e che mirano a reprimere comportamenti che violano il diritto al rispetto della vita privata e il segreto della corrispondenza. La legge vietava anche la sottoposizione a giudizio per l'occultamento di violazione del segreto d'inchiesta e d'istruttoria, delitti ugualmente puniti con la stessa pena. Alla luce di questo quadro normativo, il Consiglio Costituzionale ha ritenuto che il legislatore non avesse assicurato una conciliazione equilibrata tra la libertà di espressione e comunicazione, da un lato, e, molte altre esigenze costituzionali, dall'altro, in particolare il diritto al rispetto della vita privata, il segreto della corrispondenza, la salvaguardia degli interessi fondamentali della Nazione e la ricerca degli autori di infrazioni.

Il *Conseil* ha infine censurato anche l'art. 27 della legge che modificava le competenze della commissione dei diritti d'autore dei giornalisti e che era stato introdotto in prima lettura al Senato con una procedura ritenuta irregolare: le disposizioni sono state infatti considerate dei « cavaliers législatifs » ovvero disposizioni senza legamee neanche indiretto col testo in discussione.

## modernizzazione della giustizia

Il **19 dicembre** il Consiglio Costituzionale con decisione **n. 739 DC** si è pronunciato sulla legge **n. 2016-1547** relativa alla modernizzazione della giustizia del XXI secolo. Sulle questioni più spinose della legge su cui si incentravano le osservazioni dei ricorrenti, ovvero l'art. 48 relativo al trasferimento ai funzionari dello stato civile la registrazione dei PACS (patti civili di solidarietà), l'art. 50 relativo ad una nuova procedura per il divorzio

breve e il paragrafo II dell'art. 56 sul trattamento delle domande di cambiamento di sesso allo stato civile, il Consiglio Costituzionale si è pronunciato per la conformità a Costituzione.

Per ciò che concerne l'art. 48 relativo ai PACS, il *Conseil* ha ritenuto che il trasferimento della registrazione ai sindaci non venga meno al principio di libera amministrazione delle collettività territoriali. Per quanto invece riguarda la procedura di divorzio breve, che prevede che i minori capaci di discernere abbiano la facoltà di essere ascoltati dal giudice il quale può negare il divorzio breve a favore di quello consensuale, il *Conseil* ha ritenuto – scartando l'argomentazione dei ricorrenti basata sulla violazione del principio di uguaglianza tra minori – che la differenza di trattamento tra minori, che beneficiano in ogni caso della protezione che discende dalle esigenze dell'autorità genitoriale, è in rapporto diretto con la legge e non è contraria al principio di uguaglianza. Per quanto rileva infine il cambiamento di sesso allo stato civile, il *Conseil* ha giudicato che l'art. 56 della legge non disconosce né l'art. 66 della Costituzione su né il principio di salvaguardia della dignità umana.

Il Consiglio Costituzionale ha invece dichiarato contrari alla Costituzione i seguenti articoli considerandoli o *cavaliers législatifs* » (norme intrusive) oppure contrarie alla regola « *de l'entonnoir* »: il 5° de l'articolo 51 relativo alla possibilità di aggiungere il nome dell'uno o dell'altro dei genitori al suo nome di nascita; l'articolo 106 relativo alla competenza del consiglio nazionale dell'ordine per rilasciare un titolo esecutivo in caso di non pagamento delle parcelle per gli avvocati; l'articolo 115 relativo alla prescrizione relativa alla prescrizione acquisitiva nei dipartimenti della Mosella, del Basso-Reno e dell'Alto-Reno; infine il 6°, 9° e 10° dell'articolo 109 che autorizza il Governo ad emanare ordinanze.

### **trasparenza, lotta alla corruzione e modernizzazione vita economica**

L'8 dicembre il *Conseil constitutionnel* adito dal Presidente del Senato, da sessanta senatori e sessanta deputati, nonché dal Primo Ministro si è pronunciato con sentenza **n. 741 DC** sulla legge relativa alla trasparenza, alla lotta alla corruzione e alla modernizzazione della vita economica. Molte sono state le disposizioni sottoposte al vaglio del *Conseil*. Innanzitutto esso ha deciso sulle disposizioni relative alla trasparenza ed in particolare su alcune disposizioni relative agli informatori, al dispositivo anticorruzione in seno alle grandi imprese e alla creazione di un repertorio digitale delle lobbies. Per quanto riguarda gli informatori, il *Conseil* ha ritenuto che la definizione datane dall'art. 6 sia sufficientemente precisa e allo stesso modo ha giudicato conforme a Costituzione anche l'art. 8 che prevede la procedura di segnalazione di un'informazione, precisando che il campo di applicazione dell'art.8 si limita all'ambito professionale dell'informatore presso il quale egli è impiegato o presta collaborazione professionale mentre non è applicabile agli informatori « esterni ».

Anche le disposizioni del paragrafo I e V dell'art. 17 delle legge relative al dispositivo di prevenzione della corruzione e quelle dell'art. 25 relativo al repertorio digitale delle lobbies sono state giudicate conformi a Costituzione. Riguardo all'art. 25 il *Conseil* ha infatti

rilevato che la definizione di questi rappresentanti di interessi è data dalla legge e che il repertorio digitale è posto sotto l'Alta Autorità per la trasparenza della vita pubblica e che tuttavia le disposizioni contestate non conferiscono ad essa il potere di imporre obblighi ai membri delle assemblee parlamentari, ai loro collaboratori o funzionari nelle relazioni con i rappresentanti delle lobbies. In tal senso il Consiglio Costituzionale ha formulato una riserva di interpretazione secondo la quale l'art. 25 non potrebbe, senza violare il principio di separazione dei poteri, vietare alle assemblee parlamentari di determinare, in seno ai rappresentanti di interessi, regole specifiche ad alcune categorie tra di esse o prendere misure individuali a loro riguardo.

L'art. 25 della legge è stato tuttavia parzialmente censurato dal *Conseil* nella parte in cui nel prevedere delitti che reprimono la violazione degli obblighi il cui contenuto non è definito dalla legge ma è rinviato agli uffici di presidenza di ogni assemblea, il legislatore ha violato il principio di legalità dei delitti e delle pene. Il *Conseil* si è inoltre pronunciato su diverse disposizioni in materia economica. In particolare il *Conseil* ha dichiarato incostituzionale l'art. 23 della legge che attribuisce al procuratore della Repubblica finanziario e alle giurisdizioni d'istruzione e giudicanti di Parigi una competenza esclusiva per la sottoposizione a giudizio, l'istruttoria e il giudizio dei delitti in materia fiscale, senza aver previsto misure transitorie necessarie in attesa del trasferimento definitivo di competenze, violando così il fine di valore costituzionale della buona amministrazione della giustizia e quello della lotta alla frode fiscale. Al contrario il *Conseil* ha giudicato conforme a Costituzione alcune disposizioni dell'art. 49 della legge che permettono all'Alto Consiglio di stabilità finanziaria di prendere misure conservative riguardo ad alcune aziende di assicurazioni in quanto queste misure, prese a tutela di interesse generale, e transitoriamente, non violano alcuna esigenza costituzionale.

Anche gli artt. 59 e 60 della legge relativi alla protezione della proprietà delle persone pubbliche straniere sono stati dichiarati conformi a Costituzione in quanto non violano né i diritti di proprietà né il diritto ad ottenere l'esecuzione di una decisione giurisdizionale. Il *Conseil* ha inoltre giudicato conforme a Costituzione anche l'art. 123 della legge relativo alle regole fissate dal codice del commercio in materia di termini di pagamento. Il Consiglio ha invece censurato le disposizioni dell'art. 137 relativo al « reporting fiscal », paese per paese, ritenendo che l'obbligo previsto per certe società di rendere pubblici gli indicatori economici e fiscali paese per paese è di natura tale da permettere di identificare elementi essenziali della loro strategia industriale e commerciale, e, pertanto, tali disposizioni arrecano un pregiudizio non proporzionale alla libertà di impresa e sono quindi contrarie alla Costituzione.

Per quanto concerne l'art. 161 relativo al voto dell'assemblea generale delle società sulla politica di remunerazione dei dirigenti è stato dichiarato costituzionale. Il Consiglio Costituzionale ha infine dichiarato non conformi a Costituzione il paragrafo II dell'art. 19 della legge e l'art. 57 la cui incostituzionalità emerge dai dibattiti parlamentari. In particolare, l'art. 57 prevedendo il parere preventivo delle commissioni parlamentari per il decreto ministeriale che modifica la lista degli stati e territori non cooperativi è stato

giudicato incostituzionale, in quanto facendo intervenire il legislativo nell'attuazione del potere regolamentare violerebbe il principio di separazione dei poteri.

Il Consiglio Costituzionale ha inoltre censurato quegli articoli che non assicuravano il rispetto delle esigenze costituzionali che si impongono al legislatore in materi di accessibilità della legge. L'art. 134 relativo al potere dell'assemblea ordinaria di una società anonima di affidare ad un amministratore il compito di seguire le evoluzioni tecnologiche è stato dichiarato incostituzionale, così come alcune disposizioni relative al controllo sul trasferimento di certi pubblici funzionari verso il settore privato, alla nuova ripartizione di competenze tra Alta autorità per la trasparenza della vita pubblica e la Commissione di deontologia della funzione pubblica, ritenute contraddittorie e anch'essa dichiarate quindi incostituzionali. Infine il *Conseil* ha censurato diverse disposizioni ritenute « cavaliers législatifs » dal momento che non rappresentano un legame neanche indiretto con le disposizioni del progetto di legge iniziale.

## DIFENSORE DEI DIRITTI

L'8 dicembre il *Conseil constitutionnel* si è pronunciato con sentenza n. 740 DC sulla legge organica relativa alle competenze del Difensore dei diritti nel caso specifico dell'orientamento e la protezione degli informatori. La legge, composta di un solo articolo, è stata giudicata conforme mentre è stata dichiarata incostituzionale l'espressione « et, en tant que de besoin, de lui assurer une aide financière ou un secours financier » relativa all'aiuto economico per gli informatori: l'art. 71-1 Cost., infatti, non attribuisce al Difensore dei diritti la competenza di predisporre, esso stesso, un aiuto finanziario a coloro che vi si rivolgono.

### decisioni qpc – diritto degli stranieri ed espulsione

Si segnala in questa sede la decisione n. 2016-580 QPC del 5 ottobre con cui il *Conseil* si è pronunciato su ricorso del Consiglio di Stato del 6 luglio su una questione prioritaria di costituzionalità relativa alla conformità ai diritti e alle libertà che la Costituzione garantisce dell'art. 522-1 del codice di entrata e di soggiorno degli stranieri e del diritto di asilo (CESEDA). L'articolo incriminato prevede, di norma, che l'espulsione di uno straniero non possa esser pronunciata senza che l'autorità amministrativa l'abbia precedentemente avvisato e senza che egli sia stato ascoltato dalla commissione prevista dal codice al 2°, tranne nel caso di « urgenza assoluta » per il quale l'autorità amministrativa è dispensata da questi obblighi.

I ricorrenti avevano contestato sia che l'interessato sarebbe privato della possibilità di esercitare un ricorso contro la decisione di espulsione di fronte al giudice amministrativo – in particolare davanti al giudice di riferimento che può sospendere l'esecuzione della misura di espulsione o ordinare ogni misura necessaria alla salvaguardia di una libertà fondamentale -, sia l'assenza di un termine, entro la notifica di espulsione e l'esecuzione d'ufficio di questa misura, assenza che peraltro non risulta dalle disposizioni contestate. Il

Consiglio Costituzionale ha perciò dichiarato conformi a costituzione queste disposizioni in quanto non violano il diritto al ricorso giurisdizionale effettivo né il diritto al rispetto della vita privata rilevando che l'urgenza assoluta risponde alla necessità di potere, in caso di minaccia immediata, allontanare dal territorio nazionale uno straniero in nome delle esigenze imperative di ordine pubblico.

### **consiglio di stato e principio di laicità: il caso dei presepi natalizi**

Si segnalano in questa sede due sentenze del Consiglio di Stato del 9 novembre – CE 395122 e 395123 con le quali si è pronunciato su due questioni simili relative all'allestimento di presepi e al principio di laicità. Le giurisdizioni amministrative erano state adite da due federazioni di liberi pensatori, la *Fédération départementale des libres penseurs della Seine-et-Marne* e la *Fédération de la libre pensée della Vandea*, che avevano contestato l'allestimento del presepio di natale da parte del comune di Melun (Seine-et-Marne) e da parte del Dipartimento di Vandea ricevendo decisioni contraddittorie.

Nel primo caso il tribunale amministrativo di Melun aveva rigettato la domanda presentata dalla *Fédération départementale des libres penseurs della Seine-et-Marne* di annullare per eccesso di potere la decisione implicita di rigetto del sindaco di Melun della richiesta di non allestire il presepe nel cortile del comune per le feste natalizie nel dicembre 2012. La federazione si era allora rivolta alla corte amministrativa di appello di Parigi che aveva deciso annullando sia la decisione implicita del comune che la precedente decisione di rigetto del tribunale amministrativo di Melun. Il Comune di Melun aveva pertanto richiesto tra il 1° dicembre 2015 e l'11 gennaio 2016 al Consiglio di Stato di annullare l'ordinanza della corte amministrativa di appello di Parigi.

Nel secondo caso, la *Fédération de la libre pensée* della Vandea aveva domandato al tribunale amministrativo di Nantes di annullare per eccesso di potere la decisione implicita con la quale il presidente del consiglio generale della Vandea aveva rigettato la sua richiesta di astenersi dall'allestire qualsiasi elemento di culto nei locali dell'edificio del Dipartimento durante il periodo delle festività alla fine dell'anno 2012. Con decisione n. 1211647 del 14 novembre 2014, il tribunale amministrativo di Nantes aveva accolto la richiesta mentre con ordinanza n° 14NT03400 del 13 ottobre 2015, la corte amministrativa di appello di Nantes, accogliendo il ricorso in appello del Dipartimento di Nantes aveva annullato tale decisione e rigettato la richiesta presentata in prima istanza dalla *Fédération de la libre pensée* della Vandea.

Il Consiglio di Stato era stato chiamato a pronunciarsi su questi due casi del 2012 : sulla decisione della corte amministrativa di appello di Parigi che aveva vietato ogni allestimento di presepi di Natale in nome del principio di neutralità e su quella della corte amministrativa di appello di Nantes che aveva ritenuto l'allestimento di un presepe non segno o emblema religioso senza però la valutazioni di precisi criteri. Innanzitutto il Consiglio di Stato ha precisato i criteri ai quali occorre attenersi per considerare l'allestimento di un presepe legittimo o meno. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'allestimento di un presepe per la pubblica collettività in un edificio pubblico è possibile

quando il presepe rappresenta carattere culturale, artistico e festivo mentre è vietato se esprime riconoscimento di un culto o sottolinea una preferenza religiosa. Il Consiglio di Stato nella sua decisione ha preso in considerazione il contesto e le condizioni particolari dell'allestimento e l'esistenza o meno delle tradizioni locali. In questo modo il Consiglio di Stato ha aperto alla possibilità di un allestimento di presepi in un edificio pubblico come il comune solo nel caso in cui esso rappresenti un carattere culturale, artistico o festivo; in caso contrario infatti sarebbe non conforme al principio di neutralità di una persona pubblica. Il Consiglio di Stato ha anche operato una distinzione tra edifici pubblici ed altri luoghi pubblici per i quali maggiore sembra essere stata l'apertura all'allestimento di presepi.

Alla luce di questi criteri ha infine censurato entrambe le decisioni delle corti amministrative di appello nel primo caso perché la corte di appello di Parigi aveva vietato in nome della neutralità delle persone pubbliche verso il culto, « ogni » allestimento di segni o emblemi religiosi che manifestano il riconoscimento di un culto o sottolineano una preferenza; nell'altro perché la corte di appello di Nantes non aveva precisato i criteri per in alcuni casi i presepi di Natale possono essere permessi dal momento che possono avere più significati e non presentano sempre un carattere religioso ma al contrario possono rappresentare tradizioni locali per le feste di fine anno, ad esempio.

## AUTONOMIE

### comuni associati e azione estera delle collettività territoriali

L' **8 novembre** viene promulgata la legge **n. 2016-1500** (J.O. del 9 dicembre) relativa al mantenimento di comuni associati sotto forma di comuni delegati in caso di creazione di un nuovo comune. La proposta di legge era stata presentata al Senato dal gruppo de *Les Républicains* il **20 novembre 2015** ed ivi approvato in prima lettura l'**8 marzo 2016**. Trasmessa all'Assemblea Nazionale il testo era stato adottato con modifiche l'**1 giugno**. In seconda lettura, il Senato l'aveva poi approvata in via definitiva il **25 ottobre**. L'obiettivo della legge è quello di completare il dispositivo proposto dalla legge n. 2015-292 relativa al miglioramento del regime dei nuovi comuni e si propone di offrire la facoltà ai comuni associati di essere mantenuti in qualità di comuni delegati nel quadro di un nuovo comune.

Il **5 dicembre** (J.O. del 6 dicembre) vengono promulgate due leggi relative ai comuni. Si tratta della legge **n. 2016-1657** relativa all'azione estera delle collettività territoriali e alla cooperazione dell'oltremare nel loro ambiente regionale e della legge **n. 2016-1658** relativa all'elezione dei consiglieri comunali nei comuni associati della Polinesia francese e alla modernizzazione del codice delle collettività territoriali applicabile ai comuni della Polinesia francese, ai loro raggruppamenti e ai loro enti pubblici.

La prima legge la **n. 2016-1657**, relativa all'azione estera delle collettività territoriali e alla cooperazione dell'oltremare nel loro ambiente regionale, mira - sulla base di una prassi, avviata dal regime previsto dalla legge di orientamento dell'oltremare n. 2000-1207 del 13 dicembre 2000, ormai consolidata di azioni di cooperazione decentralizzata o di cooperazione regionale che ha fatto acquisire alle regioni e ai dipartimenti d'oltremare la dimensione d'interlocutori ineludibili presso gli stati vicini e dell'Unione europea -, ad adattare la normativa, senza alcun pregiudizio per le prerogative statali, al fine di dotare l'azione delle collettività d'oltremare di una più grande visibilità e di una maggiore rilevanza in rapporto alle questioni complesse del loro ambiente internazionale.

La proposta di legge era stata presentata dal gruppo socialista all'Assemblea Nazionale il **22 luglio 2015**. Sul testo il Governo aveva deciso il ricorso alla procedura accelerata il **29 febbraio 2016** ed era poi stato approvato in prima lettura il **24 marzo**. Trasmesso al Senato, era stato definitivamente adottato senza modifiche il **23 novembre**.

La legge è articolata in quattro capitoli. Il primo riguarda le disposizioni relative all'azione estera dei tutte le collettività territoriali in generale e ai loro raggruppamenti (art.1). Il secondo capitolo (dall'art. 2 all'art. 12) è relativo alle disposizioni che estendono il campo geografico della cooperazione regionale dell'oltremaree che permettono alla Guadalupa e alla Martinica di avere delle relazioni internazionali non solo con gli Stati o territori dei Caraibi ma anche con i paesi vicini sul continente americano o con dei paesi vicini alla Guyana. Il terzo capitolo (dall'art. 13 all'art. 21) è relativo alle disposizioni sulle regole applicabili all'autorizzazione a negoziare accordi nell'ambito delle competenze proprie delle collettività territoriali d'oltremare. Il capitolo quarto (dall'art. 22 all'art. 26) riguarda infine le disposizioni relativi al quadro delle azioni estere delle collettività territoriali.

Quanto alla seconda legge la **n. 2016-1658**, la proposta di legge era stata depositata da Lana Tetuanui (UDI-UC – Polynesia Francese) al Senato il 4 maggio ed ivi approvata in prima lettura il **30 giugno**. Trasmessa all'Assemblea Nazionale la proposta era stata adottata senza modifiche il **24 novembre**. La legge comprende due titoli. Il primo titolo (art. 1) è dedicato alla modifica del codice elettorale e che prevede: una elezione con lista unica, con rappresentatività obbligatoria, di ogni comune associato, e applicazione della parità; l'applicazione del premio maggioritario alla lista che ha vinto a livello comunale, con ripartizione di questo premio in ogni comune associato, con un sistema che garantisca tuttavia che la lista che ha vinto in un comune associato possa disporre di un minimo di un eletto; attribuzione dei seggi restanti seguendo i risultati in ciascun comune associato, che permetta così alla lista che ha vinto nel comune associato di avere almeno un eletto. Il titolo secondo (dall'art. 2 all'art.14) è invece dedicato alla modifica del codice generale delle collettività territoriali applicabili ai comuni della Polinesia francese, ai loro raggruppamenti e ai loro enti pubblici.

## **denominazioni e capoluoghi nuove regioni**

Il **29 settembre** vengono approvati i decreti che fissano il nome e il capoluogo delle sette nuove regioni create dalla riforma territoriale.

[Si può richiudere il vaso di Pandora? Il Tribunale respinge la richiesta di misure cautelari in vista della votazione del Consiglio dei Ministri dell'UE sull'Accordo CETA](#)

DI ASTRID ZEI<sup>2521</sup>

In un contesto animato da crescenti tensioni circa il rispetto degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea e da diffusi movimenti di pensiero che sfidano gli obiettivi dell'integrazione politica ed economica, il nuovo corso giurisprudenziale del Tribunale costituzionale federale rischia di scoperchiare un vaso di Pandora, costringendo i giudici al ruolo senz'altro scomodo, quantunque interpretato con convinzione, di ultimo presidio nazionale nel quadro di un processo di liquefazione della sovranità.

Con la [sentenza del 21 giugno 2016](#) sul Programma OMT della Banca centrale europea il Tribunale costituzionale federale aveva infatti ulteriormente dilatato la dimensione soggettiva del principio democratico sviluppata a partire dalla sentenza Lisbona, trattando espressamente di un “diritto alla democrazia” (par. 166 e 185) e legittimando l'istituto del *Verfassungsbeschwerde* avverso gli atti *ultra vires* dell'UE, fino a ricomprendere tra i motivi di un ricorso non solo le omissioni che corrispondono alla violazione di precisi obblighi giuridici, ma anche l'inertza politica delle autorità tedesche qualora si palesi una modifica strutturale nel riparto delle competenze tra l'UE e gli Stati membri che violi il programma di integrazione iscritto nell'art. 23, primo e secondo co., LF.

Questo orientamento interpretativo ha raccolto anche in Germania molte voci critiche sia nell'ambito della dottrina, che lo considera non coerente con i principi sviluppati nella pregressa giurisprudenza del Tribunale, e potenzialmente destabilizzante per gli equilibri iscritti nella Costituzione tedesca, sia da parte degli osservatori, anche stranieri, che vi leggono una minaccia per la stessa tenuta del modello di integrazione europea, i cui processi politici risultano soggetti ad una sempre più profonda crisi di legittimazione.

<sup>2521</sup>Professore associato di diritto pubblico comparato – “Sapienza” Università di Roma

In questo contesto, il **31 agosto** il Prof. Fischer Lescano, dell'Università di Bremen, aveva depositato presso il Tribunale costituzionale federale “il più grande ricorso individuale della storia tedesca”: un *Verfassungsbeschwerde* [[2 BvR 1823/16](#)] che riunisce un conflitto di attribuzioni sollevato dal gruppo della Sinistra (*Die Linke*) del Bundestag assieme ad un fascio di 125.009 ricorsi individuali con cui si pretende l'illegittimità del *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (abbr. CETA) che l'Unione europea ha negoziato con il Canada, e che prevede il riconoscimento reciproco degli standard in vigore oltre ad uno speciale quadro normativo e un sistema di giustizia alternativa a tutela degli investimenti.

Non colpisce solo la consistenza delle sottoscrizioni, ma anche il fatto che tale mobilitazione riguardi un provvedimento estremamente complesso, dal contenuto ostico, perché estremamente tecnico, di cui si critica anche, e forse soprattutto, l'opacità, tenuto anche conto che la Commissione europea ha reso pubblico il testo del [mandato negoziale](#) conferito al Consiglio europeo il 24 aprile 2009 solamente il 15 dicembre 2015, mentre il [testo dell'accordo](#) è stato pubblicato il 26 settembre 2014.

L'art.93, primo co., n. 4 a, LF circoscrive l'oggetto di un ricorso individuale agli atti delle autorità tedesche, e pretende dunque un tramite che consenta al Tribunale di esercitare solo indirettamente un sindacato sugli atti *ultra vires* dell'UE, nel caso in cui l'atto impugnato risulti in contrasto con il programma di integrazione europea iscritto nell'art. 23, primo co., LF, ovvero con gli altri limiti tracciati dalla Legge Fondamentale.

Tra le questioni che hanno contribuito ad animare il dibattito politico sui negoziati relativi all'Accordo e a mobilitare una parte dell'opinione pubblica, soprattutto in Germania e in Austria, vi è però proprio la scarsa trasparenza e l'informalità dell'intero processo, cui sono mancati, almeno in parte, anche i presidi del controllo parlamentare. Fino alla ratifica dell'Accordo mancherebbero dunque gli atti delle autorità nazionali su cui poggiare l'ammissibilità del ricorso [in questo senso, v. la sentenza del 7 settembre 2011, [BVerfGE 129, 124 <176>](#)].

Con la pronuncia del 21 giugno 2016 (par. 83 -104), però, il Tribunale costituzionale federale aveva già lambito i limiti del sindacato politico, ricomprendendo nella nozione di

“atto” anche “l’inerzia delle autorità, che violi la responsabilità degli organi costituzionali tedeschi rispetto all’integrazione europea (“*Integrationsverantwortung*”)", rivendicando la possibilità di un sindacato sulla natura *ultra vires* degli atti dell’UE che “determinano un obbligo di reazione in capo agli organi costituzionali tedeschi in forza dallo loro responsabilità rispetto agli sviluppi del processo di integrazione europea” (par. 99-100 della stessa pronuncia).

Seguendo la nuova strada aperta dal Tribunale, che per la verità è paurosamente scoscesa, i ricorsi presentati contro l’Accordo CETA pretendono l’illegittimità delle omissioni del Governo tedesco, che non ha immediatamente respinto la raccomandazione della Commissione europea del 5 luglio 2016 [[COM 2016 \(470\) final](#)] con cui si invitava il Consiglio ad approvare l’Accordo di libero scambio con il Canada e ad autorizzarne l’applicazione transitoria nelle more del processo di ratifica, decisioni, queste, entrambe programmate per il **18 ottobre**.

La legittimazione a ricorrere si fonda sull’art. 38, primo co., LF, la cui portata si chiarisce, conformemente alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, nel combinato disposto con gli art. 20, 79, terzo co. e con l’art. 23 LF. L’accordo comporterebbe infatti una sensibile riduzione dei poteri decisionali del Bundestag tedesco, non coperta dal diritto dei Trattati, e si configurerebbe pertanto come un atto *ultra vires*. Al contempo esso violerebbe l’identità costituzionale tedesca, ponendosi in contrasto con il principio democratico, con lo stato di diritto, e con il principio dello stato sociale.

Il Tribunale costituzionale federale si pronuncerà nel merito del ricorso non prima di qualche mese. Nel frattempo i ricorrenti hanno chiesto ai giudici il rilascio di una misura cautelare, ai sensi del § 32 della Legge sul Tribunale costituzionale federale (BVerGG), atta ad impedire il voto favorevole del governo tedesco nella riunione di ottobre.

Sebbene tali misure si configurino in via generale come un rimedio eccezionale, la cui concessione è sempre ispirata a stringenti regole di prudenza - soprattutto quando le conseguenze si spiegano nell’ambito della politica estera e del diritto internazionale - in questo quadro la richiesta di inibire il voto tedesco, e così facendo sospendere

l'applicazione provvisoria del Trattato, risulta paradossalmente più convincente del ricorso principale.

Il Tribunale costituzionale federale, però, il **13 ottobre** ha respinto le istanze [[2 BvR 1368/16](#)]. Alla base della pronuncia vi è una delicatissima operazione di bilanciamento nell'ambito della quale, diversamente da quanto avviene nel processo amministrativo, non risulta dirimente il *fumus bonis iuris* circa il merito del ricorso, perché, anzi, diversi passaggi sembrano confortare le ragioni dei ricorrenti, quanto la necessità di valutare la gravità degli effetti paventati nelle more della decisione, attraverso una attenta ponderazione delle serissime conseguenze politiche di un voto negativo del Ministro tedesco (par. 45, 48), anche nel rispetto della discrezionalità del governo nell'esercizio della politica europea, estera ed economica (par. 47), tenendo conto, al contempo, dell'altissimo rango e dell'indisponibilità del "diritto alla democrazia" di cui il Tribunale costituzionale federale si pretende premuroso garante.

Se è vero – nelle parole del Tribunale – che l'Accordo potrebbe risultare *ultra vires*, che l'istituzione del sistema delle Commissioni ivi previsto dallo stesso potrebbe risultare incompatibile con il principio democratico, che è parte dell'identità costituzionale tedesca (par. 59, 71) e che le deliberazioni adottate in Commissione, anche con riguardo alla modifica dell'Accordo, dei suoi Protocolli ed Allegati, ai sensi dell'art. 26.1., risultano sottratte alle garanzie del controllo e della responsabilità del Bundestag (par. 65), al contempo il voto negativo del governo tedesco nella riunione del **18 ottobre** rischierebbe di compromettere l'intero processo di ratifica, facendo fallire l'accordo prima della sottoscrizione, programmata il **27 ottobre**. Ciò a maggior ragione se si considera che l'applicazione provvisoria degli accordi commerciali si iscrive in una prassi consolidata dell'UE, basata sulla norma facoltizzante contenuta nell'art. 218, quinto comma, TFUE (par. 45).

La mancata entrata in vigore dell'accordo si potrebbe inoltre ripercuotere sulle future politiche di partenariato commerciale dell'UE, minando la credibilità dell'Europa, e in particolare della Germania, in quanto Stato all'origine del fallimento dell'Accordo (par. 48-

49). Questi sono i diversi scenari ponderati dal Tribunale, che ha quindi deciso di respingere la richiesta di una misura cautelare.

Valutare gli effetti della pronuncia risulta comunque problematico. Il Tribunale costituzionale federale, infatti, ha motivato il diniego anche elencando una serie di circostanze che valgono a limitare il rischio di un'irreparabile compromissione dell'identità costituzionale tedesca. Anzitutto, la natura mista dell'accordo, che in quanto tale richiede la ratifica da parte di tutti gli Stati membri dell'UE, e dunque riserva comunque l'ultima parola al Parlamento di Berlino (par. 38 della pronuncia). Il Tribunale costituzionale federale non sembra avere dubbi al riguardo (par. 52-58), tanto più che già nella *sentenza Lisbona* i giudici avevano precisato, ad esempio, che la materia degli investimenti esteri diretti, che l'art. 207, primo comma, TFUE affida alla politica commerciale comune, di competenza esclusiva dell'Unione europea, non ricomprende anche la tutela degli investimenti, che richiederebbero invece la sottoscrizione di un accordo misto (par. 379 della sentenza Lisbona), e invece che è una delle materie disciplinate dall'Accordo CETA.

In questa prospettiva, anzi, forse il Tribunale costituzionale federale avrebbe potuto più semplicemente rimettere le carte ai ricorrenti confidando nelle garanzie costituzionali del procedimento di ratifica, come sembra fare nell'ultimo passaggio della pronuncia (par. 73).

La tesi della natura mista dell'Accordo è stata accolta però dalla Commissione europea solo "provvisoriamente", vale a dire in attesa che la Corte di Giustizia dell'Unione europea si pronunci sulla portata e sulla natura dell'Accordo di libero scambio con Singapore (ALS/UE-S), poiché, secondo i Commissari, esso "persegue obiettivi identici e ha essenzialmente gli stessi contenuti" dell'Accordo con il Canada (causa A-2/15) [[COM 2016 \(470\) final](#)].

Sulla ricostruzione del Tribunale costituzionale grava dunque la possibilità che i giudici europei accolgano una lettura diversa quando si pronunceranno, e ciò avverrà probabilmente entro la primavera del 2017.

In tal caso, è vero che la possibilità di un sindacato sulla natura *ultra vires* dell'accordo da parte del Tribunale costituzionale federale non sarebbe preclusa, ma avrebbe a quel

punto un costo politico immenso, molto maggiore rispetto ad un'eventuale sospensione dell'iter di approvazione da parte del Consiglio dei Ministri dell'UE.

Condividendo la tesi della natura mista dell'accordo, il governo tedesco si è impegnato a votare per l'applicazione provvisoria al Trattato limitatamente alle misure che rientrano nelle competenze esclusive dell'UE (par. 70), avendo inoltre già presentato le sue riserve a Bruxelles con riguardo ad una serie di materie puntualmente indicate (par. 69).

Tuttavia, anche in considerazione del fatto che l'Accordo CETA si configura come un ambizioso quadro regolativo degli scambi e degli investimenti in un novero amplissimo di materie, una ripartizione netta delle competenze, in parte riservate all'Unione e in parte lasciate alla legislazione degli Stati, si rivela necessariamente una operazione complessa. Difatti, gli ambiti materiali che il Tribunale costituzionale federale nella pronuncia non ha considerato soggetti alla decisione sulla applicazione provvisoria dell'Accordo non sono del tutto coincidenti con quelli indicati dal governo (par. 70).

Incerto appare anche l'esito dei negoziati che il governo federale si è impegnato a concludere con gli altri Ministri dell'UE per assicurare che le deliberazioni assunte dal Consiglio ai sensi dell'art. 30.2, secondo comma, dell'Accordo CETA siano vincolate - attraverso un accordo interistituzionale - alla regola dell'unanimità (par. 71). Soprattutto, alcuni passaggi della pronuncia possono risultare ambigui: ad esempio, quando il Tribunale costituzionale federale precisa che il governo federale ha assicurato che agirà in maniera che “risulti *con certezza* che la deliberazione del Consiglio (...) non debba essere qualificata come un atto *ultra vires*” (par. 67), e quando “*presume*” (par. 70) che il governo federale non approverà l'applicazione immediata di tutte le misure che riguardano la tutela degli investimenti - compreso il sistema dei Tribunali - , il traffico marittimo internazionale, il riconoscimento reciproco delle qualificazioni professionali, e la tutela del lavoro (par. 70), e così facendo introduce macro materie cui il governo federale non si era espressamente riferito. Non è chiaro cioè se questi impegni debbano essere considerati quali presupposti di fatto che giustificano l'ordinanza di inammissibilità – come dire: posto che il governo tedesco è determinato ad agire in un certo modo, vengono meno le ragioni di una misura

cautelare – oppure consistano in una serie di condizioni che il Tribunale costituzionale federale ha ritenuto di imporre alle autorità tedesche.

La prima ipotesi sembrerebbe senz'altro preferibile. Viene comunque da chiedersi quali siano le conseguenze qualora il governo federale disattenda tali raccomandazioni. E' una possibilità cui il Tribunale costituzionale federale dedica il penultimo passaggio della pronuncia, ipotizzando che il governo “non riesca ad evitare un atto che potrebbe essere *ultra vires* oppure una violazione dell'identità costituzionale tedesca”. In tal caso “sebbene ciò non costituisca un obbligo” il governo si sarebbe impegnato a negoziare la possibilità di avvalersi della clausola contenuta nell'art. 30.7, terzo comma, lett. c) dell'Accordo, che riconosce alle “parti contraenti” la possibilità di rinunciare unilateralmente alla sua applicazione provvisoria, dandone notifica per iscritto.

Oggi, però, alla luce del diritto internazionale, non è chiaro se tale disposizione vada riferita solamente al Canada e all'Unione europea, cui il diritto europeo dei Trattati riserva l'esercizio del potere di negoziare gli accordi commerciali, ovvero se anche i singoli Stati membri siano da considerarsi “parti”, come dimostra una [scheda di approfondimento](#) pubblicata a dicembre dal Servizio Studi del Bundestag e poi velocemente sbianchettata in tutti i passaggi cruciali.

All'Accordo, comunque, sono state allegate [38 Dichiarazioni](#). La Dichiarazione del Consiglio n. 15 “conferma che saranno soggette all'applicazione provvisoria soltanto le materie che rientrano nell'ambito della competenza dell'UE”. La “Dichiarazione *riguardo alla cessazione dell'applicazione provvisoria del CETA*”, sottoscritta solamente dalla Germania e dall'Austria ([Dichiarazione n. 21](#)), riserva a tali Stati la possibilità di “esercitare i diritti risultanti dall'articolo 30.7, paragrafo 3, lettera c), assumendo le misure necessarie conformemente alle procedure UE”, senza chiarire gli effetti di una eventuale notifica da parte della Germania.

Riguardo alle modalità di votazione dei membri del Consiglio dei Ministri UE in seno al Comitato misto CETA, la Dichiarazione del Consiglio e degli Stati membri n. 19 si limita a prescrivere una “definizione di comune accordo”.

A seguito del voto contrario dell'Assemblea della regione della Vallonia, uno dei sette Parlamenti dell'ordinamento belga, la votazione del Consiglio dei Ministri dell'UE, originariamente calendarizzata il **16 ottobre**, è stata rinviata al **28 ottobre**, dopo una nuova deliberazione, questa volta favorevole, della Vallonia.

Nei giorni successivi il Tribunale ha ricevuto altri ricorsi che denunciavano la legittimità dell'Accordo CETA e invocavano misure cautelari conformi alle raccomandazioni già contenute nell'ordinanza del **13 ottobre**.

Il **7 dicembre** le istanze sono state respinte [[2 BvR 1444/16](#); [2 BvR 1482/16](#); [2 BvR 1823/16](#); [2 BvE 3/16](#)] anzitutto perché tardive (par. 20 della pronuncia), e in secondo luogo poiché il Tribunale costituzionale federale non ha condiviso i motivi adottati dai ricorrenti: anzitutto, l'elenco delle materie riservate alla competenza esclusiva dell'UE cui i contraenti hanno dato esecuzione provvisoria è contenuto nella [Decisione del Consiglio relativa all'applicazione provvisoria dell'accordo economico e commerciale globale \(CETA\) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra](#) (10974/16). Il Tribunale costituzionale federale l'ha ritenuto sostanzialmente coincidente con la classificazione proposta nella pronuncia del **13 ottobre**, anche in forza dell'ausilio interpretativo offerto dalla Dichiarazione n. 15. In secondo luogo, la formulazione contenuta nella Dichiarazione n. 19 - "definizione di comune accordo" - andrebbe interpretata – secondo i giudici - come un riferimento all'unanimità. Infine, la Dichiarazione n. 18 precisa "che è improbabile che nel prossimo futuro siano necessarie decisioni di modifica del CETA o interpretazioni vincolanti del CETA adottate dal comitato misto CETA. Pertanto la Commissione non intende presentare proposte ai sensi dell'articolo 218, paragrafo 9, ai fini della modifica del CETA o dell'adozione di un'interpretazione vincolante dello stesso *prima della conclusione del procedimento principale dinanzi alla Corte costituzionale tedesca*".

Quanto all'ipotesi di una notifica unilaterale da parte della Germania, ai sensi dell'art. 30.7, terzo comma, lett. c) dell'Accordo, il *Bundesverfassungsgericht* ha considerato determinante ai fini dell'interpretazione la lettera trasmessa il **28 ottobre** dal Rappresentante permanente della Repubblica federale tedesca presso l'Unione europea

congiuntamente al testo della Dichiarazione n. 18, in cui si fa espresso riferimento alla pronuncia del Tribunale costituzionale federale del **13 ottobre**.

## ELEZIONI

### L'ascesa politica degli euroscettici

Le elezioni del **4 settembre** nel Mecklemburg-Vorpommern hanno nuovamente assegnato la maggioranza relativa al partito socialdemocratico (SPD) con il 29,42% dei consensi, confermando però l'ascesa del partito euro-scettico "Alternativa per la Germania" (*Alternativ für Deutschland*, abbr. AfD), il quale si è imposto quale seconda forza politica, come già era accaduto nel Sachsen-Anhalt il 13 marzo 2016, anche se con un vantaggio minimo (21,90%) rispetto al partito cristiano-democratico (CDU: 21,80%). Rispetto alle precedenti consultazioni il partito della Sinistra (*Die Linke*) ha perso 3,48 punti percentuali, rinunciando così a 3 mandati (11 in tutto). Il partito liberale (FDP) e il partito nazionale (NPD) hanno raccolto poco più del 3% dei consensi, e anche il partito dei Verdi (4,82%) non è riuscito a superare la soglia di sbarramento del 5% imposta dalla legge elettorale. Alternativa per la Germania, in altre parole, ha attinto voti dal bacino elettorale di tutti gli altri partiti, conquistando 18 seggi nel Landtag (la SPD ha eletto 24 deputati, la CDU 16, la Sinistra 11). Il **22 settembre** la SPD e la CDU hanno sottoscritto un accordo per la formazione di un "grande coalizione". Il **1 novembre** il Landtag ha consegnato per la terza volta il mandato di Governatore a Erwin Sellering (SPD).

Due settimane dopo, il **18 settembre**, si è votato a Berlino. Anche qui *Alternativ für Deutschland* ha conquistato per la prima volta gli scranni dell'Assemblea, ottenendo 25 mandati. In termini percentuali si tratta di un risultato meno spettacolare rispetto alle elezioni del Meklemburg-Vorpommern (14,18%): i partiti tradizionali, compresi i Verdi e la Sinistra continuano a convincere di più, ma mentre questi ultimi hanno guadagnato il 3,9% dei consensi rispetto alle precedenti consultazioni (15,64%), i partiti della "grande coalizione" che governano il Paese hanno registrato un crollo di circa sei punti percentuali (SPD: 21,55%, -6,7%; CDU: 17,62%, -5,7%), segno questo della capacità di Alternativa per la Germania di intercettare la diffidenza dell'elettorato soprattutto nei confronti della politica sull'immigrazione promossa dal Cancelliere Angela Merkel (CDU). Il **16 novembre** il partito socialdemocratico (SPD), la Sinistra (*Die Linke*), e i Verdi hanno formato un governo di coalizione.

## verso una nuova riforma relazioni finanziarie tra la federazione e i länder

Il **15 dicembre** il Governo federale ha presentato al Bundesrat un progetto di revisione costituzionale [[BR Drs. 769/16](#)] che, attraverso la modifica di tredici articoli della Legge Fondamentale, ridisciplina le relazioni finanziarie tra i diversi livelli di governo, oggi affidate anche alle leggi sui parametri (*Maßstäbengesetz*) del 9 settembre 2001 e alla Legge sulla perequazione finanziaria (*Finanzausgleichsgesetz*) del 20 dicembre 2001 in vigore fino al 2019.

Era stato il Tribunale costituzionale federale, con una sentenza dell'11 novembre 1999, a prescrivere al legislatore una revisione del sistema di perequazione fiscale prima del 2020. [L'accordo di coalizione](#) sottoscritto nella XVIII legislatura impegnava i partiti di governo ad avviare una riforma delle relazioni finanziarie tra i diversi livelli di governo attraverso un ciclo di colloqui con i Länder e ad affidare parallelamente ad una Commissione della Federazione e dei Länder, che avrebbe riunito anche i rappresentanti dei Comuni, l'elaborazione di una serie di proposte in merito al sistema di perequazione finanziaria dei Länder, ai vincoli derivanti dal Trattato europeo sul *Fiscal Compact*, alle regole sull'indebitamento dei Länder, alla ripartizione delle entrate e delle uscite della Federazione, agli sgravi fiscali, all'eventuale mantenimento del contributo di solidarietà (p. 95)

Il testo formalizza le [proposte](#) elaborate nell'ambito della Conferenza che ha riunito i membri del Governo federale e dei Länder che si è riunita il **14 ottobre**, e che **l'8 dicembre** ha raggiunto un accordo anche in merito alla disciplina attuativa.

Si tratta di un nuovo modello nel quale si iscrivono una serie di misure tese a razionalizzare anche i criteri che presiedono all'allocatione e all'amministrazione degli investimenti strategici della Federazione e degli aiuti federali ai Länder e ai Comuni più deboli.

Ad oggi la perequazione finanziaria si articola in un sistema a più livelli, nell'ambito del quale l'art. 107, primo comma, LF prevede l'assegnazione di quote integrative del gettito fiscale ai Länder le cui entrate derivanti da imposte dei Länder e dall'imposta sul reddito e sulle imprese siano inferiori alla media per abitante dei Länder e l'art. 107, secondo comma, introduce un sistema di compensazione delle differenti capacità finanziarie dei Länder

La riforma ricostruisce il sistema della perequazione finanziaria basandola essenzialmente sul principio dell'adeguata compensazione delle differenti capacità finanziarie dei Länder iscritto nell'art. 107 LF, tenendo conto, nella determinazione della forza e del fabbisogno finanziario, della situazione dei Comuni, pertanto senza vincoli derivanti dai volumi della quota dell'imposta sul reddito attribuita ai Länder. A questi trasferimenti si aggiungono, in forza del nuovo art. 107, sesto comma, LF ulteriori

compensazioni al livello dei Comuni ovvero trasferimenti atti a compensare quelle situazioni in cui si registri un accesso inferiore alla media agli incentivi per promuovere la ricerca disciplinati dall'art. 91b LF.

In forza di una riformulazione dell'art. 143d, ai Länder che oggi versano in una situazione di gravissimo indebitamento, come Bremen e Saarland, potranno essere concessi aiuti straordinari della Federazione per l'abbattimento del debito, così i bilanci possano essere riportati più rapidamente entro i limiti del pareggio prescritti dall'art. 109, terzo comma, LF. Al riguardo vengono ampliati i poteri di indirizzo e vigilanza già attribuiti al Consiglio per la stabilità, che in forza della nuova disciplina iscritta nell'art. 109 a LF a partire dal 2020 sarà competente anche riguardo al rispetto dei vincoli di bilancio della Federazione e dei Länder iscritti nell'art. 109, terzo comma, LF e a quelli ulteriori iscritti nel Patto europeo per la stabilità e la crescita e nel c.d. *Fiscal Compact*.

Altre modifiche riguardano la disciplina degli aiuti, dei trasferimenti e degli investimenti in taluni ambiti circoscritti e /o con finalità specifiche: gli aiuti finanziari della Federazione per il traffico portuale, di cui oggi beneficiano i Länder Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen e Schleswig-Holstein, per il traffico dei Comuni (art. 125 LF), per sostenere i Comuni finanziariamente più deboli, negli investimenti in materia di infrastrutture per la formazione (art. 104c), rafforzando contestualmente i poteri di indirizzo e di informazione della Federazione riguardo circa i programmi di impiego degli aiuti finanziari ai Länder (art. 104c LF).

Contestualmente il Governo federale ha presentato un progetto di legge che reca la disciplina attuativa [*Gesetz zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichsystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften* ([Drs. 814/16](#))].

L'esame dei provvedimenti non è ancora iniziato.

## AUTONOMIE

### illegittimità del *volksbegehren* sulla secessione della baviera

Con poche frasi lapidarie il Tribunale costituzionale federale ha chiarito l'illegittimità di un "referendum popolare (*Volksabstimmung*) sull'uscita della Baviera dalla Repubblica federale tedesca": "Nella Repubblica federale tedesca, in quanto stato nazionale fondato sul potere costituente del popolo tedesco, i Länder non sono i "signori della Legge Fondamentale". Pertanto la Legge Fondamentale non concede alcuno spazio alle istanze secessioniste dei singoli Länder. Le stesse violano l'ordinamento costituzionale".

L'iniziativa era stata promossa da un piccolo partito regionale, il Partito bavarese (*Bayernpartei*), che negli ultimi vent'anni non è mai riuscito a raccogliere più di un punto

percentuale anche nelle elezioni regionali, e che recentemente aveva conquistato una certa visibilità mediatica semplicemente in forza di un curioso manifesto elettorale che invitava i tedeschi a “liberarsi finalmente dei bavaresi” sostenendo il programma secessionista del *Bayernpartei*.

Sul ricorso individuale presentato da un cittadino si sono pronunciati i tre giudici della Seconda Camera del Secondo Senato Sybille Kessal-Wulf, Doris König e soprattutto Peter M. Huber, che si era già espresso con un’[audizione](#) tenuta nel Landtag bavarese nel 2011 sui limiti dell’autonomia costituzionale dei Länder stigmatizzando la lettura resa dal Tribunale Costituzionale della Baviera in una pronuncia del 1991 [BayVerfGH, BayVBl. 1991, 561], che al contrario teorizzava la sovranità originaria dei Länder (“*Herren des Grundgesetzes*”).

SOVRANITA' PARLAMENTARE VS SOVRANITÀ POPOLARE: NEL REGNO UNITO SI DISCUTE "THE CONSTITUTIONAL CASE OF THE CENTURY"

di Giulia Caravale\*

**I**l caso *r (miller) -v- secretary of state for exiting the european union* è stato definito dai commentatori politici e dalla dottrina come “the constitutional case of the century”<sup>2522</sup>. I fatti che hanno condotto alla sentenza sono noti: a seguito dell’inaspettato risultato del referendum sulla *Brexit* del 23 giugno scorso e delle dimissioni del premier Cameron, il nuovo Governo May ha deciso che attiverà, a marzo 2017, la procedura di recesso dall’Unione Europea, prevista dall’articolo 50 del Trattato di Lisbona, senza chiedere il preventivo voto del Parlamento. Secondo il Governo, infatti, tale attivazione si fonda sull’esercizio del potere estero e, dunque, di una prerogativa regia, di fatto esercitata in via esclusiva dall’esecutivo. L’interpretazione della May, tuttavia, non è stata condivisa da tutti. Molti esponenti della dottrina e del mondo politico hanno infatti osservato che il coinvolgimento del Parlamento nella procedura di attivazione dovrebbe essere quanto meno politicamente opportuno, anche per il ruolo che nei prossimi mesi l’Assemblea dovrà svolgere nell’abrogazione dell’*European Communities Act 1972*. Altri, poi, hanno sostenuto come obbligatoria la preventiva autorizzazione da parte delle Camere, ritenendo meramente “advisory” il referendum e quindi indispensabile il voto dell’Assemblea sulla materia. Si tratta quindi di una complessa questione di “conflitto di

---

\* Professore associato di diritto costituzionale italiano e comparato – “Sapienza” Università di Roma

<sup>2522</sup> Così, ad esempio, P. Eeckhout, *The UK decision to withdraw from the EU: parliament or government?*, October 27, 2016, *Constitution Unit*

competenza” tra Governo e Parlamento che peraltro si connette ai principali temi del diritto costituzionale inglese, quali quello del rapporto tra le fonti del diritto, del ruolo del referendum, del rapporto tra la sovranità popolare e quella parlamentare, della *rule of law*, dell’indipendenza della magistratura e, *last but not least*, delle relazioni tra Westminster e le Assemblee devolute.

Tale conflitto ha trovato una prima soluzione con la sentenza Miller, emanata il **3 novembre** a seguito di un ricorso di *judicial review* presentato alla *High Court* di Londra (*Administrative Court*) da alcuni cittadini. I tre giudici della Corte, il *Lord Chief Justice* Lord Thomas of Cwmgiedd, il *Master of the Rolls* Sir Terence Etherton e il *Lord Justice* Sales hanno sentenziato che spetta al Parlamento autorizzare l’attivazione della procedura dell’articolo 50. *L’holding della sentenza Miller* ha affermato che: “the Secretary of State does not have the power under the Crown’s prerogative to give notice pursuant to Article 50 of the TEU for the United Kingdom to withdraw from the European Union”.

A parere della Corte, dal principio fondante la Costituzione britannica, quello della sovranità del Parlamento, deriva la regola per cui le prerogative regie non possono essere utilizzate per abrogare le leggi e limitare i diritti dei cittadini. Un principio affermatosi in via di prassi, ricordato dal *Bill of Rights* e confermato da diverse sentenze di *common law* a partire dal XVII secolo. I giudici hanno ritenuto irreversibile l’attivazione della procedura dell’articolo 50 e, di conseguenza, i diritti dei cittadini garantiti dalla normativa europea subiranno modifiche sin dall’inizio dell’attivazione stessa. La natura irreversibile dell’attivazione è stata condivisa dal Governo, ma su di essa sono stati sollevati dubbi da parte di chi sostiene che il Paese membro che ha avviato la procedura di recesso abbia il

diritto di ritirare la richiesta nel corso delle trattative. Sulla questione la competenza, comunque, non spetta ad una Corte nazionale, ma alla Corte di Lussemburgo.

L'irreversibilità della procedura ha spinto la Corte ad affermare, quindi, che il Governo non può agire senza la preventiva autorizzazione del Parlamento e non deve rinviare l'intervento dell'Assemblea al momento successivo alla conclusione del negoziato. La Corte non ha accolto nemmeno la tesi dell'esecutivo secondo cui il Parlamento nel momento in cui ha approvato la legge del 1972, con la quale ha deliberato l'ingresso nella CEE, ha implicitamente riconosciuto alla Corona, e quindi al Governo, la prerogativa di recedere dai trattati.

Centrale per la soluzione del caso è stata l'interpretazione data all'*European Union Referendum Act 2015*, la legge che ha autorizzato il referendum sulla *Brexit*. In assenza di una Costituzione scritta o di una normativa unica per la disciplina della materia referendaria, infatti, nel Regno Unito l'indizione di un referendum, sia esso nazionale sia locale, ha bisogno di una specifica legge che ne disciplini non solo le modalità di svolgimento, ma anche gli effetti. La legge del 2015 appare particolarmente laconica in proposito, limitandosi a stabilire che si sarebbe tenuto un referendum sulla permanenza in Europa e a fissare l'elettorato attivo, senza nulla dire sulle conseguenze della consultazione. Mentre il Governo ritiene che, con l'approvazione della legge del 2015, il Parlamento si sia già espresso e abbia autorizzato di fatto l'esecutivo ad attuare il risultato referendario, i giudici della *High Court*, invece, hanno interpretato il silenzio dell'atto come volontà di indire un referendum esclusivamente *advisory* e non *mandatory*, un referendum che non ha quindi autorizzato in alcun modo il Governo ad attivare da solo l'articolo 50.

L'interpretazione data dalla Corte è in linea, quindi con quanto sostenuto sia da gran parte della dottrina britannica sia dal rapporto della Camera dei Lords del 2010 sui *referendum*. Una lettura secondo la quale i referendum nel Regno Unito hanno carattere *advisory* in ossequio al principio della sovranità parlamentare e della *representative parliamentary democracy*, almeno che non sia il Parlamento, attraverso la legge istitutiva del referendum, a stabilire gli eventuali effetti della consultazione. Come ricordato dal Lord Chief justice nella sentenza Miller “the most fundamental rule of the UK constitution is that parliament is sovereign”, e quindi non è possibile attraverso un referendum “override” la sovranità del Parlamento. Anche se il referendum è divenuto strumento ricorrente nel Regno Unito, nel diritto costituzionale britannico non appare essersi affermato il concetto di sovranità popolare come *legally determinative principle* tanto che, secondo numerosi esponenti della dottrina, al Parlamento potrebbe essere riconosciuto sul piano giuridico (anche se non su quello morale o politico) l'autorità di opporsi all'attivazione dell'articolo 50.

La Corte ha poi riconosciuto il principio affermato nel *common law* secondo il quale l'*European Communities Act 1972* è un *constitutional statute* e non può essere quindi oggetto di abrogazione implicita, come affermato in diverse altre sentenze, nè può essere modificabile attraverso l'esercizio di una prerogativa.

La sentenza non è entrata nel merito della scelta referendaria o dell'opportunità di uscita dall'Unione, limitandosi a esaminare il caso come “a pure question of law”: a detta di Lord Thomas: “The court is not concerned with and does not express any view about the merits of leaving the European Union: that is a political issue”. Ciò nonostante alcuni organi di stampa e alcuni politici, in particolare gli esponenti dell'UKIP, hanno aspramente

criticato la sentenza e attaccato i giudici accusandoli di essere “nemici del popolo”. Non sono comunque mancate le voci schierate a difesa dei giudici e della loro indipendenza, anche tra coloro che non hanno condiviso il contenuto della sentenza.

La pronuncia della *High Court* non ha comunque modificato il programma politico del Governo di richiedere l’attivazione dell’articolo 50 nel mese di marzo e la Premier May ha presentato ricorso alla Corte suprema, utilizzando la procedura nota come *leap frog* che permette di saltare la fase intermedia di fronte alla Corte d’appello.

La Corte suprema si è occupata del caso dal **5 all’8 dicembre** e la sua sentenza è attesa per il mese di gennaio. Per la prima volta da quando ha iniziato a funzionare la Corte si è riunita nell’intero *panel* di 11 componenti e già in questa prima fase ha adottato scelte che appaiono particolarmente importanti dato che ha accolto la richiesta avanzata dalle amministrazioni devolute di partecipare alle udienze. Senza dubbio il sistema di governo multilivello presente nel Regno e l’interconnessione tra la materia europea e quella devoluta rendono le Assemblee di Scozia, Galles e Irlanda del Nord particolarmente interessate a esprimersi sulla *Brexit*. La situazione, poi, è resa più complessa dal fatto che in Irlanda del Nord e in Scozia i cittadini si sono espressi a favore del *Remain*, mentre in Inghilterra e Galles è prevalso il *Leave*. Bisogna ricordare che la legge di indizione del referendum non ha riconosciuto alcun ruolo alle Assemblee devolute, né ha previsto la necessità di una doppia maggioranza da ottenere, non solo nel Regno Unito, ma anche nelle singole nazioni che lo compongono. E nemmeno la sentenza Miller ha coinvolto direttamente le nazioni devolute. Tuttavia i governi scozzese e gallesse si sono rivolti alla Corte suprema per essere ammessi a partecipare alle sue udienze e il **18 novembre** la stessa

Corte ha accolto la loro richiesta precisando che essi possono intervenire per esprimere la loro opinione esclusivamente nelle aree di loro competenza o rilevanti per il diritto locale. La decisione della Corte ha avuto l'effetto di ampliare l'oggetto della questione: non si tratta più solo del solo tema del conflitto di competenza tra Parlamento e Governo, ma anche del ruolo delle amministrazioni devolute nel processo di *Brexit*.

La posizione delle nazioni è differente: in Scozia la *First Minister* Sturgeon aveva dichiarato, fin dal suo insediamento nel 2014, che la *Brexit* avrebbe comportato un nuovo referendum per l'indipendenza, impegno inserito anche nel *manifesto* elettorale dello *Scottish National Party* redatto in occasione delle elezioni dell'Assemblea di Holyrood del maggio 2016. Il [Lord Advocate](#) scozzese, il principale *law officer* del Paese, di fronte alla Corte suprema ha affermato, tra l'altro, che il Governo scozzese ritiene necessario non solo il parere preventivo di Westminster prima dell'attivazione dell'articolo 50, ma – in ossequio alla *legislative consent motion* - anche di quello del Parlamento scozzese e delle altre Assemblee devolute. L'uscita dall'Unione comporterà, infatti, una modifica dell'assetto costituzionale britannico, una perdita dei diritti e delle libertà di cui godono i cittadini scozzesi e un cambiamento dei poteri e delle competenze della stessa Assemblea di Holyrood. Nelle parole del *Lord Advocate* "The effects of withdrawal from the EU on devolved matters are such as to engage the legislative consent convention under which the UK parliament will not normally legislate with regard to devolved matters without the consent of the Scottish Parliament". Secondo il Lord Advocate la *legislative consent convention* non può essere più considerata solo una convenzione, e quindi essere anche non giustiziabile, da quando è stata inserita nella sezione 28 dello *Scotland Act* 2016.

Per quanto riguarda il Galles il [Counsel general](#) Mick Antoniw ha affermato, tra l'altro, che il risultato referendario deve essere rispettato, ma che l'attivazione dell'articolo 50 dovrà coinvolgere il Parlamento di Londra perché comporta cambiamenti anche alla legislazione devoluta che non può essere modificata attraverso il ricorso alla prerogativa.

Diverso è poi il caso dell'Irlanda del Nord, dato che, insieme a Miller, la Corte suprema ha esaminato anche due casi relativi alla *Brexit* provenienti dall'Irlanda del Nord. Il primo ([Re McCord's Application \[2016\] NIQB 85](#)) era stato respinto il **28 ottobre** dalla *High Court of Justice in Northern Ireland, Queen's Bench Division* la quale a differenza di Miller, aveva ritenuto che non vi fossero le condizioni per un intervento del giudiziario capace di fermare l'azione del Governo. Il caso McCord ruota, infatti, intorno ad una interpretazione molto estesa del principio dell'autodeterminazione fissato dal *Northern Ireland Act 1998*, dato che il ricorrente ritiene che in forza di tale atto ogni modifica all'assetto costituzionale della nazione deve essere approvato dai cittadini nord irlandesi. Di conseguenza non sarebbe possibile l'attivazione dell'articolo 50, che rappresenta di per sé un "fundamental change in the constitutional status of Northern Ireland", senza il consenso dei cittadini nord irlandesi, i quali hanno votato contro la *Brexit*. Il secondo caso ([Agnew and others](#)), invece, è stato promosso anche da alcuni componenti dell'Assemblea nord irlandese che affermano la necessità della *legislative consent motion* per il Nord Irlanda, prima dell'approvazione di una legge da parte del Parlamento britannico.

Il Governo May, pur avendo affermato in questi mesi la volontà di trovare il più ampio consenso tra le nazioni per l'accordo sull'uscita dall'Unione, ha anche ribadito con fermezza che la materia è di competenza esclusiva di Londra ("we will negotiate as one

United Kingdom, and we will leave the European Union as one United Kingdom”, ha affermato la premier) e quindi non è oggetto di *legislative consent*, nè comporta il formale consenso delle *constituents parts* del Regno. Come ricordato da A. McHarg: “As time has gone on, that commitment to co-operation appears to have waned, and the *Miller* decision may force the UK and devolved institutions into a much more confrontational position than either side would really want”... “The UK constitution is a messy, inchoate, and above all contested affair, and the EU referendum result creates a constitutional problem of far greater complexity and sensitivity than any other which has arisen in my lifetime”

2523.

Appare possibile affermare che il caso Miller rappresenta un’importante vittoria del Parlamento sul Governo, laddove ha stabilito che l’esclusione dell’Assemblea rappresentativa dall’attivazione dell’articolo 50 non è solo politicamente inopportuna, ma anche illegittima. Inoltre l’acceso dibattito costituzionale che si sta svolgendo da mesi nel Regno Unito mostra una interessante e sorprendente lettura pluralistica dell’assetto costituzionale britannico.

Rimane da chiedersi, infine, se la sentenza della Corte suprema consentirà di mettere veramente un punto definitivo ad una questione che presenta complessi aspetti politici non del tutto risolvibili in via giudiziaria. L’attuale composizione del Parlamento, sia ai Comuni che ai Lords, è per la grande maggioranza contraria alla *Brexit*, ma è difficile pensare che il Parlamento non riconosca il peso politico del referendum. Molti allora

---

<sup>2523</sup> A. McHarg *The Devolution Implications of the Miller Decision* (<https://policyexchange.org.uk/aileen-mcharg-the-devolution-implications-of-the-miller-decision/>).

ritengono che una soluzione potrebbe venire da elezioni anticipate che sottopongano agli elettori anche il piano per la *Brexit*, in modo da trovare una nuova coincidenza tra la sovranità popolare e quella parlamentare\*\*.

## ELEZIONI

### byelections

Il **20 ottobre** si sono tenute due elezioni suppletive nei collegi di Batley and Spen e in quello di Witney rispettivamente vacanti per la morte di Jo Cox, uccisa pochi giorni prima del referendum sulla *Brexit*, e per le dimissioni da parlamentare di David Cameron avvenute il **12 settembre**. A Batley and Spen le elezioni sono state vinte dalla candidata laburista Tracy Brebin, mentre a Witney da quello conservatore Robert Courts.

Il **1 dicembre**, invece, le elezioni suppletive nel collegio di Richmond Park sono state vinte dalla candidata liberal democratica Sarah Olney. Il seggio era vacante a seguito delle dimissioni, formalizzate il **25 ottobre**, del conservatore Zac Goldsmith, in contrasto con la decisione del Governo relativa all'aeroporto di Heathrow. Goldsmith si era candidato nel medesimo collegio come indipendente, ma molti conservatori gli hanno preferito la candidata liberal democratica. La stampa ha letto il voto come protesta nei confronti della politica governativa sulla *Brexit*, e Tim Farron, il *leader* liberal democratico ha commentato; “If I tell you that nearly a third of Tory voters from the last election who voted leave in June voted Liberal Democrat yesterday, you will see that this is not just about a remain versus leave rerun, it’s about people trying to say to Theresa May: we do not like the extreme version of Brexit outside the single market you are taking us down.”

---

\*\* Il **24 gennaio** 2017, quando il presente numero della Rivista stava per essere licenziato, la Corte suprema ha emanato la sentenza [R \(on the application of Miller and another\) \(Respondents\) v Secretary of State for Exiting the European Union \(Appellant\) REFERENCE by the Attorney General for Northern Ireland - In the matter of an application by Agnew and others for Judicial Review REFERENCE by the Court of Appeal \(Northern Ireland\) – In the matter of an application by Raymond McCord for Judicial Review](#) di cui si darà più ampio conto nelle prossime Cronache costituzionali dall'estero. La sentenza ha confermato il giudizio della *High Court* e dichiarato che il Parlamento dovrà approvare una legge per autorizzare il Governo ad attivare la procedura dell'articolo 50. La Corte si è divisa: otto giudici a favore hanno redatto una unica opinione di maggioranza, a cui hanno fatto seguito le tre *dissenting opinions* dei giudici Reed, Carnwath e Hughes. Unanime, invece, il giudizio relativo ai casi del Nord Irlanda, che sono stati respinti perché la Corte suprema ha affermato che le Assemblee devolute non devono intervenire nella fase di autorizzazione della procedura, dato che la materia degli affari esteri rientra tra quelle riservate in via esclusiva a Westminster e non può essere oggetto di *legislative consent motion*. Peraltro, la Corte suprema ha anche chiarito che la formalizzazione della *legislative consent motion*, introdotta nello *Scotland Act 2016* e nel *Wales Bill* in discussione in Parlamento, non ha avuto alcuna conseguenza giuridica, dato che si tratta solo del mero riconoscimento dell'esistenza di una convenzione.

## conferenze di partito

Nei mesi di **settembre** e di **ottobre** si svolgono le tradizionali conferenze annuali dei partiti politici britannici, quest'anno segnate da parecchie novità. Dal **2 al 4 settembre** si è svolta quella dei Verdi, seguita da quella dell'UKIP tra il **16 e il 17 settembre** e quella dei Liberal Democratici tra il **17 e il 20 settembre**. La conferenza Laburista si è tenuta a Liverpool tra il **25 e il 28 settembre**, mentre quella del partito conservatore a Birmingham dal **2 al 5 ottobre**. Infine lo *Scottish National Party* si è riunito a Glasgow dal **13 al 15 ottobre**.

Il tema che ha dominato tutte le conferenze, fatta eccezione per quella laburista, è stato quello della *Brexit*. In particolare il *leader* liberal democratico Tim Farron ha ribadito l'impegno del suo partito a rimanere in Europa. Nel caso di un voto parlamentare sull'articolo 50 Farron ha annunciato che il partito voterà contro l'attivazione fino a che non otterrà l'impegno a tenere un secondo referendum sull'accordo.

Diversa, ovviamente, la posizione dell'UKIP partito che trova la sua principale ragione d'essere nell'uscita dall'Unione. A seguito del voto referendario il *leader* Farage si era dimesso e il **16 settembre** è stata eletta Diane James. Tuttavia la James si è dimessa dopo poco più di due settimane dalla sua elezione e il **28 novembre** è stato eletto come nuovo *leader* Paul Nuttall.

Particolarmente tesa, poi, la situazione interna al partito laburista. Come noto a seguito del referendum il leader laburista Jeremy Corbyn era stato accusato da alcuni esponenti del suo partito di non aver saputo assumere un ruolo di rilievo nel corso della campagna referendaria ed era stato sfiduciato dalla grande maggioranza dei suoi deputati. Corbyn si era rifiutato di dimettersi sostenendo di avere ancora l'appoggio dei militanti del partito ed era stato "sfidato" per la *leadership* da Angela Eagle e poi da Owen Smith. Dopo il ritiro della prima, nel mese di agosto erano iniziate le procedure di voto tra i militanti che si sono concluse il **24 settembre** con la nuova vittoria di Corbyn, il quale ha ottenuto una percentuale di voti (61,8%) ancora più alta di quella dello scorso anno (59%). L'elezione del *leader* non ha posto fine, comunque, ai dissidi interni ai laburisti che, durante la conferenza, si sono divisi anche sulla modifica di alcune regole procedurali interne.

In casa conservatrice la May ha aperto la conferenza di partito parlando di *Brexit* in particolare respingendo l'idea di un secondo referendum e attaccando coloro che nel Paese non hanno ancora accettato il risultato del voto. La Premier ha comunicato che il Governo vuole attivare l'articolo 50 a marzo 2017 e ha ribadito la sua convinzione che la competenza esclusiva nell'esercizio di tale potere sia nelle mani dell'esecutivo. La Premier ha anche affermato che: "It's important that we understand the wider meaning of the referendum result and respond accordingly. It wasn't just a vote to leave the EU, but to change the way the country works and the people for whom it works forever".

Infine la Sturgeon, nel corso della conferenza dello *Scottish National Party*, ha ribadito la sua intenzione di tenere un altro referendum per l'indipendenza dato che le promesse fatte in occasione del referendum del 2014 non sono state, a suo parere, mantenute.

## PARLAMENTO

### Brexit

L'assenza di un chiaro progetto governativo sui futuri rapporti con l'Unione Europea, che può presentare un'ampia gamma di soluzioni comprese tra le c.d. *hard* e *soft Brexit*, è una delle principali accuse che le opposizioni hanno mosso in questi mesi al Governo. Così il **5 settembre**, durante il primo dibattito ai Comuni in cui il ministro David Davis ha affrontato l'argomento, Emily Thornberry la portavoce laburista per la *Brexit* e il leader liberal democratico Tim Farron hanno ribadito tale convinzione e definito il discorso di Davis un "astonishingly empty statement".

La May intende presentare un *Great Repeal Bill* nel prossimo *Queen's Speech* diretto ad abrogare l'*European Communities Act 1972* e fare in modo che tutta la normativa europea venga incorporata dalle leggi nazionali.

A seguito dell'approvazione di una *opposition days motion* presentata dallo *shadow Brexit secretary* laburista Keir Starmer, l'**7 dicembre** l'opposizione laburista ai Comuni ha ottenuto l'impegno del Governo a presentare in Parlamento a **gennaio** il suo piano sulla *Brexit*, prima dell'invocazione dell'articolo 50 dato che "Parliament's responsibility to properly scrutinise the government while respecting the decision of the British people to leave the European Union".

La mozione ha affermato: "That this House recognises that leaving the EU is the defining issue facing the UK; notes the resolution on parliamentary scrutiny of the UK leaving the EU agreed by the House on 12 October 2016; recognises that it is Parliament's responsibility to properly scrutinise the Government while respecting the decision of the British people to leave the European Union; confirms that there should be no disclosure of material that could be reasonably judged to damage the UK in any negotiations to depart from the European Union after Article 50 has been triggered; and calls on the Prime Minister to commit to publishing the Government's plan for leaving the EU before Article 50 is invoked, consistently with the principles agreed without division by this House on 12 October; recognises that this House should respect the wishes of the United Kingdom as expressed in the referendum on 23 June; and further calls on the Government

to

invoke Article 50 by 31 March 2017". La premier May ha acconsentito anche per evitare una possibile ribellione ai Comuni da parte della propria maggioranza.

Il **20 dicembre** la premier di fronte al *Liaison Committee*, composto dai presidenti dei *Select committees* dei Comuni, ha comunicato che si augura di pervenire ad un accordo di transizione con l'Europa, ma non ha garantito che il Parlamento potrà esprimersi sul *final Brexit deal*.

Molti i rapporti pubblicati in questi mesi dai comitati parlamentari sulla *Brexit*. Tra questi si ricordano il rapporto [The invoking of article 50](#) pubblicato il **13 settembre** dal *Constitution Committee dei Lords* e i sei rapporti pubblicati dagli *EU Committees* dei Lords: [Brexit: parliamentary scrutiny](#), [Brexit: UK-Irish relations](#), [Brexit: financial services](#), [Brexit: future trade between the UK and the EU](#), [Brexit: fisheries](#), [Brexit: acquired rights](#), [Brexit: future UK-EU security and policing co-operation](#). In particolare nel rapporto *Brexit: parliamentary scrutiny* del **20 ottobre** il Comitato ha evidenziato la necessità di un controllo parlamentare sull'uscita dall'Unione europea. Il comitato dei Lords sostiene la necessità di pervenire ad un compromesso tra le posizioni di Governo e Parlamento, dato che compito del Parlamento è quello di controllare che il Governo agisca in modo corretto.

Nel rapporto *Brexit: UK-Irish relations* del **12 dicembre**, poi, il comitato ha auspicato che dopo la *Brexit* venga devoluta a Stromont la competenza in merito alla libera circolazione nell'isola e che i cittadini irlandesi e britannici continuino a godere della libertà di circolazione in entrambi i Paesi. I Lords hanno, inoltre, condiviso le preoccupazioni di coloro che considerano la *Brexit* una minaccia per la pace in Irlanda e hanno ritenuto che, durante i negoziati per la *Brexit*, il *Joint Ministerial Committee* potrà fornire un importante contributo al fine di coordinare le posizioni delle diverse nazioni.

Il lavoro di inchiesta dei comitati sta proseguendo e nuovi rapporti sono attesi per l'inizio del 2017.

---

## Camera dei lords

Il **17 novembre** il Governo ha definitivamente rinunciato al piano di ridurre i poteri della Camera dei Lords secondo quanto previsto nel rapporto di Lord Strathclyde pubblicato lo scorso dicembre. Si trattava di una riforma che avrebbe ridotto le competenze dei Lords nel controllo della legislazione delegata e che era stata caldeggiata sia da Cameron che da Osborne, ma fortemente criticata da entrambe le Camere. Il cambio ai vertici di Governo ha portato la May ad allontanarsi da alcuni dei progetti di Cameron anche perché, in questo caso, avrebbe introdotto un ulteriore elemento di conflitto tra Governo e Parlamento oltre a quello della *Brexit*.

Anche se il tema della riforma della Camera alta non rientra più tra le priorità del Governo May, la Camera dei Lords stessa non ha smesso di discuterne. Così, il **16 settembre** il *Lord Speaker* Lord Fowler, nel corso della sua prima intervista televisiva, ha preso posizione sulla necessità di ridurre il numero dei componenti dei Lords al fine di migliorarne il funzionamento. Il **5 dicembre**, così, si è svolto ai Lords un dibattito su una mozione presentata dal conservatore Lord Cormack, già *shadow minister for constitutional affairs*, sul numero pletorico dei componenti della Camera alta, dibattito che si è concluso con l'accordo sulla mozione che "its size should be reduced and methods should be explored by which this could be achieved." A seguito del dibattito il Lord Speaker, Lord Fowler, ha affermato: "The House of Lords today has made a unique statement, by members themselves agreeing unanimously that it should be smaller. This is a significant step forward and represents a substantial consensus. It shows that Members of the Lords want reform and see the present size of over 800 as an obstacle in the way of the effective running of the House".

Il dibattito ha avuto una immediata applicazione pratica dato che il **20 dicembre** Lord Fowler ha annunciato l'istituzione di un nuovo comitato interpartitico presieduto da Lord Burns che avrà il compito di esaminare la riduzione del numero dei Lords al fine di renderlo almeno simile a quella dei Comuni. Obiettivo del comitato è quello di "explore methods by which the size of the House can be reduced, commensurate with its current role and functions".

---

## Inchieste parlamentari

Il rapporto [Libya: Examination of intervention and collapse and the UK's future policy options](#), pubblicato il **14 settembre** dal *Foreign Affairs Committee* dei Comuni presieduto dal conservatore Crispin Blunt, ha criticato l'intervento britannico e francese in Libia del 2011 che portò alla caduta di Gheddafi. Il rapporto è giunto a conclusioni analoghe a quelle del rapporto Chilcot, pubblicato a luglio scorso in relazione alla guerra in Iraq, il quale aveva messo in luce le responsabilità dell'allora Premier Blair da un canto di aver sovrastimato la minaccia irachena e dall'altro di non essersi preoccupato in modo adeguato delle conseguenze politiche del suo intervento. In proposito si ricorda che il **30 novembre** la Camera dei Comuni ha respinto, con 439 voti contro 70, la richiesta proveniente dallo SNP di istituire un'ulteriore inchiesta sul ruolo di Tony Blair nella guerra in Iraq, dato che, a parere del partito scozzese, l'ex premier non avrebbe fornito al Parlamento tutte le informazioni in suo possesso.

---

evel

Il **2 novembre** l'*House of Lords Constitution Committee* dei Lords ha pubblicato il rapporto [English Votes for English Laws](#). Il rapporto ha esaminato la riforma regolamentare dei Comuni introdotta lo scorso anno che ha consentito ai deputati eletti nelle circoscrizioni inglesi (o in quelle inglesi e gallesi) di porre un veto sui disegni di legge relativi alla sola Inghilterra o all'Inghilterra e al Galles. Il Comitato ha affermato che dopo un lasso di tempo così limitato non risulta ancora facile comprendere quale sia la portata dell'EVEL e quali possano essere le sue implicazioni costituzionali in un Parlamento dominato dalla maggioranza conservatrice sia nel comitato che nell'intera aula. E' parere del Comitato che "It is too soon to fully assess the impact of EVEL on the Union, and on Parliament's role as the central representative chamber of the whole UK. Likewise, it is too early to judge whether the procedures are robust, given the short period of time during which they have been in operation." Il Comitato ha quindi auspicato che l'impatto dell'Evel venga valutato per un periodo di tempo più lungo e che, nella nuova legislatura, sia sottoposto ad esame da parte di un *Joint Committee* che possa valutarne gli aspetti tecnico procedurali nonché quelli costituzionali,

Sul tema si è espresso anche il rapporto [Finding the good in EVEL: An evaluation of 'English Votes for English Laws' in the House of Commons](#) pubblicato il **28 novembre** da Daniel Gover e Michael Kenny per la *Constitution Unit*. Gli autori hanno affermato che il sistema ha per ora funzionato, senza incidere sul ruolo imparziale dello Speaker che ha il compito di certificare gli eventuali *all England bill*, ma hanno individuato alcune necessarie modifiche al suo funzionamento.

## GOVERNO

### GOVERNO MAY

Secondo i commentatori politici la May ha già conferito all'esecutivo un'impronta personale con un nuovo stile di governo. Gli osservatori riferiscono di un maggior dialogo tra i colleghi di Gabinetto e una più intensa consulatazione rispetto al passato, ma notano un sistema più gerarchico nelle decisioni finali. Tali caratteristiche distinguono la Premier dalla precedente esperienza di governo Cameron, accusato di circondarsi solo dei suoi felelissimi, con cui prendeva le decisioni politiche, lasciando gli altri component ai margini.

## AUTONOMIE

### Scozia

Il **2 settembre** la *first minister* scozzese Nicola Sturgeon ha annunciato l'avvio delle “new conversation” sull'indipendenza. Nel 2007 il *first Minister Salmon* aveva istituito le *nationl conversation*, consultazioni pubbliche atte a diffondere in Scozia un più forte sentimento nazionale.

Il **6 settembre** la *first minister* ha annunciato il programma legislativo del suo Governo di minoranza incentrato sull'istruzione, la salute e i nuovi poteri in materia di *welfare* che sono stati devoluti alla Scozia con lo *Scotland Act 2016*.

Il **20 ottobre** il Governo scozzese ha pubblicato un [draft referendum bill](#) e aperto una consultazione pubblica sul tema.

Il **24 novembre** il ministro della giustizia scozzese Michael Matheson ha tenuto un incontro diretto a comprendere gli effetti della *Brexit* sul sistema di giustizia scozzese.

Il **20 dicembre** il Governo scozzese ha pubblicato il documento [Scotland's place in Europe](#) nel quale ha evidenziato che la Scozia dopo la *Brexit* vorrà rimanere nel mercato unico, anche se il resto del Regno decidesse di non farlo.

## GAlles

Nel mese di giugno era stato presentato alla Camera dei Comuni il *Wales Bill 2016-17* il quale introduce alcune modifiche alla *devolution* gallese. Un analogo disegno di legge era stato esaminato nella scorsa sessione parlamentare in *draft*, ma ritirato a seguito delle critiche ad esso indirizzate. Il testo introduce un modello di poteri residui analogo a quello previsto per la Scozia. Il *bill* afferma, sulla falsariga dello *Scotland Act 2016*, la “permanenza” delle istituzioni gallesi e riconosce anche l'esistenza di un “diritto gallese”, composto dalle leggi approvate sia da Westminster che dall'Assemblea di Cardiff. Il Governo gallese aveva presentato a marzo scorso nel *Government and Laws in Wales Draft Bill* un progetto per l'istituzione di una “Welsh jurisdiction” separata da quella inglese, ma tale proposta non è stata accolta da Westminster che ha preferito mantenere l'attuale sistema di corti comuni per Inghilterra e Galles. Così, nel corso dell'esame parlamentare l'emendamento introdotto da Liz Saville Roberts del *Plaid Cymru*, che prevedeva la “separation of the legal jurisdiction of England and Wales” è stato respinto (270 voti contro e 41 a favore).

Il **28 ottobre** l'*House of Lords Constitution Committee* ha pubblicato un rapporto sul [Wales Bill](#) nel quale, pur accogliendo con favore il nuovo modello di poteri residuo previsto che avvicinerà la *devolution* gallese a quella scozzese, ha criticato alcuni aspetti del *bill* e del riparto delle competenze da esso previsto. Il rapporto è entrato anche nel merito della nuova disposizione che prevede, al pari di quanto già avviene in Scozia, la “permanenza” delle istituzioni gallesi, con l'impegno del Parlamento e del Governo britannico ad abolirle solo attraverso un voto in un referendum. In proposito il comitato ha chiesto al Governo maggiore chiarezza sul tema, dato che in Scozia la “permanenza” delle istituzioni rischia di minare il principio della sovranità parlamentare ed essere un

pericolo “for the coherence and stability of the Union itself”. Un pericolo, questo che era stato evidenziato anche nel rapporto *The Union and devolution* pubblicato dal Comitato nel mese di maggio.

Il *Wales Bill* ricalca quanto previsto nello *Scotland Act* anche in materia di *legislative consent*. Sul punto il comitato ha rimarcato l'assenza nel *bill* di una previsione che disciplini anche “that limb of the Convention that is concerned with UK legislation that adjusts the scope of devolved competence”, al pari di quanto accade per la Scozia. Un problema che era stato messo in evidenza dal comitato anche all'epoca dell'approvazione dello *Scotlad Bill*, ma che non era stato risolto dal Governo. Il timore del Comitato è che “risks inappropriately drawing the courts into areas which have previously been within the jurisdiction of Parliament alone, namely its competence to make law”.

Il comitato, infine, si è chiesto come mai il Galles, nonostante questa legge, continui ad avere meno poteri rispetto a Scozia e a Nord Irlanda e ha pertanto evidenziato, ancora una volta, la necessità di una ‘guiding strategy’ relativa alla politica devolutiva che sia coerente e coordinata.

Il disegno di legge per il Galles è stato criticato anche dal *Constitutional and Legislative Affairs Committee* dell'Assemblea gallese nel suo [Report on the UK Government's Wales Bill](#) pubblicato nel mese di **ottobre** nel quale ha affermato che il Governo britannico ha perso l'occasione di creare “a clearer and lasting devolution settlement” per il Galles. Il rapporto ha affermato “We are also frustrated that a constitutional Bill of such importance—having received constructive criticism during pre-legislative scrutiny—has then been rushed through the formal legislative process in House of Commons at the expense of making sound, coherent and accessible constitutional law”.

## **irlanda del nord**

In questi mesi forti sono state le tensioni tra la *First Minister* Foster e il vice *First Minister* Martin McGuinness su diversi temi che hanno diviso i due partiti di Governo, il *Democratic Unionist Party* e il *Sinn Féin*, tra cui la discussa questione delle energie rinnovabili. McGuinness ha più volte invitato la *First Minister* alle dimissioni.

## IL II GOVERNO “MINORITARIO” DI MARIANO RAJOY E LE COMPLESSE SFIDE DELLA XII LEGISLATURA.

Di Laura Frosina\*

**I**l **29 ottobre** si è sbloccata la situazione di stallo istituzionale protrattasi per dieci mesi nella democrazia spagnola. Lo sblocco delle trattative è stato possibile grazie al cambio di orientamento del *Partido socialista obrero español* (Psoe), che, a seguito di una lacerante crisi interna e delle dimissioni “forzate” del segretario generale, Pedro Sánchez, ha deciso di optare per l’astensione nella votazione di investitura del candidato regio alla presidenza del Governo, Mariano Rajoy. Questa decisione è stata presa in seno al Comitato Federale del Psoe, a distanza di pochi giorni dalla data fissata per la investitura del nuovo governo, ed è intervenuta in seguito a un processo di riorganizzazione interna al partito, che ha portato all’istituzione della *Comisión Gestora* incaricata di gestirlo fino alla celebrazione delle primarie e alla convocazione del prossimo Congresso Federale. Queste ultime vicende, che segnano l’inizio di una delicata fase di transizione nel Psoe, hanno evidenziato l’esistenza di profonde divisioni e fratture da ricomporre attraverso un processo di rinnovamento interno, che dovrà compiersi, prima di tutto, con la elezione del nuovo segretario generale.

Il cambio di orientamento dei socialisti è stato accolto con grande favore dentro e fuori i confini nazionali poiché ha evitato la celebrazione di terze elezioni, ponendo fine al più lungo periodo di instabilità della democrazia costituzionale spagnola postfranchista.

Il **29 ottobre** Mariano Rajoy, nell’ambito della seconda sessione di investitura successiva alle elezioni del 26 giugno, è stato investito in seconda votazione con i 170 voti a favore dei deputati del suo partito, di *Ciudadanos* e *Coalición Canaria*, l’astensione di 68 deputati socialisti e i 111 voti contrari delle altre forze politiche. L’astensione dei deputati socialisti è stata dirimente per la costituzione del II Governo “minoritario” di Mariano Rajoy, che dovrà governare in collaborazione con i principali alleati “esterni”, *Ciudadanos* e *Coalición Canaria*, e dialogando e negoziando con i socialisti che continueranno a rimanere

---

\* Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate - "Sapienza" Università di Roma

il

principale partito dell'opposizione. Con *Ciudadanos* e *Coalición Canaria* Rajoy ha siglato, infatti, degli accordi di investitura per mezzo dei quali si è impegnato ad approvare vasti pacchetti di riforme, al fine di soddisfare le principali richieste di natura economico-sociale e di stampo autonomistico avanzate -rispettivamente- da tali partiti. Con il Psoe si è impegnato, invece, a negoziare le riforme individuate nell'ambito della risoluzione approvata dal Comitato federale, che riguardano prevalentemente materie come il lavoro, l'educazione, il sistema pensionistico, il modello di finanziamento e di organizzazione delle autonomie territoriali. Oltre agli impegni assunti con i principali interlocutori parlamentari, il nuovo *Premier* dovrà tenere fede agli obiettivi economico-finanziari concordati con l'Unione europea, che si aspetta dalla Spagna un risanamento del bilancio pari allo 0,5% del PIL e un deficit del 3,1% per il 2017, vale a dire 5 punti % in meno rispetto alle stime attuali del Governo.

Nonostante le premesse politiche della XII legislatura non siano favorevoli al nuovo Governo minoritario di Mariano Rajoy, egli ha dichiarato in sede di investitura che intende governare e non di essere governato, affermando: "España necesita algo más que una simple investidura. Necesita un Gobierno que esté en condiciones de gobernar. No de ser gobernado, sino de gobernar". La determinazione a governare di Mariano Rajoy non cancella, tuttavia, le difficoltà politiche e gli stretti margini in cui sarà costretto a portare avanti la sua azione di governo in una situazione di minoranza parlamentare e in un contesto generale di profonda crisi. Diverse sfide attendono all'orizzonte Mariano Rajoy, che non riguardando soltanto la governabilità e il superamento della persistente crisi economica e sociale, ma anche la risoluzione dei problemi legati al funzionamento dello Stato delle autonomie e, in particolare, la questione indipendentista catalana. Secondo le prime dichiarazioni politiche, il nuovo Governo seguirà un approccio più dialogante e inclusivo nei rapporti con le autonomie territoriali, che dovrebbe rendersi evidente sin dalla convocazione della prossima Conferenza dei Presidenti nel mese di gennaio 2017. L'obiettivo preannunciato dal Governo è di trasformare la Conferenza in un organo di cooperazione e coordinamento delle amministrazioni, in grado di discutere e di

raggiungere accordi su temi di rilevanza fondamentale come, ad esempio, la crescita economica e l'occupazione, il sistema di finanziamento autonomico, il modello di welfare.

Il vero e più imminente problema è però rappresentato dal processo indipendentista catalano, rilanciato dal Parlamento e dal Governo di Carles Puigdemont mediante la decisione condivisa di convocare un referendum sull'indipendenza nel 2017. Il **6 ottobre** il Parlamento catalano ha approvato [la risoluzione n. 306/XI, sobre la orientación política general del Gobierno](#), con cui ha riconosciuto il diritto inalienabile all'autodeterminazione della Catalogna e ha richiesto al Governo di celebrare un referendum sull'indipendenza da Madrid, al più tardi entro il mese di settembre 2017, anche senza il previo raggiungimento di un accordo con lo Stato. Il mandato parlamentare per la celebrazione di un referendum ad ogni costo, "referendum o referendum", è stato finora rispettato dal Governo catalano. Puigdemont ha dimostrato piena determinazione nel volere conseguire l'obiettivo referendario, stanziando nel bilancio della Comunità autonoma le risorse necessarie per la sua celebrazione, sia pur senza rinunciare a un dialogo con il Governo statale per concordarne le modalità di convocazione. In questi primi mesi il Governo di Mariano Rajoy ha mantenuto invariata la sua linea difensiva, opponendosi a qualsiasi ipotesi referendaria sull'indipendenza, giudicata di per sé incostituzionale, e presentando un ennesimo ricorso dinanzi al Tribunale costituzionale contro l'ultima risoluzione parlamentare riguardante la celebrazione del referendum. Il Tribunale, in linea con i suoi precedenti orientamenti giurisprudenziali, ha sospeso tale risoluzione in via cautelare in attesa di decidere sulla sua costituzionalità entro i prossimi cinque mesi.

Nelle ultime dichiarazioni il Presidente Puigdemont ha parlato di un referendum come "un atto di democrazia" per la celebrazione del quale la Generalità sta richiedendo l'appoggio della comunità internazionale, specificando che qualora dovesse produrre un esito favorevole alla indipendenza obbligherà il Governo e il Parlamento catalano ad una dichiarazione unilaterale di indipendenza.

Con queste principali incognite e sfide si apre quindi la XII legislatura, che ha posto fine al lungo stallo istituzionale e segna l'inizio di una nuova e complessa fase politico-costituzionale. Il nuovo Governo "minoritario" di Mariano Rajoy, oltre a dialogare e realizzare le plurime riforme concordate con gli alleati e gli interlocutori parlamentari

privilegiati di questa legislatura, dovrà impegnarsi a promuovere la crescita economica, la coesione sociale, la governabilità, e, infine, la stabilità territoriale, scongiurando il rischio di una implosione del conflitto indipendentista catalano e le gravi ripercussioni che potrebbero conseguirne per la democrazia costituzionale e l'unità nazionale dello Stato spagnolo.

## ELEZIONI

### le elezioni autonome nei paesi baschi e in galizia

Il **25 settembre** si sono svolte le elezioni nei Paesi Baschi e in Galizia per il rinnovo dei Parlamenti autonomi. Tali elezioni si sono svolte –come è noto– in un clima di incertezza generale a livello politico nazionale creatosi dopo le elezioni legislative del 20 dicembre 2015 e del 26 giugno 2016 e la mancata formazione di un nuovo Governo. In questo contesto le elezioni autonome nei Paesi Baschi e in Galizia venivano attese e interpretate dagli analisti come un evento potenzialmente significativo in grado di sbloccare in qualche modo la situazione di paralisi politico-istituzionale a livello nazionale. In realtà i risultati di queste elezioni non hanno fatto altro che confermare il *trend* emerso nelle ultime elezioni legislative nazionali, vale a dire un netto rafforzamento del Pp e un ulteriore crollo del Psoe nelle preferenze dell'elettorato.

#### *Paesi Baschi*

Nei Paesi Baschi le elezioni sono state vinte dal *Partido Nacionalista Vasco* (Pnv), che ha ottenuto 29 seggi con il 38% dei voti, realizzando una *performance* migliore rispetto alla precedenti elezioni in cui era riuscito ad eleggere 27 parlamentari. *Euskal Herria Bildu*, la coalizione *soberanista* composta dai partiti nazionalisti baschi di estrema sinistra, si è confermata come seconda forza politica con 17 rappresentanti. La coalizione è riuscita a mantenere la sua posizione nonostante abbia perso 4 seggi rispetto alla passata legislatura e nonostante abbia dovuto misurarsi con *Podemos* apparso per la prima volta nella scena politica basca. Questo partito, presentatosi sotto la sigla *Elkarrekin Podemos*, si è affermato come terza forza politica in Parlamento conquistando 11 seggi.

Il partito uscito sconfitto da queste elezioni è stato, invece, il *Partido socialista de Euskadi* (Pse-ee), che ha conseguito il peggior risultato della sua storia con soli 9 seggi, ossia 7 in meno rispetto alla precedente legislatura. Un risultato analogo, in termini di seggi, è stato

conseguito anche dal *Partido popular di Euskadi* (Pp-ee) che ha subito una perdita di un solo seggio e di 23.000 voti rispetto alle elezioni del 2012.

Il frammentato quadro partitico uscito dalle urne ha spinto il partito nazionalista basco, vincitore delle elezioni a maggioranza relativa, a ricercare una alleanza con i socialisti per la formazione del nuovo governo di coalizione.

Il **24 novembre** Iñigo Urkullu, leader del Pnv, è stato eletto *lehendakari* della XI legislatura con la maggioranza semplice di 37 voti, a fronte dei 18 ottenuti dall'altra candidata alla presidenza, Maddalen Uriarte, appartenente alla coalizione di EH Bildu. L'investitura di Urkullu è avvenuta con i 28 voti del suo partito e i 9 del partito socialista, con cui è stato siglato un accordo per governare in coalizione nei prossimi quattro anni. La fiducia a Urkullu è stata concessa a maggioranza semplice dalla Camera di Vitoria in seconda votazione, dopo una prima votazione in cui nessuna delle due candidature alla *premiership* era riuscita a ottenere la maggioranza assoluta di 38 seggi.

Nel discorso di investitura Urkullu si è impegnato a dare fedelmente attuazione al programma di governo concordato con il Pse-ee, con cui i due partiti si sono impegnati a realizzare una riforma dello statuto di autonomia e a includere il lavoro tra le priorità assolute del nuovo esecutivo, nell'obiettivo condiviso di costruire un *Euskadi* con un maggiore e una migliore qualità del lavoro, un più forte equilibrio sociale e un maggiore autogoverno.

### *Galizia*

In Galizia le elezioni sono state largamente vinte dal Pp che, oltre ogni più rosea previsione, ha ottenuto il 48% dei consensi, pari a 41 seggi, vale a dire 3 in più di quelli necessari per avere la maggioranza assoluta. Anche in questa Comunità autonoma una dura sconfitta è stata registrata dal Psoe, che ha conquistato con il 18% dei voti 14 seggi, ossia 4 in meno rispetto al 2012. I socialisti hanno ottenuto meno consensi di *En Marea*, la coalizione che include anche *Podemos*, che ha conquistato tuttavia lo stesso numero di seggi.

La vittoria a maggioranza assoluta del Pp ha consentito a tale partito di formare un Governo monocolore maggioritario guidato dal leader del Pp galiziano, nonché presidente uscente, Alberto Núñez Feijóo. Egli è stato investito presidente della Giunta di Galizia con i 41 voti del suo partito e i 34 contrari delle altre opposizioni parlamentari.

## PARTITI

### la crisi del psoc, le dimissioni di sánchez e la decisione di astensione al governo di MARIANO RAJOY

Il **28 settembre** 17 componenti andalusi della *Ejecutiva Federal* del Psoe hanno rassegnato in blocco le proprie dimissioni nel tentativo di compiere una manovra contro il segretario generale del partito, Pedro Sánchez, per promuovere internamente un cambio

nella direzione del partito. Le diciassette dimissioni, che avrebbero dovuto condurre allo scioglimento dell'organo esecutivo del partito, non hanno convinto Sánchez a desistere. Egli ha deciso di non sciogliere tale organo e di convocare un Comitato federale, nel cui ambito svolgere un congresso straordinario per votare la sua mozione relativa alla convocazione delle primarie il 23 ottobre e di un congresso nazionale per metà novembre.

Il **30 settembre** si è svolta la riunione del Comitato federale del Psoe più critica, caotica, e aggressiva degli ultimi quaranta anni, che si è conclusa con le dimissioni di Pedro Sánchez. Le dimissioni sono state presentate da Sánchez al termine di una situazione di caos indomabile in cui si sono registrati i seguenti eventi: il settore "pedrista" ha iniziato una votazione segreta senza regole predefinite e alcun controllo; il gruppo dei "critici" ha presentato una mozione di sfiducia nei confronti del segretario, che non è stata messa ai voti dalla presidenza; e, infine, si è optato per una votazione per alzata di mano che si è conclusa con 132 voti contrari e 107 voti favorevoli alla mozione Sánchez sulla convocazione di elezioni primarie per il 23 ottobre e di un congresso nazionale per metà novembre. La votazione ha dimostrato palesemente come già da tempo egli avesse contro più della metà del potere organico e istituzionale del partito, motivo per cui nei mesi passati non era riuscito a gestire autonomamente la direzione e tantomeno a costituire un Governo del cambiamento trasversale con Ciudadanos e Podemos. La manovra contro Sánchez è stata guidata dalla presidente della Giunta andalusa, Susanna Díaz, con l'appoggio di sei dei sette presidenti autonomici socialisti, che ha giocato un ruolo fondamentale anche nella ridefinizione della composizione dei principali organi del partito. Durante questa giornata convulsa è stata istituita la *Comisión gestora* incaricata di gestire provvisoriamente la direzione del partito, diretta dal presidente delle Asturie, Javier Fernández Fernández, e composta da undici membri, tra i quali alcune persone di fiducia della Díaz.

Il **18 ottobre** la *Comisión gestora* ha deciso di convocare una riunione del Comitato federale del partito il 23 ottobre con il seguente ordine del giorno: costituzione del Comitato federale ed elezione della Mesa; dibattito e votazione della posizione politica del gruppo parlamentare socialista nel Congresso dei deputati in riferimento al processo di investitura.

Il **23 ottobre** si è svolta, così, la riunione del Comitato federale del Psoe, nel cui ambito sono stati eletti i componenti della Mesa ed è stata approvata la risoluzione relativa alla investitura del candidato regio alla presidenza, Mariano Rajoy.

Per quanto concerne il primo aspetto, José Blanco, eurodeputato ed ex ministro socialista, è stato eletto presidente della Mesa del Comitato federale. Carmen Madrid, segretaria generale del partito a Bruxelles, è stata eletta nel ruolo di vicepresidente e, infine, Mariola López è stata eletta segretaria.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, è stata approvata la risoluzione presentata dall'eurodeputata, Elena Valenciano, con cui è stata formalizzata la storica decisione del partito di astenersi nella votazione di investitura di Mariano Rajoy. Questa decisione è stata approvata, dopo quattro ore di intenso dibattito, con 139 voti a favore e 96 contrari, evidenziando la profonda frattura esistente in seno al partito. Frattura trasversale che si

riflette non soltanto all'interno della classe dirigente del partito, ove si è confermata l'esistenza di due blocchi contrapposti, ma anche nei rapporti tra i quadri dirigenziali e i militanti del partito che si sono detti pubblicamente fortemente critici nei confronti dell'opzione astensionista.

Nella risoluzione si legge che gli 84 deputati socialisti in seno al Congresso “dovranno astenersi nella investitura di Rajoy per “sbloccare la eccezionale situazione istituzionale che si trova a soffrire il Paese”. Si è scartata, così, l'ipotesi di una “astensione tecnica”, che avrebbe richiesto l'astensione di soli 11 parlamentari -il minimo necessario per rendere possibile l'investitura di Rajoy-, avallando così formalmente la rottura dell'unità del gruppo parlamentare socialista.

La risoluzione, nelle parole del presidente della *Comisión Gestora*, Javier Fernández Fernández, è un mandato imperativo che obbliga tutti i deputati socialisti del Congresso. In realtà, nonostante la fermezza di Fernández e di Susanna Díaz, non vi sono premesse favorevoli per garantire l'unità di voto del gruppo parlamentare socialista. Il *Partido socialista catalano* (Psc) ha già dichiarato che opterà per votare contro l'investitura di Mariano Rajoy. Altri deputati socialisti, invece, hanno fatto riferimento al voto di coscienza e alla necessità di rispettare il compromesso assunto con il corpo elettorale al momento delle elezioni.

## PARLAMENTO

### INVESTITURA PARLAMENTARE DI mariano RAJOY

In questi mesi il Congresso dei deputati è stato impegnato nel processo di investitura del nuovo Governo Rajoy, a cui è stata votata la fiducia dopo la celebrazione di due sessioni di investitura, svoltesi nei tempi e nei modi previsti dal comma 3 dell'articolo 99 della Costituzione.

La prima sessione, svoltasi dal **30 agosto al 2 settembre**, si è articolata in un dibattito e due votazioni, celebratesi a distanza di 48 ore, che hanno riportato il medesimo risultato elettorale, vale a dire 170 voti a favore e 180 contrari alla investitura del candidato alla presidenza del governo Mariano Rajoy. Hanno votato a favore i deputati del suo partito e quelli di *Ciudadanos* e *Coalición Canaria*, mentre hanno votato contro i deputati degli altri partiti rappresentati al Congresso in seguito alle ultime elezioni del 26 giugno.

Questo risultato è il frutto delle trattative post-elettorali portate avanti dal candidato popolare alla *premiership*, Mariano Rajoy, che, nonostante abbia rafforzato la sua posizione dopo le ultime elezioni, non è riuscito a stringere un'alleanza con il Psoe per un accordo di governabilità e nemmeno ad assicurarsi la sua astensione per la formazione di un governo di minoranza. A pochi giorni dalla sessione di investitura è riuscito, invece, a concludere accordi con *Ciudadanos* e *Coalición Canaria*, che gli sono valsi l'appoggio parlamentare di tali partiti in cambio dell'approvazione di due vasti pacchetti di riforme incentrati –rispettivamente – su misure di stampo economico-sociale ed autonomico. A nulla sono serviti il discorso di investitura di Mariano Rajoy, incentrato sulla urgenza di

costituire un Governo per scongiurare il rischio di nuove elezioni, e la rinnovata offerta di un accordo flessibile basato su temi del finanziamento autonomico, le pensioni, l'educazione, la violenza di genere, ma anche aperto a eventuali modifiche e integrazioni. Il leader socialista Pedro Sánchez ha confermato la sua opposizione a qualsiasi ipotesi di accordo, pur dichiarandosi contrario alla convocazione di nuove elezioni, appellandosi alla impossibilità di modificare autonomamente la posizione del suo partito deliberata formalmente in seno al Comitato federale.

L'irremovibilità di Pedro Sánchez ha precluso il raggiungimento di qualsiasi accordo, che ha determinato il voto contrario dei socialisti in entrambe le votazioni, precludendo di raggiungere la maggioranza assoluta di 176 voti in prima votazione, e quella semplice in seconda votazione, che si sarebbe potuta conseguire con la sola astensione di 11 deputati. (Sulla prima sessione investitura e soprattutto sugli accordi stipulati a tal fine si rinvia a L. Frosina, *Nuovo Governo o terze elezioni? Le difficoltà legate al superamento dell'impasse politico-istituzionale*, in questa Rivista n. 2/2016, p. 13).

La seconda sessione di investitura, svoltasi **dal 27 al 29 ottobre**, si è conclusa con la elezione di Mariano Rajoy in seconda votazione a maggioranza semplice con i 170 voti a favore dei deputati del Pp, di *Ciudadanos* e *Coalición Canaria*, l'astensione di 68 deputati socialisti e i 111 voti contrari delle altre forze politiche. Hanno votato contro 15 deputati del Psoe che non hanno rispettato le indicazioni di voto del proprio gruppo parlamentare. L'investitura di Rajoy, che ha posto fine al più lungo periodo di instabilità della democrazia costituzionale spagnola, è stata possibile grazie al cambio di posizione della dirigenza del Psoe che ha optato per l'astensione nella risoluzione approvata in seno al Comitato federale.

Nel suo [discorso di investitura](#), Mariano Rajoy, ha insistito sull'apertura al dialogo e all'intesa del suo governo, con l'unico limite del tema dell'unità della Spagna, rispetto al quale non è disposto ad avviare alcuna discussione. Rajoy ha accettato, invece, di negoziare con il Psoe le condizioni indicate nella risoluzione approvata dal Comitato federale, quali, ad esempio, la riforma del lavoro, l'avvio del dialogo sociale, il Patto di Toledo e la riforma delle pensioni, un nuovo accordo dello Stato in materia di educazione, le riforme giuridiche necessarie per migliorare il modello di organizzazione territoriale e il suo finanziamento, e, infine, l'adozione di misure contro la corruzione.

In questa sede ha chiarito ai socialisti, che hanno già dichiarato di voler esercitare con fermezza la propria opposizione, che la sua intenzione è di dar vita a un governo che sia in grado di governare e non di essere governato.

Con la votazione di investitura, Mariano Rajoy viene riconfermato per la seconda volta alla guida del governo spagnolo e si pongono le basi per una nuova legislatura caratterizzata dalla presenza di un Governo minoritario privo di una solida maggioranza parlamentare.

Il **17 novembre** si è celebrata la sessione solenne di apertura della XII legislatura spagnola in seno al Congresso dei deputati, a cui hanno partecipato i Re di Spagna e il neoletto premier Mariano Rajoy. Nel discorso di apertura della cerimonia, il Re Felipe VI

ha

evidenziato come la nuova legislatura richieda ai parlamentari un grande sforzo di dialogo e intesa per garantire la governabilità (Sul discorso V., *infra* Corona, p. 13)

## ATTIVITA' LEGISLATIVA

In questi mesi il Parlamento ha approvato la [legge organica n. 1/2016, del 31 ottobre, di Stabilità di bilancio e sostenibilità finanziaria](#), e la [legge organica n. 2/2016, di riforma della legge organica n. 5/1985, del 19 giugno, sul Regime Elettorale Generale](#), pubblicate entrambe nel BOE n. 264 del 01/11/2016.

La prima legge prevede una proroga del bilancio generale del 2016 poiché il Governo in carica, in funzione dal 20 dicembre 2015, si trova nell'impossibilità di approvare un nuovo progetto di bilancio, essendo la sua azione limitata alla gestione dell'ordinaria amministrazione, secondo quanto previsto dall'articolo 21 della legge sul Governo n. 50/1997.

La seconda legge disciplina le speciali modalità di svolgimento delle elezioni convocate nella ipotesi contemplata dal comma 5 dell'articolo 99 della Costituzione, vale a dire in caso di scioglimento automatico delle *Cortes Generales* dopo che siano trascorsi due mesi dalla prima votazione di investitura senza che il Congresso sia riuscito a votare la fiducia al candidato alla presidenza del governo. In linea generale la nuova disciplina velocizza e semplifica le modalità di svolgimento di queste elezioni, tenendo conto delle esigenze di rapidità e delle condizioni speciali in cui sono tenute a celebrarsi. Nello specifico, prevede una riduzione dei tempi del processo elettorale che viene fissato a 47 giorni, vale a dire 7 giorni in meno rispetto ai tempi previsti per le elezioni ordinarie. Si riduce, in particolare, la durata della campagna elettorale (che passa da 15 ad 8 giorni) e si anticipano i termini per la designazione dei rappresentanti e degli amministratori, per la comunicazione delle coalizioni e per la presentazione delle candidature. Inoltre, si stabiliscono diverse misure per facilitare il nuovo processo elettorale, tra le quali, ad esempio, il mantenimento delle precedenti Giunte elettorali e la possibilità di confermare i rappresentanti e gli amministratori dei partiti, delle federazioni e delle coalizioni presentati nelle precedenti elezioni. Infine, si riducono le sovvenzioni per le spese elettorali che percepiscono le formazioni politiche con rappresentanza parlamentare per ogni voto e seggio ottenuto, e si riduce, altresì, il limite delle spese elettorali sostenibili da parte di tali formazioni politiche.

## GOVERNO

---

### LA COSTITUZIONE DEL II GOVERNO DI MARIANO RAJOY

Il **31 ottobre** Mariano Rajoy ha prestato giuramento dinanzi al Re Felipe VI nell'ambito di una cerimonia svoltasi a Palazzo della Zarzuela, ove è stata data lettura del [Regio Decreto n. 414/2016](#), pubblicato sul BOE n. 263, del 31 ottobre 2016, con cui è stato nominato nuovo Presidente del Governo di Spagna. Il Presidente ha confermato che per lui è un onore essere divenuto il nuovo presidente del Governo, incarico che –ha detto– intende svolgere con la massima “lealtà e responsabilità”.

Il **3 novembre** i 13 Ministri del nuovo Governo Rajoy hanno prestato giuramento dinanzi al Re Felipe VI nell'ambito di una cerimonia svoltasi a Palazzo della Zarzuela in presenza di Mariano Rajoy, dopo essere stati nominati con [Regio Decreto n. 417/2016](#), pubblicato sul BOE n. 267, del 4 novembre 2016, controfirmato dal neoeletto Presidente del Governo.

Le scelte di Mariano Rajoy relative alla composizione del nuovo esecutivo dimostrano la volontà di combinare rinnovamento e continuità. Le principali novità consistono nei nomi di Alvaro Nadal al Ministero dell'Energia, Turismo e Agenda digitale; Juan Ignacio Zoido al Ministero degli Interni, e Maria Dolores de Cospedales, segretaria generale del Pp, al Ministero della Difesa. Vengono presentate sotto forma di novità anche la nomina di Alfonso Dastis agli affari esteri, Iñigo de la Serna allo sviluppo, e della catalana, Dolors Montserrat, alla Sanità. A questi cambiamenti si affiancano delle scelte di continuità risultanti dalla conferma di alcune figure rilevanti del precedente esecutivo nei posti chiave del nuovo Governo Rajoy. Soraya Sáenz de Santamaria viene confermata alla carica di vicepresidente, così come si mantiene invariata l'equipe economica, con la conferma di Luis de Guindos, Cristóbal Montoro e Fátima Báñez, rispettivamente, all'Economia, alle Finanze e all'Occupazione. Un cambio significativo di competenze si registra sostanzialmente nell'assegnazione del Ministero dell'Industria a Luis de Guindos e quello delle Amministrazioni Pubbliche alla numero due dell'esecutivo, Soraya Sáenz de Santamaria. Un'altra conferma è quella di Isabel García Tejerina al Ministero dell'Agricoltura. Con la costituzione del nuovo esecutivo Mariano Rajoy vuole dare un messaggio di continuità e, soprattutto, rivendicare i risultati della sua azione economica nella scorsa legislatura.

Il **3 novembre**, al termine della cerimonia del giuramento, si è riunito il primo Consiglio dei Ministri del nuovo Governo Rajoy, durante il quale è stato analizzato l'*informe* sulla situazione dell'economia spagnola redatto dai Ministri dell'Economia e delle Finanze. Nel corso della riunione è stato confermato il rispetto dell'obiettivo del 4,6% del PIL per il 2016, concordato con l'Unione europea, e sono stati messi in luce i buoni risultati conseguiti dalle ultime misure economiche, quali, ad esempio, la chiusura dell'esercizio di bilancio, o il Regio Decreto sul pagamento frazionato delle Imposte sulle Società per le imprese con un fatturato superiore ai dieci milioni di euro.

Si sono stabilite, inoltre, le priorità del nuovo Governo che consistono, sostanzialmente, nell'approvazione della legge di stabilità 2017, nella fissazione di un tetto di spesa per le amministrazioni pubbliche, e nell'istituzione di una *ponencia* per l'approvazione di una nuova legge in materia di educazione. Si tratta di priorità fondamentali per rispettare i compromessi assunti con l'Unione europea e *Ciudadanos*. Quest'ultimo rappresenta il

principale socio del Pp durante la legislatura con cui è stato siglato un accordo per approvare oltre 150 misure. Inoltre, in prospettiva, il Governo si prefigge di approvare una riforma della legge elettorale, un nuovo modello di finanziamento autonomico e una riforma delle pensioni, sulle quali considera imprescindibile un accordo con il Psoe.

Al termine del Consiglio dei Ministri, il nuovo portavoce dell'esecutivo, Iñigo Méndez de Vigo, ha affermato che il nuovo Governo si muove in linea di continuità con il precedente per quanto riguarda gli obiettivi del recupero dell'economia, la creazione dell'occupazione, le riforme e la stabilità di bilancio, mentre si aspetta di conseguire importanti risultati nei nuovi ambiti di intervento dell'esecutivo.

---

## **rapporti CON L'UNIONE EUROPEA**

Il **15 ottobre** il Governo in funzione ha inviato a Bruxelles un documento di sintesi delle previsioni di bilancio per il biennio 2016- 2017, c.d. [Plan presupuestario de 2017 Informe de acción efectiva](#). Nel documento viene prevista una proroga del bilancio del 2016 e vengono indicate le previsioni di entrate e spese per l'anno 2017, senza includere un nuovo piano di bilancio per via dell'impossibilità in cui verte il Governo in funzione. Inoltre vengono indicate, più nello specifico, le misure adottate per garantire l'obiettivo del deficit del 4,6% nel 2016 e del 3,6% nel 2017, che obbligherà, pertanto, il prossimo Governo a realizzare un aggiustamento pari a 5.000 milioni di euro per conseguire l'obiettivo del 3,1% indicato dall'Unione europea per il 2017.

In questi mesi il Presidente del Governo in funzione ha partecipato ai due Consigli europei tenutisi il 20 e il 21 ottobre e il 15 dicembre a Bruxelles. Nell'ambito di tali Consigli sono stati affrontati, prevalentemente, i temi della migrazione e della sicurezza, rispetto ai quali Rajoy ha sottolineato, insieme agli altri leader europei, la necessità di ridurre ulteriormente la immigrazione illegale lungo la rotta del Mediterraneo, e l'importanza della cooperazione con i paesi africani di origine e di transito per i migranti, nonché la necessità di rafforzare la sicurezza attraverso l'utilizzo dei principali strumenti congegnati, quali, ad esempio, la strategia globale dell'Ue nel settore della sicurezza e della difesa e il piano d'azione europeo in materia di difesa.

**cOrona**

## **il discorso di felipe vi nella sessione di apertura della xii legislatura**

Il **17 novembre** Felipe VI ha pronunciato il primo discorso ufficiale dalla sua proclamazione in seno al Congresso dei deputati, per inaugurare la sessione di apertura della XII legislatura. Il Re ha ricordato anzitutto lo spirito di rinnovamento con cui ha assunto il suo mandato e il desiderio di contribuire alla modernizzazione del Paese. Ha

ricordato che la costituzione del nuovo Governo ha posto fine alla complessa situazione iniziata il 20 dicembre 2015, evidenziando, tuttavia, come il pluralismo richieda un dialogo permanente e “responsabilità, rispetto e intesa come valori permanenti”. A tal proposito ha invocato lo spirito della Transizione, perché possa essere da esempio, ricordando anche lo straordinario periodo di convivenza democratica in pace e libertà che ha permesso alla Spagna di divenire un gran Paese.

Ha concluso il suo discorso richiedendo di optare per “lo spirito di superamento” e di dimostrare “la volontà di proseguire uniti”, mostrandosi sicuro che il Paese sarà in grado di superare le difficoltà.

### **il messaggio di natale di felipe vi**

Il **24 dicembre** il Re Felipe VI ha pronunciato dal Palazzo della Zarzuela il tradizionale discorso di Natale in cui ha operato una serie di riflessioni sul presente e il futuro della Spagna. Ha fatto ampio riferimento alla crisi economica e alla necessità di consolidare il recupero economico, di superare le disuguaglianze e di rafforzare la coesione sociale, che rappresentano obiettivi prioritari per ristabilire la stabilità e l’equilibrio all’interno della società spagnola. Ha fatto riferimento al superamento della complessa situazione di instabilità politica con la formazione del nuovo Governo Rajoy, invitando i gruppi politici a promuovere il consenso necessario per il migliore funzionamento della società. Non ha menzionato il problema indipendentista catalano ma vi ha fatto implicitamente riferimento nella misura in cui ha operato una ferma difesa della convivenza nell’unità e nel rispetto della legge. A tal proposito ha detto che «Vulnerar las normas que garantizan nuestra democracia y libertad sólo lleva, primero, a tensiones y enfrentamientos estériles que no resuelven nada y, luego, al empobrecimiento moral y material de la sociedad».

Per quanto concerne le sfide del futuro, il Re Felipe VI ha parlato del progresso tecnologico come nuovo modello di vita a cui diventa necessario adattare la realtà economica, produttiva e sociale del Paese, dando priorità alla ridefinizione di un sistema educativo che promuova le lingue e la cultura, i valori, la ricerca, l’innovazione la creatività e lo spirito imprenditoriale. Ha concluso il suo discorso parlando di una Spagna cosciente, solidale, ferma nei suoi valori, e determinata a superare le difficoltà.

cOrti

### **il Tribunale costituzionale e la comunita’ autonoma della catalogna**

Il **6 ottobre** il Tribunale costituzionale ha risolto, con l’[auto n.170/2016](#) (pubblicata nel Boe n. 276, del 15 novembre 2016), l’*incidente de ejecución* relativo alla sentenza n. 259/2015 promosso dal Governo statale contro la risoluzione n. 263/IX, avente ad oggetto la ratifica delle conclusioni della Commissione di studio del processo costituente. Con tale provvedimento il Tribunale ha dichiarato l’incostituzionalità della risoluzione impugnata,

giudicandola in aperto contrasto con la sentenza n. 259/2015 e l'*auto* n. 141/2016, con cui erano già state dichiarate incostituzionali le risoluzioni secessioniste del Parlamento catalano n. I/XI e 5/XI, riguardanti, rispettivamente, l'avvio del processo di disconnessione dalla Spagna e l'istituzione della Commissione parlamentare di studio del processo costituente. Con questa decisione il Tribunale ha dichiarato incostituzionale l'ultima risoluzione parlamentare secessionista impugnata, perché rivolta - secondo i giudici- a promuovere un processo costituente contrario a Costituzione che il Parlamento autonomico si arroga la facoltà di realizzare al di fuori delle ordinarie procedure di revisione costituzionale.

Il Tribunale ha notificato il provvedimento adottato alla Presidente del Parlamento, agli altri membri della presidenza, e al Segretario Generale del Parlamento, così come al Presidente e agli altri membri del Consiglio di Governo della Generalità, informandoli dei vari obblighi connessi all'attuazione di tale provvedimento e-segnatamente- dell'obbligo di astenersi dal realizzare qualsiasi azione rivolta a dare attuazione alla risoluzione n. 263/XI; del dovere di impedire o paralizzare qualsiasi iniziativa rivolta, direttamente o indirettamente, a ignorare o eludere la dichiarazione di incostituzionalità della risoluzione; e, infine, delle eventuali responsabilità, inclusa quella penale, connesse alla violazione di quanto ordinato dal Tribunale.

Con tale provvedimento ha richiesto al *Ministerio Fiscal* di valutare se intraprendere o meno un'azione penale contro la presidente del Parlamento della Catalogna, Carme Forcadell, per avere ammesso a votazione il passato 27 luglio le conclusioni della Commissione di studio del processo costituente, nonostante il Tribunale avesse già avvisato dei rischi connessi alla votazione di un testo che prevedeva la disconnessione della Catalogna dalla Spagna e si fondava sulla risoluzione del 9 Novembre già dichiarata incostituzionale. Il *Ministerio* fiscal ha intrapreso in seguito un'azione penale contro la Forcadell con l'accusa di aver commesso un reato di disobbedienza, per il quale è stata chiamata a testimoniare dinanzi al Tribunale Superiore di Giustizia della Catalogna.

Il **14 ottobre** il Governo ha presentato un *incidente de ejecución* dinanzi al Tribunale costituzionale per richiedere la nullità della risoluzione parlamentare catalana n. 306/XI, del 6 ottobre 2016, con cui si sollecita il Governo della Generalità a convocare un referendum vincolante sull'indipendenza, al più tardi entro il mese di settembre 2017, anche senza il raggiungimento di un previo accordo con lo Stato.

Il **20 ottobre** il Tribunale Costituzionale, con la [sentenza n. 177/2016](#) (pubblicata nel BOE n. 285, del 25 novembre 2016), ha dichiarato incostituzionale l'articolo 1 della legge catalana 28/2010, che vieta lo svolgimento delle corride e di altri spettacoli taurini nella Comunità autonoma. Nella sentenza si afferma che la competenza per la regolazione degli spettacoli pubblici, che consente alla Catalogna di regolare le condizioni dei festeggiamenti taurini, non può spingersi fino al punto di vietare lo svolgimento delle corride, che sono state dichiarate con legge dello Stato "patrimonio culturale immateriale" e - come tale- rientrano nella competenza esclusiva dello Stato.

Il **13 dicembre** il *Pleno* del Tribunale, con [risoluzione](#) pubblicata nel BOE n. 302, del 15 dicembre 2016, ha ammesso ad esame il ricorso del Governo statale contro la

risoluzione n. 306/XI, sospendendo in via cautelare l'applicazione delle disposizioni impugnate conformemente all'art. 161, c. 2 della Costituzione.

Il Tribunale ha notificato tale provvedimento alla presidente del Parlamento, Carme Forcadell, e al Presidente della Generalità, Carles Puigdemont, avvertendoli delle responsabilità -inclusa quella penale- connesse all'eventuale violazione di tale provvedimento.

Le associazioni e i partiti *soberanisti* hanno dichiarato che il referendum si celebrerà lo stesso, così come si terrà anche la riunione sulla consultazione indipendentista fissata per il 23 dicembre.

Il **19 dicembre** il Tribunale ha adottato [la sentenza](#) con cui ha risolto il ricorso di *amparo* n. 1493/2016, promosso dai deputati del gruppo parlamentare di Ciudadanos, contro gli accordi della Mesa del Parlamento del 1 e 8 marzo 2016, con cui sono state create le tre *ponencias* incaricate di elaborare le proposte di legge di disconnessione della Catalogna dalla Spagna. La sentenza dichiara nulla le tre *ponencias* istituite sulla base di tali accordi e tutti gli atti derivati, nonché le tre leggi di disconnessione ancora in fase di redazione, perché ritiene che vi sia stata una violazione del diritto delle opposizioni parlamentari ricorrenti ad esercitare le proprie funzioni rappresentative.

Il **23 dicembre** il Tribunale costituzionale ha dato comunicazione, mediante [la nota informativa 99/2016](#), della sentenza con cui ha dichiarato incostituzionali alcuni articoli impugnati della legge catalana n. 16/2014, sull'azione estera e le relazioni con l'Unione europea, ritenendo che invadano la materia delle relazioni internazionali di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'articolo 149.1.3 della Costituzione. Nello specifico ritiene che violino tale competenza gli articoli della legge che assegnano alla Generalità la competenza per appoggiare processi di indipendenza di altri Stati, ovvero per stabilire relazioni bilaterali con altri Paesi, o, infine, quelle disposizioni che configurano la c.d. diplomazia pubblica della Generalità.

## AUTONOMIE

### il processo indipendentista catalano

Il **28 settembre** il Governo catalano di Carles Puigdemont si è sottoposto alla votazione di fiducia in seno al Parlamento catalano, che è stata superata grazie ai 62 voti favorevoli di *Junts pel Sí* (JxSí) e ai 10 della *Candidatura d'Unitat Popular* (CUP), a fronte del voto contrario delle altre opposizioni parlamentari. La fiducia è stata votata dalla CUP, nonostante fosse stata convocata proprio a causa del veto posto da tale partito sul progetto di legge di bilancio per il 2017, in quanto Carles Puigdemont, sotto le pressioni del suo alleato di governo, si è impegnato poche ore prima della votazione a convocare un referendum sulla indipendenza da Madrid, entro il mese di settembre 2017, senza specificare come pervenire alla relativa celebrazione.

Il **6 ottobre**, durante il dibattito di politica generale, il Parlamento catalano ha approvato la risoluzione 306/XI, in cui si riconosce il diritto inalienabile e imprescrittibile della

Catalogna all'autodeterminazione e si richiede al Governo di celebrare un referendum vincolante sull'indipendenza, al più tardi entro il mese di settembre 2017, anche senza il raggiungimento di un previo accordo con lo Stato. La risoluzione è stata approvata a maggioranza assoluta con i 72 voti della coalizione indipendentista di *Junts pel Sí* (JxSí) e del partito anticapitalista e indipendentista della *Candidatura d'Unitat Popular* (CUP), e i voti contrari di *Ciudadanos*, del *Partido socialista catalano* (Psc) e del *Partido popular catalano* (Ppc). Con tale risoluzione il Parlamento si è impegnato ad approvare tutte le leggi e le misure giuridiche necessarie per dare copertura legale al referendum, affinché possa svolgersi nel pieno rispetto dei principi del pluralismo e della democrazia secondo gli standard internazionali. A tal fine, prevede di costituire entro la fine dell'anno una commissione incaricata di promuovere, seguire e controllare la convocazione e lo svolgimento del referendum, nonché una commissione incaricata di monitorare il processo di autodeterminazione nella sua interezza composta da esperti di livello internazionale. La creazione di tali organi è rivolta a promuovere la celebrazione di un referendum che presenti le più elevate garanzie di inclusione della società catalana nella relativa convocazione e organizzazione, nonché la più ampia partecipazione elettorale, e, altresì, il suo previo riconoscimento da parte dell'Unione europea e della comunità internazionale. Nella risoluzione viene disciplinato più nel dettaglio il processo costituente mediante la individuazione dei tempi, dei modi e degli organi attraverso i quali portarlo avanti fino alla celebrazione delle elezioni costituenti, che dovranno svolgersi a distanza di sei mesi dal referendum nel caso in cui dovesse prosperare l'opzione indipendentista con il 50% +1 dei voti.

Il giorno stesso è stata approvata un'altra risoluzione proposta dai deputati di *Catalunya Sí que Es Pot* (CSQEP), che si è fatta promotrice di una proposta di risoluzione alternativa approvata con una maggioranza di 73 voti, l'astensione della CUP, e il voto contrario delle altre opposizioni. Con tale risoluzione si richiede di promuovere tutte le iniziative parlamentari necessarie nei confronti dello Stato spagnolo per celebrare un referendum che ottenga il riconoscimento previo dell'Unione europea e della comunità internazionale e che sia in grado di dispiegare effetti politici e giuridici reali.

Il **23 dicembre** si è svolta, come prestabilito, la riunione del c.d. *Pacto Nacional por el Referéndum*, a cui hanno partecipato i rappresentanti politici, sociali e istituzionali della società catalana favorevoli alla celebrazione del referendum. Nell'ambito della riunione sono emerse posizioni contrapposte in merito alle modalità di celebrazione del referendum che hanno evidenziato l'assenza di unità del fronte indipendentista. In linea generale è stata confermata la volontà di mantenere aperto il dialogo con il Governo nazionale e di portare parallelamente avanti il processo indipendentista.

SE IL PRESIDENTE LEGITTIMAMENTE ELETTO È UN “WRONG WINNER”.  
BREVI OSSERVAZIONI SULLE ELEZIONI PRESIDENZIALI NEGLI STATI  
UNITI E IL FUTURO DELLA DEMOCRAZIA AMERICANA

Di Giulia Aravantinou Leonidi\*

Il risultato delle elezioni di novembre restituisce l'immagine di un'America divisa. Che l'esito della consultazione avrebbe lasciato comunque una ampia parte dell'elettorato insoddisfatto era chiaro sin dall'inizio della campagna elettorale, probabilmente la più violenta della storia americana. Inaspettata è giunta, tuttavia, la vittoria a valanga di Donald Trump, candidato sgradito al suo stesso partito, che, con il suo stile divisivo, ha saputo interpretare il malessere di un Paese in cui in questi anni le contraddizioni sociali ed economiche si sono drammaticamente acute.

L'analisi del voto statunitense potrebbe essere sintetizzata dalla constatazione della sollevazione degli elettori di entrambi i partiti contro un sistema ritenuto corrotto e affetto da autoreferenzialismo, ai cui candidati hanno preferito *outsider* dagli orientamenti spiccatamente radicali. Per dirla con il politologo americano Francis Fukuyama “The real story of this election is that after several decades, American democracy is finally responding to the rise of inequality and the economic stagnation experienced by most of the population”<sup>2524</sup>. Trump, dunque, come reazione della democrazia americana alla crisi di quella stessa democrazia. Queste elezioni segnano, tra l'altro, anche il definitivo declino dei partiti americani tradizionali, travolti dall'ondata del populismo, risultato di anni di inazione e di indifferenza alle profonde ferite che hanno lacerato il tessuto sociale del Paese. L'osservatore occasionale dell'ordinamento statunitense coglie nell'elezione di un candidato controverso come Donald Trump solo una parte della lezione che ancora una volta questo Paese consegna alla storia. Le elezioni presidenziali di questo autunno sono un monito per le classi dirigenti, anche europee, ad imprimere un cambio di passo nella

---

\*Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni Politiche Comparete, Dipartimento di Scienze Politiche, Università di Roma “Sapienza”

<sup>2524</sup> FUKUYAMA F., *American Political Decay or Renewal? The Meaning of the 2016 Election*, in *Foreign Affairs*, Luglio/Agosto 2016, p. 58.68.

lettura dei fenomeni sociali se non vogliono essere spazzate via dai diversi Trump nazionali.

L'elezione di Trump alla Presidenza degli Stati Uniti è stata molto discussa e non manca di suscitare, a pochi giorni dal suo insediamento alla Casa Bianca, accesi dibattiti e proteste.

A risultare indigesti non sono soltanto alcuni aspetti strettamente connessi alla persona del neo Presidente eletto, ma anche il peculiare processo di elezione del Presidente e le anomalie che questo presenta.

Donald Trump è il Presidente eletto con il minor consenso popolare della storia degli Stati Uniti, segnata da altri quattro casi in cui il candidato risultato vincente non aveva ottenuto la maggioranza nel voto popolare. Tre si sono verificati nel XIX secolo, in occasione delle elezioni del 1824<sup>2525</sup>, del 1876<sup>2526</sup> e del 1888. Le prime due misero in luce i punti deboli del sistema elettorale conducendo il Paese, in entrambi i casi, verso gravi crisi costituzionali e sull'orlo della guerra civile. In anni più recenti, si ricorda l'elezione del 2000 quando George W. Bush strappò di mano ad Al Gore Jr. la vittoria, assicurandosi il voto dell' *Electoral College* ma non quello popolare. La vicenda, che fu anche l'occasione per un celebre intervento della Corte Suprema in materia elettorale, continua ad esercitare una certa influenza sul dibattito politico americano.

L'attuale processo di elezione del Presidente degli Stati Uniti presenta solo parzialmente i caratteri originariamente previsti dagli estensori della costituzione americana. La sua particolare complessità, data dalle due fasi in cui si articola il procedimento solo in parte disciplinato dalla Costituzione, ha indotto Akhil Reed Amar a definire il sistema di elezione del Presidente come “a constitutional accident waiting to happen”<sup>2527</sup>.

A complicare il meccanismo di selezione del Presidente interviene uno degli istituti più controversi della democrazia americana, il Collegio elettorale. Sulla base dell' Art. II sez.

<sup>2525</sup> Con il voto dei grandi elettori spaccato su ben quattro candidati, la Camera dei Rappresentanti nel 1824 scelse il Presidente in una votazione successiva all'inizio del 1825. La scelta ricadde su John Quincy Adams, che aveva ricevuto meno voti sia dai grandi elettori che nel voto popolare rispetto al *front-runner* Andrew Jackson.

<sup>2526</sup> In occasione dell'elezione presidenziale del 1876 i partiti politici in tre stati del sud hanno sia reclamato la vittoria che presentato liste concorrenti di elettori. Il rischio di una quasi certa crisi costituzionale e di una potenziale guerra civile fu scongiurato solo grazie al cd. Compromesso del 1877, in seguito al quale le elezioni furono vinte da Hayes, che conquistò il Collegio elettorale pur avendo perso il voto popolare. Il compromesso che assicurò la vittoria al repubblicano Hayes, consistente nel ritiro delle truppe federali dagli Stati meridionali, sancì anche la fine del dominio dei repubblicani nel sud. In argomento, THISTLETHWAITE F., *The Great Experiment. An Introduction to the History of the American People*, Cambridge University Press 1955.

<sup>2527</sup> AMAR A.R., *A constitutional Accident Waiting to Happen*, in 12 Const. Comment. 143 1995, pp.143-145.

“Ogni Stato nominerà, nel modo che verrà stabilito dal suo organo legislativo, un numero di Elettori, pari al numero complessivo dei senatori e dei rappresentanti che lo Stato ha diritto di mandare al Congresso; ma né senatori, né rappresentanti, né altri che abbiano incarichi fiduciari o retribuiti alle dipendenze degli Stati Uniti, potranno essere nominati Elettori”.

La Costituzione non ha disciplinato le modalità di svolgimento delle elezioni statali per la designazione degli elettori presidenziali, riconoscendo agli Stati un ampio margine di discrezionalità. Attualmente, tutti gli elettori presidenziali sono scelti tramite elezione diretta da parte del corpo elettorale. I grandi elettori sono eletti in novembre di ciascun quarto anno in numero pari ai senatori e ai deputati attribuiti a ciascuno stato<sup>2528</sup>. Un primo decisivo intervento di modifica del procedimento di elezione del Presidente degli Stati Uniti si è avuto con l’approvazione del XII emendamento alla Costituzione in conseguenza alla crisi costituzionale seguita alle elezioni del 1800. Il XII emendamento, ratificato il 15 giugno 1804, rientra in quel gruppo di emendamenti alla Costituzione del 1787 adottati nel corso del cd. *framing period* (tra i quali si annoverano anche il *Bill of Rights* e il XI emendamento). Successivamente, altri emendamenti sono intervenuti a modificare e meglio definire il processo di elezione del Presidente degli Stati Uniti, mi riferisco in particolare al XXIII emendamento, che ha stabilito il numero di voti del Distretto di Columbia, il XXII emendamento, relativo alla rieleggibilità alla carica di Presidente, e il XX emendamento, che indica il 20 Gennaio come la data di insediamento del nuovo Presidente.

Quello del Collegio elettorale è un tema allo stesso tempo attuale e costantemente presente nel dibattito costituzionale americano. Il sistema del Collegio elettorale presenta alcune criticità che si celano nelle disposizioni costituzionali. Si tratta, in particolare, dell’esclusione dalla candidatura alla carica di grande elettore di un individuo che ricopra una carica pubblica o un impiego retribuito dagli Stati Uniti, sulla base delle disposizioni di cui all’art. II, § 1, cl.2. Tale obiezione fu sollevata nei confronti di uno dei grandi elettori

---

<sup>2528</sup> Il XXIII Emendamento della Costituzione prevede poi che il Distretto di Columbia esprima un numero di Grandi Elettori pari a quelli dello Stato con il minor numero di Grandi Elettori, pertanto, ai 535 Grandi Elettori statali, se ne aggiungono altri tre per il Distretto di Columbia, per un totale di 538 elettori. La data per l’elezione dei Grandi elettori è stata stabilita da una legge federale del 1792.

dell' Oregon nel 1876. Un altro problema di carattere giuridico è posto dal XII emendamento, laddove stabilisce che i grandi elettori non possono votare per un abitante del loro stesso Stato. Questa disposizione, volta in origine a scongiurare il provincialismo dei grandi elettori, non sembra trovare nella contemporaneità alcuna giustificazione e contribuisce ad alimentare il dibattito sulla riforma del sistema del Collegio elettorale<sup>2529</sup>. Altre insidie sono rappresentate dalla prematura scomparsa di un candidato o dalla sua incapacità ad onorare il mandato che è chiamato a svolgere, e dalla serrata tempistica del procedimento elettorale.

Complicazioni possono derivare, inoltre, dal verificarsi di un'altra eventualità, quella che in seno al collegio si manifesti il voto dei cd. elettori infedeli, *faithless electors*, termine con il quale vengono indicati i grandi elettori che votano per un candidato diverso da quello che si sono impegnati a eleggere. Tale eventualità, estremamente rara nella storia politica americana, non ha mai prodotto degli effetti significativi sul risultato finale della competizione elettorale. La Corte Suprema non ha, tuttavia, ignorato il possibile verificarsi di questa ipotesi, cogliendo, in occasione della pronuncia sul caso Ray v. Blair nel 1952<sup>2530</sup>, la possibilità di esprimersi nel merito, pur lasciando aperta la delicata questione di carattere costituzionale legata alla inosservanza da parte di un grande elettore della promessa di sostenere un determinato candidato.

Sebbene, finora, ventiquattro Stati facciano ricorso a diversi strumenti per impedire ad un grande elettore di votare per un candidato diverso da quello per il quale si è impegnato a votare, la dottrina è pressoché concorde nel ritenere che i grandi elettori una volta designati siano costituzionalmente non vincolati a votare per un determinato candidato, potendo esprimere la propria preferenza per un qualsiasi candidato in possesso dei requisiti per essere eletto Presidente o Vicepresidente. Nelle ultime elezioni presidenziali parte della dottrina costituzionalistica e politologica americana ha auspicato il voto massiccio degli elettori infedeli per scongiurare l'assai poco gradita elezione di Donald Trump. Ciononostante, il 19 dicembre non vi è stato alcun sorprendente capovolgimento del risultato atteso, la vittoria di Donald Trump è stata perciò confermata. Il fenomeno

<sup>2529</sup> Su queste tematiche riferisce BENNETT R. W., *Chi elegge il Presidente degli Stati Uniti? Il problema del collegio elettorale*, Milano, Giuffrè 2006.

<sup>2530</sup> 343 U.S. 214 (1952).

degli elettori infedeli si è manifestato certo, ma, diversamente dagli auspici dei democratici, ha finito per rivelarsi a favore del candidato repubblicano. Sono stati ben sette i voti degli elettori infedeli, il numero più elevato mai registrato nella storia americana, che segna anche un'importante punto di rottura tra i grandi elettori e i candidati che si erano impegnati a sostenere. A guidare il manipolo di ribelli lo Stato di Washington, dove tre elettori democratici hanno deciso di non votare per Hillary Clinton, votando invece per Colin Powell, ex generale, repubblicano e primo afroamericano alla guida del Dipartimento di Stato durante la presidenza di George W. Bush. Il comportamento “infedele” di questi elettori democratici è stato determinato dall'intenzione di scongiurare l'elezione di Trump sostenendo un candidato repubblicano alternativo. Un quarto elettore di Washington ha votato per Faith Spotted Eagle, una nativa americana conosciuta per la sua lotta contro gli oleodotti in South Dakota. A Bernie Sanders, rivale della Clinton nella corsa alla *nomination* democratica, è andato invece il voto di un elettore democratico delle Hawaii. Gli unici due voti contro Trump sono stati espressi in Texas: quello di Chris Suprun per il governatore dell'Ohio, John Kasich, e quello espresso da un elettore sconosciuto a favore di Ron Paul, ex deputato, candidato libertario alla Casa Bianca nel 1988 e candidato alle primarie repubblicane nel 2008 e 2012. Trump, , ha ottenuto la vittoria in seno al Collegio dei grandi elettori conquistando 304 voti popolari, due in meno rispetto ai 306 previsti, mentre Clinton 227 invece di 232.

La polemica innescata in campagna elettorale da Trump sul rischio di una “rigged election”, che aveva suscitato l'imbarazzo anche degli stessi repubblicani, ha impedito che il numero di grandi elettori infedeli fosse persino maggiore di quello registrato. Per la prima volta, infatti, hanno trovato applicazione le leggi di alcuni Stati, per molto tempo rimaste lettera morta, che costringono i grandi elettori a votare per il vincitore del loro Stato, procedendo anche alla sostituzione del grande elettore, come è avvenuto in Minnesota e in Colorado.

La possibilità di una riforma del sistema del Collegio elettorale, definito da Alexander Hamilton “[t]he mode of appointment of the Chief Magistrate of the United States . . . . it be not perfect, it is at least excellent.”<sup>2531</sup>, invocata da diversi anni da politici e

<sup>2531</sup>A. HAMILTON, *The Method of Electing the President*, in *Il Federalista* n.68, 1787, (edizione italiana) Bologna, Il Mulino 1997.

accademici<sup>2532</sup>, convinti della necessità di istituire un'elezione popolare a carattere nazionale o quantomeno di apportare dei correttivi all'attuale procedimento di elezione presidenziale, incontra un importante limite nel macchinoso procedimento definito all'Art. V per l'approvazione di un emendamento costituzionale. La dottrina ha prospettato delle alternative ad un'unica e difficoltosa modifica, offrendo soluzioni che non prevedono il ricorso ad emendamenti costituzionali. Sin dalla sua istituzione il Collegio elettorale è stato oggetto di diverse proposte di riforma, nessuna delle quali realizzata. Le ragioni del fallimento dell'intento riformatore sono da rintracciarsi fondamentalmente nella portata di tali riforme, incentrate prevalentemente su due problematiche: quella del vincitore sbagliato, il *wrong winner*, e quella degli elettori infedeli. Riforme meno ampie, a costituzione invariata, avrebbero probabilmente avuto maggiori possibilità di successo.

Sulla scia dell'esito del voto dello scorso novembre il dibattito sulla riforma del Collegio elettorale si è arricchito di nuovi stimoli per sanare le criticità prodotte in seno alla democrazia americana da questo controverso istituto, considerato da molti una anomalia del sistema. Alcuni commentatori, come l'attivista per i diritti civili e ex consigliere di Obama, vicino alle posizioni di Martin Luther King Jr., Van Jones, si sono spinti fino a invocare lo scoppio di una guerra civile pur di impedire al neo Presidente eletto di insediarsi alla Casa Bianca. Dello stesso tenore anche le dichiarazioni del deputato della Georgia e paladino dei diritti civili, John Lewis, il quale insiste sull'illegittimità dell'elezione di Donald Trump. Non è la prima volta che Lewis si lascia andare a certe esternazioni. Anche in occasione dell'elezione di George W. Bush nel 2000 il deputato si era rifiutato di riconoscere la vittoria del repubblicano, evitando persino di partecipare alla cerimonia per il suo insediamento alla Casa Bianca.

Quelle appena richiamate sono posizioni estremamente discutibili e pericolose. Il sistema elettorale presidenziale americano può non essere il migliore possibile, come per ammissione dello stesso Hamilton, ma ha indicato con chiarezza il vincitore di questa competizione elettorale. Com'è stato sottolineato in precedenza, nella storia americana quello di Donald Trump non è certo l'unico caso in cui il Presidente eletto non ha ottenuto

---

<sup>2532</sup> Per una panoramica sulle proposte di riforma del sistema del Collegio elettorale Cfr. CRS Report R43824, *Electoral College Reform: Contemporary Issues for Congress*, by Thomas H. Neale, and CRS Report R43823, *The National Popular Vote Initiative: Direct Election of the President by Interstate Compact*, by Thomas H. Neale and Andrew Nolan.

la

maggioranza nel voto popolare, dando luogo all'ipotesi del cd. *wrong winner*<sup>2533</sup>. Pertanto, fino a quando non si riformerà il sistema dell' *Electoral College*, tramite emendamento costituzionale o, come suggerito da alcuni<sup>2534</sup>, attraverso un approccio più sottile e dettagliato, mettere in discussione la legittimità dell'elezione presidenziale vuol dire far scivolare il Paese verso una grave crisi costituzionale e una possibile guerra civile. Conseguenze troppo onerose per poter essere considerate un rischio accettabile da parte degli oppositori di Trump.

## VOTAZIONI E PARTITI

### L'EN PLEIN DEI REPUBBLICANI

L'elezione ogni due anni dei membri della Camera dei Rappresentanti per tutti i 435 distretti congressuali si è svolta anch'essa l'**8 novembre 2016**. I vincitori saranno chiamati a prestare giuramento e si insedieranno all'inizio di **gennaio 2017**. In seguito alle elezioni di mid-term del **novembre 2014** il partito repubblicano controllava parzialmente la Camera con 246 seggi, 28 in più della maggioranza richiesta. Il Senato era anch'esso in mano ai repubblicani (54 a 45). Nelle elezioni di questo novembre erano 34 i seggi in ballo per il rinnovo, di cui 24 occupati da esponenti del partito dell'elefantino.

L'elezione di Donald Trump alla Presidenza degli Stati Uniti è ulteriormente rafforzata dall'esito del voto per il Congresso, dove i repubblicani mantengono il controllo di entrambe le Camere, sebbene con un margine ridotto. I repubblicani detengono la maggioranza in Senato con 52 seggi contro i 46 dei democratici. Due seggi sono stati conquistati invece da candidati indipendenti.

Alla Camera dei rappresentanti i repubblicani godono di una maggioranza più ampia potendo contare su 241 deputati contro i 194 democratici.

### IL RICONTEGGIO DEI VOTI

Il riconteggio dei voti che ha avuto luogo in relazione ai risultati della corsa a governatore della South Carolina e della corsa presidenziale ha avuto e continuerà ad avere importanti implicazioni legali, politiche e sociali sui processi elettorali. Oltre un decennio fa, il riconteggio dei voti in Florida è stato al centro della narrativa delle elezioni presidenziali del 2000. Nel clima di scontro delle elezioni di quest'anno l'importanza delle informazioni riguardanti le conseguenze di un nuovo conteggio, e il modo in cui questi

<sup>2533</sup> Il termine si deve a David W. Abbott and James P. Levine, *Wrong Winner, The Coming Debacle in the Electoral College* (New York: Praeger Publishers, 1991).

<sup>2534</sup> Bennett R. W., *Chi elegge il Presidente degli Stati Uniti? Il problema del collegio elettorale*, op.cit., p.26.

procedimenti di controllo vengono gestiti sia giuridicamente che politicamente, non è mai stata così alta.

Il risultato inatteso del voto dell'8 novembre ha provocato violente proteste di piazza a cui ha fatto eco la decisione della candidata dei Verdi alle elezioni presidenziali americane, Jill Stein, di raccogliere il denaro necessario per chiedere un riconteggio del voto in tre Stati - Michigan, Pennsylvania e Wisconsin – rivelatisi determinanti per la vittoria di Donald Trump.

La Stein ha lanciato [una pagina web di raccolta fondi](#) e in poche ore ha raccolto oltre 2,5 milioni di dollari necessari a chiedere di ricontrollare le schede in Wisconsin. La motivazione alla base della richiesta della candidata dei Verdi risiedeva nella convinzione che vi fossero prove convincenti di anomalie nel voto, legate all'intervento di hacker stranieri. Un gruppo di accademici e attivisti democratici aveva lanciato un appello a Hillary Clinton perché muovesse un passo ufficiale per chiedere il riconteggio entro la fine del mese di novembre. Tuttavia la candidata democratica che ha aspramente criticato le esternazioni di Donald Trump sui possibili brogli elettorali, non ha trovato agevole sostenere l'iniziativa della Stein, assicurandole tramite il proprio comitato un tiepido sostegno tardivo, sottolineando che dalle verifiche condotte per conto della campagna di Hillary Clinton sui risultati non sono emersi particolari segnali che il processo elettorale sia stato sabotato. La decisione della Clinton ha suscitato le reazioni di Donald Trump, forte della conquista dei 16 grandi elettori del Michigan al termine di un lungo conteggio dei voti conclusosi il **28 novembre**. Trump, sconfitto dalla Clinton nel voto popolare, ha dichiarato di dubitare della legittimità dei voti ottenuti dalla rivale democratica.

La battaglia è all'ultimo voto e sono coinvolti tutti. Il partito repubblicano del Wisconsin ha presentato il **30 novembre** un [ricorso](#) presso la *Federal Elections Committee* sostenendo che la candidata alla presidenza del *Green Party*, Jill Stein, abbia sostenuto la battaglia per il riconteggio dei voti solo per aiutare Hillary Clinton e i democratici del Wisconsin. Il ricorso è giunto il giorno successivo al pagamento da parte di Jill Stein di una tassa di oltre tre milioni di dollari per il riconteggio nel Wisconsin, uno dei tre Stati —con Pennsylvania e Michigan— in cui la candidata del partito dei verdi si è battuta per ricontare i voti. La possibilità che l'esito del voto sia ribaltato a seguito di un riconteggio è molto remoto. Trump ha, infatti, conquistato il Michigan, la Pennsylvania e il Wisconsin con un totale di poco più di centomila voti di vantaggio.

---

## LA REGISTRAZIONE DEGLI ELETTORI

In Nord Carolina e altri trentasette Stati, che non consentono agli elettori di registrarsi nel giorno delle elezioni, centinaia di migliaia di voti sono stati annullati a causa della mancata registrazione degli elettori. Nella precedente elezione presidenziale erano stati oltre cinquecentomila i voti annullati. Questo dato non tiene conto, tra l'altro, dei milioni di cittadini americani non registrati che non hanno nemmeno provato a recarsi alle urne.

Diversi studi indicano che la possibilità di registrarsi nel giorno delle elezioni, aumenta del 5-10% l'affluenza alle urne.

---

## FINANZIAMENTO DELLE CAMPAGNE ELETTORALI

Il **17 novembre** la FEC si è pronunciata sul ricorso presentato il **3 maggio 2016** dalla candidata indipendente alla Presidenza, Cherunda Fox, contro *Hillary Victory Fund* e Elizabeth Jones nella sua qualità di tesoriere. La commissione con un voto all'unanimità ha rigettato il ricorso, non riscontrando alcun elemento che faccia supporre che la Jones abbia violato le norme in materia di finanziamento delle campagne elettorali. Il ricorso è stato riunito ad un altro presentato contro *Hillary for America* e Jose Villarreal, in qualità di tesoriere, anch'esso rigettato dalla commissione.

Il finanziamento delle campagne elettorali influenza l'organizzazione e la vita dei partiti politici americani. Il denaro è stato paragonato all'acqua, come questa infatti si assesta ad un certo livello e qualsiasi ostruzione o ostacolo del suo corso non fa che indurre a trovare altre vie<sup>2535</sup>. Nell'immaginario collettivo le sentenze della Corte Suprema nei casi Citizens United v. Fed e McCutcheon v. Fed rappresentano i momenti che hanno ufficialmente sancito l'afflusso incontrollato di denaro nel sistema politico. In realtà, al di là di queste importanti decisioni, dei segnali dell'emergere di forme di finanziamento ai partiti esterne e potenzialmente fuori controllo, erano presenti sin dal 2002, anno dell'approvazione del Bipartisan Campaign Reform Act (BCRA), meglio conosciuto McCain-Feingold Act. La legge colpiva la raccolta di *soft money*, ossia di fondi non federali, da parte dei partiti politici e, dopo essere stata confermata dalla Corte Suprema nella decisione *McConnell v. Fed*, ha contribuito ad arrestare in modo efficace il flusso di fondi elettorali. Le donazioni sono comunque affluite aggirando i divieti posti dalla normativa. Nonostante questa legge, infatti, tra il 2000 e il 2008, le spese indipendenti in ambito federale sono aumentate di almeno il 1258 per cento. La campagna elettorale di Obama nel 2008 ha dimostrato che era possibile muovere grandi quantità di denaro al di fuori dei canali dei partiti politici, registrando per la prima volta la partecipazione al finanziamento della campagna anche da parte di piccoli donatori senza l'intermediazione dei partiti politici. Anche le elezioni presidenziali hanno registrato l'afflusso di modeste donazioni da parte di piccoli donatori individuali a vantaggio soprattutto dei due candidati considerati in funzione anti-establishment, Sanders e Trump.

---

## IL VOTO DEI GRANDI ELETTORI

<sup>2535</sup> Così S. Issacharoff, P.S. Karlan, *The Hydraulics of Campaign Finance Reform*, 77 TEX. L. REV. 1705, 1708 (1999).

Il Collegio elettorale, l'organo composto dai 538 grandi elettori chiamati ad esprimere il proprio voto sul prossimo presidente degli Stati Uniti d'America, ha certificato il **19 dicembre** la vittoria di Donald Trump, malgrado le proteste di piazza e gli appelli agli elettori repubblicani a cambiare idea. Per impedire l'elezione del miliardario newyorkese sarebbero stati necessari almeno 37 elettori "infedeli", un'ipotesi irrealistica.

Nei giorni a ridosso della riunione dei grandi elettori gli oppositori di Trump, tra cui moltissime celebrità di Hollywood, hanno messo in campo un ultimo disperato tentativo di far prevalere il peso del voto popolare, in cui la Clinton ha riportato una netta vittoria assicurandosi quasi tre milioni di voti in più di Trump.

Il sistema elettorale statunitense è estremamente complesso e presenta un istituto dai tratti peculiari, il Collegio elettorale, composto da 538 grandi elettori. Chiunque ottenga il voto di 270 grandi elettori viene proclamato Presidente, indipendentemente dal fatto se abbia o meno conquistato la maggioranza del voto popolare. Nella storia americana il Collegio dei grandi elettori non si è mai opposto al risultato delle elezioni. Pertanto, sarebbe stato poco probabile che ciò avvenisse in questa occasione. Hillary Clinton ha riportato una evidente vittoria nel voto popolare, tuttavia, Donald Trump ha vinto in due Stati decisivi, conquistando 306 voti elettorali.

Il Collegio elettorale ha, dunque, confermato la vittoria di Trump. Anche l'elezione del Vice Presidente eletto, Mike Pence, è stata ratificata dai grandi elettori senza alcuna difficoltà. Il Presidente eletto ha ottenuto il voto di 304 grandi elettori contro i 306 che gli sarebbero spettati in base al verdetto dell'urna popolare dello scorso **8 novembre**. Si è verificato il caso di alcuni elettori infedeli: in Texas due elettori hanno votato uno per il governatore dell'Ohio, John Kasich, e l'altro per l'ex parlamentare Ron Paul. Nello stato di Washington, tre voti destinati a Hillary Clinton, sono andati all'ex segretario di Stato Colin Powell e uno a Faith Spotted Eagle, membro della tribù dei Sioux. Da parte dei democratici la mancata adesione dei grandi elettori al mandato ricevuto rientrava in una strategia per scongiurare l'elezione di Trump.

---

## GERRYMANDERING

Il **30 dicembre** i procuratori di Stato hanno richiesto l'intervento della Corte suprema per bloccare le elezioni in calendario per il 2017, dopo che una corte federale ha dichiarato illegittimi per pregiudizio razziale il ritaglio di ben ventotto collegi elettorali per il Senato e la Camera dei rappresentanti. Con il ricorso di trentanove pagine si chiede al *Chief Justice*, John Roberts, un intervento di emergenza per sospendere l'ordinanza del triumvirato per ridisegnare i collegi entro marzo e un'elezione speciale nel 2017.

In agosto, dopo una sentenza che aveva dichiarato illegittimi ventotto dei collegi elettorali presenti nelle mappe elettorali del 2011 della Carolina del Nord, il triumvirato aveva ritenuto che l'imminenza delle elezioni presidenziali del 2016 rendeva il momento poco favorevole per procedere ad una ridefinizione dei collegi elettorali.

Dopo l'**8 novembre** la corte ha ordinato all'Assemblea generale dello Stato di ridisegnare i collegi elettorali entro il **15 marzo 2017** e di indire delle elezioni speciali. Lo

Stato della North Carolina ha chiesto la sospensione di quell'ordinanza mentre ha presentato ricorso alla Corte Suprema.

---

## APPORTIONMENT

Uno dei siti di analisi politica maggiormente accreditati negli Stati Uniti, *Real Clear Politics*, ha pubblicato il **30 dicembre** una proiezione relativa ai trends demografici statali. In base a questa analisi è possibile avanzare alcune ipotesi circa quali Stati guadagneranno o perderanno seggi alla Camera dei Rappresentanti sulla base del Censimento che si svolgerà nel 2020. Le proiezioni indicano che nove Stati perderanno seggi, mentre sei ne guadagneranno. A perdere seggi saranno soprattutto gli Stati della cd. *Rust belt* (Illinois, Michigan, New York, Ohio, Pennsylvania e West Virginia). Anche il Minnesota, il Rhode Island e l'Alabama probabilmente perderanno dei seggi a causa della crescita demografica estremamente bassa. Guadagneranno, invece, dei rappresentanti il Texas e la Florida, così come l'Arizona, il Colorado e il North Carolina. Una redistribuzione dei seggi avrà degli importanti riflessi sulle prossime elezioni presidenziali e sul controllo della Camera dei Rappresentanti, soprattutto dal momento che in base alle proiezioni pubblicate da Real Clear Politics l'*apportionment* premierebbe gli Stati risultati determinanti per l'elezione di Donald Trump (Michigan, Ohio e Pennsylvania), rendendo probabile l'elezione di un candidato repubblicano alla Casa Bianca nel 2024.

L'*apportionment* ha una grande rilevanza per il sistema elettorale statunitense. Il censimento decennale rappresenta un obbligo costituzionale. Esso infatti è previsto all'Art.I, sez.2.:«I rappresentanti saranno ripartiti fra i diversi Stati che facciano parte dell'Unione in rapporto al numero rispettivo degli abitanti, da computarsi aggiungendo al totale delle persone libere.... Il censimento dovrà essere fatto entro tre anni dal 1° Congresso degli Stati Uniti d'America, e successivamente, ogni dieci anni.» L'ufficio che si occupa del censimento è il *Bureau of the Census*. L'ultimo censimento si è avuto nel 2010 e ha registrato l'avanzata delle minoranze. La questione della distribuzione dei seggi a seguito del censimento che si svolgerà nel 2020 si lega ad un altro tema scottante, quello del ritaglio dei collegi elettorali, sul quale è chiamata a decidere anche la Corte Suprema a seguito di alcuni ricorsi relativi alla North Carolina, alla Virginia e al Texas.

---

## FRAMMENTAZIONE POLITICA

Le elezioni del 2016 hanno messo in evidenza ancora una volta la distanza che si frappone tra i partiti politici e le campagne elettorali, così come tra le *leadership* di partito e l'azione portata avanti da deputati e senatori all'interno del Congresso. Negli ultimi anni diverse volte è stata sottolineata la disfunzionalità del Congresso americano, conseguenza diretta della mancanza di una leadership di partito capace di indirizzare gli sforzi dei singoli finalizzandone le azioni. Lo stato dei partiti politici è stato oggetto di importanti studi

come quello del 1942 di V.O. Key, *Politics, Parties, and Pressure Groups*, ancora oggi frequentemente citato dalla dottrina.

## CONGRESSO

### IL BILANCIAMENTO TRA I POTERI

I repubblicani eletti al Congresso in occasione di questa tornata elettorale potrebbero rilevarsi cruciali nell'operare quel delicato bilanciamento tra potere legislativo ed esecutivo che caratterizza la forma di governo presidenziale. Il risultato potrebbe essere un significativo contenimento delle velleità autocratiche del neo eletto Presidente Trump, al momento orientato ad un'interpretazione espansiva dei poteri costituzionalmente conferitigli. Nei *Federalist Papers* James Madison osservava che "A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government," aggiungendo che "experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions." Le precauzioni alle quali fa riferimento Madison sono costituite dai *checks and balances* presenti nella Costituzione del 1787, i quali intervengono a temperare la rigida separazione dei poteri, consentendo al Congresso e all'Esecutivo di attuare quella condivisione dei poteri di cui parlava nel 1960 Richard Neustadt. Occorre verificare, pertanto, fino a che punto i repubblicani che osteggiano Trump, tra i quali lo Speaker della Camera dei Rappresentanti, Paul Ryan, e il Leader della maggioranza al Senato, Mitch McConnell, abbiano intenzione di rischiare, spingendosi anche nella direzione di una riforma dell'istituzione cui appartengono, pur di frenare l'impeto della nuova amministrazione. Il Congresso negli ultimi anni si presenta sempre più come un'istituzione malata, la cui ormai cronica debolezza e la conseguente disfunzione, minacciano di comprometterne il ruolo di organo limitativo del potere esecutivo. Da tempo viene invocata una riforma che consenta al Congresso di affrontare le sfide poste dalla contemporaneità rendendolo finalmente un'istituzione capace di ridurre e trasmettere la domanda politica.

Al momento, sulla strada delle controverse riforme annunciate in campagna elettorale dal Presidente eletto sembrano, dunque, esserci non solo i democratici, ma anche i suoi compagni di partito, preoccupati dalle imprevedibili mosse della nuova amministrazione. E' possibile che i repubblicani decidano di rafforzare il ruolo delle commissioni e di incrementare il personale impiegato presso il Congresso.

Nel 2016, un gruppo di lavoro guidato dai presidenti repubblicani di diverse commissioni della Camera dei Rappresentanti, la *Task Force on Restoring Constitutional Authority*, ha sviluppato un documento inclusivo di un pacchetto di raccomandazioni aventi ad oggetto la Costituzione. Il rapporto colpisce per il modo in cui insiste sulla necessità che il Congresso faccia ritorno agli elementi istituzionali di un legislativo decentrato pienamente in grado di esercitare i poteri conferiti dall'Art.I.

---

## UNA TRANSIZIONE NON PROPRIAMENTE PACIFICA

Il clima in cui si sono svolte le operazioni di voto è stato particolarmente teso, non solo per le proteste che hanno infiammato diversi centri urbani del Paese, ma anche per l'atteggiamento assunto dal Presidente uscente.

La transizione dall'amministrazione Obama all'amministrazione Trump si preannuncia tutt'altro che pacifica, in evidente rottura con la tradizione istituzionale del Paese. Barack Obama, inserendosi con vigore nel dibattito sui sospetti di brogli elettorali, sostenuti dalle iniziative di Jill Stein e di parte del fronte democratico, ha accusato Mosca di aver favorito l'elezione di Trump diffondendo notizie che hanno nociuto alla candidata democratica. La decisione di Obama di esporsi, in un momento così delicato del rituale passaggio di consegne alla nuova amministrazione, trova una duplice giustificazione. Da un lato, pur non attaccando direttamente Trump, il Presidente uscente ne mina la credibilità e la legittimità della sua elezione, con importanti riflessi sul piano interno. Dall'altra, Obama insidia l'alleanza che il Presidente eletto sta cercando in questi mesi di consolidare con la Russia di Putin, un'alleanza che ridefinirebbe gli equilibri geopolitici mondiali.

---

## LE PRIME NOMINE DI TRUMP E L'*ANTI-NEPOTISM ACT*

A fine novembre il neo Presidente eletto ha cominciato ad incassare le prime pesanti critiche sulle nomine del suo governo. La principale accusa che gli viene mossa è quella di aver formato un governo di plutocrati dal carattere decisamente diverso rispetto ai membri dell'amministrazione uscente. Il processo di formazione della squadra di governo è molto laborioso, sebbene si esaurisca in poche settimane. Dinanzi a Trump si aprono settimane di consultazioni che non saranno però segnate dall'importante opera di mediazione messa in campo da Mike Pence nel tentativo di ricucire gli strappi della campagna elettorale anche con lo stesso fronte repubblicano. La Costituzione prevede che la discrezionalità riconosciuta al Presidente nel nominare i membri della sua amministrazione venga temperata dall'intervento del Senato chiamato a confermare le nomine. Le scelte operate da Trump in queste settimane indicano con chiarezza quale passo il neo Presidente eletto intende imprimere all'azione del suo governo, confermando quanto annunciato in campagna elettorale. La nomina di due falchi repubblicani alla Giustizia e alla Cia, John Sessions, sostenitore dell'innalzamento del muro con il Messico, e Mike Pompeo, uomo del Tea Party, e di un ex militare, Mike Flynn, a consigliere per la sicurezza, contribuiscono a indicare la linea Trump tanto in politica interna quanto in politica estera. Prevedibile, dunque, che ci sarà la tanto declamata stretta sull'immigrazione e la prosecuzione della guerra al terrorismo di matrice islamica. Sul fronte delle relazioni internazionali è sempre più chiaro come Trump accarezzi l'idea di stringere un'alleanza con Mosca che ridisegni le sfere di influenza geopolitica dando nuovo slancio agli Stati Uniti. A suscitare polemiche

sono anche le nomine di Reince Priebus, presidente dei repubblicani scelto come capo di gabinetto, e Steve Bannon, scelto come *chief strategist*. Quest'ultimo, già a capo della campagna elettorale, è accusato di sostenere le tesi del *white power*.

Sempre più insistenti si fanno, inoltre, le voci che vorrebbero Trump prossimo a nominare suo genero, Jared Kushner, con un'accresciuta preoccupazione per i possibili conflitti di interessi dei membri della futura amministrazione. Occorre valutare se una tale nomina si ponga o meno in violazione della Anti-nepotism Law firmata da Lyndon Johnson nel 1967. La legge nello specifico proibisce ai "public officials" di promuovere un parente "to a civilian position in the agency in which he is serving or over which he exercises jurisdiction or control." La dottrina americana appare divisa circa l'interpretazione del testo normativo al momento della sua applicazione. Prima dell'entrata in vigore dell' *Anti-nepotism law* si sono verificati nella storia americana casi illustri di pratiche nepotistiche. Basti pensare al Presidente John Fitzgerald Kennedy che nel 1960 nominò suo fratello, Robert, *Attorney General*.

---

## IL PROGRAMMA DEI PRIMI CENTO GIORNI

Sin dall'8 novembre Donald Trump non ha fatto altro che declamare il programma per i primi cento giorni della sua amministrazione affidando le proprie dichiarazioni anche a mezzi non propriamente istituzionali come *youtube*. Diversamente da quanto ci si sarebbe legittimamente aspettati dopo una campagna elettorale che non ha brillato per stile o mitezza, ma si è piuttosto caratterizzata per i toni aspri e particolarmente aggressivi soprattutto con riferimento al tema dell'immigrazione, nelle esternazioni del neo presidente eletto non vi è traccia della costruzione del muro ai confini con il Messico, né della demolizione dell'Obamacare. Le priorità sembrano essere tutte dettate dalla necessità di ingraziarsi il gotha economico statunitense: l'addio al Tpp (partenariato trans-pacifico), da sostituire con accordi commerciali bilaterali equi, e alla legislazione verde a cui viene imputata la perdita di migliaia di posti di lavoro.

---

## IL RAPPORTO DELL'FBI SUL CYBERSPIONAGGIO RUSSO

Il rapporto pubblicato congiuntamente dall'FBI e dalla CIA il **29 dicembre**, dall'evocativo titolo "GRIZZLY STEPPE – Russian Malicious Cyber Activity", restituisce i risultati dello sforzo investigativo del *Federal Bureau of Investigations* e del *Department of Homeland Security*, dal quale emerge il coinvolgimento di hacker russi nelle recenti elezioni presidenziali.

La pubblicazione del rapporto ha avuto sul sistema politico americano l'effetto di una detonazione. Le rivelazioni su interferenze russe nella recente competizione elettorale per la Casa Bianca hanno scatenato la dura reazione di Barack Obama. Il presidente uscente ha ordinato sanzioni contro spie e agenzie di intelligence che hanno suscitato l'immediata ma controllata reazione della Russia. Obama ha adottato un *Executive order* Taking

## Additional Steps to Address the National Emergency with Respect to Significant Malicious Cyber-Enabled Activities.

Le sanzioni volute da Obama hanno colpito le due principali intelligence russe, il Gru e l'Fsb, il primo per lo spionaggio militare all'estero e l'altro per il controspionaggio. Colpiti anche quattro ufficiali del Gru e tre società che hanno fornito supporto materiale alle *cyber* operazioni della stessa intelligence. Sono inoltre "persone non gradite" 35 agenti segreti russi operanti negli Usa che hanno agito in modo incoerente con il loro status diplomatico o consolare, probabilmente per essere stati coinvolti in attività di intelligence sotto copertura diplomatica. Chiusi anche due complessi ricreativi di proprietà del governo russo a New York e in Maryland, usati per scopi di spionaggio.

Ancora una volta le azioni di Obama nei confronti della Russia dimostrano la volontà del Presidente uscente di non rendere agevole l'insediamento del suo successore. A Trump spetterà, infatti, dover decidere se revocare le misure una volta insediatosi alla Casa Bianca e potrebbe creare difficoltà ai suoi ministri designati durante le audizioni di conferma al Senato, dove il sostegno alle sanzioni contro la Russia è forte.

---

### POTERE DI VETO

Il **23 settembre** Barack Obama ha posto il veto sul Justice Against Sponsors of Terrorism Act, il disegno di legge presentato nel 2015 dal senatore repubblicano del Texas John Cornyn. Il Congresso ha superato il veto presidenziale approvando il testo di legge in via definitiva il **28 settembre**.

## CORTI

---

### IL PRESIDENTE ELETTO E LA CORTE SUPREMA. QUALI POSSIBILI SCENARI?

Al 45° Presidente degli Stati Uniti spetterà il difficile compito di pacificare una nazione che all'indomani del voto dell'8 novembre si presenta attraversata da profonde fratture. Per riuscire in quest'arduo intento, Donald Trump potrebbe iniziare valutando con cura il nome del prossimo membro della Corte Suprema. Durante la campagna elettorale Trump si è impegnato con il partito repubblicano di attenersi ad una lista contenente i nominativi di ventuno potenziali giudici di orientamento conservatore. La prossima nomina per la Corte Suprema colmerà il seggio lasciato vacante da Antonin Scalia, ponendo fine alla disputa tra democratici e repubblicani che dura ormai da diversi mesi e che è sorta a seguito del tentativo di Obama di nominare Merrick Garland prima del termine del suo mandato. Un giudice nominato da Trump cementerebbe per decenni

una maggioranza conservatrice all'interno della Corte con importanti riflessi sulla giurisprudenza.

Tre dei giudici attualmente alla Corte Suprema, Ruth Bader Ginsburg, Anthony Kennedy e Stephen Breyer sono prossimi all'ottantina, circostanza questa che ha alimentato le speculazioni relative alla possibilità che Trump possa procedere ad ulteriori nomine nel corso del suo mandato, oltre a quella per colmare il seggio di Scalia.

Il tema delle nomine per la Corte Suprema solleva molte preoccupazioni tra chi sospetta che il Paese si stia avventurando verso una nuova cd. *imperial presidency*, termine coniato negli anni sessanta per indicare un'amministrazione che interpreta in maniera estensiva i poteri che gli sono conferiti dalla Costituzione. Gli scettici potrebbero essere rassicurati dalla nomina di un moderato alla Corte, così da garantire il rispetto del bilanciamento dei poteri costituzionalmente sancito.

---

## FINANZIAMENTO DELLE CAMPAGNE ELETTORALI

La Corte Suprema deciderà presto se riesaminare i principali casi sul finanziamento delle campagne elettorali, relativamente ai limiti di divulgazione e di contribuzione. Non è ancora chiaro, tuttavia, se l'Alta corte riprenderà la sua azione di deregolamentazione delle campagne che ha subito negli ultimi anni una battuta d'arresto dopo la decisione del 2014 nel caso *McCutcheon v.FEC*, l'ultimo caso importante in questa materia.

Tra i casi che potrebbero giungere all'attenzione della Corte nel prossimo anno quello promosso dal partito repubblicano della Louisiana e dai comitati locali del GOP della zona di New Orleans. I ricorrenti contestano i limiti di contribuzione imposti ai partiti politici in vigore dal 2002 in seguito all'approvazione da parte del Congresso del [Bipartisan Campaign Reform Act](#).

## FEDERALISMO

---

### PROPOSITION 66

La Corte Suprema della California ha bloccato il **20 dicembre** l'entrata in vigore della *Proposition 66*, la legge di proposta popolare che diminuisce le possibilità di ricorso dei condannati a morte con l'intento di velocizzare le esecuzioni. La *Proposition 66* è stata sottoposta a voto popolare l'8 novembre e ha ottenuto il 51,3% di voti favorevoli. Nella medesima giornata i californiani sono stati chiamati a votare anche sulla *Proposition 62* per l'abolizione della pena di morte, ha ottenuto solo il 46% dei consensi. La Corte Suprema statale ha sospeso temporaneamente l'entrata in vigore della nuova legge a seguito del ricorso presentato da un gruppo di avvocati. La Corte ha fissato al **9 gennaio** 2017 la data

entro la quale i favorevoli alla Proposition 66 devono presentare le loro argomentazioni, e al **23 gennaio** la data entro la quale i ricorrenti devono presentare le loro motivazioni.

---

## MODERNIZZAZIONE DEL *POLITICAL REFORM ACT*

Sin dal 1974 il Political Reform Act (PRA) ha regolato l'etica politica, il finanziamento delle campagne elettorali e le lobby nello Stato della California. Le disposizioni della legge si applicano a tutti i pubblici ufficiali, sia nominati che eletti, dei rami esecutivo, legislativo e giudiziario del governo federale e del governo locale. Nel rispetto del *Political Reform Act of 1974*, un pubblico ufficiale deve regolarmente e continuamente fornire i dati circostanziati e dettagliati riguardo a: tutti i suoi investimenti, tutti i suoi interessi nel campo degli affari, comprese tutte le posizioni occupate, tutti i suoi interessi di proprietà immobiliari, tutti i suoi redditi, compresi i doni ricevuti.

Nel corso degli anni la legge è stata oggetto di diverse modifiche e integrazioni che hanno reso il testo di difficile comprensione. La *California Fair Political Practices Commission* (FPPC), riconoscendo la necessità di modernizzare e semplificare la legge, ha avviato un processo di revisione all'inizio del 2016 in collaborazione con il gruppo California Forward della James Irvine Foundation. Al progetto di riforma partecipano anche studenti delle facoltà di legge delle università di Davis e di Berkley. Nella redazione del progetto di legge gli studenti sono guidati da Bryan Garner, professore esperto di *drafting* normativo.

## LA CONQUISTA DELLA CORTE COSTITUZIONALE AD OPERA DELLA MAGGIORANZA CHE NON SI RICONOSCE NELLA COSTITUZIONE.

di Jan Sawicki\*

**G**li eventi che seguono danno testimonianza di un salto di qualità nell'opera di deterioramento di principi e canoni dello stato di diritto in Polonia. Se nelle *cronache* del numero 2/2016 di *Nomos* si era parlato di una cronicizzazione dello scontro al riguardo, i mesi finali del 2016 sembrano essere quelli di un'accelerazione. Intanto sul finire dell'anno si consuma, determinata da provocazioni della maggioranza politica, una crisi delle istituzioni parlamentari senza precedenti almeno nell'ultimo quarto di secolo di riconquista dei diritti democratici. E' curioso che una crisi puramente parlamentare segua e non preceda la crisi della giustizia costituzionale, le cui basi erano state già poste nell'autunno dell'anno precedente. Tornando a quest'ultima, senza curarsi troppo né della procedura avviata dall'Unione europea *ex art. 7 TUE*, né dei pareri sulla controversia relativa al Tribunale costituzionale ad opera della Commissione di Venezia – interessamenti, anzi, verso i quali si ostenta indifferenza – il governo, il capo dello Stato e la maggioranza parlamentare hanno accentuato, ciascuno nel rispetto scrupoloso del proprio ruolo, l'opera di 'conquista' dell'organo di giustizia costituzionale, al fine di rimuovere un ostacolo, vero o presunto, sul percorso delle restanti scelte politiche. Ne

---

\*Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate; docente a contratto nelle Università Statale e Cattolica di Milano

danno conto le note che seguono, ove si rileva il ruolo svolto dal presidente del Tribunale Andrzej Rzepliński. Questa personalità, più ancora che i leader dell'opposizione parlamentare, è stata considerata una punta di diamante della resistenza – lo si dice in senso tecnico – all'indirizzo politico di governo e maggioranza, e la conclusione attesa del suo mandato, per il mese di dicembre, si è presentata come strumento non solo per sostituire un altro giudice 'avversario' con uno più favorevole ai nuovi orientamenti, ma addirittura come mezzo per rivoluzionare la composizione dell'organo e rovesciarne radicalmente gli indirizzi (si ricorda che Rzepliński, da dicembre del 2015, ha sempre seguito a non ammettere nelle camere di consiglio e nei collegi giudicanti tre giudici che, secondo giurisprudenza precedente dello stesso Tribunale, non avevano diritto di farne parte). Per fare ciò era però necessario operare ulteriori modifiche legislative, in aggiunta alla legge sul Tribunale costituzionale del 22 luglio scorso.

Il quadrimestre considerato conosce poi almeno due fronti qualificanti sul piano delle scelte politiche di rilievo costituzionale. Il primo, da lungo tempo annunciato, riguarda il diritto all'interruzione di gravidanza, dove puntualmente si è tentato di modificare in senso ancora più estremo una legislazione che è già tra le più restrittive per lo meno su scala europea. Il secondo si inserisce nell'ambito delle libertà di manifestazione e riunione, e richiede qui un minimo di precisazione quanto alle circostanze. Il proposito restrittivo del governo sotto questo aspetto, al contrario dell'aborto, è molto recente. Esso si ricollega con le manifestazioni periodiche che il giorno 10 di ogni mese, da oltre sei anni a questa parte, si svolgono nel centro di Varsavia, precisamente davanti al palazzo presidenziale, per commemorare il defunto presidente Lech Kaczyński, perito insieme a quasi cento persone nell'incidente aereo di Smolensk, e gemello dell'attuale leader del partito Diritto e

giustizia (PiS) Jarosław Kaczyński. Nel corso del 2016 questi eventi, nei quali il suddetto incidente viene continuamente presentato – assolutamente senza prove, mentre una commissione d'inchiesta nella passata legislatura aveva dimostrato l'incorrere di una tragica fatalità favorita da errori umani – come un attentato ad opera della Federazione russa, con una complicità più o meno fattuale del governo polacco allora presieduto dall'attuale presidente del Consiglio europeo Donald Tusk, sono oggetto a loro volta di contestazioni e contro-manifestazioni sempre più aspre. Da qui il proposito del partito di governo e del suo leader di ricorrere alla legge per impedire tali contestazioni.

A margine di quanto esposto una considerazione di carattere puramente politico. Con un'opposizione a volte genuinamente animata da sentimenti liberali e democratici, ma annichilita dalla mera debolezza dei numeri, e divisa da rivalità personali; con un sistema di giustizia costituzionale ormai conquistato e 'addomesticato'; nella persistente impotenza dell'Europa in senso lato – per quanto attiene alle istituzioni dell'UE ma anche del Consiglio d'Europa – a esercitare qualsiasi sanzione efficace o persino un ruolo di *moral suasion*, si deve prendere atto che, in un anno di governo che lascerà un segno nella storia del paese, vi sono stati solo due momenti in cui il nuovo potere costituito si è arrestato e ha dovuto, fosse pure provvisoriamente e in misura parziale, retrocedere rispetto ai propri propositi. Il primo è stato quello della «protesta nera» delle donne in merito alla legislazione sull'aborto. Il secondo è stato rispetto alle misure non legislative, ma pure assai incisive su alcuni diritti, relative alla presenza dei mass media nella sede dei lavori parlamentari. In entrambi questi casi non sono stati i partiti di opposizione a giocare un ruolo decisivo, ma movimenti popolari totalmente spontanei nati 'dal basso'. Mentre il Comitato per la difesa della democrazia (KOD) si indebolisce per sue contraddizioni

interne, è soprattutto un altro movimento a carattere meno moderato e più radical-democratico, chiamato “Cittadini della Repubblica”, ad assumere un ruolo crescente al momento di inscenare soprattutto le contromanifestazioni nei confronti di Kaczyński e per quelle per la libertà dei media in Parlamento.

## PARLAMENTO

La Dieta prende in esame in prima lettura, nella seduta del **21 e 22 settembre**, due proposte di legge di iniziativa popolare concernenti l'interruzione della gravidanza. Una, intitolata “Salviamo le donne”, intende liberalizzare la legislazione in materia, che è tra le più restrittive in Europa e al mondo. La seconda, di gran lunga più apprezzata dal partito di maggioranza Diritto e giustizia (PiS), è mirata a eliminare le tre circostanze residue che consentono di operare un aborto legale, legate alla violenza sessuale, al pericolo di vita per la donna incinta, alla presenza di gravi malformazioni genetiche nel feto, e prevede pene detentive fino a cinque anni per il medico che consenta l'aborto (e in casi estremi anche per la donna). Per pochi voti di scarto la proposta di liberalizzazione viene immediatamente respinta, mentre quella repressiva è inviata alla commissione competente per un esame più approfondito. Già questo provoca polemiche, perché finora il Parlamento era solito dare a iniziative legislative popolari, anche controverse, la dignità di un dibattito più approfondito, prima di respingerle, se non condivise.

Ma la protesta monta nel paese, mentre si avvicina la seconda lettura della proposta volta al completo divieto. Decine di migliaia di persone, soprattutto donne, manifestano in numerose città del paese dando vita alla c.d protesta nera (“czarny protest”), con iniziative inusuali di disobbedienza civile. Le dimensioni dell'iniziativa sono tali da determinare un'insolita retromarcia politica del partito di maggioranza, che il **6 ottobre** provoca la reiezione il progetto. I voti per respingerlo salgono ora a 352, 18 le astensioni, con 58 deputati (tutti del PiS) che invece avrebbero voluto ancora approvare il progetto elaborato in origine dall'associazione ultraconservatrice nota con la denominazione di *Ordo Iuris*. Il leader di Diritto e giustizia, Jarosław Kaczyński, dichiara in aula che il partito è sempre stato favorevole alla vita, ma che la reazione sociale al progetto ha indotto la propria formazione a una pausa di riflessione.

Il **30 novembre** vengono definitivamente approvate due altre leggi sulla giustizia costituzionale. Una in particolare concerne l'organizzazione e le modalità di procedimento dinanzi al Tribunale costituzionale, ed è quella – si veda sotto alla sezione “Tribunale costituzionale” – che si occupa della procedura necessaria per la selezione dei candidati tra

quali il presidente della Repubblica nomina il futuro presidente del Tribunale, in sostituzione di Andrzej Rzepliński (il cui mandato novennale è in scadenza il 19 dicembre). A parte la diversa natura delle fonti utilizzate, con i relativi problemi di competenza, la legge si distingue dal regolamento per il fatto che, mentre finora quest'ultimo aveva sempre stabilito che la procedura per la selezione dei suddetti candidati si sarebbe avviata prima della scadenza del presidente uscente, la legge consente di posticipare l'avvio della procedura fino al termine di un mese dopo la scadenza del presidente uscente. Per ovviare alla vacanza nella carica, la legge dispone altresì che entri in carica un giudice che faccia provvisoriamente le funzioni di presidente, per il quale sono stabiliti anche i criteri di individuazione: si dovrà trattare del giudice con la maggiore anzianità di servizio o presso il Tribunale costituzionale stesso, o come magistrato di carriera ovvero come dirigente presso la pubblica amministrazione. Risulta che Julia Przyłębska, eletta dalla nuova maggioranza lo scorso novembre e già giudice civile presso il Tribunale di Poznań, soddisfi questo requisito. L'altra legge, riferita allo status dei giudici costituzionali, oltre ad alcune previsioni volte a prevenire possibili conflitti d'interesse, impone a coloro che ricoprono tale carica di rilasciare dichiarazioni a carattere pubblico sul proprio stato patrimoniale e di rassegnare le dimissioni qualora, compiuti i settanta anni di età, non siano in grado di produrre un certificato medico attestante le buone condizioni di salute (allo stato attuale solo tra i giudici eletti prima del 2015 rientrano persone con questo stato anagrafico).

Il **13 dicembre** la Dieta approva, senza respingere alcune modifiche apportate il 7 dicembre dal Senato, una modifica alla legge sulle riunioni in pubblico. La novella prevede tra l'altro il divieto di tenere contromanifestazioni a distanza inferiore di cento metri dal luogo in cui era stata già annunciata e organizzata un'altra manifestazione. La novità essenziale dell'innovazione sta nel fatto che il voivoda (rappresentante del governo nei voivodati, autogoverni a dimensione regionale) potrà autorizzare lo svolgimento di riunioni o manifestazioni 'cicliche' e periodiche per un periodo non superiore ai tre anni, e il sindaco proibirà lo svolgimento di analoghi eventi se programmati nello stesso luogo e fascia oraria (con possibilità di ricorso alla magistratura). Saranno considerate cicliche le riunioni o manifestazioni organizzate dallo stesso soggetto nello stesso luogo o nello stesso percorso almeno quattro volte all'anno o almeno una volta all'anno in caso di feste nazionali o statali, a condizione che si siano svolte negli ultimi tre anni e abbiano come fine quello di «commemorare eventi rilevanti e fondamentali per la storia della Repubblica». Un emendamento approvato dal Senato, e non respinto dalla Dieta, elimina il primato – che in prima lettura era stato invece previsto – per manifestazioni statali e per quelle indette dalla Chiesa cattolica e le altre organizzazioni confessionali. Pur tuttavia, la legge viene criticata dagli uffici studi della Corte suprema e dell'Ombudsman, oltre che dall'OSCE e da numerose organizzazioni non governative. Queste ultime si appellano al presidente della Repubblica Duda perché apponga un veto, rinviando la legge al Parlamento.

La Dieta elegge il **15 dicembre** Michał Warciński, docente universitario di diritto civile e direttore dell'Ufficio studi della Dieta stessa, alla carica di giudice costituzionale, in sostituzione del presidente uscente Andrzej Rzepliński.

Uno scontro senza precedenti si apre in Parlamento il successivo **16 dicembre**. Il presidente della Dieta Marek Kuchciński diffonde i dettagli di una modifica delle condizioni di presenza dei mass media e di relazione dei lavori parlamentari. Con il pretesto di civilizzare una presenza troppo indiscreta, informale e irrispettosa da parte dei mezzi di informazione, le misure previste sono in realtà molto restrittive. I giornalisti non potrebbero più frequentare direttamente gli edifici principali del Parlamento, compreso quello che ospita l'aula della Dieta, ma sarebbero relegati a un edificio appositamente attrezzato, ai margini del complesso istituzionale, unico luogo nel quale potrebbero incontrare e conversare con i parlamentari. E' previsto poi che venga stilato e periodicamente aggiornato un elenco di corrispondenti fissi, due per ogni testata o redazione, che sarebbero i soli ad avere accesso al centro loro appositamente dedicato nonché, in occasioni limitate e dietro il rilascio di permessi speciali, anche agli edifici principali di Dieta e Senato, ma senza possibilità di registrare immagini né suoni. Le misure sono sospette di violare anche l'art. 61.2 della Costituzione, che prevede espressamente il diritto di tutti i cittadini a conoscere le attività delle istituzioni elettive, con ampia possibilità di riproduzione di suoni ed immagini.

Fuori della sede parlamentare viene immediatamente inscenata una protesta da parte di operatori dell'informazione. Mentre è in discussione la legge di bilancio per il 2017, un deputato del partito di opposizione Piattaforma civica, Michał Szczerba, che espone un cartello con la scritta «media liberi», si rivolge al presidente della Dieta con un'espressione ironica di finto affetto («beneamato signor presidente»). Kuchciński perde la calma e, senza esperire tutti i successivi richiami all'ordine previsti dall'art. 175 del regolamento prima che siano autorizzate soluzioni più drastiche, espelle immediatamente il deputato. Ne consegue il caos: i deputati della Piattaforma civica, ma anche alcuni del partito liberale "Moderna" e del Partito agrario PSL, circondano la tribuna degli oratori e si avvicinano al seggio della presidenza, circondando e poi occupando anche questa. Mentre la reazione si trasforma in una vera occupazione a tempo indeterminato dell'aula da parte di oltre cento deputati, il presidente annuncia poi che i lavori della trentatreesima seduta proseguiranno in un altro luogo, la "Sala delle colonne". Questo ambiente è privo delle attrezzature tecniche necessarie per effettuare votazioni con scrutinio elettronico palese, che sono quelle nettamente dominanti nel parlamentarismo polacco. Con l'accesso apparentemente negato ad alcuni rappresentanti dell'opposizione, la sola maggioranza partecipa a questi lavori, insieme a pochi parlamentari del gruppo Kukiz 15. Il quorum strutturale di 231 viene dichiarato superato per pochissimi presenti (236), e a larghissima maggioranza di voti risulterebbe adottato il bilancio statale 2017 e un'altra legge. Data la scadente qualità delle immagini diffuse dalle telecamere istituzionali, collocate in alto nelle pareti della sala, non è possibile accertare il numero effettivo di deputati presenti e il loro comportamento. Al contrario, da immagini diffuse ad opera di alcuni organi di stampa, risulta che alcune

sedie predisposte per i parlamentari siano occupate da persone come assistenti degli stessi, funzionari della forza pubblica o un consigliere municipale di Varsavia. I dubbi sulla legittimità delle votazioni sono aggravati dal fatto che lo scrutinio dei voti per alzata di mano non indica i nominativi dei votanti – come sempre si fa al *Sejm* con precisione assoluta per ogni singola votazione, resa fruibile anche sul sito internet istituzionale –, ma il verbale si limita a rendere noto come ha votato ciascuno dei sei “settori” della sala, senza precisare i componenti di tali settori. Nella notte, mentre si concludono questi lavori, la protesta fuori dal Parlamento si inasprisce con l’afflusso spontaneo di molte centinaia di cittadini comuni che circondano gli edifici istituzionali. I deputati di Diritto e giustizia, tra cui alcuni ministri, sono intimiditi da questa iniziativa; alcuni sono anche raggiunti da esclamazioni ingiuriose o di disprezzo, e riescono a defluire a tarda notte dall’istituzione solo grazie all’interposizione delle forze di polizia.

### governo

Il governo riceve nelle giornate del **13 e 14 settembre** una delegazione della Commissione di Venezia, in visita a Varsavia nell’ambito della crisi che da mesi attanaglia il Tribunale costituzionale. Al di là di generiche dichiarazioni di buona volontà, non si intravede un reale avvicinamento delle posizioni.

La premier Beata Szydło prende posizione il **28 ottobre** in merito al più recente parere della Commissione di Venezia emesso in merito alla controversia sul Tribunale costituzionale polacco. Il governo, afferma la Szydło, non adempirà alle richieste formulate dalla Commissione di Venezia, definite «infondate e incomprensibili», concernenti in particolare la pubblicazione della sentenza K 47/15 (di cui alle precedenti *cronache*). Compito dell’esecutivo è di curare gli esclusivi interessi della Polonia.

Nel Palazzo sede del Consiglio dei ministri si svolge il **15 novembre** una lunga celebrazione in occasione del primo anniversario di vita del governo in carica. Beata Szydło, insieme a tutti gli altri componenti dell’esecutivo, si diffonde in un auto-elogio soprattutto per le misure sociali adottate, dall’**assegno per i figli a carico** fino alla nuova riduzione dell’età pensionabile, provvedimento in dirittura d’arrivo che determina un’inversione di tendenza rispetto alla riforma pensionistica del 2012.

### capo dello stato

Il presidente della Repubblica Andrzej Duda dà luogo il **18 dicembre** a delle consultazioni con tutti i gruppi parlamentari in merito alla gravissima crisi insorta nei giorni

precedenti presso la Dieta. L'esito di tali consultazioni è però del tutto infruttuoso, dato che lo stesso Duda dimostra di essere parte in causa, simpatizzando per il suo partito, Diritto e giustizia.

Il **20 dicembre**, in attuazione di una delle leggi approvate dal Parlamento lo scorso 30 novembre, Andrzej Duda nomina Julia Przyłębska presidente del Tribunale costituzionale in sostituzione dell'uscente Andrzej Rzepliński. La nuova presidente coglie l'occasione per chiamare immediatamente all'esercizio delle proprie funzioni tre persone (v. "Tribunale costituzionale") che per precedente giurisprudenza erano state elette in modo illegittimo alla carica di giudici costituzionali, e nonostante ciò erano state ammesse al giuramento ad opera dello stesso Duda. In tal modo il partito di governo può contare su sette 'rappresentanti' su quindici entro l'organo collegiale: una posizione di forza, tanto più che il vicepresidente Stanisław Biernat, il cui mandato scade nella primavera 2017, viene irrispettamente indotto dalla nuova presidente a usufruire di un lungo periodo di ferie arretrate (Biernat dichiara di avere diverse cause da portare a conclusione prima della cessazione del suo mandato).

Per la prima volta dall'inizio del suo mandato, Andrzej Duda rifiuta di promulgare una legge e il **30 dicembre** la rinvia con ricorso preventivo al Tribunale costituzionale, nella sua recente innovativa composizione. Si tratta della legge sulle riunioni in luogo pubblico approvata in via definitiva il 13 dicembre scorso (v. "Parlamento").

### tribunale costituzionale

Fallisce l'**8 ottobre** un tentativo da parte del Tribunale costituzionale di adottare un nuovo proprio regolamento, come imposto dalla recente legge approvata il 22 luglio. La questione è della massima importanza, perché secondo i nove giudici tuttora in carica ed eletti prima del 2015, tra i quali spicca il presidente Andrzej Rzepliński (il cui mandato novennale è in scadenza il 19 dicembre), spetta al regolamento indicare i criteri di selezione dei candidati tra i quali il presidente della Repubblica Duda dovrà scegliere il successore di Rzepliński. I tre giudici eletti a dicembre del 2015, in forza di norme di legge ritenute conformi alla Costituzione secondo giurisprudenza dello stesso Tribunale, protestano contro il fatto che Rzepliński non ammette all'esercizio delle funzioni altre tre persone (in gergo giornalistico dette "doppioni"), segnatamente Mariusz Muszyński, Lech Morawski, Henryk Goch, elette in pari data alla carica di giudice costituzionale e ammesse a prestare giuramento presso il capo dello Stato in spregio della sentenza K 34/15 dello stesso Tribunale costituzionale (v. Nomos, n. 3/2015), secondo la quale era invece legittima la norma della legge del 22 giugno 2015 che consentiva alla precedente Dieta di eleggere tale quota di candidati poiché i mandati dei predecessori scadevano prima dello spirare della precedente legislatura (si ricorda che furono eletti per ricoprire tali vacanze Roman

Hauser, Andrzej Jakubecki, Krzysztof Ślebzak, che mai hanno potuto assumere lo status di giudice costituzionale per il rifiuto di Andrzej Duda a riceverne il giuramento). L'ostinazione di Rzepliński nell'escludere i tre eletti di novembre dalle composizioni dei collegi giudicanti e dalla stessa adunanza che ora dovrebbe adottare il nuovo regolamento, determina l'abbandono per protesta dell'adunanza da parte dei restanti 'nuovi' giudici (Julia Przyłębska, Piotr Pszczółkowski, Zbigniew Jędrzejewski, eletto quest'ultimo in aprile), la cui legittimazione è indiscussa. Per conseguenza cade il quorum di dieci giudici previsto per deliberare. Si affaccia allora il rischio che la procedura per la scelta dei candidati sia affidata a una nuova legge in discussione in Parlamento, che potrebbe stabilire direttamente criteri di selezione dei candidati alla carica di presidente del Tribunale che siano molto più favorevoli alla scelta di un esponente vicino all'attuale partito di governo, segnando con ciò la definitiva 'conquista' dell'organo. L'assenza ripetuta nelle settimane successive dei giudici dissenzienti – che però producono certificati medici ad attestare il loro impedimento – rende impossibile all'adunanza l'adozione del regolamento prima che entrino in vigore nuove disposizioni di legge che si intromettono nelle stesse questioni organizzative.

## DALLE ELEZIONI DELLA NUOVA DUMA AL MESSAGGIO ANNUALE DEL PRESIDENTE: UNA NAZIONE UNITA?

Di Ilmira Galimova\*

**U**No dei principali eventi della vita politica e costituzionale russa che hanno caratterizzato l'ultimo quadrimestre del 2016 è rappresentato dalle elezioni della Duma della VII legislatura. Il rinnovo della Duma di Stato, costituzionalmente stabilito ogni cinque anni, è stato appositamente anticipato da dicembre a settembre [[Legge federale n. 272 «Sulle modifiche agli articoli 5 e 102 della Legge federale “Sulle elezioni dei deputati della Duma di Stato dell’Assemblea Federale della Federazione Russa”» del 14.07.2015](#)] con lo scopo di sincronizzare le elezioni nazionali e quelle regionali, che in tal modo sono state svolte nel Giorno Unico delle Elezioni, terza Domenica del mese – il **18 settembre**. Le elezioni parlamentari costituiscono l'evento politico più importante per il Paese, dopo le elezioni presidenziali, anche se nel corso dell'ultimo decennio hanno perso progressivamente la loro importanza: oggi le elezioni della Duma sono considerate dagli osservatori politici come “le primarie per le elezioni del Presidente della Federazione Russa” [v. ad esempio, [il Rapporto dell’OSCE sulle elezioni presidenziali russe del 2000](#)].

Anche questa volta le elezioni della nuova Duma si sono trasformate in un voto a sostegno dell'indirizzo politico presidenziale, dato che il partito del potere “Russia Unita” ha ottenuto un numero record di mandati parlamentari. Il fatto che le elezioni della Duma si siano tenute per la prima volta nella penisola di Crimea ha segnato il completamento dell'integrazione dei nuovi territori nel sistema politico russo (appare interessante notare che a seguito delle elezioni, l'**8 novembre**, l'Unione Europea ha adottato ulteriori misure

---

\* Dottoranda in Diritto pubblico, comparato ed internazionale, curriculum Teoria dello Stato ed Istituzioni politiche comparate – Dipartimento di Scienze Politiche, “Sapienza” Università di Roma.

restrittive individuali nei confronti di sei deputati della Duma eletti nelle circoscrizioni della Crimea).

Come hanno osservato gli esperti politici, queste elezioni svolte secondo il nuovo “vecchio” sistema elettorale sono state le più tranquille, silenziose e “le meno interessanti” nella Russia post-sovietica. A differenza della campagna del dicembre 2011 che si era conclusa con le proteste “Per le elezioni oneste!”, le ultime elezioni non sembrano aver provocato particolari malcontenti rispetto agli esiti delle votazioni, anche grazie alla recente nomina dell’eminente attivista per i diritti umani con una reputazione “immacolata” Ella Pamfilova alla carica di Presidente della Commissione Elettorale Centrale, il cui lavoro è stato apprezzato anche dalla missione di osservazione dell’OSCE [[Statement of Preliminary Findings and Conclusions, International Observer Mission, Russian Federation – State Duma Elections, 18 September 2016](#)].

Tuttavia, le ultime elezioni hanno rilevato alcuni aspetti critici. In primo luogo, è stata notata la pietrificazione del sistema partitico russo. Dal 2003 in parlamento sono rappresentati sempre gli stessi quattro partiti politici con gli stessi leader. Inoltre, in queste elezioni quasi nessuno ha votato per i partiti liberali extraparlamentari: il miglior risultato – con solo l’1,99% di consensi – lo ha ottenuto il partito “*Jabloko*” di Javlinskij. La seconda tendenza, che ha suscitato preoccupazione, è stato l’elevato astensionismo elettorale dei cittadini, legato alla scarsa fiducia nello stesso procedimento elettorale adottato nel Paese. Gli elettori russi hanno dimostrato nelle elezioni della Duma un basso interesse per l’intero processo elettorale, e persino l’introduzione di una specifica regolazione dei dibattiti televisivi non è riuscito ad invertire il *trend*. L’affluenza alle urne è stata la più bassa per tutto il periodo post-sovietico, dato che soltanto il 47,88% degli aventi diritto al voto si è espresso. Gli indici più bassi di affluenza sono stati registrati a Mosca (35,18%) ed a San Pietroburgo (32,47%).

D’altra parte, la reazione delle autorità russe ai risultati delle elezioni è stata positiva: la sera del giorno di votazione il Presidente Putin nel discorso, tenuto nella sede elettorale del partito “Russia Unita”, ha commentato i risultati delle elezioni con l’esistenza di un diffuso senso civico tra i cittadini russi: «Nonostante tutte le difficoltà, il popolo comunque

ha

votato per la “Russia Unita”. I cittadini hanno scelto la stabilità». Secondo il Presidente, il voto dei russi, «cosciente e maturo», è stato, quindi, una «risposta alle sanzioni e ai tentativi esterni di agitare le acque nello Stato».

Il tema dell'unità del popolo è stata più volte sottolineata nel [Messaggio annuale del Presidente all'Assemblea federale](#), pronunciato il **1° dicembre**: «Ricordiamoci che noi siamo un unico popolo e abbiamo una sola Russia». Secondo il Presidente Putin, lo sviluppo positivo del Paese ha bisogno di una società unita, di uno Stato forte ed indipendente, e di un Parlamento senza divisioni interne. Nella medesima sequenza logica è stato visto anche il successo della “Russia Unita”: «Soltanto i cittadini hanno determinato l'esito della campagna elettorale... [Essi] hanno dimostrato che noi viviamo in una società sana, sicura, resistente al populismo e alla demagogia, e dove si apprezzano l'importanza del sostegno reciproco, la solidarietà e l'unità».

Il fenomeno «del popolo russo unito», al quale il Presidente russo ha fatto riferimento nel discorso all'Assemblea, è stato nient'altro che il residuo del cd. «consenso di Crimea», che si è costituito nel 2014 e ha raggiunto il suo picco nell'ottobre 2015, quando il gradimento di Putin è salito all'89,9%. Nonostante i problemi economici – l'economia stagnante, il deficit di bilancio, l'aumento delle spese militari – e malgrado le questioni di politica estera, come le sanzioni e gli attacchi terroristici, la formula del successo del Presidente russo sembra aver funzionato. In questi quattro mesi il Presidente ha avuto diverse occasioni per rafforzare la sua politica simbolica: il **31 ottobre** egli ha lanciato l'idea di una Legge sulla Nazione, poi, il **4 novembre**, durante la Festa dell'Unità, ha partecipato all'inaugurazione del monumento «al fondatore spirituale dello Stato russo», il Principe Vladimir I di Kiev, detto *il Santo*.

Nello stesso tempo, la nuova Duma ha cercato di guadagnare credibilità nei confronti dei cittadini russi, nonostante le ultime elezioni parlamentari abbiano suscitato scarso interesse. I nuovi parlamentari hanno voluto sbarazzarsi dell'immagine di “stampante impazzita” (l'appellativo assegnato alla Duma del 2011-2016 nei media non ufficiali per la rapidità della sua controversa attività legislativa) attraverso il rafforzamento della disciplina e il miglioramento sostanziale della qualità delle leggi adottate. La prima e la più breve

sessione della nuova Duma – 77 giorni e 17 sedute plenarie – ha avuto come risultati principali le modifiche del Regolamento della Camera e l’approvazione della Legge di bilancio per il prossimo triennio. Quest’ultimo rappresenta un atto di particolare interesse, soprattutto nella luce delle prossime elezioni presidenziali in programma nel marzo 2018, dato che nel bilancio del 2017 sono state già fissate le spese di 15 miliardi di rubli per l’organizzazione delle elezioni presidenziali.

La campagna presidenziale avrà inizio nel dicembre del 2017, ma gli esperti hanno già iniziato a sviluppare diverse ipotesi per il futuro. Il personaggio politico russo d’opposizione e famoso *blogger* Alexej Navalny – nella speranza di superare i problemi con il cd. “filtro criminale” – ha già iniziato la [campagna su Internet](#), mentre l’attuale Presidente non ha ancora confermato la sua candidatura, ma semplicemente ha precisato, che “la ragionevolezza della sua partecipazione deve essere valutata al momento opportuno”. Per ora, uno dei più grandi interrogativi delle prossime elezioni è: chi saranno i futuri avversari?

## ELEZIONI

### le elezioni della дума di stato

L’anticipo della data delle elezioni parlamentari ha fatto spostare il periodo della campagna nella stagione estiva, la quale non costituisce il momento migliore per la comunicazione politica elettorale in Russia. La fase attiva del periodo della campagna elettorale, che ha avuto inizio 28 giorni prima delle votazioni, si è conclusa il **17 settembre** con la giornata del silenzio. Con riguardo alla normativa russa in materia di comunicazione politica, una nuova regola ha previsto l’obbligo per i candidati di partecipare nei dibattiti televisivi, pertanto ciascun partito autorizzato dalla CEC ha ricevuto un’ora di trasmissione gratuita sul canale federale, di cui 30 minuti sono stati assegnati per i dibattiti televisivi.

Le elezioni della Duma si sono svolte secondo il sistema elettorale misto [[Legge Federale n. 20 «Sulle elezioni dei deputati della Duma di Stato dell’Assemblea federale della Federazione Russa» del 22.02.2014](#)]. Metà dei deputati (225 seggi) è stato eletto nella singola circoscrizione con sistema proporzionale a liste bloccate con soglia di sbarramento fissata al 5% (su tutto il territorio del Paese, Crimea inclusa). L’altra metà dei deputati è stata eletta in collegi uninominali con sistema maggioritario.

Per quanto riguarda la scheda elettorale, a competere per i seggi parlamentari sono stati [22 partiti](#), cioè significa che soltanto un terzo dei [partiti registrati nella Russia](#) ha ottenuto l’autorizzazione della CEC. Tuttavia, il numero dei partiti partecipanti è stato triplicato rispetto alle elezioni precedenti, grazie alle disposizioni più favorevoli per la

costituzione dei partiti adottate durante le riforme medvediane [[Legge Federale n. 28 «Sulle modifiche alla Legge Federale “Sui partiti politici”» del 2 aprile 2012](#)]. Sono stati 14 i partiti che hanno partecipato con liste: Partito Liberal-Democratico, “Russia Giusta”, “Patrioti della Russia”, “Piattaforma Civica”, Verdi, il Partito della crescita, il Partito Comunista, *PARNAS*, “Forza Civile”, “Comunisti della Russia”, “*Jabloko*”, “Patria”, “Russia Unita” e il Partito russo dei pensionati per la giustizia. A questi si devono aggiungere altri 8 partiti, che hanno presentato i propri candidati nei collegi uninominali.

I risultati ufficiali per le elezioni della Duma di VII legislatura [sono stati resi noti](#) dalla Commissione elettorale centrale il **23 settembre**. “Le elezioni tenute sono considerate valide”, ha annunciato il vice Presidente della Commissione elettorale centrale russa Nikolai Bulaev, sebbene durante la giornata del voto sono stati segnalati diversi episodi di brogli e irregolarità.

Per quanto riguarda [i risultati delle elezioni](#) il partito di Cremlino “Russia Unita” ha ottenuto la maggioranza dei voti – il 54,20%. Al secondo posto sono arrivati i Comunisti con il 13,34%, al terzo posto i liberaldemocratici con il 13,14%, e al quarto posto il partito “Russia Giusta” con il 6,22% dei consensi. Invece, i partiti di opposizione extraparlamentare non hanno superato né la soglia di sbarramento del 5% né quella del 3% che dà accesso al finanziamento pubblico.

Il partito “Russia Unita” nella distribuzione dei seggi si è confermato il primo partito con 343 mandati, di cui 203 sono stati ottenuti, grazie alla nuova formula elettorale, in circoscrizioni uninominali. Questo risultato ha garantito al partito “del potere” la maggioranza costituzionale, che permette alla “Russia Unita” di adottare le leggi costituzionali senza alcun vincolo da parte degli altri gruppi parlamentari (“*frakcii*”) della Duma di Stato. I restanti 238 seggi sono stati distribuiti fra i tre partiti politici presenti costantemente in parlamento: dunque, 42 seggi sono stati attribuiti al Partito Comunista, 39 seggi al Partito Liberal-Democratico, e 23 seggi al partito “Russia Giusta”. Inoltre, sulla base dei risultati nei collegi uninominali i partiti – “Piattaforma Civica” e “Patria” – hanno ottenuto un seggio ciascuno, ed in un altro collegio ha vinto il candidato indipendente Resnik.

## le elezioni regionali e locali

Nello stesso giorno delle elezioni della Duma, secondo la logica del “Giorno unico delle elezioni”, si è votato per 39 assemblee legislative e per i vertici (cd. governatori) di 9 regioni. Inoltre, sono state previste le elezioni nei 5000 consigli comunali. Per quanto riguarda le elezioni dei alti funzionari, in sette soggetti si sono svolte le elezioni dirette e in due regioni il governatore è stato eletto dai deputati dell’Assemblea regionale tra i candidati designati dal Presidente Vladimir Putin su proposta dei partiti politici. Nonostante la reintroduzione dell’elezione diretta dei governatori durante le riforme medvediane del 2012 [[Legge della modifica n. 40 del 2 maggio 2012](#)], [la Legge di modifica del 2 aprile 2013](#) ha previsto la possibilità per i soggetti federati di optare per la procedura

indiretta. Di conseguenza attualmente in circa 10 soggetti della Federazione Russa le elezioni dei capi regionali si svolgono non in modo diretto.

Là, dove i governatori vengono eletti dal corpo elettorale regionale, il ritorno alle elezioni dirette non ha portato alcun cambiamento significativo nella configurazione delle forze politiche nella Russia, dato che, quasi la totalità dei governatori sono membri del partito “Russia Unita”. Anche questa volta, tutti i candidati vincitori delle elezioni del 18 settembre erano sostenuti dal partito “del potere”. Inoltre, tutti i vincitori delle elezioni al momento della campagna hanno ricoperto la carica di governatore *ad interim* nella loro regione. Quest’ultimo fatto non ha sorpreso gli esperti politici, tanto che la pratica della nomina di governatore *ad interim* è stata vista da loro come un meccanismo, con cui le autorità russe hanno garantito – con l’impiego delle risorse amministrative – un passaggio “sicuro” alle elezioni dirette. Così, per esempio, il **18 settembre** Ramzan Kadyrov è stato confermato nella carica di capo della Cecenia (che egli occupa dal 2007). Secondo i risultati, il 97,94% degli elettori ha votato al suo favore, mentre l’affluenza nella regione è stata “tradizionalmente alta”, pari a 94,8% [[il Protocollo della Commissione elettorale della Repubblica Cecena, 20.09.2016](#)].

Per quanto riguarda i risultati delle elezioni nelle assemblee regionali e locali, gli elettori hanno scelto di votare nel segno della continuità: il partito “Russia Unita” ha conquistato la maggioranza dei seggi in tutti i soggetti federati. Il Presidente della CEC ha annunciato che “i partiti minori” hanno ottenuto nei parlamenti regionali 16 seggi in totale, di cui: cinque seggi sono stati assegnati al partito “*Jabloko*”, quattro al partito “Patrioti della Russia”, tre per i partiti “Pensionati per la giustizia” e “Partito della crescita”, ed infine un seggio ha ricevuto il partito “Patria”.

## la Commissione elettorale centrale e le frodi elettorali

In precedenza, nel mese di marzo, la composizione della Commissione elettorale centrale è stata cambiata del 60%: non sono stati rinnovati i mandati di nove membri, tra cui anche quello dell’ex Presidente della CEC Vladimir Ćurov. Nello stesso tempo, [la nomina di Ella Pamfilova](#), ex garante per i diritti umani, alla carica del Presidente della CEC ha contribuito a migliorare l’immagine dell’organo.

Le elezioni del 18 settembre hanno messo alla prova la Commissione rinnovata. Il nuovo Presidente della Commissione elettorale ha annunciato che “le elezioni [svolte] non sono illegittime ma non sono nemmeno immacolate”. Durante il giorno delle elezioni la CEC ha ricevuto 181 ricorsi scritti contenenti notizie su presunte violazioni. In particolare, il partito “*Jabloko*” e il Partito Comunista richiedevano di dichiarare le elezioni non valide. Tuttavia, il **22 settembre**, la CEC [ha deciso](#) di non soddisfare i reclami di questi partiti, in quanto non ha trovato violazioni rilevanti (tra l’altro, il **29 novembre** la Corte Suprema ha respinto la richiesta di “*Jabloko*” di invalidare la decisione della CEC sui risultati delle elezioni della Duma di Stato). In fine sono stati avviate 32 azioni penali riguardanti la violazione delle procedure elettorali, e sono stati annullati i risultati delle votazioni in 9

seggi elettorali (nel maggior parte dei casi si trattava di azioni riprese dalle telecamere installate nei seggi elettorali).

## Partiti

### “RUSSIA UNITA”

“Russia Unita” è stato l’unico partito che ha organizzato le primarie per formare la sua lista dei candidati nelle elezioni della Duma. Il leader del partito e il Primo ministro in carica Dmitrij Medvedev è stato messo a capo della parte federale della lista (“locomotive”), mentre a capo di diversi gruppi di candidati sono stati posti i leader regionali, in particolare, il sindaco di Mosca Sergej Sobyenin, il governatore di San Pietroburgo Georgij Poltavchenko, il capo della Crimea Sergej Aksenov, o i funzionari, come l’ex vice capo dell’amministrazione presidenziale russa Viačeslav Volodin e il procuratore di Crimea Natalia Poklonskaya. In breve, circa il 60% della *membership* partitica è stato rinnovato prima delle elezioni.

Tutta la campagna elettorale del partito, come in passato, si basava sul sostegno alla politica del Presidente, la persona il cui *rating* non poteva essere messo in discussione, a differenza di quello del leader formale di partito. D’altronde, il Presidente non ha smesso di dare segni della sua “benevolenza” verso il partito: un esempio del costante sostegno da parte del Presidente Putin è stato l’incontro al Cremlino il **6 settembre** (12 giorni prima delle elezioni) con i rappresentanti del gruppo parlamentare di “Russia Unita”.

Dopo il suo indefettibile successo nelle elezioni parlamentari il **24 settembre** “Russia Unita” ha tenuto una riunione del Consiglio Superiore, durante la quale sono state individuate le direzioni principali dell’attività della fazione. Inoltre, sono state definite le candidature per i posti chiave nella fazione parlamentare del partito – i *speakers*, i cinque vice *speakers* e i cinque capi delle sezioni.

### i partiti parlamentari di opposizione

Le elezioni del 18 settembre non hanno portato grandi successi per i partiti dell’opposizione. In termini di voti tutti i partiti hanno peggiorato i loro risultati, con l’eccezione dei liberaldemocratici che hanno ottenuto l’1,47 % dei voti in più rispetto il 2011. Il numero dei seggi del Partito Comunista nella Camera bassa è stato dimezzato, mentre il partito “Russia giusta” ha ridotto di tre volte la sua fazione nella Duma. Nonostante questi cambiamenti, la “vecchia” leadership dei partiti non ha subito alcuna variazione. Nella prima riunione del **3 ottobre** alla guida dei gruppi parlamentari sono stati rieletti gli stessi esponenti: Gennadij Zyuganov, Sergej Mironov e Vladimir Žirinovskij.

A causa della bassa affluenza alle urne, il numero assoluto dei voti espressi al sostegno dei partiti parlamentari di opposizione è sceso. Questo è stato il motivo principale, per cui la Duma ha indotto all'aumento del finanziamento pubblico per i partiti che superano il 3% nelle elezioni federali da 110 rubli per ogni voto ad un importo più elevato di 152 rubli. Secondo gli autori della modifica, tale aumento in primo luogo è stato necessario per i partiti di opposizione per compensare il calo dei loro voti. Le nuove quote sono state introdotte il **19 dicembre** con [la Legge Federale «Sulle modifiche dell'articolo 33 della Legge Federale “Sui partiti politici”»](#), che ha previsto per il 2017 lo stanziamento di 6.952 miliardi di rubli per il sostegno dell'attività politica dei partiti.

## L'OPPOSIZIONE EXTRAPARLAMENTARE

Dopo il fallimento del tentativo di formare un'unica lista di partiti liberali extraparlamentari dell'opposizione (*Demkoalizija*), i politici che apertamente criticavano “il regime” hanno deciso di presentarsi alle elezioni nelle liste separate come candidati dai partiti “*Jabloko*” e *PARNAS*, oppure individualmente nei collegi uninominali con il sostegno di “Russia Aperta” di Khodorkovsky. Probabilmente, anche questa incapacità cronica di mettersi d'accordo ha portato i “liberali” ad una *debacle* nelle elezioni della Duma, tanto che in seguito alle elezioni, il partito “*Jabloko*” è stato privato anche dei fondi pubblici. La riunione di *PARNAS* (“Partito della libertà popolare”, un tempo guidato da Nemtsov, Kasyanov e Ryzhkov), tenutasi a Mosca il **17 dicembre**, ha rilevato una nuova spaccatura – i sostenitori di Nemtsov hanno lasciato il partito essendo in disaccordo con la politica di Kasyanov.

Tuttavia, un altro oppositore, Alexej Navalny, il cui Partito del Progresso non ha potuto partecipare alle elezioni, il **13 dicembre** all'improvviso ha annunciato la sua candidatura alle prossime elezioni presidenziali.

## PARLAMENTO

### La nuova duma “disciplinata”

Il **5 ottobre** alle ore 12 la nuova Duma si è riunita per la seduta inaugurale. Secondo la Costituzione russa (art.99), la Duma di Stato deve tenere la sua prima riunione il 30° giorno dopo le elezioni, tuttavia, il Presidente ha il diritto di convocare una riunione della Duma prima della data stabilita. È stato il Presidente Putin [[Decreto n. 291 “Sulla prima riunione della Duma di Stato della settima legislatura”](#)], che ha sollecitato il **23 settembre** durante un incontro tradizionale con i leader dei partiti rappresentati nella nuova Duma di Stato, la necessità di “cominciare a lavorare il prima possibile”. L'inizio frettoloso del lavoro è stato soltanto il primo segno di una serie di tentativi di “disciplinare” la Duma.

Il **26 settembre** nel quadro delle trattative *package deal* sulla distribuzione dei posti chiave nella Camera bassa del parlamento russo gli alti rappresentanti delle fazioni hanno deciso di ridurre il numero delle commissioni parlamentari da 30 a 26. Il controllo amministrativo sulla metà delle commissioni è stato ottenuto dagli esponenti della “Russia Unita”. Il **5 ottobre**, nella prima riunione come Presidente della Duma della settima legislatura è stato eletto Viačeslav Volodin [[Deliberazione n. 6-7 del 5 ottobre 2016](#)]. La sua candidatura è stata suggerita dal Presidente Putin, accolta dal leader del partito Medvedev, e proposta dalla fazione “Russia Unita” nel momento di votazione. Il candidato dal Partito Comunista Dmitrij Novikov è arrivato al secondo posto con 40 voti favorevoli.

La maggior parte della prima sessione parlamentare (durata solo due mesi e mezzo) è stata dedicata a questioni organizzative, per cui, sono stati adottati diversi emendamenti al Regolamento. In primo luogo, a causa del passaggio alla nuova formula elettorale che prevede anche i collegi uninominali, è stato necessario stabilire nel Regolamento una regola in materia di adesione o non adesione ai gruppi parlamentari per i deputati eletti in circoscrizioni uninominali o attraverso l'auto-candidatura. In particolare, le modifiche al Regolamento del **5 ottobre** [[Deliberazione n. 4-7 “Sulle modifiche al Regolamento della Duma di Stato dell’Assemblea Federale della Federazione Russa”](#)] hanno affermato che “una fazione è composta da tutti i deputati della Duma nominati dai partiti politici come candidati nella lista federale e da tutti i deputati proposti dal partito politico in circoscrizioni uninominali”. Ciò significa che sarà consentita la perdita del seggio parlamentare per i deputati che vogliono lasciare il partito, sulle liste del quale essi erano eletti (quindi, il transfughismo è stato proibito). Inoltre, il Regolamento modificato ha previsto, che “i parlamentari eletti, sostenuti dai partiti che non sono stati in grado di formare la propria rappresentanza nella Duma, ed anche i candidati indipendenti hanno il diritto di scegliere i gruppi parlamentari”. Tale disposizione è stata interpretata dai deputati dei partiti “Madrepatria” e “Piattaforma civica” come non imperativa. Pertanto, tutti i due deputati hanno deciso di rimanere fuori dalle quattro formazioni della Duma (mentre il terzo, auto-candidato Resnik, quasi subito ha aderito al gruppo parlamentare di “Russia Unita”).

Il **7 ottobre** l'organizzazione tempistica dei lavori nella Duma ha subito dei cambiamenti: il Lunedì, il Martedì e il Giovedì sono scelti per i lavori nelle commissioni, il Mercoledì e il Venerdì per le sessioni plenarie, ed invece di due riunioni plenarie al mese ora ne sono previste tre. L'ultima settimana del mese è stata progettata per il lavoro nelle regioni [[Deliberazione “Sulla modifica degli articoli 14 e 40 del Regolamento della Duma di Stato della Federazione Russa”](#)].

Il **9 ottobre** è stata approvata la modifica al Regolamento, che prevede l'obbligo per il deputato di rispondere personalmente a tutte le richieste fatte dai cittadini. Con l'aumento del carico di lavoro per i parlamentari è stato previsto, successivamente, con la legge federale [[Legge Federale «Sulle modifiche agli articoli 37 e 40 della Legge Federale “Sullo status del membro del Consiglio della Federazione e sullo status del deputato della](#)

[Duma di Stato dell'Assemblea Federale della Federazione Russa» del 19.12.2016](#)], l'aumento del numero di assistenti, da cinque a sette per ciascun deputato.

Le nuove misure per il rafforzamento della disciplina durante il lavoro della Camera hanno riguardato anche la questione dell'attività legislativa della Duma. Il **14 ottobre** la più grande fazione nella Duma ha espresso la sua intenzione di creare un comitato consultivo di esperti presso la fazione per l'esame dei disegni di legge – una sorta di filtro per le iniziative populiste e “fittizie”. Il provvedimento è diretto a diminuire le probabilità che un progetto di legge non professionale e non gradito dal pubblico possa passare in discussione alla Duma. Inoltre, al termine della sessione è stato istituito un gruppo di lavoro per la preparazione delle modifiche al Regolamento della Camera, contenenti nuove regole sul controllo della qualità dei progetti di legge, in modo tale che dal 2017 la Duma avrà un nuovo sistema per il monitoraggio del procedimento legislativo.

Il **21 ottobre** è stata adottata dalla Duma una misura contro l'assenteismo dei deputati. Si tratta di emendamenti al Regolamento della Camera [[Deliberazione della Duma di Stato n. 68-7](#)] che riguardavano la procedura di votazione. Secondo tali emendamenti, ai deputati è stato proibito di votare per delega. Inoltre, è stata prevista una multa pari a 60 mila rubli per l'assenza ingiustificata del deputato. Il ruolo dei *whip* è stato assegnato ai capi dei gruppi parlamentari. Per una maggiore chiarezza, nel Regolamento è stata indicata anche una serie di motivi validi per cui i deputati possono mancare durante le sessioni plenarie: malattia, viaggio ufficiale di lavoro o vacanza. Alcuni deputati hanno contestato i provvedimenti disciplinari, per esempio, uno dei deputati più ricchi, Alexander Skorobogatko, ha rinunciato al suo mandato.

Appare interessante notare, che tra le misure contro i parlamentari assenti durante i lavori, la Duma può usufruire dello strumento come la revoca del mandato in caso di assenza ingiustificata dall'attività parlamentare per 30 o più giorni di calendario. Tutto ciò grazie alla Legge adottata nella primavera del 2016 [[Legge federale n. 140 «Sulle modifiche all'articolo 4 della Legge Federale “Sullo status del membro del Consiglio della Federazione e sullo status del deputato della Duma di Stato dell'Assemblea federale”» del 3.05.2016](#)]. La precedente Duma ha esercitato tale potere nei confronti del deputato Ilya Ponomarev, il quale era stato soggetto ad un mandato di arresto in contumacia con l'accusa di complicità in appropriazione indebita di 22 milioni di rubli dal fondo “Skolkovo”. La decisione della Duma, tra l'altro, è stata confermata dalla Corte Suprema il **24 novembre**, in quanto i giudici non hanno accolto le ragioni di Ponomarev che sono alla base della sua decisione di rimanere negli Stati Uniti.

Inoltre si è cercato di rivedere i rapporti della Duma di Stato con l'Amministrazione presidenziale e con il Governo. Il **28 ottobre** la Duma ha concordato con il Governo che alle riunioni dei comitati della Camera bassa, in cui vengono presentate e discusse le relazioni dei ministri sui progetti di legge, parteciperanno solo i rappresentanti del Gabinetto russo con il rango non sotto di quello di vice ministro. Inoltre, il cerchio dei funzionari di Cremlino (“*apparatčiki*”), che possono essere presenti alle riunioni del Consiglio della Duma, è stato limitato – sulla base di indicazioni del Regolamento (v. [comma 6 dell'articolo 13 del Regolamento della Duma di Stato](#)) – ai soli rappresentanti

del

Presidente nella Duma di Stato. Per esempio, sotto le nuove restrizioni automaticamente si sono trovati i funzionari del Dipartimento della politica interna del Cremlino con Andrej Jarin a capo. Poi, altre divergenze procedurali si sono verificate tra la Duma e la Casa Bianca. I rappresentanti di tutti i gruppi parlamentari hanno sostenuto la proposta di modificazione al Regolamento (adottata poi, nel corso dell'ultima seduta, il **21 dicembre**) che obbligava il Governo ad elaborare proposte necessarie di atti normativi sull'esecuzione in materia entro la terza lettura [[Deliberazione della Duma di Stato n. 593-7 "Sulle modifiche all'articolo 125 del Regolamento della Duma di Stato dell'Assemblea Federale della Federazione Russa"](#)].

Nel corso degli 77 giorni della sessione autunnale sono state presentate alla Duma di Stato 311 nuove proposte di legge, di cui solo 142 sono state approvate. È reso opportuno evidenziare che tanti disegni di legge sono stati ereditati dalle Dume precedenti. Le misure di rafforzamento della disciplina tra i deputati sono state accolte dai cittadini russi con entusiasmo: come dimostrano [i dati di VTsIOM](#) l'indice di approvazione della Duma è salito tra il mese di settembre e dicembre dal 40% al 52%. Il **21 dicembre**, il Presidente nell'incontro con i leader di entrambe le Camere del parlamento ha ringraziato i parlamentari per l'adozione del bilancio e per il loro lavoro organizzato ed efficace. Nello stesso tempo il Presidente ha invitato le Camere di "prendersi cura delle leggi" e di non avere fretta nelle modifiche della legislazione

## Il consiglio della federazione negli affari esteri

All'inizio della sessione autunnale la composizione del Consiglio della Federazione è stata rinnovata. Mentre una parte dei senatori si è trasferita nella Duma, i nuovi rappresentanti delle regioni nominati dai governatori neoeletti sono entrati nel Consiglio della Federazione. Contrariamente alla tradizione, la Camera alta questa volta ha aperto la sessione prima della Duma. Il **30 settembre** durante la seduta inaugurale il Consiglio della Federazione ha discusso, tra le altre questioni, l'adozione del comunicato espresso in concomitanza con l'anniversario delle operazioni militari delle Forze aerospaziali russe in Siria [[Dichiarazione del Consiglio della Federazione dell'Assemblea Federale del 28 settembre 2016](#)]. I senatori hanno espresso nel documento la loro soddisfazione sull'andamento dell'operazione in Siria: "L'intervento decisivo della Russia nel corso delle operazioni militari in Siria, effettuato sulla base della richiesta di assistenza militare dalle autorità legittime della Repubblica araba siriana, ha cambiato radicalmente la situazione dei combattimenti".

Appare importante notare, che la dottrina costituzionale russa accoglie il modello di bicameralismo imperfetto e la Costituzione (nell'art. 106) prevede l'approvazione obbligatoria da parte della Camera alta soltanto per le leggi che hanno ad oggetto una delle sei questioni indicate – tra cui anche la ratifica dei trattati internazionali. Di conseguenza,

il

ruolo del Consiglio della Federazione diventa importante per le decisioni che riguardano la materia internazionale. Inoltre, in caso d'invio di un contingente di truppe militari dalle Forze armate russe, la decisione del Presidente necessita di un atto del Consiglio della Federazione sulla possibilità di utilizzare le Forze armate al di fuori del territorio della Federazione Russa.

Nell'arco degli ultimi mesi del 2016 le decisioni del Presidente russo nell'ambito della politica estera hanno richiesto un sostegno coordinato da parte delle due Camere del Parlamento. Tra i documenti di maggior importanza, approvati dal Consiglio della Federazione, nel periodo tra settembre-dicembre, è stata la Legge federale del **14 ottobre** 2016 “Sulla ratifica dell’Accordo tra la Federazione Russa e la Repubblica araba siriana sul posizionamento del gruppo di aviazione delle Forze armate russe sul territorio della Repubblica araba siriana”. [L'accordo bilaterale](#) è stato firmato a Damasco il 26 agosto 2015, e prevedeva – su richiesta delle autorità siriane – lo stanziamento (per un periodo indeterminato) di un contingente delle Forze aeree russe nel territorio della Siria presso l'aeroporto Hmeymim (provincia di Latakia).

Un altro provvedimento, importante anche dal punto di vista simbolico, adottato nel contesto del congelamento dei rapporti con gli Stati Uniti, è stato la sospensione dell'accordo intergovernativo con gli USA sullo smaltimento dell'eccesso di plutonio per uso militare (firmato a Mosca il 29 agosto 2000 ed a Washington il 1 settembre 2000), insieme con la sospensione dei suoi Protocolli. La decisione è stata presa dal Presidente Putin, che il **3 ottobre** ha adottato il [Decreto](#) e ha presentato al Parlamento la proposta di [legge sulla sospensione dell'accordo russo-americano sullo smaltimento di surplus di plutonio per uso militare](#). Secondo il documento, tale decisione è stata presa dalla Russia a causa della “rinascita della minaccia per la stabilità strategica a seguito dell'azione ostile” contro Mosca da parte di Washington. Allo stesso tempo, il decreto ha stabilito che il plutonio coperto dalle disposizioni dell'accordo, non verrà utilizzato per la fabbricazione di armi nucleari o di altri congegni esplosivi nucleari, o per qualsiasi altro scopo militare. Il **31 ottobre** la proposta è divenuta legge [[Legge Federale “Sulla sospensione dell'accordo tra il Governo della Federazione russa e il Governo degli Stati Uniti d'America sullo smaltimento e sulla conversione del plutonio – designato come il plutonio che non è più necessario per le finalità di difesa – e sulla sospensione della cooperazione in questo ambito”](#)].

Anche nell'ambito della CSI (Comunità degli stati indipendenti), la zona considerata dalla Russia di sua influenza, sono state prese decisioni strategiche. Il **22 novembre** è stata firmata la [Legge Federale n. 387](#) che ratifica l'accordo tra la Russia e l'Abkhazia relativo alla formazione di un gruppo congiunto di truppe. Ancora prima, il **12 novembre** il Presidente Putin ha incoraggiato [[Ordinanza del Presidente della Federazione Russa n.359](#)] la firma dell'accordo con l'Armenia sulla creazione di un sistema comune di difesa aerea e di sicurezza collettiva nella regione del Caucaso, che avrà bisogno di una ratifica nel futuro.

## presidente

Uno dei eventi politici di maggior importanza per il Paese nell'ultimo quadrimestre è stato il [Messaggio annuale del Presidente all'Assemblea Federale della Federazione Russa](#). Come stabilisce la Costituzione Russa “il Presidente si rivolge all'Assemblea Federale con messaggi annuali sulla situazione del Paese e sugli indirizzi fondamentali della politica interna ed estera dello Stato” (art. 84). Dunque, il contenuto del Discorso annuale alle Camere tradizionalmente contiene la relazione sui progressi fatti in vari settori e le priorità del lavoro per gli organi statali nei prossimi anni. Il **1° dicembre** nel suo discorso all'Assemblea federale, il Presidente Putin ha sollecitato l'adozione di misure a sostegno dell'imprenditorialità, dell'attività delle ONG e dell'economia digitale. Inoltre, il prossimo anno è stato dichiarato l'Anno dell'Ecologia.

Per garantire il supporto legislativo all'indirizzo presidenziale il **30 novembre** la Duma ha istituito un gruppo di lavoro sul controllo della realizzazione del messaggio presidenziale [[Deliberazione “Sulla formazione del gruppo di lavoro della Duma di Stato in merito all'attuazione dei messaggi annuali del Presidente” del 30.11.2016](#)]. D'altronde, nell'arco della settimana in cui è stato annunciato il Messaggio, il Presidente Putin ha adottato atti importanti. Così, il **30 novembre** il Presidente ha introdotto una nuova dottrina per la politica estera della Russia [[Decreto n. 240 «Sull'approvazione della Concezione della politica estera della Federazione Russa»](#)], il **1° dicembre** è stata approvata la [Strategia per lo sviluppo scientifico-tecnologico della Federazione Russa](#), e il **5 dicembre** con il decreto presidenziale è stata adottata una nuova [Dottrina della sicurezza delle informazioni](#). Per l'attuazione del Messaggio il **5 dicembre** Vladimir Putin ha approvato un [elenco di ordinanze](#) (25 in totale).

Contrariamente alle previsioni degli esperti politici, il Messaggio annuale del Presidente non è stato l'inizio della campagna presidenziale di Vladimir Putin. Anche durante la sua annuale “linea diretta” con i russi, tenutasi il **23 dicembre** (un giorno dopo del previsto a causa della partecipazione del Presidente il **22 dicembre** negli funerali dell'ambasciatore russo Andrey Karlov ucciso in Turchia), il Presidente Putin ha evitato di dare una risposta chiara sull'intenzione della sua ricandidatura alle prossime elezioni [v. [il resoconto integrale della conferenza-stampa](#)].

### Le nomine *SILOVIKIE APPARATČIKI*

La sostituzione dei “vecchi amici”, aventi una pluralità di legami in politica, con giovani e fedeli “esecutori”, persone di provata fedeltà è diventata una pratica ormai consolidata per quanto riguarda le nomine presidenziali. Un esempio lampante è la

dimissione del vecchio collega del KGB Sergej Ivanov dalla carica di Capo dell'Amministrazione e la nomina al suo posto di un ex funzionario del Protocollo, il giovane Anton Vaino, un mese prima dalle elezioni parlamentari del 2016 [[Decreto del 12.08.2016](#)].

Dopo le elezioni parlamentari sono stati numerosi i trasferimenti del personale da una posizione all'altra. Innanzitutto, quando è apparso chiaro che l'*apparatčik* per eccellenza, Volodin, sarebbe divenuto Presidente della nuova Duma, il **22 settembre** il Presidente Putin ha nominato Sergej Naryshkin, *speaker* della Duma della VI legislatura, a capo della *Foreign Intelligence Service*. A sua volta, Mikhail Fradkov, che occupava questa carica dal 2007, è stato nominato al posto di Presidente dell'azienda di trasporto RŽD, le ferrovie di Stato che la Russia gestisce in regime di monopolio. Il **5 ottobre** il Presidente ha nominato il capo di *Rosatom* Sergej Kiriyeenko alla carica del primo vice capo dell'Amministrazione presidenziale, occupata in precedenza da Volodin. Insieme con Volodin dall'Amministrazione presidenziale è stata trasferita Voronova, l'ex capo del Dipartimento della politica interna, divenuta il **20 ottobre** capo dell'Apparato della Duma.

Anche nel Governo ci sono stati i riposizionamenti. In primo luogo, si tratta della riorganizzazione delle strutture “di forza” (*silovye struktury*): il **20 settembre** il Presidente Vladimir Putin ha firmato il decreto, con cui è stato ridotto del 15% il numero massimo del personale nel Ministero degli Interni ed è stato abolito uno dei posti di vice ministro. Le novità sono state connesse con la creazione nell'aprile di un nuovo organo *Rosguardia* – il Servizio Federale delle truppe russe della Guardia Nazionale – con il più fedele dei *siloviki*, l'ex capo della sicurezza presidenziale Viktor Zolotov, al suo vertice. Il **30 settembre** è stato firmato il [Decreto del Presidente “Sul Servizio federale delle truppe della Guardia Nazionale della Federazione Russa”](#), con il quale sono state stabilite le funzioni, i compiti, le competenze e l'organizzazione dell'attività del nuovo organo. Fra i compiti assegnati a questo organo, che una volta a pieno regime potrà contare su 300 mila uomini, sono: “la tutela dell'ordine pubblico, la lotta al terrorismo e all'estremismo, la protezione delle sedi del Governo, l'assistenza e il controllo dei confini, il contrasto al traffico d'armi e alla criminalità finanziaria”.

Alcuni ministri in questo periodo quadrimestrale hanno avuto la “promozione”, per esempio, l'ex ministro dello sport Vitalij Mutko, nonostante gli scandali relativi al *doping*, è stato [nominato dal Presidente](#) il **19 ottobre** al posto di vice primo ministro. Nella sua nuova posizione Mutko supervisionerà la sfera dello sport, turismo e politiche giovanili. D'altra parte, il caso del ministro dello sviluppo economico Alexej Ulyukayev rappresenta la rimozione più clamorosa dalla carica. Il **15 novembre** il Presidente ha adottato il [Decreto](#), con il quale ha rimosso il ministro dalla carica “a causa della perdita di fiducia”, in quanto nei confronti di quest'ultimo è stata avviata l'azione penale ai sensi dell'articolo 290 del Codice penale (“corruzione”). Secondo l'indagine, l'ex ministro ha preso tangenti per una somma di circa due milioni di dollari in cambio della valutazione positiva che ha permesso a OJSC “Rosneft” di effettuare l'acquisizione delle quote di proprietà dello Stato di OJSC “Bashneft”. Il ministro è stato colto in flagrante.

## la legge sulla nazione

Il **31 ottobre** il Presidente Putin nella riunione del Consiglio per le relazioni interetniche ha chiesto di prestare maggiore attenzione al tema di adattamento sociale e culturale dei migranti e di identificare l'organo responsabile in questo settore. Allo stesso tempo, egli ha esortato a non fare riferimento all'esperienza della politica migratoria europea: "L'esperienza che hanno loro (in Europa), francamente, non è la migliore, ma noi abbiamo una storia millenaria nella formazione dello Stato multinazionale, abbiamo un'esperienza molto più profonda". Inoltre, il Presidente ha sostenuto l'idea di organizzare l'Anno dell'Unità della nazione e ha sollecitato di elaborare una Legge sulla nazione russa. Secondo il Presidente, tale legge si deve basare sulla Strategia della politica nazionale statale della Federazione Russa [[Decreto del Presidente della Federazione Russa n. 1666 del 19.12.2012 "Sulla Strategia della politica nazionale statale della Federazione Russa per il periodo fino al 2025"](#)]. Mentre la Costituzione russa nell'articolo 3 ha previsto che "titolare della sovranità ed unica fonte del potere nella Federazione Russa è il suo popolo pluri-etnico", l'articolo 11 della Strategia ha messo in evidenza anche l'identità etnica russa: "Lo Stato russo (*Rossijskoje gosudarstvo*) è stato creato come un'unione di popoli, il cui nucleo storicamente è costituito dal popolo [gruppo etnico] russo (*russkij narod*)". La nuova legge sulla nazione dovrà risolvere il problema del contrasto tra "*rossijanin*" [nazione] e "*russkij*" [etnia].

### governo

#### il bilancio della "conservazione"

Nel mese di ottobre è stata pubblicata ufficialmente la legge federale sull'esecuzione del bilancio federale per il 2015. Le entrate sono state pari a 13.659 miliardi di rubli, le spese – 15.620 miliardi di rubli, con un deficit di 1.961 miliardi di rubli. Si fa notare che il PIL è diminuito del 3,7% sotto la pressione del continuo calo dei prezzi del petrolio e dell'impatto delle sanzioni economiche contro la Russia. I prezzi al consumo sono cresciuti del 12,9%. In questo contesto il **28 ottobre** il Governo russo ha presentato alla Duma un progetto di bilancio federale per il 2017 e per i primi due anni consecutivi. Il Governo ha proposto di procedere con il calcolo del bilancio nel 2017, 2018 e 2019 sulla base del prezzo del petrolio fissato a livello di 40 dollari al barile. L'adempimento degli obblighi sociali è stato considerato come la priorità alla base della progettazione del bilancio.

[La legge di bilancio](#) per il prossimo triennio è stata firmata dal Presidente il **19 dicembre**, dopo la sua approvazione da parte della Duma e del Consiglio della Federazione. Il documento ha previsto l'aumento degli stipendi del 4%, ma nel 2016 essi

sono diminuite del 8,7%. Ciò significa che i cittadini dovranno mantenere nei prossimi anni un modello di comportamento “risparmiatore”.

## LE ONG “INDESIDERABILI”

Nonostante i richiami della società civile di rivedere le disposizioni della Legge sulle ONG [[Legge Federale n. 121 “Sulle modifiche ai taluni atti legislativi della Federazione russa nella parte di regolamentazione delle attività delle organizzazioni non-profit che svolgono funzioni di un agente straniero” del 20.07.2012](#)], la lista delle organizzazioni etichettate come “agenti stranieri” ha continuato ad allargarsi. Così, il **5 settembre** il Ministero della giustizia – sulla base dei risultati di un’ispezione non programmata – ha incluso il centro analitico dell’opinione pubblica *Levada-Center* nel registro delle organizzazioni non-profit che svolgono funzioni di agente straniero. Secondo il Ministero, l’organizzazione ha ricevuto una somma significativa di finanziamenti esteri da parte degli Stati Uniti. Secondo la Legge, le organizzazioni *no-profit*, che ricevono finanziamenti stranieri e sono impegnati in attività politica, hanno lo *status* di “agenti stranieri” nella Russia. Tale *status* comporta eventuali conseguenze sulle attività dell’organizzazione: per esempio, agli “agenti” è stato vietato di occuparsi di monitoraggio delle elezioni. Un’altra organizzazione, finita sotto le restrizioni, è stata l’associazione storico-educativa per la difesa dei diritti umani “*Memorial*” (v. i dati sul [Registro delle ONG che svolgono le funzioni di un agente straniero](#), sul sito del Ministero della giustizia russo). Il **4 ottobre** il Ministero della giustizia ha incluso “*Memorial*” nel registro delle ONG – agenti stranieri. Creata nel 1989, l’organizzazione ha dato un grande contributo allo studio della repressione politica nell’Unione Sovietica.

Sempre nella stessa direzione restrittiva, il **13 ottobre** il Governo russo ha introdotto nella Duma di Stato un disegno di legge, il quale prevedeva che le organizzazioni non governative straniere o internazionali, le cui attività sono riconosciute come “indesiderabili”, non saranno autorizzati a creare sul territorio russo soggetti giuridici. Il **21 dicembre** tale progetto di legge è stato approvato dalla Duma in prima lettura. L’attuale legislazione russa intende per “attività indesiderabili” di ONG straniere o internazionali tutte le attività che rappresentano una minaccia per i fondamenti del sistema costituzionale russo, la difesa e la sicurezza dello Stato [[Legge Federale del 28 dicembre 2012 n. 272 “Sulle misure contro le persone coinvolte in violazioni dei diritti e delle libertà fondamentali dell’uomo e dei diritti e delle libertà dei cittadini della Federazione Russa”](#)].

corti

## la corte costituzionale

Il **4 ottobre** la Corte Costituzionale ha respinto i dubbi sulla legalità dell'adesione della Crimea e di Sebastopoli alla Russia nel 2014 e ha difeso gli abitanti della penisola, i quali per motivi formali, come l'assenza di registrazione, non hanno ottenuto la cittadinanza russa secondo una procedura semplificata [[Sentenza della Corte Costituzionale](#)]. Ricordiamo, che in seguito all'adesione della penisola di Crimea alla Russia la cittadinanza russa è stata acquisita automaticamente da tutti gli abitanti della Crimea e Sebastopoli che avevano una registrazione permanente sul territorio della penisola.

Il **28 dicembre** è stata promulgata la legge di modifica [[Legge Costituzionale Federale n. 11 «Sulle modifiche alla Legge Costituzionale Federale “Sulla Corte Costituzionale della Federazione Russa”»](#)], in cui sono state stabilite le garanzie supplementari per la corretta esecuzione delle decisioni della Corte Costituzionale della Federazione Russa. La legge, proposta dal Presidente Putin alla fine del novembre, ha previsto un nuovo tipo di decisioni, che possono essere adottate dal Tribunale. Si tratta della nuova competenza della Corte di pronunciarsi sulla costituzionalità di un atto normativo “nell'interpretazione data dalla Corte Costituzionale”. In presenza di tale Decisione si esclude qualsiasi altra interpretazione dell'atto.

## le pronunce della corte suprema

Nell'ultimo quadrimestre dell'anno sono stati due i casi, in cui la decisione della Corte Suprema è stata influenzata dai Pareri della Corte europea dei diritti umani. Così, il **5 ottobre** la Corte Suprema russa ha dichiarato la detenzione di Ilya Gushchin e di Artem Savelov, condannati per “disordini di massa” in piazza Bolotnaya a Mosca, come illegale [[Deliberazione del Presidium della Corte Suprema della Federazione Russa dal 5.10.2016 n. 114-P16 “Sulla ripresa del procedimento in vista delle nuove circostanze”](#)]. Il Giudice si è pronunciato, che la “decisione del Tribunale distrettuale di Basmany del 9 agosto 2012 e tutte le successive decisioni giudiziarie devono essere annullate”. È importante ricordare che in seguito alle proteste di Bolotnaya nel maggio 2012 più di 400 attivisti sono stati arrestati. La Commissione d'inchiesta della Federazione Russa ha aperto i procedimenti nei loro confronti ai sensi della comma 3 dell'articolo 212 (“rivolte di massa”), e della comma 1 dell'articolo 318 (“la violenza contro un rappresentante delle autorità”) del Codice penale. Gli organizzatori dei disordini – Sergej Udaltsov e Leonid Razvozhayev – sono stati condannati a quattro anni e mezzo di reclusione. Diversi imputati sono stati graziati, ed uno è stato sottoposto a trattamento psichiatrico obbligatorio. I sostenitori dei condannati ritenevano che i disordini sono stati innescati dalla polizia.

La Corte Suprema ha annullato il **16 novembre** la decisione della Corte inferiore sul caso “Kirovles” in cui il politico d'opposizione Alexej Navalny e l'imprenditore Peter Ofitserov sono stati condannati, e ha rinviato il caso per un nuovo processo

[\[Deliberazione del Presidium della Corte Suprema della Federazione Russa “Sulla ripresa del procedimento in vista delle nuove circostanze”\]](#). In precedenza, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha pronunciato in merito al caso “Kirovles”, affermando che Navalny e Ofitserov sono stati condannati per reati che consistono in atti indistinguibili dal commercio legittimo. Inoltre, la CEDU ha stabilito che erano stati violati i diritti degli imputati ad un processo equo.

## Autonomie

### la città di Sebastopoli

Le elezioni della Duma con la partecipazione della popolazione della Crimea hanno rappresentato una sorta di punto di non ritorno nel processo d'integrazione politica dei nuovi territori. Ora, è finito il periodo transitorio. Il Parlamento di Sebastopoli ha adottato il **24 novembre** l'[emendamento allo Statuto](#) della città, con il quale è stata introdotta l'elezione diretta del Governatore. Finora i deputati regionali eleggevano il capo della città tra i tre candidati designati dal Presidente (il “filtro presidenziale”), dato che – come hanno spiegato le autorità regionali – “durante il periodo transitorio è stato impossibile svolgere le elezioni dirette in modo corretto”. Tale modalità è stata prevista sia dalla Costituzione della Repubblica di Crimea sia dallo Statuto di Sebastopoli, adottate nel marzo 2014.

## UN NUOVO EQUILIBRIO TRA I POTERI? EFFETTO TRUMP E LEGISLAZIONE CONTROVERSA.

di Enrico Campelli\*

**‘N**on accetteremo alcun tentativo da parte delle Nazioni Unite di dettare condizioni ad Israele. La strada per la pace attraversa Gerusalemme e Ramallah, non New York.

*Ma indipendentemente da ciò che accadrà nei prossimi mesi, ho totale fiducia che negli anni a venire la rivoluzione ne*

*lla posizione di Israele tra le nazioni finalmente penetrerà in questa sala delle nazioni.’<sup>2536</sup>*

E’ difficile dire se queste parole del Premier Netanyahu, parte di un discorso durissimo rivolto alle Nazioni Unite il **24 settembre**, avranno realmente seguito o meno. Certamente rivelano la precisa volontà governativa israeliana di rivendicare piena libertà di movimento nei negoziati con l’Autorità palestinese, in un momento in cui la vittoria di Trump negli Stati Uniti era poco più che un sogno per l’ala più conservatrice della Knesset, il parlamento israeliano.

Da un lato, rinnovare e restringere i legami con qualsiasi amministrazione americana dopo i difficili rapporti con la presidenza Obama, divenuti aperto scontro dopo la risoluzione Onu che condanna gli insediamenti in Cisgiordania e il discorso di John Kerry al Dipartimento di Stato americano del **28 dicembre**, ma anche distanziarsi preventivamente da qualsiasi legame troppo stretto che possa portare a fastidi con la Russia di Putin, ormai presenza “forte” nell’area.

---

\* Dottorando di Diritto Pubblico, Comparato ed Internazionale, curriculum Teoria dello Stato ed Istituzioni Pubbliche Comparate, Dipartimento di Scienze Politiche, Università “La Sapienza” di Roma.

<sup>2536</sup> B. Netanyahu, Discorso alle Nazioni Unite del 24 settembre 2016.

Uno scenario politico, quello israeliano, che ha trascorso l'ultimo anno ad attendere gli sviluppi delle elezioni statunitensi, e che ora, inaspettatamente, si trova con un presidente Usa che promette di spostare l'ambasciata americana da Tel Aviv a Gerusalemme e che presumibilmente manterrà un atteggiamento di distanza e favore verso gli insediamenti israeliani in *West Bank*.

Un passaggio, quello delle elezioni Usa, non di poco conto per la maggioranza parlamentare israeliana, che registra così un rafforzamento dell'ala sionista religiosa rappresentata da *Habayt Hayebudi*, partito dei coloni, e che promette certamente trasformazioni e riflessi nel campo dei diritti civili oltre che nuova linfa per la battaglia che vuole un nuovo equilibrio tra esecutivo e giudiziario.

## PARTITI

### NASCITA DELLA LISTA CONGIUNTA ARABA

In ambito partitico, è doveroso riportare la nascita, avvenuta in vista delle elezioni parlamentari del 17 marzo 2015, della Lista Congiunta Araba<sup>2537</sup>, enorme cambiamento negli equilibri partitici israeliani, da sempre abituati ad alleanze molto instabili e temporanee.

La lista, nata dall'unione dei quattro partiti arabi di Israele, *Hadash, Ta'al, Balad e United Arab List*, è, dopo le elezioni parlamentari del 2015, il terzo partito del Paese.

Guidata da Ayman Odeh, leader della formazione arabo-israeliana *Hadash*, la Lista congiunta ha ottenuto il 10,55% dei voti, ottenendo 13 seggi su 120 totali nella Knesset.

Nata per superare la soglia di sbarramento del 3,25% (soglia che prima delle elezioni del 2015 si attestava sul 2%), il partito rappresenta un punto di riferimento nuovo per la minoranza arabo-israeliana, ormai 20% della popolazione complessiva e sembra, almeno in teoria, capace di condizionare l'indirizzo politico del paese in futuro. Mai prima d'ora infatti, vi era stata una componente araba tanto forte all'interno della Knesset. La lista Congiunta, tuttavia, dovrà necessariamente operare un lavoro di rifinitura e ridefinizione

<sup>2537</sup> القائمة المشتركة, *al-Qa'imab al-Mushtarakah*, הרשימה המשותפת *HaReshima HaMesbutefet*.

delle proprie istanze per arrivare a delle solide alleanze ed allontanare lo spettro di un isolamento parlamentare.<sup>2538</sup>

## FINE DELL'ESPERIMENTO "LIKUD BEITENU" E HABAYT HAYEHUDI

Tra le altre novità in ambito partitico si può notare come sia irrimediabilmente concluso l'esperimento di fusione tra il *Likud* di Netanyahu e *Israel Beitenu* di Lieberman, che alle elezioni parlamentari del 22 gennaio 2013 avevano dato vita alla alleanza *Likud Beitenu* con scarsi risultati ed enorme malcontento nella base di entrambi i partiti.

Osservando la situazione attuale, è chiarissimo come al momento il blocco delle forze politiche di centro destra non stia, nonostante alcune grane giudiziarie del suo leader e Primo Ministro Netanyahu, in alcun modo perdendo voti e consenso, al contrario.

Nelle ultime elezioni parlamentari, che nel marzo 2015 hanno rinnovato la 20ma Knesset, tutti i partiti del blocco di maggioranza pro Netanyahu, con l'*Habayt Hayehudi* di Bennet e *Israel Beitenu* di Lieberman in testa, hanno subito un forte ridimensionamento<sup>2539</sup> a causa di una vorace politica acchiappa-voti operata dal partito del Premier, ed è ora evidente, soprattutto osservando le recenti proposte di legge<sup>2540</sup>, come entrambe le formazioni, di cui il Premier ha bisogno per mantenere la maggioranza dei seggi, abbiano la chiara intenzione di godere di vita propria rispetto al più centrale Likud. Soprattutto il partito di Naftali Bennet sembra infatti in questa fase voler radicalizzare ancora di più la sua proposta politica, avendo come risultato un aumento ancora più marcato della cronica frammentazione partitica israeliana.

## PARLAMENTO (KNESSET)

### REGULATION "AMONA" BILL

Fondamentale banco di prova per i già difficili rapporti tra esecutivo e potere giudiziario israeliano e dimostrazione della rinnovata volontà da parte di una ala della Knesset di modificare i confini tra i vari poteri, è la cosiddetta "Regulation Bill", anche nota come "Amona Bill". Con uno strettissimo margine di 58-50, la Knesset, il **16 novembre** ha infatti intrapreso il primo passo per legalizzare retroattivamente insediamenti e avamposti ebraici

<sup>2538</sup> Il 2 gennaio 2017 Bassel Ghattas, sospettato di favoreggiamento nella pianificazione di attacchi terroristici, è stato sospeso dal suo incarico di Mk.

<sup>2539</sup> *Habayt Hayehudi* è passato dal 9,12% dei voti e 12 seggi del 2013 al 6,74% e 8 seggi delle elezioni del 2015. *Israel Beitenu* invece si è attestato nel 2015 al 5,11% dei voti e 6 seggi rispetto agli 11 ottenuti nel 2013 correndo nella lista elettorale del *Likud Beitenu*.

<sup>2540</sup> Si veda a questo proposito il disegno di legge presentato da Lieberman relativo alle proprietà materiali di palestinesi coinvolti in attacchi terroristici. <https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/files.yesh-din.org/%D7%A0%D7%95%D7%94%D7%9C+%D7%94%D7%97%D7%A8%D7%9E%D7%95%D7%AA/%D7%A0%D7%95%D7%94%D7%9C+%D7%94%D7%97%D7%A8%D7%9E%D7%95%D7%AA.pdf>

in

Cisgiordania costruiti sulle terre private palestinesi. La proposta di legge presentata, nota appunto come “*Regulation Bill*”, è figlia di una proposta del ministro della Giustizia Ayelet Shaked e del ministro dell'Istruzione Naftali Bennett, leader della destra radicale con il suo partito *Habayit Hayehudi* e due dei membri più a destra del parlamento israeliano, che proprio su questa proposta di legge hanno messo in discussione la loro fondamentale permanenza nella maggioranza, de facto costringendo al voto anche parti della maggioranza molto restie (ad esempio la formazione centrista *Kulanu*).

Se approvato, il disegno di legge, come rilevato correttamente da molti osservatori e giuristi internazionali, palestinesi ed israeliani, potrebbe spianare la strada per la legalizzazione delle decine di avamposti, illegali secondo il diritto internazionale, situati nella *West Bank*, causando una grave minaccia alle già precarie prospettive di una soluzione a due stati ed un braccio di ferro di enorme portata tra esecutivo e Corte Suprema. Shaked e Bennett infatti, supportano il progetto di legge dopo che la Corte ha ordinato nel 2014, dopo oltre dieci anni di ritardi e battaglie legali, che l'avamposto ebraico non autorizzato di Amona, a est di Ramallah, ed il più grande nel genere in Cisgiordania, venisse evacuato e demolito non oltre il **25 dicembre 2016**.

Sede di circa 40 famiglie, Amona è stata fondata nel 1990 su terreni privati palestinesi senza l'approvazione del governo israeliano, che opera una distinzione tra gli insediamenti "legali" da esso autorizzati e avamposti "illegali" a cui si oppone. Il disegno di legge prevede quindi la legalizzazione dell'insediamento in cambio di un indennizzo ai legittimi proprietari palestinesi e dunque il raggio della sentenza della Corte Suprema Israeliana.

Il primo ministro Benjamin Netanyahu, personalmente contrario al disegno di legge e timoroso di uno scontro aperto tra i poteri dello Stato, ma da sempre favorevole ad una maggiore “esecutivizzazione” della vita politica del paese, ha formalmente richiesto un rinvio della sentenza di sgombero, motivando la sua richiesta con la volontà governativa di eliminare la minaccia di ogni possibile violenza durante lo sgombero, ma vedendo la sua richiesta respinta dalla Corte il **14 novembre**, che, attraverso la sua Presidente Miriam Naor, ha fatto sapere che “bisogna stare attenti a non far diventare le sentenze della Corte Suprema come dei semplici raccomandazioni”.<sup>2541</sup>

Anche tra i sostenitori di un processo di rimodulazione dei poteri della Corte infatti, il “*Regulation Bill*” è ritenuto assolutamente intempestivo e oltremodo provocatorio.

Il ministro della Difesa Avigdor Lieberman ha avvertito che l'approvazione di un simile progetto di legge, che sta mobilitando su tutti i fronti i movimenti sociali e le opposizioni israelo-palestinesi<sup>2542</sup>, potrebbe infliggere enormi danni sul progetto di insediamento in Cisgiordania di Israele, de facto contrario al diritto internazionale vigente e virtualmente osteggiato da tutti i paesi del mondo.<sup>2543</sup>

<sup>2541</sup> "In this case, as in other cases in the past, we were asked to extend the deadline set in the ruling for the evacuation at the last minute. We can see that any time frame given, as long as it may be, would not be enough. We must be careful; otherwise deadlines set by the Court will become a recommendation". cit Miriam Naor, Presidente della Corte Suprema Israeliana, **14 novembre 2016**.

<sup>2542</sup> Per i comunicati stampa della Knesset sull'argomento: [www.knesset.gov.il/spokesman/eng/PR\\_eng.asp?PRID=12209](http://www.knesset.gov.il/spokesman/eng/PR_eng.asp?PRID=12209)

<sup>2543</sup> Ad una prima lettura il disegno di legge sembra in contrasto con l'art.49 della Dichiarazione di Ginevra.

Anche il Procuratore Generale israeliano Avichai Mandelblit si è fermamente opposto al disegno di legge, rilevando come sia in aperto contrasto con i principi fondamentali dello Stato di diritto, contraddicendo l'obbligo per le autorità di rispettare le decisioni della Corte e divenendo di fatto indifendibile anche dinnanzi alla Alta Corte di Giustizia.

Nonostante le loro riserve circa il disegno di legge, Netanyahu e Liberman hanno tuttavia offerto sostegno al disegno di legge, ponendo le basi per la sua prima lettura alla Knesset e scegliendo di procedere per accontentare la sua base elettorale, nonostante la possibilità di porre il veto.

L'appoggio alla legge è stato fornito anche dai centristi di *Kulanu* e dal loro leader Moshe Kahlon, che a lungo aveva minacciato di non votare l'"*Amona Bill*" per non opporsi alla sentenza della Corte Suprema rivendicando la possibilità che il suo partito si smarchi dal disegno di legge in qualsiasi momento se la legge danneggiasse in qualsiasi modo la giurisdizione della Corte.

Bennett e i teorici di uno scontro aperto con la Corte, ed in linea generale di una ridefinizione dell'equilibrio tra i poteri, stanno inoltre spingendo perché il parlamento annetta gran parte dell'Area C, che comprende poco più del 60% della Cisgiordania. Benché allo stato attuale sembri una ipotesi estremamente remota, è evidente che se un passo del genere dovesse davvero essere intrapreso, si assisterebbe alla fine di ogni prospettiva di pace nella regione e ad una guerra aperta tra l'esecutivo israeliano e il resto del mondo.

In merito al *Regulation Bill* si è espresso anche il Presidente dello Stato Rivlin, indicando ed enfatizzando ulteriormente il bisogno per Israele di rispettare rigorosamente la divisione dei poteri e conseguentemente di rispettare le decisioni della Corte. In un ordinamento come quello israeliano infatti, non è assurdo pensare che, nel caso in cui venga meno il ruolo di arbitro democratico rappresentato dalla Corte Suprema, si arrivi al collasso completo dell'ordinamento e della società complessiva del paese.

Nonostante non sia la prima volta che il legislativo israeliano freme per liberarsi dai limiti posti dal potere giudiziario, nel paese manca una indicazione chiara di come gestire queste dinamiche di scontro tra poteri.

La posizione suggerita da Rivlin è la creazione di una nuova *Basic Law* che regoli le fattispecie simili, chiarendo i compiti ed i limiti della Corte e della Knesset, in modo che nessuno dei due possa invadere l'altrui competenza.

Il 22 **dicembre**, con sentenza n. **9949/08**, la Corte Suprema ha deciso di posticipare l'evacuazione di Amona di 45 giorni, ponendo l'**8 febbraio 2017** come data finale per lo sgombero dell'avamposto in discussione e dichiarando che tale decisione sarà valida anche in assenza di una soluzione alternativa.<sup>2544</sup>

---

## MUEZZIN BILL

<sup>2544</sup> <https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/files.yesh-din.org/%D7%A2%D7%AA%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%AA/%D7%A2%D7%9E%D7%95%D7%A0%D7%94/%D7%A4%D7%A1%D7%A7+%D7%93%D7%99%D7%9F+%D7%A2%D7%9E%D7%95%D7%A0%D7%94.pdf>

Ad una analisi del sistema costituzionale israeliano, ciò che appare una peculiarità indiscussa è certamente l'area dei diritti civili e dello scontro religioso.

In un contesto così variegato e complesso, che vede un mix originale di diritto ebraico, ottomano, un forte impianto di *common law* con degli accenti continentali, il terreno dei diritti civili è sempre di più ambito di scontro in una società sempre più frammentata e divisa.

Un recente esempio di tale situazione, anch'essa necessariamente conseguente alla inattesa svolta "trumpiana" statunitense, è la contestatissima *Muezzin Bill*, proposta di legge avanzata dal Mk<sup>2545</sup> Moti Yogev, membro di *Habayt Hayehudi*, ed interessante specchio della complessa situazione dei diritti civili in Israele, il panorama dei quali, caso unico nel mondo e figlio necessario dei più diversi compromessi, è pieno di contraddizioni e spesso casi quasi surreali.

La proposta di legge avanzata, si propone di abolire l'uso di sirene e altoparlanti sulle moschee per la trasmissione dell'*adhan*, il richiamo ai fedeli<sup>2546</sup>, accusando tali sistemi di causare un eccessivo inquinamento acustico.

In un primo momento, il disegno ha creato una insolita alleanza tra forze di sinistra, forze parlamentari arabe (ma non è questa la novità) e ultra-ortodossi ebrei, contrari alla proposta perché timorosi che una simile disposizione avrebbe successivamente riguardato anche le sirene ebraiche che chiamano i fedeli in sinagoga.

Al fine di rompere da subito il blocco delle opposizioni, la seconda bozza di legge ha modificato un testo dapprima generico, indicando l'esenzione per le sinagoghe e ottenendo il via libere dalle forze ultraortodosse.

Il primo ministro Netanyahu ha dichiarato il **13 novembre** il suo appoggio al "*Muezzin Bill*", sostenendo che sia urgente fermare le chiamate alla preghiera che disturbano il sonno e la quiete pubblica e quanto l'uso di altoparlanti e sirene sia, in una epoca di sveglie e apps, inopportuna.

Al contrario, le opposizioni, con la *Joint List* araba<sup>2547</sup> in testa, hanno dichiarato che la battaglia parlamentare sarà durissima e che se il *Muezzin Bill* dovesse diventare legge saranno le chiese di Haifa, Nazareth e Gerusalemme a salmodiare l'*adhan* per protesta.

Secondo le dichiarazioni di molti esponenti della *Joint List*, tra cui Bassel Ghattas, il disegno è un attacco non solo alla comunità palestinese di Israele ma anche un attacco al suo carattere musulmano. Netanyahu, d'altra parte, ha respinto le critiche confrontando le restrizioni proposte alle misure adottate in paesi come la Francia e la Svizzera. Ciò che è buono per l'Europa, sostiene il Premier, va bene anche per Israele.

Una visione che accomuni nell'ambito dei diritti civili Israele e i Paesi europei, che non mancano certamente di errori anche in questo campo, appare certamente parziale se non addirittura strumentale: se da un lato infatti vi è l'ovvia necessità di una convivenza felice per tutti i soggetti dell'ordinamento israeliano, non riconoscere la particolarità, la

<sup>2545</sup> Membro della Knesset

<sup>2546</sup> Nonostante i termini *muezzin* e *adhan* vengano spesso usati vicendevolmente, il termine *muezzin* indica l'incaricato a salmodiare, cinque volte al giorno, l'*adhan*.

<sup>2547</sup> הרשימה המשותפת, HaReshima HaMeshutefet: القائمة المشتركة, al-Qa'imah al-Mushtarakah

complessità e anche le contraddizioni violente che costituiscono la specificità israeliana significa semplificare oltremodo una realtà giuridica e sociale che non può essere accomunata a nessun'altra nel mondo.

## GOVERNO

Nel quadrimestre tra settembre e dicembre 2016, quello che è stato recentemente definito come il governo “più a destra della storia israeliana” dal suo stesso alleato americano, si trova a gestire la delicata transizione tra la fine dell'era Obama e l'inizio della gestione Trump. In attesa di concordare le prossime mosse circa il processo di pace con il nuovo governo alleato americano e mentre la leadership palestinese è impegnata a ridisegnare al suo interno gli equilibri di potere inaugurando il **17 gennaio 2017** un nuovo governo di unità nazionale tra Fatah e Hamas, la leadership Netanyahu, si trova a gestire i nuovi guai giudiziari del suo leader, indagato per corruzione e frode per fatti risalenti al 2009.

Benché allo stato attuale la caduta dell'attuale governo appaia ancora lontana, l'indagine sembra comunque rappresentare una ulteriore crepa con i suoi alleati di governo, sempre più spregiudicati, e che hanno spinto per l'approvazione di un piano di costruzione di 2500 abitazioni in Cisgiordania, annunciato il **24 gennaio 2017**.

Nonostante alcuni ministri, tra cui Shaked, abbiano lasciato intendere come sia ipotizzabile la creazione di una legge che garantirebbe l'immunità al Primo ministro per tutta la durata del suo mandato, nel caso in cui l'indagine si amplii ulteriormente e divenga una accusa formale, non è escluso che Netanyahu sia costretto alle dimissioni.

## PRESIDENTE DELLO STATO DI ISRAELE

### LE TRIBU' DI ISRAELE

Considerato da molti un “falco” per le sue posizioni circa il conflitto israelo-palestinese ed esponente storico, come Netanyahu, del partito Likud, Reuven Rivlin, successore di una figura internazionalmente molto nota come Shimon Peres, sta affrontando il suo ruolo come decimo Presidente dello Stato di Israele con un approccio presidenziale super partes e rispettoso delle diversità politiche presenti nel paese e nella Knesset.

Una istituzione, la presidenza dello Stato, il cui è quello di incarnare lo spirito di un paese che oltre al *drafting* costituzionale, deve ancora percorrere una lunga strada per trovare e stabilire una forte identità comune, rispettosa dei moltissimi volti presenti nella società ma anche unita e non violentemente polarizzata come quella attuale.

In un suo discorso dello scorso anno<sup>2548</sup> Rivlin ha affermato: *“Ad oggi, le prime classi elementari sono composte oggi da circa il 38% di ebrei laici, dal 15% di nazional-religiosi, da circa un quarto di arabi e da quasi un quarto di haredim<sup>2549</sup>. Se è vero che i numeri e le definizioni sono dinamici, né le identità né il tasso di natalità rimangono statici nel tempo. Una cosa però è chiara e cioè che i processi demografici che stanno ristrutturando e ridisegnando il modello della società israeliana hanno in effetti creato un “nuovo ordine israeliano”. Si tratta di una realtà in cui non si riscontra più una maggioranza netta né gruppi di netta minoranza. È una realtà nella quale la società israeliana è composta da quattro gruppi di appartenenza della popolazione o, se preferite, da quattro “tribù” principali, diverse una dall’altra e che stanno diventando sempre più simili per dimensioni. Che ci piaccia o no, la composizione di coloro che costituiscono la società israeliana e lo Stato di Israele sta cambiando sotto i nostri occhi”* e ancora, *“Un bambino di Beth El o di Rabat, un bambino di Herzliya e un bambino di Beitar Ilit non solo non si incontreranno mai ma verranno istruiti in una prospettiva completamente diversa con riferimento ai valori di base o al carattere che si vuole abbia lo Stato di Israele. Potrà questo essere uno stato laico, liberale, ebraico e democratico? Sarà uno stato che si basa sulla legge religiosa ebraica? O uno stato religioso democratico? Sarà uno stato per tutti i suoi cittadini di qualsiasi gruppo etnico nazionale? Tribù per tribù, per tribù, per tribù.”*

Come risulta evidente, il punto essenziale della presidenza Rivlin, oltre alla sicurezza israeliana (vale la pena ricordare come, a differenza di quasi tutti i paesi europei, in Israele, la sicurezza e la lotta al terrorismo, sia uno dei cardini centrali dei programmi politici, trasversalmente affrontato da tutto lo spettro politico ebraico) è quello del superamento delle divisioni esasperate che caratterizzano una società israeliana e le sue istituzioni. In questa ottica vanno collocate, ad esempio, le numerosissime iniziative pilota di studio della lingua araba in moltissime scuole elementari e medie israeliane, nate per espressa volontà del Presidente in collaborazione con l’*Abraham Fund* e il Ministero dell’Educazione Israeliano.

---

## RIPRESA DELLE RELAZIONI ISRAELO-TURCHE

Il **12 dicembre** il Presidente Rivlin ha ricevuto le credenziali del primo ambasciatore turco da sei anni a questa parte. Dopo gli eventi della *“Gaza Flottilla”* del 31 maggio 2010 infatti, nulle erano state le relazioni tra i due paesi, che sembrano ora aver avviato un lungo e fragile processo di normalizzazione delle loro relazioni con la firma dell’accordo riconciliatorio del 27 giugno 2016.

La ripresa dei rapporti, di fondamentale importanza per gli equilibri di tutta la regione, è stata anche segnata dalla collaborazione turca nella recente situazione di emergenza causata da una pericolosa serie di incendi nel nord di Israele.

Il nuovo ambasciatore turco, Kemal Okem, a colloquio il **13 dicembre** con Rivlin, ha espresso pubblicamente contrarietà e preoccupazione per l’avanzamento del *Muezzin Bill*

---

<sup>2548</sup> Discorso tenuto il 7 giugno 2015 alla Conferenza annuale dell’Institute for Policy and Strategy a Herzliya.

<http://www.herzliyaconference.org/?CategoryID=534&ArticleID=3985&SearchParam=rivlin>

<sup>2549</sup> Ebrei ultra-ortodossi.

nella Knesset e ha discusso con il presidente israeliano le sue opinioni circa la tematica curda.

## CORTE SUPREMA

### SHAKED E LA RIFORMA DEL PROCESSO DI *APPOINTMENT* DEI GIUDICI COSTITUZIONALI

Una delle più importanti trasformazioni istituzionali del periodo recente in Israele è certamente quella che vede una battaglia aperta e feroce tra l'Esecutivo Netanyahu, che paga un prezzo alto per l'alleanza con Naftali Bennet ed il suo *Habayt Hayehudi*, e la Corte Suprema israeliana<sup>2550</sup>, cardine del potere giudiziario del paese e che vede, agli occhi delle opposizioni, compromessa la sua indipendenza.

Il **28 ottobre**, il ministro di Giustizia Ayelet Shaked, esponente di spicco del partito di maggioranza *Habayt Hayehudi*, ha infatti presentato in Commissione “costituzione, legge e giustizia” (congiuntamente con il M.K.<sup>2551</sup> Robert Ilatov di *Israel Beiteinu*) una proposta di legge che cambierebbe il procedimento in cui i giudici della Corte suprema sono scelti dal *Judicial selection Committee*<sup>2552</sup>, nel tentativo di influenzare la composizione della corte Suprema di Israele.<sup>2553</sup>

In un simile disegno, con quattro giudici su 15 che a breve saranno da nominare a causa del raggiungimento dell'età pensionistica obbligatoria di 70 anni, Shaked vede l'opportunità di cambiare la direzione della Corte, da sempre terreno di scontro per la destra parlamentare, che lamenta un atteggiamento della Corte eccessivamente liberale.

Nel dibattito israeliano, la parte più politicamente a destra, composta dal partito di centro destra Likud ed i suoi alleati di governo (*Habayt Hayehudi*, *Shas*, *Israel Beitenu*, *United Torah Judaism* e *Kulanu*) accusa infatti la Corte di non aver raggiunto un corretto equilibrio tra orientamenti liberali e conservatori e di aver nel corso degli anni, tramite un eccessivo atteggiamento di *Judicial activism*, assunto poteri che non le spettano secondo le *Basic Laws* nazionali, fino a causare una separazione dei poteri dai contorni sfumati e pericolosi.

Nella proposta di Shaked, solo ultima di una serie di altre proposte volte a depotenziare, se non addirittura delegittimare, la Corte Suprema<sup>2554</sup>, i giudici saranno nominati con una maggioranza semplice dei voti da parte dei 9 componenti del *Committee*. Attualmente, invece, la maggioranza necessaria è fissata a 7 voti.

<sup>2550</sup> בית המשפט העליון, *Beit HaMishpat HaElyon*.

<sup>2551</sup> Membro della Knesset, il parlamento israeliano.

<sup>2552</sup> שופטים לכהירת הוועדה, *hawa'aada livchirat shoftim*

<sup>2553</sup> Si tratterebbe dunque di cambiare il comma B e C art.4 Cap II della Basic Law del 1984: “*The Judiciary*”.

<sup>2554</sup> Si guardi a questo proposito le proposte avanzate dai membri della *Knesset* Levin (Likud) e Nurit Koren (Likud).

Per espressa volontà della *Basic Law* del 1984: “*The Judiciary*”, il Comitato è espressione dei 3 poteri, ed è composto da tre giudici della Corte Suprema, tra cui, attualmente, il *Chief Justice* Miriam Naor, due ministri, due parlamentari e due membri della *Israel Bar Association*.<sup>2555</sup>

I critici dell'attuale processo di *appointment* hanno più volte sottolineato come il requisito dei 7 voti, votato dalla 15a Knesset nel 2002, conferisca un sostanziale potere di veto sulle nomine da parte dei membri già nominati del *Committee*. Shaked, che presiede il comitato in qualità di Ministro di Giustizia<sup>2556</sup>, vede la nuova riforma come un'opportunità per aggirare il veto de facto dei giudici su nuovi ingressi in Corte, con i rappresentanti politici e membri dell'IBA in grado di far passare le nomine anche con l'opposizione dei giudici.

Come già accennato, la Corte ha più volte attirato le ire della destra e dei politici più ortodossi con la sua filosofia interventista introdotta da Aharon Barak, che ha servito come capo della giustizia tra il 1995 e il 2006.

Nel suo secondo ruolo come *High Court of Justice*, la più alta Corte del Paese, a cui tutti possono ricorrere in tempo reale contro le azioni di qualsiasi organo dello Stato, la Corte Suprema di Israele ha esercitato poteri considerati da grande parte della dottrina più ampi che in qualsiasi altra democrazia.

I critici della Corte affermano che l'organo non possa assolvere ai suoi compiti di imparzialità e rappresentanza poiché composta da giudici con visioni troppo omogenee e che la riforma possa dunque sanare un vulnus giuridico enorme del diritto israeliano. Di contro, i difensori della Corte vedono nell'ampliamento dei poteri dell'organo la risposta naturale del sistema giuridico israeliano per riempire il vuoto lasciato da una Knesset notoriamente incapace di risolvere questioni fondamentali circa diritto e società, spesso sottraendosi alla responsabilità di decidere su questioni di libertà religiosa o di agire per proteggere le libertà civili o i diritti dei palestinesi. Nella litigiosa società di Israele, il mantenimento di un forte sistema giudiziario indipendente, si dice, serve come un contrappeso contro il pericolo che una "tirannia della maggioranza", nel parlamento unicamerale israeliano, potrebbe calpestare i diritti di coloro che non sono pienamente rappresentati o sufficientemente protetti dal sistema partitico e politico in generale.

<sup>2555</sup> I.B.A, associazione degli avvocati israeliani.

<sup>2556</sup> Come previsto al comma B dell'art.4 della *Basic Law* “*The Judiciary*”

## La riforma che verrà. Conseguenze, criticità e auspici all'indomani del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016. Brevi considerazioni a partire da alcuni Volumi riguardanti il d.d.l. di revisione costituzionale Renzi-Boschi

SOMMARIO: 1. Il ddl costituzionale Renzi-Boschi: il prima e il dopo – 2. I contributi della comunità scientifica – 2.1. *Aa. Vv.*, *Forum sul D.D.L. costituzionale “Renzi-Boschi”*, Torino, Giappichelli, 2015 – 2.2. *Aa. Vv.*, *Perché Sì: le ragioni della riforma costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2016 – 2.2. Stefano Ceccanti, *La transizione è (quasi) finita: come risolvere nel 2016 i problemi aperti 70 anni prima: verso il referendum costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016 e Guido Crainz-Carlo Fusaro, *Aggiornare la Costituzione: storia e ragioni di una riforma*, Roma, Donzelli, 2016 – 2.3. Emanuele Rossi, *Una Costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale*, Pisa, University Press, 2016 – 3. Da dove ripartire, nel metodo e nel merito – 4. Conclusioni. Il principio della centralità del Parlamento come salto di qualità

Di Marco Mandato\*

### 1. Il ddl costituzionale Renzi-Boschi: il prima e il dopo

**I**l 4 dicembre 2016 si è svolto il tanto atteso referendum costituzionale riguardante la modifica di più di 40 articoli della Costituzione<sup>2557</sup>. Una riforma ritenuta “urgente e indispensabile”<sup>2558</sup> per ragioni storiche, politiche, costituzionali. L’iter procedurale si è avviato nel momento in cui il Governo ha presentato alle Camere la prima bozza<sup>2559</sup> del disegno di legge di revisione costituzionale, di seguito ampiamente modificata in Commissione e in Aula<sup>2560</sup>. I tempi per il superamento del bicameralismo paritario

\* Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale – Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, Sapienza, Università di Roma.

<sup>2557</sup> Per un primo commento B. CARAVITA DI TORITTO, *Dopo il referendum: come e quando si scioglie in un sistema di bicameralismo paritario, senza leggi elettorali legittime e vigenti? Ancora una volta, di notte e senza gps*, in *Federalismi.it*, n. 24/2016.

<sup>2558</sup> Così C. FUSARO, *Le ragioni della riforma costituzionale. Una guida*, reperibile al seguente link <http://www.pietroichino.it/wp-content/uploads/2016/06/Guida-ragionata-Fusaro.pdf>

<sup>2559</sup> AS 1429 consultabile sui siti [www.governo.it](http://www.governo.it) e [www.senato.it](http://www.senato.it)

<sup>2560</sup> Fin dalla presentazione del disegno di legge moltissimi autorevoli studiosi hanno offerto il proprio contributo. *Ex plurimis* cfr. A. ANZON, *Il progetto di riforma costituzionale del Governo Renzi: una sorpresa positiva*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); R. BIN, *Il problema non sono le regioni (e il titolo V), ma il governo (e la sua burocrazia). Nota alla bozza di riforma costituzionale del 12 marzo 2014*, in *Forum Quaderni costituzionali*, n. 3/2014; B. CARAVITA, *Glosse, scorrendo il testo della proposta Renzi*, in *Federalismi.it*, n. 8/2014; E. CATELLANI, *Stato federale o Stato regionale nel Senato delle autonomie? Note sul progetto di riforma costituzionale del Governo*, in *Federalismi.it*, n. 8/2014; E. CATELLANI, *Riforme costituzionali: un compromesso in una logica unitaria*, [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it); in M. CARLI, *Osservazioni sul disegno di legge costituzionale n. 1429* in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it); E. CHELI, *Ma questo è vero bicameralismo? (dubbi e suggerimenti in ordine la progetto di riforma costituzionale presentato dal Governo)*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it); P. CIARLO, *Osservazioni a prima lettura sul disegno Renzi-Boschi di revisione costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 9/2014; F. CLEMENTI, *Non un Senato “federale”, ma un Senato “federatore”. Prime note sul disegno di legge di riforma costituzionale del Governo Renzi*, in *Federalismi.it*, n. 8/2014; M. D’AMICO, *Una riforma irragionevole?*, in *Federalismi.it*, n. 8/2014; A. FERRARA, *Osservazioni a prima lettura sul DDL costituzionale Renzi-Boschi*, in *Federalismi.it*, n. 8/2014; M. C. GRISOLIA, *A proposito della composizione del Senato delle autonomie*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014; G. LUCHENA, *Il nuovo Senato: quale rappresentanza?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014; I. NICOTRA, *Nota a margine del DDL costituzionale deliberato dal Consiglio dei Ministri in data 31 marzo 2014*, in *Federalismi.it*, n. 8/2014; F. PATERNITI, *Riflessioni a prima lettura su alcuni elementi critici della nuova composizione del Senato delle autonomie nel progetto di riforma costituzionale del Governo Renzi*, in *Federalismi.it*, n. 9/2014; A. PERTICI, *La riforma del Senato*, [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it); B. PEZZINI, *La riforma del bicameralismo*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014; A. RUGGERI, *Note minime a prima lettura del disegno Renzi di riforma costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 8/2014; F., SGRÒ, *Riforma del Senato e contrappesi democratici*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014; G. TARLI BARBIERI, *Alcune osservazioni sulla proposte di legge costituzionale Renzi-Boschi*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it); R. TARCHI, *Il disegno di legge di riforma costituzionale n. 1429 del 2014. Osservazioni sparse di carattere procedurale e sostanziale*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it); R. ZACCARIA, *Un “Senato delle autonomie” richiede autonomie forti*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)

sembravano essere “maturi” così come la trasformazione del Senato in una Camera rappresentativa dei territori<sup>2561</sup>. La riforma costituzionale si proponeva l’obiettivo di razionalizzare il sistema dei rapporti Governo-Parlamento e armonizzare quelli tra Stato e Regioni, venendo giustificata non solo per ragioni politiche<sup>2562</sup>, ma anche storiche<sup>2563</sup>. Come avremo modo di illustrare criticamente nel prosieguo, il ddl costituzionale prevedeva, in via principale, che solo la Camera desse la fiducia al Governo; che il Senato sarebbe stato composto da esponenti delle istituzioni regionali e comunali; la prevalenza della Camera dei Deputati per alcune leggi con un ruolo secondario per il Senato; la previsione di garanzie per le Opposizioni attraverso la previsione di un apposito Statuto; la (ri)centralizzazione delle competenze in capo allo Stato con eliminazione della competenza concorrente; l’abolizione del CNEL; la nuova modalità di elezione dei Giudici della Corte costituzionale; la rilevante novità del ricorso preventivo alla Corte sulle leggi elettorali; il rafforzamento degli istituti di democrazia diretta; la nuova disciplina della decretazione d’urgenza e la previsione di uno strumento parlamentare a tutela dell’approvazione del programma di governo.

Ha vinto il No<sup>2564</sup> a seguito di una battaglia referendaria durissima, la quale ha visto contrapposti e coinvolti i principali quotidiani italiani, i costituzionalisti, i politici. La vittoria del No è stata netta, indiscutibile, suggellata da un’altissima percentuale di partecipazione popolare<sup>2565</sup>. I costituzionalisti, spaccati sul metodo utilizzato e sui contenuti di merito, sono stati divisi al loro interno. C’è chi ha parteggiato per il Sì<sup>2566</sup>, chi per il No<sup>2567</sup> con la creazione da ambo le parti dei reciproci comitati, protagonisti di una dura e accesa ‘battaglia’ sulle modifiche costituzionali, sul procedimento seguito e sull’omogeneità del quesito referendario<sup>2568</sup>.

<sup>2561</sup> Per una breve sintesi, U., ALLEGRETTI, E., BALBONI, *Una riforma necessaria e praticabile del bicameralismo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2013.

<sup>2562</sup> È chiaro T.E., FROSINI, *Bicameralismo differenziato e governabilità*, in *Federalismi.it, Focus Riforma costituzionale*, n. 12/2016, pp. 2 ss. nel momento in cui chiarisce che “quali sono i motivi che hanno indotto il legislatore costituzionale a superare il bicameralismo paritario? Sono soprattutto due: il primo è quello di portare un favor alla governabilità e, quindi, alla stabilità di Governo con una maggioranza politica certa nella sola Camera dei deputati; l’altro è quello di completare il processo di federalismo, avviato nel 2001, con la trasformazione del Senato in una Camera rappresentativa delle autonomie territoriali. Questi due punti devono essere comunque tenuti fermi. La finalità della riforma costituzionale deve essere essenzialmente questa: provare non dico a garantire, perché non è possibile, ma almeno a favorire ogni forma di governabilità, sottraendo al Senato la capacità di esprimere la fiducia, e potenziare nella seconda Camera l’espressione delle autonomie territoriali per portare a compimento quel progetto iniziato nel 2001, che si è sempre ritenuto monco proprio nella misura in cui non era prevista una Camera che fosse espressione delle autonomie territoriali. Quindi: il cambiamento del tipo di Stato, da regionale verso uno a tendenza federale, avviato con la riforma costituzionale del 2001, non può non manifestarsi anche per il tramite di una Camera rappresentativa delle autonomie territoriali”.

<sup>2563</sup> Per tutti v. F. GIUFFRÉ, *Riflessioni sulla riforma costituzionale attraverso il prisma della storia repubblicana*, in *Federalismi.it, Focus Riforma costituzionale*, n. 12/2016.

<sup>2564</sup> Il No si è attestato al 59 %, il Sì al 40%.

<sup>2565</sup> “Segno di grande maturità democratica” come lo ha definito il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione del messaggio augurale di fine anno.

<sup>2566</sup> Per approfondimenti sulle ragioni del Sì si consulti il sito <http://www.bastaunsi.it>

<sup>2567</sup> Per approfondimenti sulle ragioni del No si consulti il sito <http://www.comitatoperilno.it>

<sup>2568</sup> Un’ulteriore terreno di battaglia su cui i costituzionalisti hanno dibattuto è stata l’eventualità di procedere a uno spaccettamento del quesito referendario. L’iniziativa, sostenuta soprattutto dai Radicali italiani, mirava a evitare che in occasione del voto gli elettori si trovino dinanzi a un quesito fortemente disomogeneo. Tuttavia, la Corte di Cassazione non

Le principali discussioni hanno avuto ad oggetto le questioni di metodo. Dibattito reso ancor più incandescente dall'evidente errore commesso dall'ex Presidente del Consiglio Matteo Renzi di personalizzare la riforma e il quesito referendario ancorando all'esito favorevole di quest'ultimo il proprio personale destino politico e la stessa sopravvivenza della XVII<sup>o</sup> Legislatura Repubblicana<sup>2569</sup>. La quale ultima, è bene ricordarlo, è nata con un'evidente carenza di legittimazione del Parlamento a seguito della sentenza n. 1/2014 con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della legge n. 270/2005<sup>2570</sup>. Nonostante questo, ci si è ancorati al principio della continuità degli organi costituzionali per evitare di sciogliere un Parlamento palesemente delegittimato<sup>2571</sup> in modo da avviare una vera e propria Legislatura costituente culminata con l'approvazione del disegno di legge costituzionale Renzi-Boschi. Non va dimenticato, inoltre, che nel primo anno e mezzo della Legislatura in corso le Camere – anche in questo caso in un clima infuocato e non privo di polemiche – hanno approvato la legge elettorale cd. *Italicum*<sup>2572</sup>. Tentativi di modificare contemporaneamente la legislazione elettorale in senso stretto e alcune parti della Carta Costituzionale<sup>2573</sup> costituiscono certamente una rarità, spia di un evidente cambiamento del regime politico<sup>2574</sup> italiano che, molto probabilmente e nel giro di poco tempo, avrebbe condotto il treno della Repubblica verso il binario<sup>2575</sup> della modifica formale e non soltanto sostanziale della forma di governo<sup>2576</sup>. Tutto questo in nome di un 'principio' e di un'esigenza che ormai da anni si cerca di realizzare: quello della cd. governabilità cui si piegano anche le logiche sottese alle revisioni costituzionali<sup>2577</sup>.

---

ha ritenuto valide le firme raccolte per poter procedere allo spaccettamento. In argomento cfr. S. STAIANO, *Una sola moltitudine. Il quesito referendario e il suo oggetto nella revisione in corso*, in *Federalismi.it*, n. 4/2016; A. RUGGERI, *Nota minima in tema di referendum costituzionali "parziali": un rebus risolvibile solo spostando il tiro dal piano della normazione al piano dei controlli?*, in *Federalismi.it*, n. 4/2016; A. MORRONE, *Uno, nessuno, centomila referendum costituzionali?*, in *Federalismi.it*, n. 4/2016.

<sup>2569</sup> Tali dichiarazioni sono state rese nel corso della tradizionale conferenza stampa di fine anno svoltasi il 29 dicembre 2015 presso la Nuova Aula dei Gruppi Parlamentari, poi smentite nei mesi successivi. Si consultino le edizioni on-line dei principali quotidiani italiani del 21 agosto 2016.

<sup>2570</sup> In argomento v. diffusamente il Seminario organizzato presso la Facoltà di Scienze politiche, sociologia e comunicazione dell'Università 'La Sapienza' di Roma dal titolo *Le Corti e il voto. La Sentenza della Corte costituzionale sul sistema elettorale* i cui atti sono pubblicati sul n. 1/2013 della Rivista *Nomos-le attualità nel diritto* e reperibili al seguente link <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2016/06/NOMOS2013.pdf>

<sup>2571</sup> Cfr. *ex plurimii*, G. TARLI BARBIERI, *La revisione costituzionale Renzi-Boschi: note sparse sul procedimento di approvazione e sul Capo VI ("Disposizioni finali") della stessa*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), n. 1/2016, p. 1; G. CERRINA FERRONI, *Difetti e pregi, di metodo e di merito, della riforma comunque da salvare* in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), p. 1; M. VILLONE, *La riforma Renzi-Boschi: Governo forte, Costituzione debole*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), p. 7.

<sup>2572</sup> Sulla cui legittimità costituzionale si pronuncerà la Consulta il 24 gennaio 2017.

<sup>2573</sup> Parlava di funzionalità della nuova legge elettorale cd. *Italicum* al superamento del bicameralismo perfetto, E. DE MARCO, *Spunti di riflessione sulla riforma costituzionale "Renzi-Boschi". Una riforma ormai improcrastinabile non priva peraltro di ambiguità e nodi irrisolti*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, p. 3.

<sup>2574</sup> Da intendersi come "le norme, i valori, le regole del gioco, le struttura di autorità in cui agiscono gli attori politicamente rilevanti", F. LANCHESTER, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 58; ID., voce *Stato (forme di)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 796-814.

<sup>2575</sup> Il termine binario è usato molto efficacemente in F. LANCHESTER, *Un progetto squilibrato*, in *Federalismi.it*, n. 8/2014.

<sup>2576</sup> Per un'approfondita analisi del rapporto tra revisioni e riforme costituzionali si v. R. CHERCHI, *L'esecutivo tra effettività costituzionale e revisione costituzionale: verso la "presidenzializzazione" del Governo?* in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), n. 3/2015.

<sup>2577</sup> E. OLIVITO, *Le inesauste ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), n. 3/2015, pp. 37 ss. Di "valore ispiratore" del ddl di revisione costituzionale Renzi-Boschi parlava M. BETZU, *Mistica della governabilità e sistema delle fonti: la riforma costituzionale Renzi-Boschi*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), n. 3/2015, p. 5.

Le conseguenze della sconfitta referendaria per i sostenitori del Sì sono state evidenti<sup>2578</sup>. Già pochi minuti dopo la chiusura dei seggi, i primi exit pool evidenziavano con nettezza la vittoria del No. Di seguito, poco dopo la mezzanotte, il Presidente Renzi, in diretta da Palazzo Chigi, onorevolmente riconosceva la sconfitta annunciando le dimissioni sue e del Governo da lui guidato. Ennesimo terremoto politico made in Italy. Salendo al Quirinale per rimettere il mandato nelle mani del Capo dello Stato, Matteo Renzi riceveva l'invito a mantenere ancora la guida del Governo fin tanto non si fosse approvata la manovra di bilancio. Il successivo 7 dicembre venivano presentate le dimissioni formali. Al Quirinale iniziavano le consultazioni. In Parlamento e nelle sedi dei partiti si discuteva su cosa fosse meglio politicamente fare. Si cercava una strada, quella più percorribile a fronte degli "impegni, delle scadenze e degli adempimenti"<sup>2579</sup> interni e internazionali cui è chiamata ad affrontare l'Italia. La crisi si concludeva il 12 dicembre 2016 sotto la saggia e autorevole guida del Presidente Mattarella con la nascita del Governo Gentiloni il cui compito dichiarato dalle principali forze politiche<sup>2580</sup> sarebbe quello di 'accompagnare' il lavoro del Parlamento nella revisione della legge elettorale.

## 2. I contributi della comunità scientifica

Nel corso dei mesi che hanno preceduto lo svolgimento del referendum costituzionale, la comunità scientifica si è confrontata sui contenuti della riforma attraverso articoli sulle riviste giuridiche e stesure monografiche o collettanee di Volumi incentrati sul progetto di revisione costituzionale. Di alcuni di questi, vogliamo brevemente darne conto per poi chiudere il presente contributo con brevi e sintetiche riflessioni personali. Descrivere tali Volumi non sembra inutile, sebbene trattino di una riforma bocciata dal popolo italiano. Rivedere e analizzare ex post i Testi in tema è sicuramente utile per non disperdere i preziosi contributi avutisi in modo da farne una efficace base di partenza per ragionare positivamente e negativamente sulle soluzioni istituzionali proposte e proponibili di cui continuiamo ad aver bisogno e che si riproporranno inevitabilmente nel dibattito politico futuro.

### 2.1 Aa. Vv., *Forum sul D.D.L. costituzionale "Renzi-Boschi", Torino, Giappichelli, 2015*

Uno dei primi testi che sono stati dati alle stampe è quello curato dai costituzionalisti genovesi Pasquale Costanzo, Lara Trucco e Adriano Giovannelli con titolo *Forum sul*

<sup>2578</sup> A. RUGGERI, *Le dimissioni di Renzi, ovvero la crisi di governo del solo Presidente del Consiglio, le sue peculiari valenze, le possibili implicazioni di ordine costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

<sup>2579</sup> Si espresse così il Capo dello Stato quando, all'esito delle consultazioni, si presentò di fronte ai giornalisti per un breve saluto e per una sintesi di quanto fosse emerso dai colloqui con le principali cariche dello Stato e le forze politiche presenti in Parlamento.

<sup>2580</sup> Ad eccezione del Movimento 5 Stelle, di Fratelli d'Italia e della Lega Nord che spingevano per il ritorno immediato alle urne.

*D.D.L. costituzionale “Renzi-Boschi”*. Il Volume<sup>2581</sup> si caratterizza per la partecipazione di altri studiosi i quali, all’insegna di un sempre apprezzabile pluralismo di idee ed opinioni, ‘danno vita’ a interessanti riflessioni offrendoci, di conseguenza, uno spaccato sintetico, ma significativo delle diverse parti di cui si componeva il disegno di legge in commento. Molto piacevole, agile e scorrevole nella lettura e nella comprensione, è diviso in dieci brevi capitoletti avente ad oggetto gli snodi contenutistici più importanti della riforma. Dalla forma di Stato alla forma di governo, passando per il rapporto centro-periferia, il contributo in commento analizza in maniera puntuale e precisa le modifiche costituzionali segnalandone luci ed ombre. Trattasi di un’opera certamente utile e produttiva, basata su un approccio teorico ed empirico che ha costituito un’utilissima guida per potersi orientare sui contenuti costituzionali.

Ripercorrendo in maniera esaustiva il dibattito ormai trentennale sull’opportunità di procedere alla riforme della seconda parte della Costituzione<sup>2582</sup> e richiamando molte delle “suggerzioni straniere” come riporta il titolo del primo contributo, gli scritti di tutti gli Autori hanno un elemento in comune il quale ci fa comprendere la coerenza intrinseca e totale del Volume: quella di aver esaminato in maniera imparziale e *a-politica* le modalità di elezione e di composizione di quello che sarebbe potuto essere il nuovo Senato della Repubblica. È da qui che gli Autori affrontano poi egregiamente altri aspetti più specifici quali le nuove funzioni che il Senato avrebbe potuto esercitare, le nuove forme di partecipazione popolare, la nuova disciplina della decretazione d’urgenza e le, anch’esse nuove nelle loro tipologie e varietà, modalità di approvazione delle leggi. Tutti temi che si ricollegavano al cuore della riforma, quello del superamento del bicameralismo perfettamente paritario. In questo si coglie l’acume scientifico degli Autori i quali ben coscientemente hanno mostrato di comprendere a fondo la centralità della modifica che si proponeva al ruolo della Camera Alta e gli effetti potenziali che le sue nuove funzioni avrebbero potuto avere sull’intera architettura istituzionale della ‘nuova Repubblica’.

## 2.2 Aa. Vv., *‘Perché Sì, le ragioni della riforma costituzionale’, Roma-Bari, Laterza, 2016*

Nettamente schierato a favore del Sì, come si evince facilmente dal titolo, è il testo curato da altrettanti illustri costituzionalisti *‘Perché sì’*, con prefazione dell’ex Ministro per i Rapporti con il Parlamento e le Riforme costituzionali Maria Elena Boschi. Il libro è diviso in quindici brevi capitoletti ognuno dei quali si occupa di un precipuo aspetto della riforma

<sup>2581</sup> Si riportano i contributi presenti. A. GIOVANNELLI, *Riforme italiane e suggestioni straniere*; P. COSTANZO, *Quale partecipazione popolare nel d.d.l. di riforma costituzionale (cd. Renzi-Boschi)*; L. TRUCCO, *Le riforme elettorali*; P. MAGARÒ, *Sulla funzione di controllo del nuovo Senato*; E. ALBANESI, *Il nuovo Senato ed i raccordi con l’Unione europea*; M.A., ORLANDI, *Alcune osservazioni sulla riforma del procedimento legislativo e il ruolo del Senato*; P. VIPIANA, *Le modifiche alla disciplina della decretazione d’urgenza*; A. FUSCO, *I nuovi scenari del regionalismo (tra pregevoli intenti dichiarati e previsioni normative di segno opposto)*; F. BAILO, *L’incidenza delle riforme istituzionali sulla forma di governo: verso correttivi alla Westminster senza ‘stabilità’ dell’esecutivo?*; D. FERRARI, *La riforma costituzionale alla prova della forma di Stato: niente di nuovo?*

<sup>2582</sup> Per una ampia ricognizione si v. V. LIPPOLIS, *Le riforme istituzionali: trent’anni di sterili tentativi parlamentari e di modifiche della legislazione elettorale. Dall’articolo di Bettino Craxi su L’Avanti del 28 settembre 1979 al discorso programmatico di Matteo Renzi il 24 febbraio 2014*, in *Federalismi.it*, n. 5/2014 e C. FUSARO, *Per una storia delle riforme istituzionali (1948-2015)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 2/2015, pp. 431 ss.

presentata<sup>2583</sup>. È un libro obiettivamente parziale che ha esaltato il contenuto del ddl costituzionale evidenziando profili che a loro giudizio avrebbero migliorato l'apparato istituzionale del Paese, trascurandone altri molto più incerti. Anche questo Volume si caratterizza in modo apprezzabile per l'eterogeneità di contributi e la provenienza dei loro Autori. Giuristi e politologici affrontano tutti i principali aspetti elogiando il progetto di revisione costituzionale a loro avviso risolutore degli urgenti problemi che affliggono il sistema istituzionale italiano. Nel descrivere le innovazioni proposte, gli Autori mettono in risalto la collegialità che si è avuta in Parlamento nel predisporre la modifica costituzionale e la ricerca della legittimazione della stessa per mezzo del referendum costituzionale nonostante, fin dall'inizio del dibattito parlamentare, vi fosse un'ampia maggioranza – ben superiore a quella che sosteneva il Governo Renzi – che pareva destinata a permanere nel corso di tutti i passaggi in Commissione e in Aula. Nei due anni di Sedute – sottolineano alcuni Autori – si sarebbe pervenuti a efficaci rimedi tali da garantire – eliminando il bicameralismo perfettamente paritario, trasformando il Senato in Camera dei territori<sup>2584</sup>, rimodulando le sfere di competenze dei rapporti Stato-Regioni e introducendo uno specifico strumento per l'approvazione dei provvedimenti ritenuti più importanti da parte del Governo compensato da uno Statuto dell'Opposizione – stabilità dell'Esecutivo ed efficienza<sup>2585</sup> nei processi decisionali in nome della governabilità e del maggiore decisionismo di ispirazione europea nonché un rafforzamento degli istituti di democrazia diretta al fine di consentire una più ampia partecipazione popolare. Ricordando il rispetto della procedura ex art. 138 Cost., gli Autori sostengono che la differenziazione delle due Camere nell'ambito del procedimento legislativo con prevalenza della Camera bassa, delle competenze e dei rapporti con il Governo avrebbe avuto il pregio di conferire maggiore certezza all'*iter legis* e di istituzionalizzare un organo – quale il Senato – in grado di raccordare gli enti costitutivi della Repubblica eliminando conflittualità e incertezze in modo da favorire una maggiore collaborazione tra Stato e Regioni e un'adeguata rappresentanza degli interessi territoriali. Alla stessa logica, ricordano gli

<sup>2583</sup> Si riportano i contributi e gli autori. M. RUBECHI, *Il percorso delle riforme*; C. FUSARO, *Perché..fa quello che i partiti promettono da trent'anni senza esserci fin qui riusciti*; C. PINELLI, *Perché..trasforma un doppione della Camera in un Senato che rappresenta le autonomie*; R. BIN, *Perché..semplifica il procedimento legislativo*; V. LIPPOLIS, *Perché..impedisce l'abuso dei decreti legge e limita il ricorso alla fiducia*; G.M. SALERNO, *Perché..razionalizza il riparto delle competenze fra Stato e Regioni*; A. MORRONE, *Perché..ridisegna la Repubblica delle Autonomie*; F. CLEMENTI, *Perché..rende più efficienti le istituzioni eliminando gli sprechi*; T.E. FROSINI, *Perché..potenzia gli strumenti di partecipazione popolare*; T. GROPPI, *Perché..amplia le garanzie democratiche*; L. VIOLINI, *Perché..delinea istituzioni più stabili e rende la nostra voce più forte in Europa*; M. D'AMICO, *Perché..non tocca i principi della prima parte della Costituzione, ma anzi li valorizza*; S., CECCANTI, *Perché..non aumenta i poteri del Governo, ma anzi li razionalizza*; G. CALDERISI, *Perché..non riguarda la legge elettorale, ma anzi la sottopone a controlli più stringenti*; B. CARAVITA DI TORITTO, *Perché..semplifica la vita dei cittadini e delle imprese*; S. VASSALLO, *Perché..migliora la qualità della democrazia*.

<sup>2584</sup> Come sottolineava A. BARBERA, *Nota per l'Audizione presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica, in ordine al disegno di legge costituzionale 1429-B*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), p. 2, "Quali gli scopi da sempre perseguiti con la riforma del bicameralismo? Tre in particolare: a) concentrando il voto di fiducia e i poteri di indirizzo politico sulla Camera dei deputati, in funzione di Assemblea nazionale, che "rappresenta la Nazione" (come ribadito nel testo in esame), si valorizza la stessa sovranità popolare la cui presenza è più diretta, più conoscibile, più responsabile e controllabile dagli elettori, meno dispersa in più rami. b) dando al Senato il compito di "rappresentare le istituzioni territoriali" si mette in collegamento il legislatore nazionale e i legislatori regionali cercando di evitare i ricorrenti conflitti che hanno stressato l'economia italiana e moltiplicato le controversie davanti alla Corte costituzionale (e proprio per rappresentare efficacemente i legislatori regionali trovo opportuno il doppio incarico); c) accrescere la rappresentatività del Parlamento attraverso la presenza delle Regioni, così chiamati ad una assunzione di responsabilità nazionale".

<sup>2585</sup> V. anche T.F. GIUPPONI, *Legge elettorale, riforma costituzionale e forma di governo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015, pp. 6 ss.

Autori, si sarebbe collegata la nomina di due Giudici della Corte costituzionale da parte del Senato. Tutto questo senza intervenire sulla forma di governo e sui poteri del Presidente del Consiglio. Inoltre, la diminuzione del numero dei Senatori e la gratuità dell'incarico ai Consiglieri regionali nonché l'esclusione del Senato dal circuito fiduciario avrebbero favorito una ingente riduzione dei costi e istituzioni più efficienti, agili e veloci alla luce del superamento dell'anomalo bicameralismo paritario e della semplificazione del procedimento legislativo. Siffatte argomentazioni avrebbero supportato, secondo il pensiero degli Autori, le ragioni del Sì<sup>2586</sup>.

**2.3 Stefano Ceccanti, *'La transizione è (quasi) finita: come risolvere nel 2016 i problemi aperti 70 anni prima: verso il referendum costituzionale'*, Torino, Giappichelli, 2016 e Guido Crainz-Carlo Fusaro, *'Aggiornare la Costituzione: storia e ragioni di una riforma'*, Roma, Donzelli, 2016**

I testi *'La transizione è quasi finita'* di Stefano Ceccanti e *'Aggiornare la Costituzione'* di Guido Crainz e Carlo Fusaro hanno un taglio parzialmente diverso dagli altri due e si accumulano per il particolare tipo di approccio storico-comparativo. Per questo vengono analizzati insieme. Gli Autori di questi testi sono stati, nel corso della campagna referendaria, autorevoli esponenti favorevoli all'approvazione della riforma sposandone, di conseguenza, tutti i punti più salienti e decisivi. Dal superamento del bicameralismo perfetto alla riscrittura del Titolo V Ceccanti e Crainz-Fusaro hanno avuto il grande merito e l'abilità di illustrare i contenuti della riforma costituzionale storicizzandola, spiegandola, cioè, alla luce delle problematiche e delle patologie che caratterizzano la nostra forma di governo di cui i Padri Costituenti erano ben consci, ma impreparati a risolverle per delicati equilibri di natura politica legati al sistema dei partiti e al contesto storico, sociale, politico, internazionale ed economico presente all'indomani della Liberazione.

I due Volumi, molto snelli e agevoli, sono strutturati e composti secondo un duplice approccio metodologico sulla scia dell'insegnamento di Maurice Duverger: trattasi del metodo combinatorio il quale comporta l'impiego simultaneo di criteri formali e sostanziali per analizzare il corretto e concreto funzionamento delle istituzioni di un dato Paese. Il combinato disposto di questo metodo permette agli Autori di inquadrare storicamente la riforma costituzionale oggetto di referendum per tentare di spiegare, da un punto di vista storico, costituzionalistico, politologico e politico l'urgenza di interventi riformatori tali da sanare le disfunzioni presenti sposando, così, le soluzioni che erano contenute nel disegno di legge costituzionale Renzi-Boschi.

Valorizzando la tesi per la quale i giuristi e i politologi per essere realmente tali devono essere anche storici, Stefano Ceccanti e Guido Crainz e Carlo Fusaro descrivono, a partire dall'Assemblea Costituente, le vicende italiane costellate da periodi di stabilità istituzionale e partitica a periodi fortemente instabili segnati da frequenti e continue crisi dei Governi, dall'implosione del circuito partitico tradizionale e recente e dai fallimenti dei tentativi che

<sup>2586</sup> Per una sintesi delle ragioni del Sì, oltre alle indicazioni bibliografiche contenute principalmente nella nota 23, si v. B. CARAVITA DI TORITTO, *La riforma Renzi-Boschi: le ragioni del Sì*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016.

dagli anni '80 si sono succeduti per riformare il sistema. L'alterazione del rapporto tra Parlamento e Governo sotto il profilo del sistema delle fonti è utile agli Autori per segnalare le criticità rappresentate dalle continue tensioni tra i due rami del Parlamento nella *navette* causa di ritardi e rallentamenti nell'approvazione delle leggi, nella mancanza di un efficace strumento alternativo al decreto legge per garantire la piena attuazione del programma di governo e nella profonda conflittualità tra Stato e Regioni tradottasi nei frequenti ricorsi alla Consulta e nella assenza di un'adeguata sede di rappresentanza e rappresentatività degli interessi territoriali. Siffatte problematiche avrebbero giustificato le soluzioni istituzionali contenute nel ddl costituzionale rappresentate dalla titolarità del rapporto fiduciario in capo alla sola Camera dei Deputati, dalle funzioni e composizioni di quello che sarebbe stato il nuovo Senato e dalla centralizzazione delle competenze in capo allo Stato a danno delle Regioni.

### ***2.3 Emanuele Rossi, 'Una Costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale', Pisa, University Press, 2016***

L'ultimo testo che si illustra brevemente è quello di Emanuele Rossi. Ci sembra che il Volume riprenda uno stile sobrio muovendosi su un terreno neutro. Come i testi di Stefano Ceccanti e Guido Crainz-Carlo Fusaro, anche quello del Rossi parte da un approccio storico ricordandoci il lungo cammino dei tentativi di riforma che si sono succeduti e che, come è sfortunatamente noto, si sono arenati in Parlamento e nelle urne. Il Volume del costituzionalista, come tutti quelli fin qui brevemente illustrati, è completo ed esaustivo nonché utilissima fonte di ispirazione e di *vadevecum* da impiegare e prendere a riferimento nei successivi dibattiti che, ci si augura, riprenderanno vita e vigore già dalla Legislatura successiva a quella attuale. Tale Testo è suddiviso in sei Sezioni, ognuna delle quali affronta le proposte di modifica con grande e apprezzabile puntualità, avendo il pregio di non trascurare nessun aspetto e di cercare di individuare con imparzialità e neutralità sia gli aspetti positivi sia quelli negativi.

Dalla lettura del Volume sembra emergere l'idea che l'Autore sposi, in linea di principio, molte delle soluzioni proposte senza evitare di segnalare, per ogni singolo aspetto, gli inevitabili e incerti profili di conflittualità che avrebbero potuto manifestarsi. Dubbi emergono su quello che sarebbe stato il sistema di scelta dei Senatori e delle modalità organizzative per mezzo delle quali si sarebbero dovute svolgere le riunioni in Assemblea e in Commissione al Senato, sul ruolo delle Camere nel procedimento legislativo – soprattutto su quello monocamerale – sui potenziali conflitti di competenza che si sarebbero potuti manifestare tra i due Presidenti d'Assemblea, sui criteri per mezzo dei quali il Senato avrebbe dovuto eleggere i due Giudici della Consulta e sul nuovo assetto dei rapporti tra Stato e Regioni. Ed è proprio da queste sollecitazioni dell'Autore che si proverà a individuare quali possibili indicazioni di metodo e di merito potremmo trarre da questi burrascosi mesi ormai alle spalle.

### **3. Da dove ripartire, nel metodo e nel merito**

Anzitutto, il metodo<sup>2587</sup>. Da più parti, in questi mesi, si è rimproverato al Governo di aver avuto l'iniziativa nel presentare alle Camere il disegno di legge di revisione costituzionale<sup>2588</sup>. In particolare, si è sostenuta l'inopportunità di siffatta iniziativa poiché trattasi di una revisione costituzionale la quale è preferibile che parta dal Parlamento titolare della relativa funzione per favorire un ampio coinvolgimento di tutte le forze politiche presenti nelle Camere senza alcuna forma di contrapposizione di colore politico sulla Legge fondamentale<sup>2589</sup>. Si è altresì sottolineato come con il Governo Renzi ci sia stato un mutamento nel “metodo delle riforme”<sup>2590</sup> poiché, a differenza degli altri precedenti tentativi di revisione costituzionale, non si è avviato alcun procedimento diretto alla costituzione di Commissioni bicamerali. Ora, se è vero che l'art. 71 Cost. attribuisce il potere di iniziativa legislativa anche al Governo, senza specificare o porre dei limiti di natura contenutistica e materiale; se è vero che già precedentemente<sup>2591</sup> il Governo si è fatto promotore dell'iniziativa di revisione costituzionale, tuttavia, la logica inclusiva sottesa all'art. 138 Cost., accompagnata da una qualche forma di sensibilità istituzionale e di senso di rispetto verso il Parlamento, espressione diretta della sovranità popolare, dovrebbe suggerire a qualsiasi Governo di attendere un'iniziativa parlamentare anche in virtù dell'unanime convincimento maturato in questi anni da tutte le forze politiche circa l'opportunità di procedere a modifiche della seconda parte della Costituzione<sup>2592</sup>. Nel momento in cui è l'Esecutivo a proporre modifiche costituzionali si corre il rischio che quel testo venga percepito come espressione di un indirizzo politico di maggioranza, di una o poche parti politiche senza alcuna garanzia di partecipazione e di coinvolgimento delle altre forze presenti nell'arena politica. La Costituzione finirebbe anch'essa per essere considerata un ‘atto libero nel fine’, un fine di parte<sup>2593</sup>. Per questo, occorre avere pieno rispetto del ruolo e della primarietà del Parlamento e della sua esclusiva titolarità della

<sup>2587</sup> Cfr. F. VARI, *Primi spunti sulle riforme a colpi di maggioranza e lo svuotamento della rigidità costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016; F. TONDI DELLA MURA, *Se il rimedio è peggio del male. I rischi di una riforma costituzionale non emendabile*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016.

<sup>2588</sup> Si è delineato “un fortissimo intreccio tra azione di riforma costituzionale e azione di governo”. Così, P. CARNEVALE, *Considerazioni critiche sull'iter e sulla procedura referendaria*, in *Federalismi.it*, n. 12/2016, p. 2.

<sup>2589</sup> Lo spiega bene M. VILLONE, *La riforma Renzi-Boschi: Governo forte, Costituzione debole*, cit., p. 9. *Contra*, E. CATELANI, *Il ruolo del Governo nella riforma costituzionale e nella prospettazione di soluzioni legislative attuative di tale riforma*, in *Federalismi.it*, n.12/2016, pp.4 ss. sia per ragioni storiche che procedurali.

<sup>2590</sup> Così S. MERLINI, *La riforma costituzionale, l'art.138 della Costituzione e il referendum*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), p. 1.

<sup>2591</sup> Il 15 gennaio 1947 fu votato un ordine del giorno che conteneva il principio per cui il Governo può presentare alle Camere proposte di revisioni costituzionali per la considerazione della maggiore sensibilità politica dell'Esecutivo rispetto ai cambiamenti necessari per il Paese. Siffatta argomentazione è confermata da alcuni precedenti. Si vedano le iniziative della II e III Legislatura rispettivamente nel 1957 e 1958, quelle che hanno portato alla revisione del 1963 e alla riforma costituzionale del 2001 (AC 5839) che, presentata dall'Esecutivo D'Alema, è stata abbinata alle proposte di legge parlamentari. Lo stesso Governo Monti, infine, ha presentato un disegno di legge di revisione costituzionale avente ad oggetto il titolo V (AS 3520).

<sup>2592</sup> È stato tuttavia costante, nel corso degli ultimi anni, che sia stato il Governo a prendere l'iniziativa anche nell'ambito della revisione costituzionale. Il pericolo che si corre è quello svuotare il precetto ‘politicamente neutrale’ di cui all'art. 138 Cost. e ridurre la revisione costituzionale alla mera politicità. Cfr. in tal senso F. R. DE MARTINO, *Note sulla revisione organica in Italia*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016.

<sup>2593</sup> Di Costituzione percepita come “strumento della maggioranza” parla G. AZZARITI, *Vento di cambiamento. Verso dove?* in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it) n. 3/2015, p. 3.

funzione di revisione costituzionale evitando riforme, come è già accaduto sia nel 2001<sup>2594</sup> sia nel 2005<sup>2595</sup>, approvate dalla sola maggioranza di governo.

Un ulteriore aspetto su cui riflettere è di carattere formale. Il ddl costituzionale Renzi-Boschi presentava periodi eccessivamente lunghi, a volte più di dieci righe. Soprattutto in quegli articoli che disciplinavano le funzioni del Senato e le nuove tipologie di procedimenti legislativi. Disposizioni costituzionali così lunghe e complesse non rendono agevole la lettura e la stessa comprensibilità del Testo non soltanto per gli ‘addetti ai lavori’ ma, soprattutto, per gli stessi cittadini<sup>2596</sup>. Nel momento in cui si interviene su norme costituzionali occorre una apprezzabile sintesi, la massima chiarezza e cristallinità in modo da confezionare disposizioni ‘facili’ da leggere e da comprendere.

La trasformazione del ruolo della Camera Alta è ormai una necessità nell’ottica di superare il bicameralismo perfettamente paritario. Avere una Camera delle Regioni o delle Autonomie, come si preferisce, è fondamentale per favorire la congiunta applicazione dei principi costituzionali di salvaguardia dell’unità della Repubblica e della valorizzazione delle autonomie di cui all’articolo 5 Cost. Il punto centrale della riforma<sup>2597</sup> era certamente il nuovo articolo 57 che disciplinava l’elezione, la composizione e le funzioni del Senato. Nel ddl costituzionale si prevedeva un’elezione semi-diretta<sup>2598</sup> in quanto i futuri Senatori sarebbero stati eletti tra i Consiglieri, all’interno del Consiglio regionale, con metodo proporzionale “in conformità alle scelte espresse dagli elettori per i candidati consiglieri in occasione del rinnovo dei medesimi organi [...]”. La decisione di non consentire l’elezione diretta del Senato era stata giustificata con la necessità di escluderlo dal rapporto fiduciario con il Governo<sup>2599</sup>. Tuttavia, l’equazione elezione diretta-titolarietà del rapporto fiduciario non pare sia necessaria poiché occorre considerare ruolo e natura di una possibile futura Assemblea delle Autonomie. Occorre prendere in considerazione esclusivamente lo scopo per il quale essa potrebbe nascere che sarebbe quello di rappresentanza delle istituzioni territoriali. L’elezione diretta non sarebbe un ostacolo all’adempimento di questo compito anche perché il principio contenuto nell’art. 1 Cost. implicherebbe che la sovranità popolare si esprima attraverso l’elettività degli organi<sup>2600</sup> che compongono il Parlamento costituito dalla Camera dei Deputati e dal Senato della Repubblica. Condizionare l’elezione

<sup>2594</sup> Ci si riferisce alla riforma del Titolo V approvata dal Governo D’Alema e ‘confermata’ in sede referendaria.

<sup>2595</sup> Il riferimento è alla modifica della Seconda parte della Costituzione proposta dal Governo Berlusconi III e bocciata nel referendum di giugno 2006.

<sup>2596</sup> Il rischio è stato quello di generare confusione, come l’articolo 55 che assegnava alla Camera dei Deputati la titolarità della funzione legislativa. Questa norma poteva essere erroneamente intesa che soltanto la Camera bassa approvava le leggi, mentre nei successivi articoli – in particolare l’art. 70 – si prevedeva che anche il Senato partecipava alla funzione legislativa e che come tale era titolare della stessa.

<sup>2597</sup> Per una sintesi si consulti il dossier curato dalla Camera dei Deputati reperibile al seguente link <http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/Pdf/AC0500L.Pdf>

<sup>2598</sup> Di cooptazione nella modalità della scelta dei futuri Senatori parlava M. CALAMO SPECCHIA, *Un’analisi comparata del nuovo Senato della Repubblica disciplinato dalla legge costituzionale: verso quale bicameralismo?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, pp. 7 ss.

<sup>2599</sup> Cui si aggiungevano motivazioni storiche e comparate. Si v. favorevolmente sul punto, L. CASTELLI, *Le buone ragioni dell’elezione indiretta del Senato*, in *Federalismi.it*, n. 18/2015, pp. 5 ss.

<sup>2600</sup> Cfr. F. SORRENTINO, *Sulla rappresentatività nel progetto di riforma costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, p. 2; A. PACE, *La riforma Renzi-Boschi: le ragioni del no*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, pp. 7 ss; ID., *Barattare la Costituzione con un mini-italicum*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016. Critico R., BIN, *L’elezione indiretta del Senato: la peggiore delle soluzioni possibili*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

diretta al rapporto fiduciario non sembra essere affatto una necessaria fenomenologia della sovranità popolare.

Per quanto concerne la composizione, una successiva riforma costituzionale dovrebbe intervenire contestualmente sul numero dei Deputati e su quello dei Senatori. Sarebbe naturale che i primi fossero superiori ai secondi in quanto, come rappresentanti degli interessi nazionali, devono essere un numero sufficientemente ampio e congruo tali da offrire un rapporto di rappresentanza quanto più rappresentativo possibile. Avere due Camere con una composizione numerica diversa ma non eccessivamente squilibrata offrirebbe garanzie per l'elezione del Capo dello Stato, dei componenti il CSM e dei Giudici della Corte. Nella riforma costituzionale proposta il nuovo Senato sarebbe stato composto da 95 membri di cui 74 eletti all'interno dei Consigli regionali, 21 tra i Sindaci dei rispettivi territori e 5 di nomina presidenziale<sup>2601</sup> creandosi un'evidente squilibrio (630 (Deputati 'contro' 95 senatori) nella differente composizione delle due Assemblee che avrebbe avuto negativi effetti nell'elezione del Presidente della Repubblica da parte del Parlamento in seduta comune. Effetto squilibrato reso ancor più evidente dalla legge elettorale cd. Italicum che, assegnando alla lista vincitrice i 340 seggi<sup>2602</sup>, avrebbe consentito alla maggioranza di turno di veicolare e indirizzare l'elezione della suprema Magistratura della Repubblica verso quelle personalità ad essa più gradite. Ci sarebbe stato il doppio incarico Consiglieri-Senatori senza alcuna indicazione in merito alla formazione dei Gruppi e alle modalità di voto<sup>2603</sup>. Un eventuale, futuro e ipotetico nuovo Senato dovrebbe essere eletto direttamente dai cittadini con una composizione mista tra esponenti delle istituzioni regionali con la presenza di diritto del Presidente della Regione e locali, quali i Sindaci. In quest'ultimo caso, si potrebbe valorizzare il ruolo dei Comuni i quali potrebbero predisporre un listino di Sindaci dei Comuni dei rispettivi territori demandandone in seguito la scelta al corpo elettorale 'territoriale'. La presenza di un eventuale Senato delle Autonomie dovrebbe spingere a ripensare il ruolo delle Conferenze Stato-Regioni altrimenti si correrebbe l'incognita di creare due opposti livelli di rappresentanza delle istituzioni territoriali con il rischio di una pericolosa e conflittuale contrapposizione tra gli stessi. Potrebbe porsi il problema di un conflitto tra i due organi e quindi un'inadeguata rappresentatività degli interessi dei territori. Nulla impedirebbe la

<sup>2601</sup> I quali avrebbero potuto essere negativamente intesi come 'emissari' presidenziali a prescindere dalla loro provenienza territoriale. Per tutti si v. G. RIVOSECCHI, *I Senatori di nomina presidenziale nella legge costituzionale approvata dal Parlamento*, in *Federalismi.it, Focus Riforma costituzionale* n. 10/2016, p. 13, il quale ha interpretato la presenza dei Senatori di nomina presidenziale come rappresentanti dello Stato, "valorizzando così il ruolo della seconda Camera come sede di raccordo tra gli enti costitutivi della Repubblica".

<sup>2602</sup> Soprattutto laddove si dovesse andare al ballottaggio dove non è prevista una soglia minima di voti.

<sup>2603</sup> Su tutti questi aspetti, cfr. G. PICCIRILLI, *Prospettive di organizzazione del "nuovo" Senato*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016; P. FARAGUNA, G. PICCIRILLI, *La legge elettorale per il nuovo Senato: un possibile vincolo all'autonomia politica regionale?*, in *Federalismi.it, Focus Riforma costituzionale*, n. 16/2016; E. CATELANI, *Il disegno di legge costituzionale Renzi/Boschi: il primo passo di una riforma complessa*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it); G. BRUNELLI, *La funzione legislativa bicamerale nel testo di revisione costituzionale: profili problematici*, in *Rivista AIC*, n. 1/2016; U. DE SIERVO, *Appunti a proposito della brutta riforma costituzionale approvata dal Parlamento*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016; E. CATELANI, *Il ruolo del Governo nelle riforme costituzionali e nella prospettazione di soluzioni legislative attuative di tale riforma*, in *Federalismi.it, Focus Riforma costituzionale*, n. 12/2016; C. ROSSANO, *Progetto di riforma costituzionale e referendum. È veramente da respingere?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016; F. SORRENTINO, cit.; A. D'ATENA, *Luci ed ombre della riforma costituzionale Renzi-Boschi*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015; R. DICKMANN, *Appunti sul ruolo del Senato nel nuovo Parlamento repubblicano*, in *Federalismi.it, Focus Riforma costituzionale*, n. 3/2016.

soppressione del sistema delle conferenze o comunque una forma intensa e produttiva di collaborazione<sup>2604</sup>. Per quanto attiene alla composizione, sarebbe auspicabile che si formino ‘Gruppi territoriali’ che non riproducano quelle dinamiche politico-partitiche che, tipiche della Camera elettiva, non dovrebbero affatto manifestarsi in quello che dovrebbe essere un organo deputato a fornire una rappresentanza unitaria delle istituzioni territoriali. A tal fine, nel sistema di votazione, dovrebbe applicarsi il criterio del voto per delegazione poiché è ragionevole ritenere che, se si afferma il principio ‘una testa, un voto’, potrebbero ripresentarsi, anche in questo caso, potenziali conflitti politici in seno ai rappresentanti dei territori che, non essendo d’accordo su un determinato provvedimento, potrebbero votare in modo non compatto facendo svanire, così, l’unitarietà della rappresentanza territoriale. Una delle possibili soluzioni sarebbe quella di prevedere il voto unico, per delegazione. Stesso criterio dovrebbe valere per la composizione delle Commissioni abbandonando quello proporzionale. Il voto unitario darebbe maggiori garanzie alla rappresentatività delle istituzioni territoriali. Inoltre, si dovrebbe specificare chiaramente in Costituzione il numero delle Sessioni – ordinarie e speciali – con le quali dovrebbe riunirsi il nuovo Senato in modo da evitare difficoltà e disfunzioni nell’organizzazione dei lavori nelle Commissioni e nelle Aule in Senato e dei Consigli regionali. Per quanto concerne il tipo di mandato, occorre che i Senatori ne abbiano uno vincolante. Se, infatti, il Senato diventasse l’organo centrale rappresentativo delle istituzioni territoriali, se gli eletti sui territori per il Senato verrebbero ‘inviati’ a quell’organo rappresentativo degli interessi dei territori, sembra più razionale che abbiano un mandato vincolato in quanto eletti proprio per rappresentare, curare e soddisfare interessi territorialmente circoscritti in una determinata area geografica e non interessi generali diretta espressione della rappresentanza nazionale la cui responsabilità sarebbe giustamente affidata ai membri della Camera elettiva.

Un’innovativa disposizione concerneva l’art. 64 ai sensi del quale il Regolamento della Camera avrebbe dovuto disciplinare lo Statuto delle Opposizioni. Lo Statuto delle Opposizioni si adatta maggiormente a regimi politici di natura bipartitica e ben strutturati<sup>2605</sup>. In Italia, il sistema partitico, lungi dall’essere tale è perennemente in liquefazione<sup>2606</sup>, sta attraversando una crisi di natura strutturale, ideale e funzionale che favorisce l’emergere di personalità carismatiche e plebiscitarie<sup>2607</sup>. Venendo all’articolo 64, occorre considerare due cose. In *primis*, i Regolamenti delle Camere ai sensi dell’art. 64, c. 1 Cost. sono adottati a maggioranza assoluta. In *secundis*, la nuova legge elettorale, come evidenziato precedentemente, assegna alla lista vincente il 54% dei seggi, più della maggioranza assoluta. Ne deriva che le norme del Regolamento, comprese quelle volte a costituire lo Statuto delle Opposizioni, sarebbero state decise esclusivamente da una maggioranza contingente e politica offuscando l’*intentio* garantista sottesa allo Statuto delle

<sup>2604</sup> Si v. N. LUPO, *Il nuovo Senato: rappresentanza e sistemi di voto*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it), pp. 4 ss.

<sup>2605</sup> Un esempio per tutti è dato dalla Gran Bretagna.

<sup>2606</sup> Cfr. F. LANCHESTER, *Dal “grande partito” al “piccolo”, rispettabile e regolato*, in *Nomos-le attualità nel diritto*, n. 2/2014.

<sup>2607</sup> Cfr. G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, L. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 293 ss.

Opposizioni<sup>2608</sup>. Per istituire un regime regolamentare di siffatto tipo occorrerebbero quorum più elevati e non facilmente gestibili dalle maggioranze politiche. In linea teorica, esso sarebbe auspicabile ma fin quando il sistema partitico italiano non si struttura stabilmente con evidenti effetti proiettivi nella composizione delle Assemblee, lo Statuto delle Opposizioni – che presuppone omogeneità e compattezza delle forze alternative a quelle della maggioranza di governo – sarebbe disfunzionale e inutile.

La riforma costituzionale prevedeva interamente al nuovo articolo 70 Cost. varie tipologie di approvazione delle leggi: monocamerale<sup>2609</sup>, monocamerale rinforzato, bicamerale. Le modalità di approvazione delle leggi di bilancio e quelle volte ad esaminare quella di conversione dei decreti legge. Una riforma del procedimento legislativo non dovrebbe essere disciplinata *tout court* da disposizioni costituzionali. In Costituzione possono e devono essere contenuti principi guida, ma la *sedes materiae* deve essere rappresentata esclusivamente dai Regolamenti delle Camere. La riforma delle modalità di approvazione delle leggi dovrebbe certamente prevedere una qualche prevalenza della Camera bassa sul Senato – come è fisiologico nel panorama comparato – con le doverose eccezioni sulle materie di interesse territoriale evitando, però, la tipizzazione costituzionale di elenchi lunghi e aridi di materie difficilmente comprensibili e fonte di conflitti tra i due rami del Parlamento<sup>2610</sup>. Una possibile soluzione potrebbe essere quella di limitare il numero dei passaggi parlamentari prevedendo, a seguito di determinati passaggi, il ricorso a Commissioni di conciliazione<sup>2611</sup>, composte in modo bipartisan, per tentare di risolvere i casi di disaccordo tra le Camere ispirandosi ai modelli francese<sup>2612</sup> e tedesco<sup>2613</sup>.

Un più snello procedimento legislativo richiede anche la previsione di strumenti parlamentari tali da favorire una più agevole approvazione dei provvedimenti del programma di governo. Le esigenze legate alla celerità delle decisioni da adottare e

<sup>2608</sup> A. PACE, *Barattare la Costituzione con un mini-italicum*, cit. Più diffusamente, A. ANTONUZZO, *Lo <<Statuto delle Opposizioni>> nella riforma costituzionale e le sue prospettive di attuazione, tra riforme dei regolamenti parlamentari e nuovi assetti istituzionali*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it)

<sup>2609</sup> In particolare, il procedimento monocamerale sottintendeva una prevalenza della Camera dei Deputati nell'approvazione dei provvedimenti normativi. Una volta votato, il testo passava al Senato il quale entro 10 giorni e su richiesta di 1/10 dei suoi componenti poteva deliberare proposte di modifiche sulle quali la Camera si sarebbe pronunciata in via definitiva. I principali dubbi che avvolgevano questa disposizione erano relativi al come i Senatori avrebbero deciso di esaminare il testo proveniente dall'altro ramo del Parlamento: raccolta delle firme? votazione nominale su sollecitazione del Presidente del Senato? Altro dubbio che si poneva era come i Senatori avrebbero avanzato le proposte di modifiche: attraverso emendamenti o altri tipi di atti meno vincolanti e più letteralmente 'propositivi'? Inoltre, ci si chiedeva se la Camera avrebbe dovuto approvare o respingere in blocco le proposte di modifica o procedere ad ulteriori modifiche. In quest'ultima ipotesi, il testo sarebbe dovuto ritornare al Senato? Questi dubbi erano alimentati anche dalla circostanza che in tutti i procedimenti legislativi potevano porsi dei conflitti tra le Camere soprattutto nelle materie di legislazione bicamerale e di quelle che richiama l'indirizzo politico attribuito solo alla Camera elettiva. Cfr. *ex plurimis* T. GUARNIER, *Le leggi "a prevalenza Camera" nel disegno di revisione costituzionale. Alcune sintetiche considerazioni*, in *Federalismi.it, Focus Riforma costituzionale*, n.12/2016, pp. 4 ss.; S. STAIANO, *Le leggi monocamerale (o più esattamente bicamerale asimmetriche)*, in *Rivista AIC*, n. 1/2016, p. 5; E. ROSSI, *Il procedimento legislativo delle leggi "monocamerale": prime considerazioni*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, pp. 3 ss.

<sup>2610</sup> Favorevole all'elenco di materie è stato, tra gli altri, S. CECCANTI, *Le obiezioni non convincenti alla riforma costituzionale*, in *Federalismi.it, Focus Riforma costituzionale*, n. 12/2016, p. 3.

<sup>2611</sup> In tal senso valorizza il ruolo dei Regolamenti delle Camere nell'istituire apposite Commissioni, senza che vengano lesi i nuovi principi costituzionali, A. MASTROMARINO, *Alcune prime (sparse e brevi) riflessioni in merito al progetto di superamento del bicameralismo paritario in approvazione alle Camere*, in *Federalismi.it, Focus Riforma costituzionale*, n. 5/2016, p. 7; G. PICCIRILLI, *L'"oggetto proprio" delle leggi ex. Art. 70, primo comma, Cost. Primi appunti sul potenziale sviluppo del contenzioso costituzionale sui vizi formali*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)

<sup>2612</sup> Articolo 55 Cost.

<sup>2613</sup> Articolo 77 Cost.

all'eccessiva lentezza del procedimento legislativo avevano spinto il legislatore costituzionale a prevedere l'istituto del voto a data certa<sup>2614</sup>. Questo istituto nasceva con l'obiettivo di assicurare al Governo una corsia preferenziale per l'approvazione più celere di determinati provvedimenti considerati di particolare importanza<sup>2615</sup>. Meritano di essere segnalati due aspetti. Il primo riguarda il ruolo sempre più da protagonista che l'Esecutivo è venuto ad assumere sotto il profilo della paternità dei provvedimenti legislativi. Il Governo è ormai il dominus della legislazione grazie all'abuso dei decreti legge accompagnati dalla frequente apposizione della questione di fiducia sui maxiemendamenti, sminuendo in tal modo il ruolo del Parlamento. Il secondo punto attiene alla circostanza che il voto a data certa dovrebbe riguardare un provvedimento del programma di Governo. Il problema starebbe proprio qui. L'espressione programma di Governo è fumosa e generica<sup>2616</sup>, tanto più se si pensa che il Presidente del Consiglio è solito presentarsi alle Camere, in occasione della richiesta del voto di fiducia, con dichiarazioni programmatiche prive di specificità e concretezza. Il programma di Governo finisce per costituire un elenco generico di buone intenzioni senza precisi e puntuali riferimenti contenutistici. Quanto detto è comprovato dalla stessa mozione – generica, appunto – con cui le Camere approvano il discorso del Premier<sup>2617</sup>. Allora, lungi dal demonizzare in linea di principio questo istituto, il quale potrebbe rivelarsi utilissimo per garantire e legittimare l'approvazione dei provvedimenti realmente espressione dell'indirizzo politico governativo, laddove non si prevedessero 'contropoteri' parlamentari, il rischio di questo istituto potrebbe essere quello di sbilanciare ulteriormente i rapporti tra Parlamento e Governo sottraendo al primo il controllo sulla legislazione. È fisiologico e parimenti necessario che un Esecutivo disponga di strumenti ad *hoc*; tuttavia, occorrono precipue garanzie di natura sostanziale o procedurale per l'Assemblea, introducendo ad esempio limiti quantitativi o materiali al ricorso del voto a data certa evitando un eccessivo squilibrio tra gli organi contitolari dell'indirizzo politico e preservando gli spazi di intervento e discussione delle forze politiche di opposizione.

Una disposizione che ha suscitato apprezzamenti e critiche era contenuta nell'articolo 73 che prevedeva il ricorso preventivo<sup>2618</sup> alla Corte Costituzionale delle leggi che

<sup>2614</sup> L'articolo 72, c. 7 del progetto di revisione costituzionale prevedeva che il Governo "può chiedere alla Camera dei deputati di deliberare, entro cinque giorni dalla richiesta, che un disegno di legge indicato come essenziale per l'attuazione del programma di governo sia iscritto con priorità dell'ordine del giorno e sottoposto alla pronuncia in via definitiva alla Camera dei deputati entro il termine di 70 giorni dalla deliberazione". Nel progetto di revisione costituzionale presentato dal Governo era previsto anche l'istituto del cd. voto bloccato alla francese. Per una chiara spiegazione delle differenze cfr. A. PISANESCHI, *Brevi considerazioni su efficienza del Governo e riforme costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, pp. 8 ss. e art. 44 Cost. francese.

<sup>2615</sup> In argomento cfr. R. DICKMANN, *Alcune considerazioni sull'istituto del "voto a data certa"*, in *Federalismi.it, Focus Riforma costituzionale*, n. 6/2016, pp. 3 ss., il quale riconduceva la finalità di siffatto istituto all'urgenza ex art. 72 Cost.

<sup>2616</sup> Saremmo stati nell'ambito dei "labili confini" secondo una bella espressione di T. GUARNIER, *Rischi e aporie del procedimento legislativo a data certa*, in *Federalismi.it, Focus Riforma costituzionale*, n. 5/2016, p. 3.

<sup>2617</sup> La classica formula recita "la Camera (il Senato), udite le dichiarazioni programmatiche, le approva e passa all'ordine del giorno".

<sup>2618</sup> Cfr. A. RAUTI, *Il giudizio preventivo di costituzionalità sulle leggi elettorali di Camera e Senato*, in *Federalismi.it, Focus Riforma costituzionale*, n. 6/2016; F. DAL CANTO, *Corte costituzionale e giudizio preventivo sulle leggi elettorali*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it); ID., *Qualche osservazione sulla proposta di introduzione del ricorso preventivo di costituzionalità avverso le leggi elettorali*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); S. CATALANO, *Prime riflessioni sul controllo preventivo sulle leggi elettorali inserito nella proposta di revisione costituzionale all'esame del Parlamento*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); R. ROMBOLI, *Le riforme e la funzione legislativa*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015, pp. 16 ss.; A., CIANCIO,

disciplinano l'elezione delle Camere. Questa norma si giustificava per la necessità di avere, prima della loro entrata in vigore, un giudizio netto di costituzionalità sulle leggi elettorali in modo da avere normative elettorali costituzionali evitando Parlamenti 'delegittimati'. Tuttavia, sarebbe preferibile escludere, in una successiva riforma, questa disposizione. Le leggi elettorali si qualificano come leggi ad elevata dose di politicità in quanto contribuiscono a strutturare il sistema partitico e ad incanalare la competizione elettorale. Prevedere un sindacato di costituzionalità preventivo delle leggi elettorali reca con sé il rischio di coinvolgere la Corte, organo di garanzia, in aspetti e temi di natura politica, politicizzandone l'attività e il ruolo.

Traendo spunto dall'esperienza comparata<sup>2619</sup>, anche in Italia in occasione della Costituente si è discusso sulla possibilità che una potenziale Camera delle autonomie eleggesse una parte dei Giudici della Corte. Il ddl costituzionale Renzi-Boschi accoglieva questa eventualità modificando l'articolo 135<sup>2620</sup>. Si prevedeva un'elezione spaccettata dei Giudici della Corte, tre eletti dalla Camera, due dal Senato in modo da sensibilizzare il Giudice delle leggi con la presenza di membri maggiormente 'attenti' agli interessi dei territori<sup>2621</sup> anche come necessario corollario della trasformazione che avrebbe investito il Senato<sup>2622</sup>. Con questa modalità elettiva, in realtà, si creerebbe l'immagine di una Corte corporativa<sup>2623</sup>, divisa al suo interno tra componenti espressione della rappresentanza nazionale e di quelli della rappresentanza territoriale, i quali ultimi sarebbero 'mandati' alla Corte perché 'più sensibili' alle questioni e agli interessi territoriali. Si offrirebbe la triste immagine di una Corte divisa al suo interno già al momento dell'elezione dei suoi componenti, minandone la funzione di unitarietà e di garanzia cui deve assolvere.

#### 4. Conclusioni. Il principio della centralità del Parlamento come salto di qualità

La lettura dei Volumi cui abbiamo sinteticamente illustrato ci consente di svolgere alcune riflessioni conclusive in ordine alla campagna referendaria e all'esito del referendum del 4 dicembre. Tutti i Volumi usciti nel periodo antecedente alla celebrazione del referendum hanno costituito un validissimo punto di riferimento e un terreno di reciproco confronto sulle questioni di metodo e di merito. Tali opere, che hanno illustrato in modo

*Il controllo preventivo di legittimità sulle leggi elettorali ed il prevedibile impatto sul sistema italiano di giustizia costituzionale*, in *Federalismi.it*, Focus Riforma costituzionale, n. 19/2016.

<sup>2619</sup> Cfr. articolo 159 Costituzione spagnola e art. 94 Costituzione tedesca.

<sup>2620</sup> Cfr. G. PICCIRILLI, *Il procedimento di elezione dei giudici costituzionali "a Camere separate" nella legge costituzionale approvata il 12 aprile 2016*, in *Federalismi.it*, Focus Riforma costituzionale, n. 8/2016. Più diffusamente in tema si v. *Corte costituzionale e riforma della Costituzione*. Seminario di discussione dell'Associazione Gruppo di Pisa, 23 ottobre 2015, reperibile al seguente link <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2015/11/GdP-Firenze-20151.pdf>

<sup>2621</sup> Una possibile e duplice giustificazione della competenza del Senato a nominare due Giudici della Corte in A. CARDONE, *La composizione della Corte costituzionale, tra riforme dirette e indirette*, pp. 5 ss. Seminario di discussione dell'Associazione Gruppo di Pisa, 23 ottobre 2015, reperibile al seguente link <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2015/11/Andrea-Cardone.pdf>

<sup>2622</sup> Cfr. G. LANEVE, *La riforma "Renzi-Boschi" e la Corte costituzionale: alcune riflessioni sulla diversa elezione dei giudici "parlamentari" e su possibili scenari relativi al nuovo procedimento legislativo*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, pp. 8 ss.

<sup>2623</sup> A. PACE, *Barattare la Costituzione con un mini-italicum*, cit.

profondo e completo i contenuti del disegno di legge di revisione costituzionale, non dovranno essere 'trascurati', ma costituire la base di partenza per riprendere una discussione pacata e inclusiva di tutte le forze politiche, sociali ed economiche che dovranno essere coinvolte in un successivo e necessario procedimento atto a intervenire in modo razionale ed equilibrato su alcune parti della Costituzione.

Come hanno più e più volte ribadito gli Autori del Volume *'Perché Sì'* nonché Stefano Ceccanti e Carlo Fusaro è urgente riformare l'architettura costituzionale. È pienamente condivisibile il pensiero di Carlo Fusaro sull'inadeguatezza delle istituzioni politiche italiane e sulla necessità, opportunamente evidenziata da Stefano Ceccanti, di riformare il bicameralismo perfettamente paritario e ridefinire il rapporto Stato-Regioni e quello tra Governo-Parlamento con soluzioni costituzionali tali da creare un contesto più semplificato ed efficiente - anche in termini di costi - per porre l'Italia al passo degli altri Paesi europei.

Tuttavia, questa riforma costituzionale che si proponeva ha avuto molte più ombre che luci come si intravedeva già dalla copiosità degli articoli emendati e dalla formulazione del quesito. I problemi trattati nei Volumi sono ben condivisibili, ma affrontati con soluzioni pasticciate e frettolose come è stato evidenziato nei Testi di Rossi e di Costanzo, Trucco e Giovannelli. I numerosi ed eterogenei articoli 'coinvolti' si sono inevitabilmente ripercossi sul quesito referendario. Un quesito unico su più e disparati articoli ha confuso l'elettorato il quale si è trovato in oggettiva difficoltà nel comprendere il senso unitario e organico di modifiche costituzionali che non presentavano un oggetto unico. Chiara la lesione del precetto costituzionale della libertà del voto ai sensi dell'art. 48 Cost<sup>2624</sup>.

Come è emerso dalla lettura di parte dei Volumi descritti, il non ben definito sistema di elezione di quello che sarebbe potuto essere il nuovo Senato della Repubblica, l'incertezza sull'assolvimento dei suoi compiti, l'oggettiva difficoltà con la quale i futuri Senatori sarebbero stati chiamati a svolgere un doppio ruolo e le inevitabili conflittualità che si sarebbero create tra i due rami del Parlamento nell'ambito del procedimento legislativo rischiavano di non assicurare quella razionalizzazione da tutti auspicata all'interno del nostro sistema politico-istituzionale. Inoltre, non si possono non condividere le osservazioni svolte da Emanuele Rossi circa l'opportunità di intervenire formalmente, in modo equilibrato e senza pericolosi eccessi, sulla forma di governo e sugli stessi poteri del Presidente del Consiglio per rafforzarne ruolo e funzioni.

Si è avuta troppa fretta. Troppa fretta di procedere una volta per tutte alla modifica di eccessive disposizioni costituzionali. Lungi dal pensare che gli interventi di modifica della Costituzione sono ormai preclusi, si ritiene che una riforma della seconda parte della Carta vada effettuata pazientemente, con calma, per parti omogenee e separate oggetto di plurimi disegni di legge costituzionali, secondo un approccio metodologico che, improntato alla stretta cooperazione tra Parlamento e Governo, tra maggioranza e opposizione, porti a riforme durevoli in grado di razionalizzare la forma di governo e il

<sup>2624</sup> Si v. F. LANCHESTER, *Documento per il discernimento nel referendum ex art. 138 Cost.*, in *Nomos-le attualità nel diritto*, n. 1/2016; ID., *Un contributo per il discernimento costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2016, pp. 3-4.

sistema dei rapporti tra gli organi attivi e di controllo nel rispetto delle esigenze legate alla governabilità e a quelle sottese al parlamentarismo classico<sup>2625</sup>. I punti cardine di una successiva riforma costituzionale dovrebbero ‘passare’ per l’attribuzione esclusiva alla Camera dei Deputati della titolarità del rapporto fiduciario con l’Esecutivo. Legare la sopravvivenza del Governo alla fiducia di uno solo dei due rami del Parlamento rappresenta una costante ormai diffusa nel panorama comparato<sup>2626</sup> ed è necessaria per semplificare il rapporto tra gli organi attivi evitando disfunzioni e inefficienze che potrebbero derivare dalla doppia fiducia. Occorrerebbe anche una stringente disciplina della decretazione d’urgenza così come era contenuta nella riforma costituzionale bocciata per via referendaria. Era stata proposta la costituzionalizzazione dei limiti alla decretazione d’urgenza già previsti nella legge ordinaria n. 400/1988<sup>2627</sup>. Con questa previsione, la Consulta avrebbe potuto elevare siffatti vincoli a parametri nell’ambito del giudizio di costituzionalità e, inoltre, il Governo sarebbe stato maggiormente vincolato al loro rispetto riconducendo l’utilizzo dei decreti legge al più puntuale e rigoroso rispetto della necessità e dell’urgenza. Il profondo squilibrio tra il numero dei Deputati e quello dei Senatori – idoneo a ripercuotersi, come già detto, sull’elezione del Presidente della Repubblica sminuendone la funzione garantista – unito al sistema elettorale (cd. Italicum) ispirato a una fortissima vocazione maggioritaria, avrebbero favorito, con il passare del tempo, la creazione di un sistema improntato esclusivamente al predominio del Governo sul Parlamento, all’accentuazione del ruolo personalista e plebiscitario del leader di partito e capo di Governo favorendo, così, l’avvento di un regime politico di stampo presidenzialista e senza contropoteri, questi ultimi base del costituzionalismo moderno. Come apprezzabilmente suggerito da Emanuele Rossi, non deve trascurarsi l’opportunità di introdurre nell’ordinamento la categoria delle leggi organiche sul modello francese, in modo tale da racchiudere le norme principali dell’organizzazione istituzionale in una fonte certa e razionalizzata tale da integrare il disposto costituzionale. L’aspetto costituzionale dovrebbe però essere accompagnato da un recupero della funzione tradizionale dei partiti i quali, per utilizzare una bella e significativa espressione di Stefano Ceccanti, si muovono in un sistema “strabico”.

In conclusione, i Volumi descritti presentano un comune pregio: quello di sollevare problematiche fondate e bisognose di rimedi non più differibili. La loro lettura è stata utilissima per far comprendere disfunzioni e potenziali soluzioni da impiegare in un successivo dibattito sulle modifiche costituzionali. I cinque Testi passati in rassegna contengono, infine, un’implicita, ma importantissima indicazione: quella per la quale i costituzionalisti e i politologici devono rivestire un ruolo attivo e integrativo *del politico* ispirando soluzioni sagge ed equilibrate in un processo di revisione costituzionale.

Come si è sottolineato nei Volumi, nell’ottica di un rilancio delle Assemblee parlamentari, occorre un salto di qualità, ossia di una riforma equilibrata dell’architettura costituzionale che sappia (ri)valorizzare il ruolo primario del Parlamento. C’è bisogno di

<sup>2625</sup> Cfr. M. VOLPI, *Le riforme e la forma di governo*, in *Rivista AIC* n. 2/2015, p. 9.

<sup>2626</sup> Cfr. art. 49 Costituzione francese; art. 63 Costituzione tedesca; art. 99 Costituzione spagnola.

<sup>2627</sup> Cfr. articolo 15.

un

Parlamento forte, il quale deve assolvere la funzione di spugna<sup>2628</sup> in modo da assorbire gli interessi pluralistici della società civile. Un Parlamento come grande porticato<sup>2629</sup> e cerniera di collegamento tra Stato-apparato e Stato-comunità. Un Parlamento in grado di essere l'unico pilastro, l'unico "centro del sistema"<sup>2630</sup>.

## G.

---

<sup>2628</sup> Cfr. A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, Il Mulino, 2003.

<sup>2629</sup> Questa espressione si deve al filosofo dell'800 Georg Wilhelm Friedrich Hegel.

<sup>2630</sup> Cfr. sentenza Corte costituzionale n. 154/1985 e, più recentemente, sent. n. 120/2014.

[G. BALDINI \(a cura di\), \*La Gran Bretagna dopo la Brexit\*, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 302.](#)

**I**l volume curato da Gianfranco Baldini, con il contributo di autorevoli osservatori politici italiani e inglesi, si pone l'obiettivo di analizzare il tema della Brexit come punto cardine attorno al quale articolare una più vasta riflessione sui principali elementi di cambiamento sociale e politico che attraversano oggi la Gran Bretagna, oltre ad affrontare alcuni nodi cruciali che interessano la Brexit più da vicino.

Dopo la vittoria del *Leave*, come spiega il Curatore, sono emerse con maggiore evidenza “diverse tensioni – spesso sovrapposte – che la democrazia britannica era riuscita a contenere negli ultimi anni, rispettivamente sul governo del territorio, la rappresentanza e l'organizzazione dei partiti” (p. 7). Bisogna notare che si tratta di tensioni venute a consolidarsi nel corso del tempo, tra cui la questione scozzese, già al centro del dibattito politico in occasione del referendum sull'indipendenza del 2014, poi culminata nelle elezioni del 2015 con l'ingresso dei membri dello *Scottish National Party* a Westminster e, infine, tornata alla ribalta in maniera eclatante subito dopo il referendum; oppure i problemi relativi alla rappresentanza politica, strettamente connessi alle dinamiche di un sistema elettorale maggioritario fortemente selettivo, che ha contribuito a “deformare” il consenso elettorale dei partiti britannici; infine, si rilevi la questione dell'euroscetticismo, che ha da sempre caratterizzato l'identità britannica, “racchiusa in un non ben attribuito slogan: «Nebbia fitta sulla Manica. Continente isolato»” (p. 15), e con cui si intrecciano fattori di carattere storico, geografico, economico, oltre al ruolo giocato dalla stampa inglese nell'alimentare l'euroscetticismo latente.

Questi, dunque, i temi di grande attualità che investono la democrazia d'oltremare e che vengono sviluppati nelle tre diverse parti in cui è suddiviso il volume, rispettivamente dedicate all'analisi delle elezioni del 2015 e alle loro conseguenze; all'osservazione delle dinamiche interne ai partiti politici protagonisti delle ultime *General Election* e della campagna referendaria del 2016; all'individuazione delle cause di lungo e breve periodo per comprendere come si è arrivati al voto del 23 giugno, foriero di profonda incertezza per ciò che riguarda gli sviluppi futuri del sistema politico britannico e i rapporti del Paese con l'Unione Europea.

La prima parte si apre con un approfondimento di Andrea Pareschi volto ad analizzare l'esperienza dell'inedita coalizione di governo del 2010, guidata dalla leadership duale Cameron-Clegg, dimostratasi in grado di durare fino alla scadenza naturale della legislatura, grazie alla predisposizione di opportuni meccanismi, tanto istituzionali quanto informali, di risoluzione dei disaccordi tra i due *coalition partner*. L'esperienza del Governo di coalizione si rivela di particolare importanza soprattutto

per quanto riguarda l'esame delle politiche pubbliche da esso realizzate. In particolare, l'Autore focalizza l'attenzione su quelle che definisce “*valence issues*”, cioè quelle “aree di policy in cui, per una parte preponderante dei cittadini, a fare la differenza tra i partiti non sono le loro divergenze ideologiche in materia (specie se dubbie o ridotte), bensì il grado di affidabilità e competenza attribuito a ciascuno di essi” (p. 30). Tra queste vengono annoverate l'economia, la sanità pubblica e l'immigrazione. Di particolare interesse risultano le valutazioni che l'opinione pubblica ha espresso nei confronti dei partiti politici nel maggio 2015, in relazione all'implementazione delle riforme varate in quei settori considerati cruciali per l'elettorato e suscettibili di determinarne il voto. Pertanto, è emerso che l'operato dei Conservatori, e quindi della coalizione nel suo complesso, è stato apprezzato in materia di politica economica, i Laburisti hanno invece mantenuto il loro tradizionale predominio nella materia sanitaria, mentre il consenso dello Ukip è avanzato sulla questione dell'immigrazione, a cui è stata collegata quella dell'appartenenza all'Unione Europea. Inoltre, l'Autore rileva che l'elettorato non ha riservato particolare attenzione alle pur importanti riforme di rango costituzionale, neppure a quella del welfare, introdotte dal Governo di coalizione. Queste rientrano tra quelle *issues* che hanno registrato un impatto profondo sul funzionamento stesso della forma di governo, senza limitarsi a modifiche marginali, come il *Fixed Term Parliaments Act* del 2011, provvedimento che ha “neutralizzato” il potere del Primo Ministro di sciogliere anticipatamente i Comuni, rimettendo la decisione alla *House of Commons* e contribuendo così a ridimensionare la posizione egemone del Premier.

La ripristinata credibilità che i Conservatori hanno guadagnato sul piano economico dopo l'esperienza della coalizione del 2010, si è accompagnata a un netto ridimensionamento dei Liberal democratici in occasione delle elezioni del 2015, analizzate nel secondo capitolo (di Gianfranco Baldini) seguendo il filo rosso della comparazione, tanto sul profilo diacronico (la storia elettorale del Paese dal 1945 ad oggi), quanto su quello sincronico (il confronto con altre democrazie europee). Su queste basi, Baldini procede ad osservare, innanzitutto, il problema del sistema elettorale maggioritario, particolarmente disrappresentativo per quei partiti privi di bacini elettorali territorialmente concentrati (come lo Ukip, che ha conquistato un solo seggio con quattro milioni di voti, anche se tale svantaggio elettorale non vale a decifrare adeguatamente la vittoria della campagna del *Leave*).

Sulle elezioni del 2015 si misurano, inoltre, gli aspetti legati alla partecipazione elettorale nelle sue componenti geografica e sociologica, alla vittoria conservatrice unita all'*exploit* dei due partiti anti-establishment, cioè Snp e Ukip, tenendo presente i problemi che ne conseguono per la rappresentanza (per cui il primo è un partito avvantaggiato dalle dinamiche del sistema elettorale, l'altro ne risulta colpito per la diversa distribuzione geografica dei seggi di cui si è detto), e infine al rapporto tra democrazia e competizione, tema di centrale interesse nella letteratura politologica.

L'analisi delle elezioni del 2015 prosegue nel terzo capitolo (di Cristian Vaccari) con un *focus* sulla campagna elettorale e le ragioni che si pongono alla base della conferma

dei Conservatori come partito di governo. Su questo punto emerge chiaramente che la posizione di “*incumbent*” rivestita da Cameron – ossia il capo del Governo in carica che si candida come suo stesso successore – sia stata funzionale per ottenere un livello di visibilità maggiore sui media (i quali hanno sostenuto decisamente le proposte politiche di Cameron, attaccando con spregiudicatezza e persistenza Ed Miliband, leader dei Laburisti) e per far leva sulla necessità di non disperdere i risultati raggiunti e di proseguire il lavoro svolto, soprattutto sul piano economico, in cui si era registrata una crescita piuttosto sostenuta a partire dalla seconda metà del 2013. Dunque la strategia dei Conservatori – consistente nel massimizzare i loro punti di forza e minimizzare quelli di debolezza – si è rivelata efficace per ottenere la fiducia degli elettori, pur nell’ambito di una campagna elettorale che molti commentatori avevano giudicato “noiosa, prevedibile e poco ispirata” (p. 83). Quella dei Laburisti, al contrario, ha fallito il suo obiettivo di affermarsi come alternativa credibile, priva come era di una visione di insieme improntata ad un vero cambiamento e troppo incentrata sulla critica al Governo conservatore.

Ad una valutazione dell’operato del secondo Governo Cameron sono dedicati il focus di Andrea Pirtoni e l’approfondimento di James Strong. Il primo prende in esame la cosiddetta “rispondenza” (*responsiveness*) tra le priorità dell’opinione pubblica, le proposte del manifesto elettorale e l’effettiva attività legislativa svolta successivamente dall’Esecutivo. Il secondo contributo analizza, invece, le azioni in materia di politica estera poste in essere dal Governo monocolore conservatore e le posizioni assunte dal Partito Laburista dopo la sostituzione di Ed Miliband con Jeremy Corbyn, nell’ambito di un mutato contesto istituzionale in cui emerge un potere più ampio esercitato dal Parlamento nell’influenzare le decisioni dell’Esecutivo per quanto riguarda gli interventi militari all’estero.

La seconda parte del volume si apre con una ricostruzione del rapporto tra Conservatori, David Cameron e l’Unione Europea, svolta da Edoardo Brassinelli e Gianfranco Baldini. I due Autori rilevano che nei quarant’anni che separano il primo confronto referendario sulla *membership* europea nel 1975 (in cui gli elettori votarono favorevolmente alla permanenza nell’allora Comunità europea) dal voto del 23 giugno 2016, sono emersi profondi cambiamenti nell’orientamento dei due maggiori partiti per quanto riguarda il rapporto con l’Europa.

Partendo dal *Conservative Party*, è importante notare che il suo euroscetticismo “è il portato di una storia politica che ha progressivamente mutato la natura dei Tory a partire dai primi anni ottanta” (p. 141), dunque non è il mero prodotto dell’avanzata elettorale dello Ukip. Inoltre, è utile ricordare che, anche se la scelta referendaria sembra sia stata funzionale a non esacerbare le divisive tensioni interne ai Conservatori, in realtà ciò non è bastato ad evitare la ribellione della componente più euroscettica del partito, emersa nei mesi precedenti il referendum, mettendo in seria difficoltà la leadership di Cameron (per altro già minata dalle dimissioni del Ministro della Giustizia Michale Gove e dallo strappo di Boris Johnson, propostosi come capofila dei *Brexiters*).

Dall'altro lato emerge la posizione del *Labour Party*, analizzata da Baldini e Pritoni, prendendo come riferimento l'eredità lasciata dal *New Labour* di Blair, fondata sul perseguimento della cosiddetta "terza via" e sulla necessità di superare lo storico legame con le *Trade Unions*. Un'eredità di cui cercò di liberarsi l'ex leader laburista Ed Miliband, il quale non fu tuttavia capace di fornire alternative credibili per la gestione delle priorità politiche del Paese rispetto al suo rivale David Cameron. Al contrario, Corbyn ha saputo ben interpretare il senso di rivalsea nei confronti della linea politica portata avanti da Blair tra il 1994 e il 2010, assumendo spesso posizioni radicali che, se per certi versi lo hanno reso un candidato capace di raccogliere la "base più ideologizzata del partito" (p. 156), per altri potrebbero creare punti di rottura insanabile tra il leader neo-eletto e la dirigenza partitica, in particolare sul terreno della Brexit, vista la campagna poco convincente che ha condotto Corbyn per mobilitare i sostenitori del *Remain*.

Gli altri due partiti oggetto di osservazione sono lo Ukip e lo Snp.

Sorto "come gruppo di pressione per convertire i Conservatori alla causa euroscettica" (p. 165) lo *United Kingdom Independence Party* ha progressivamente acquisito ciò che nell'accezione classica di Giovanni Sartori viene definito "potenziale di ricatto", cioè la capacità del partito di influenzare le tattiche di competizione degli altri partiti presenti nell'arena. Come fa notare Andrea Pareschi, l'ascesa dello Ukip nel quinquennio governato dalla coalizione Cameron-Clegg deve essere letta alla luce di una giuntura particolarmente favorevole per la diffusione dei sentimenti euroscettici: lo scandalo dei rimborsi elettorali del 2009, l'assenza di una *overall majority* nella Camera dei Comuni, il tracollo elettorale dei Lib-dem, la crisi economica che imperversava nell'Eurozona e il preoccupante aumento dell'immigrazione. A ciò si deve aggiungere l'abilità di Nigel Farage a "interpretare l'uomo qualunque" (p. 175) e a farsi portatore delle esigenze dell'elettorato più anziano, spaventato dalle conseguenze sociali della globalizzazione e dell'immigrazione. Alla fine del capitolo l'Autore accenna anche alle sfide che lo Ukip si troverà ad affrontare nei prossimi anni sul fronte interno. Sfide legate soprattutto alla questione dei finanziamenti, alla necessità di costruire una struttura organizzativa stabile e soprattutto alla fine della leadership di Farage, che comporterà una "cesura alle strategie di consenso del recente passato" (p. 185).

Per quanto riguarda lo Snp, Emanuele Massetti sottolinea come il risultato del referendum del 23 giugno scorso abbia riaperto la questione dei rapporti tra Scozia e Gran Bretagna e tra la Scozia e l'Unione Europea, in quanto la *First Minister* scozzese Nicola Sturgeon aveva già dichiarato, prima del voto, che in materia di in/out referendum si dovrà tenere conto della volontà delle maggioranze presenti nelle quattro Nazioni costitutive del Regno Unito. Nel capitolo viene tracciata l'evoluzione temporale della questione scozzese, focalizzando l'analisi sugli eventi elettorali degli ultimi anni più importanti per lo Snp: il referendum sull'indipendenza del 2014, le elezioni politiche del 2015 (in cui lo Snp ha ottenuto 56 dei 59 seggi riservati alla Scozia) e le elezioni regionali scozzesi del maggio 2015.

Oltre alla questione scozzese, la Gran Bretagna si trova ora ad affrontare il più complesso problema dei rapporti con l'Unione Europea, sul cui assetto definitivo occorrerà attendere la conclusione dell'accordo volto a definire le modalità di recesso dall'Unione, così come previsto dall'articolo 50 del TUE.

Nicola Chelotti ripercorre le tappe che hanno portato Cameron a rinegoziare la *membership* britannica nell'Ue con l'accordo del 19 febbraio 2016, chiedendo qualche cambiamento nelle aree della *governance* economica europea, della competitività, della sovranità e dell'immigrazione. Subito dopo la conclusione dei negoziati, si è aperta la campagna referendaria, in cui si sono confrontate reazioni e posizioni diverse dei vari attori internazionali, vista l'importanza che il voto sulla Brexit reca con sé dal punto di vista economico e geopolitico. Particolarmente interessante è l'analisi che svolge l'Autore in merito al ventaglio di alternative possibili per il futuro delle relazioni britanniche con le istituzioni europee. “Si va dal modello Norvegia all'instaurazione delle regole dell'Omc passando per il caso svizzero e quello canadese” (p. 232), tenendo ben presente che in ognuna di queste soluzioni è necessario soppesare adeguatamente i rischi e le opportunità legate agli aspetti più delicati che coinvolgono il futuro rapporto con l'Europa: il controllo dell'immigrazione e la libera circolazione dei lavoratori, il contributo al budget europeo, i rapporti commerciali, la (percepita) sovranità legislativa e la protezione del ruolo di polo finanziario esercitato dalla *City* londinese.

Nel capitolo undicesimo Richard Rose e Edoardo Bressanelli esaminano, invece, la campagna referendaria, le posizioni espresse dall'opinione pubblica e il risultato del referendum. La scelta dell'uscita della Gran Bretagna dall'Unione Europea, come rilevano i due Autori, è stata chiara e decisiva per il Paese, ma al contempo “non ha prodotto un governo conservatore coeso” (p. 251), intenzionato sia a mantenere i benefici derivanti dall'appartenenza al mercato unico, sia a limitare l'ondata dell'immigrazione dei cittadini comunitari. Si tratta di due obiettivi cruciali su cui il Governo di Theresa May dovrà operare una scelta strategica per definire la futura posizione britannica fuori dall'Ue.

L'ultimo approfondimento (di Alan Renwick) riflette sulla possibilità di tenere un secondo referendum sulla Brexit, come vorrebbero i 4 milioni di firmatari della petizione diretta a sovvertire il verdetto del 23 giugno scorso. Dopo aver delineato quali possibili varianti di referendum si potrebbero proporre agli elettori britannici e quali interpretazioni si possono dare al disposto dell'articolo 50 del Trattato di Lisbona su questa materia, l'Autore conclude sostenendo che un nuovo referendum sia non solo possibile ma anche auspicabile, per le conseguenze di estrema importanza che derivano dalla Brexit per il sistema politico, istituzionale ed economico britannico e perché impedire ai cittadini “di cambiare idea nel momento in cui vedono quali sono i reali termini dell'uscita, sarebbe profondamente antidemocratico” (p. 260).

Dall'indagine svolta in questo volume emerge chiaramente come la decisione favorevole alla Brexit costituisca l'espressione più evidente delle fratture che si stanno

profilando in seno alla società politica britannica, la quale si presenta oggi sempre più complessa e frammentata. Tali fratture sembrano riflettersi anche all'interno dei due maggiori partiti politici (i Conservatori guidati da Theresa May e il *Labour* che ha confermato Corbyn alla sua leadership il 24 settembre scorso), i quali devono adesso confrontarsi con l'ascesa di un partito di protesta come lo Ukip e la riproposizione della questione scozzese. Certamente la sfida maggiore sta in capo all'attuale Governo May, al quale spetta il gravoso compito di condurre il Paese fuori dall'Ue, cercando al contempo di difenderne l'unità, rafforzando i legami con le Nazioni costitutive del Regno Unito.

In conclusione, si ritiene opportuno esprimere un invito alla lettura del volume oggetto di questa disamina, poiché affronta un tema straordinariamente attuale che riguarda non solo il futuro della Gran Bretagna, ma anche del processo di integrazione europea nel suo complesso, tenendo presente che “Tensioni e incertezze non svaniranno a breve” (p. 20).

Mario Altomare

[A. GUAZZAROTTI, Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato, Milano, FrancoAngeli, 2016, pp. 151](#)

**I**l Volume di Andrea Guazzarotti, “*Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*”, è agile e allo stesso tempo estremamente denso. Proprio per la complessità del Volume, nella presente recensione si tenterà di tracciare un filo rosso collegando il ragionamento dell'A., senza con questo avere la pretesa di riassumerne compiutamente gli argomenti. Non solo la densità, tuttavia, caratterizza il libro di Guazzarotti, ma anche l'evidente sforzo – riuscito, a parere di chi scrive – di arrivare al cuore dei problemi più ‘urgenti’ della modernità europea, tra le evoluzioni economico-finanziarie e le loro conseguenze a livello sociale. Il titolo, d'altronde, ben rispecchia il tentativo: crisi dell'euro e conflitto sociale sono legati da un rapporto di causa-effetto e allo stesso tempo derivano entrambi dalla complicata situazione di ‘incompiutezza’ dell'architettura istituzionale europea. Il Volume indaga e analizza le cause degli squilibri che si sono creati in Europa dal trattato di Maastricht in poi, passando per la creazione dell'euro fino alla riforma della *governance* economica durante la crisi. Due le parti in cui si divide il libro, corrispondenti alle due logiche attraverso le quali si è cercata l'integrazione europea: attraverso l'euro e attraverso i diritti. Tentativi sostanzialmente falliti, a causa della mancanza di solidarietà che ha creato conflitto sociale: in particolare, tra Stati debitori e creditori.

Ma andiamo con ordine.

Questa la premessa del Volume. L'euro è stato proposto come ‘dispositivo inducente’ nella speranza che si realizzasse il brocardo “dove c'è Stato c'è moneta e dove c'è moneta c'è Stato”. Si voleva, cioè, stimolare l'integrazione “mettendo il carro davanti ai buoi”. Per far questo, a livello teorico, gli economisti dovettero invertire la dottrina della Aree Monetarie Ottimali (R. Mundell, *Capital mobility and stabilization policy under fixed and flexible exchange rates*, in *Canadian journal of economics and political science*, 1963) per mostrare che l'introduzione di cambi fissi tra le monete di alcuni stati si sarebbe potuta realizzare anche prima della convergenza macroeconomica delle economie di quegli stati. Simile operazione si prospettava ai costituzionalisti: partire dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 per indurre il processo di ‘costituzionalizzazione’ dell'Unione.

Tra la ‘speranza inducente’ e l'effettivo traguardo, tuttavia, si mise di mezzo la crisi del 2008 e le riforme che ad essa seguirono. Questo ha portato al declino della logica inducente: difficilmente qualcuno ancora può credere, infatti, che attraverso i meccanismi odierni possa prodursi una sfera pubblica europea e condivisa. Lo stesso modo di operare delle istituzioni nazionali ed europee nelle risposte alla crisi sembra confermare tale teoria: le riforme adottate dopo la crisi partono dalla logica intergovernativa. Per di più, si sono divisi gli Stati in creditori-virtuosi e debitori-inaffidabili e questo va nella direzione opposta rispetto a quello che era l'obiettivo dei trattati istitutivi: “creare un'Unione sempre più stretta tra i popoli europei” (v. Preambolo e art. 1.2 del TUE). Ecco la domanda che dà inizio al lavoro dell'A.: “dinanzi al pericolo di una riattivazione del conflitto tra le nazioni e i popoli europei che rischia chiaramente di condurre alla disgregazione della stessa UE, quali sono le possibili strategie attivabili dallo studioso di diritto costituzionale?”.

Il

Volume cerca di analizzare il maggior numero possibile di opzioni sul campo, subito dichiarando che l'opzione di una rigenerazione dell'integrazione attraverso la riattivazione del conflitto sociale su scala europea sembra quella più degna di sostegno.

La 'guerra delle razze' è lo schema con cui Foucault ha analizzato le dottrine francesi e inglesi tra XVII e XVIII secolo (M. Foucault, *Bisogna difendere la società*, Milano, 1998). In analogia con quanto avvenuto con la 'guerra delle razze', la riattivazione del conflitto tra nazioni europee viene operata portando "una critica a ciò che era stato propagandato come strumento di superamento del conflitto: l'unione monetaria come metodo per proseguire una politica di cambi fissi che fosse in grado di superare sia l'insostenibile egemonia del marco e della Bundesbank all'interno del vecchio SME, che la concorrenza 'sleale' delle svalutazioni competitive delle valute nazionali" (pp. 16-17). I modi con cui poi si è affrontata la crisi dell'euro non hanno fatto che accrescere le contrapposizioni nazionali, riattivando il conflitto e innescando anche una "profonda contro-storia relativa all'UE complessivamente intesa [...] disvelandone [...] la natura di 'cavallo di Troia' della finanza e del capitale internazionali per l'affermazione definitiva del progetto neoliberista in Europa" (p. 19). Tali dottrine della 'contro-storia' presentano il passaggio all'UEM come elemento di rottura occultato ai popoli che sarebbero stati a breve chiamati a pagarne il conto. Un 'colpo di stato' poi avvenuto, secondo tali dottrine, con le riforme successive alla crisi del 2008, ma che ha le sue radici già nella creazione della BCE, a cui è fatto divieto di creare denaro per gli Stati ma che può invece farlo per il sistema bancario privato così innescando speculazioni sui debiti pubblici e costringendo gli Stati a spendere meno per le spese sociali.

L'A. si propone, a questo punto, di analizzare quanto di vero ci sia in tali strategie di riattivazione del dissenso, esaminando la manualistica anteriore alla crisi: da tale analisi si giunge alla conclusione che nessun accenno era stato fatto all'elemento 'rivoluzionario' della perdita della sovranità monetaria. Neanche i manuali di diritto del lavoro, invero, toccavano il tema degli squilibri che avrebbe comportato un'area economicamente non ottimale. Pur passando dalla manualistica a trattazioni più specialistiche, l'impressione dell'A. è che vi sia stata una sottovalutazione del mutamento radicale che il passaggio all'euro avrebbe comportato. Tranne poche eccezioni, infatti, la giuspubblicistica italiana valorizzava i vincoli che l'UEM avrebbe comportato: l'importante "era (ed è) imbrigliare la tendenza del nostro Paese a largheggiare nella spesa pubblica" (p. 27). Il rischio che si vedeva era che Paesi poco virtuosi avrebbero potuto contaminare quelli più virtuosi, mentre nulla si paventava riguardo a quello che effettivamente successe: "l'ampliarsi della divaricazione delle economie nazionali; l'impossibilità di difendersi dai *surplus* commerciali della Germania; la deflazione indotta dalle politiche di austerità gemmate dalla pianta di Maastricht" (p. 28). Miopia dovuta alla fiducia riposta nella razionalità dei mercati e del loro giudizio sui governi nazionali. La crisi del 2008, però, avrebbe smentito quella fiducia, chiarendo "una volta per tutte la natura oligopolistica e speculativa dei mercati del debito pubblico degli stati" ed "è pertanto paradossale che si continui ancor oggi a descrivere come ineluttabile, se non proprio auspicabile, il dato della doppia fiducia che lega i governi tanto agli elettori, quanto (soprattutto?) ai mercati internazionali" (p. 29).

Una dicotomia alternativa a quella del conflitto tra nazioni è quella del conflitto tra economia e politica. Il conflitto tra l'economico e il politico/giuridico può assumere le tinte della resistenza al progetto ordoliberalista di cui sarebbe portatrice la Germania: i vincoli di Maastricht, il divieto di *bail out* e l'indipendenza della BCE ben si prestano a incarnare quel progetto neoliberista.

modello dell'ordoliberalismo di Foucault si attaglia perfettamente all'UE. Infatti, “la disfatta del Terzo Reich aveva reso impossibile per la nazione tedesca perseguire la propria prosperità basandola sulla forza dello stato; *ergo*: occorreva basarla sull'economia, rispetto alla quale lo stato doveva essere servente” (p. 36). Il fatto che questo modello sia attribuibile alla cultura tedesca consente alla dicotomia economia/politica di “alimentare e *non di disinnescare* il conflitto tra nazioni” (p. 36).

Si giunge così all'analisi delle ipotesi federaliste e al tema della problematica ‘parlamentarizzazione’ dell'UE. Quali sono i prerequisiti minimi di un conflitto sociale gestito a livello europeo? La spinta verso una solidarietà europea e l'abbandono del “maniacale controllo intergovernativo e burocratico” (su Patto di stabilità e *Fiscal compact*) potrebbero innescare un moto di stampo federale, ma potrebbero altresì far deflagrare le differenze tra popoli ‘del Nord’ e ‘del Sud’, con nazioni stabilmente ‘donatrici’ ed altre ‘beneficarie’ parassitariamente (p. 40). La soluzione per disinnescare il conflitto ‘etnico-culturale’? Un consolidato sistema partitico strutturato a livello europeo. Le novità introdotte dal trattato di Lisbona sulla formazione della Commissione UE guardano in quella direzione. Tuttavia, gli esiti appaiono deludenti. Infatti, secondo l'A., vi è stata non solo una scarsa capacità di mobilitare gli elettorati, ma le novità non sembrano aver alterato la percezione pubblica sull'investitura del Presidente della Commissione.

Inoltre, è lo stesso trattato di Lisbona che non spinge fino in fondo con la parlamentarizzazione: il Parlamento è privo di iniziativa legislativa; nel settore cruciale delle politiche economico-finanziarie ha un ruolo marginale; si rafforza il Consiglio europeo, istituzionalizzandolo. La formazione della Commissione, infatti, continua ad essere guidata da logiche tanto partitiche quanto nazionali. Infine, la possibilità di sfiduciare la Commissione è più per motivi morali che politici e rimane l'impossibilità di sciogliere anticipatamente il Parlamento: assenza dunque di due cardini del modello parlamentare.

A livello politico, le innovazioni del trattato di Lisbona dovrebbero indurre alla strutturazione di un sistema di partiti europei: risultato, fin qui, non raggiunto. Peraltro, una tale strutturazione provocherebbe una rivoluzione tra gli equilibri politici nazionali e sovranazionali: infatti, fin qui l'UE ha potuto ampliare i suoi poteri a causa soprattutto dell'effetto leva che ha consentito ai governi nazionali di perseguire riforme invise appoggiandosi all'UE, mentre la stessa UE offriva agli esecutivi nazionali l'occasione di potenziarsi rispetto ai loro Parlamenti. Costruire però partiti davvero europei porterebbe a mettere in discussione tale moto: la paternità delle politiche diverrebbe meno vaga poiché imputabile a soggetti politici omogenei di cui le classi politiche nazionali sarebbero parti integranti (p. 44).

In questo contesto, l'alternativa alle ricette del ‘più Europa’ è quella della restaurazione dell'idea di integrazione classica, intorno al modello della ‘delega amministrativa’ esercitata sulla base della legittimazione indiretta attribuita dagli Stati. Come può, però, conciliarsi questo con la percezione che gli elettorati hanno del ruolo giocato dall'UE nella gestione della crisi? Si pensi alla Grecia: caso paradigmatico di ordinamento nazionale democratico commissariato da organi esterni e privi di legittimazione democratica. I vincoli di bilancio portano alla percezione per cui alcuni Paesi, come l'Italia, siano completamente imbrigliati: l'astensionismo e il voto di protesta a partiti ‘antisistema’ sembrano in tal senso segnali chiari. L'A. fa un interessante parallelo con l'analisi del passaggio dall'*Ancien Régime* alla Rivoluzione francese svolta da A. de Tocqueville (*L'ancien Régime et la révolution*, Paris, 1988): “un moto centripeto che vedeva l'aristocrazia subire l'attrazione della Corte di Versailles, in modo da lasciarsi distrarre dalle responsabilità del governo locale” (p. 51).

Il

sovrano voleva governare da Parigi senz'altra legittimazione che quella 'tecnocratica' della migliore efficienza rispetto alle istituzioni locali ormai screditate. La strategia non pagò e "la furia rivoluzionaria non distinse il ruolo del re da quello degli altri nobili e il principio democratico si sostituì con la forza a ogni altra possibile legittimazione del potere" (p. 52). La nuova *governance* europea ha evidenziato come i sistemi politici nazionali siano quasi esautorati, soprattutto a livello parlamentare. Con un ulteriore riflesso: infatti, "la *governance* europea lascia formalmente intatta la legittimazione democratica e i suoi istituti, ma, rendendo inermi i rappresentanti eletti nei parlamenti nazionali, rende anche le prerogative di questi ultimi sempre più simili a dei meri privilegi, amplificando pericolosamente la retorica 'anti-casta' dei partiti antisistema ed euroscettici" (p. 53). Inoltre, l'UE ha indotto a una "presidenzializzazione" degli ordinamenti nazionali. Parte del carisma dei leader, peraltro, sta nella loro capacità di far rispettare il proprio paese in sede europea. La sostituzione del governo Berlusconi con quello di Monti è, per l'A., la prova di tale tendenza: "i 'pari' [...] non riconoscevano più in Berlusconi un interlocutore adeguato e decidevano di togliergli la legittimazione che veniva dall'alto" (p. 55).

Esiste un'altra via che potrebbe essere percorsa per raggiungere finalità 'inducenti', ossia per indurre i partiti politici a divenire europei e per costruire uno spazio pubblico europeo condiviso: quella serie di istituti volti a far dialogare i parlamenti nazionali. Il controllo di sussidiarietà, in particolare, pur difendendo prerogative nazionali, può essere utile per far sintonizzare su una stessa lunghezza d'onda i parlamenti nazionali. In generale, il dialogo interparlamentare non è stato finora capace, secondo l'A., di strutturare solidarietà politiche: probabilmente a causa degli scarsi poteri assegnati alle Conferenze interparlamentari.

La tesi dell'A. è che nei trattati vi siano un po' tutte le ricette, almeno abbozzate, per tentare l'integrazione politica. Ricette però incomplete che sembrano mosse da una logica sperimentale. L'opzione meno ottimistica, tuttavia, è un'altra: nessuno dei canali istituzionali è così ampio e forte da reggere il peso del conflitto sociale europeo. L'esito è, in questo senso, paralizzante. Tanto che l'arrivo di sfide più grandi, come la crisi dell'euro e quella dei migranti, hanno messo a nudo l'inadeguatezza dei supporti istituzionali facendo virare tutto verso logiche più internazionalistiche che federali.

L'A. passa poi ad analizzare i limiti della solidarietà 'mutualista' e il controverso avvio dell'Unione bancaria, che costituisce un altro dei pilastri su cui si è inteso costruire un sistema europeo capace di prevenire future crisi. Si pensi, esemplificativamente e in estrema sintesi, alla disciplina europea del *bail-in*: "tentando di instaurare una forma di *solidarietà* di tipo *funzionale* tra Stati, banche private e cittadini [...] si finisce per innescare effetti 'de-solidarizzanti'.

Il problema è sempre lo stesso, al fondo: si cerca di assorbire in alto determinate funzioni pubbliche [...] senza poter mantenere lo stesso grado di garanzia *nazionale* dei diritti individuali coinvolti: dietro l'apparente buon senso dell'idea di non addossare indiscriminatamente a tutti i contribuenti il costo dei salvataggi bancari sta l'impossibilità di avere ciò che un'autentica unione bancaria richiede, ossia 'un *fiscal backstop*' che solo una tesoreria dell'eurozona con risorse tributarie e potere di indebitarsi può offrire" (p. 67).

L'onere di salvare le banche non può essere addossato alla 'federazione' per mancanza di un vero bilancio pubblico europeo: ossia, "per mancanza di una *vera* solidarietà tra contribuenti europei".

Il passo successivo dell'analisi sull'integrazione attraverso l'euro riguarda gli ostacoli alla riattivazione del conflitto costituzionalmente regolato e l'assenza di adeguate connessioni europee e la trasfigurazione dei luoghi del conflitto sociale. In particolare, si individuano due aporie. La

prima riguarda l'impossibilità di concepire un percorso di federalizzazione senza che vi sia una nazione davvero egemone. L'egemonia degli stati industriali del Nord ha guidato il processo federativo statunitense, non senza una guerra per 'spegnere' i dissensi degli stati del Sud. Lo stesso successe in Svizzera che è passata per una guerra tra Cantoni prima di federarsi. La seconda aporia, invece, riguarda la "difficoltà del costituzionalismo di riconfigurare il suo ruolo rispetto alla centralità del conflitto sociale su cui esso si è forgiato prima e dopo il secondo conflitto mondiale" (p. 72).

Le grandi città globali, e non più le fabbriche fordiste, sono oggi i luoghi del conflitto sociale: alle *élites* ormai denazionalizzate, in particolare, fanno da contraltare lavoratori immigrati. Tutti e due questi gruppi appaiono così scollati dalle funzioni di mediazione che in passato erano fornite dallo stato e dalla regolazione del conflitto che potevano offrire sindacalizzazione e centralizzazione della contrattazione collettiva. In mezzo alle due categorie (imprenditori denazionalizzati e immigrati) vi sono le classi medie, impoverite e che volgono lo sguardo verso la ri-nazionalizzazione del conflitto. Infatti, la riattivazione del conflitto su base statale sembra la via più corta per superare la crisi. Il conflitto andrebbe invece reimpostato su binari nuovi, spostando lo sguardo dallo stato alle grandi città globalizzate. Nel sistema neomedievale di reti che qualcuno ha immaginato (J. Zielonka, *Disintegrazione. Come salvare l'Europa dall'Unione europea*, Roma-Bari, 2015) "si fatica a intravedere chi e come possa operare un efficace ruolo redistributivo" (p. 77). Le tecnologie della rete e la creazione di tipologie di strumenti finanziari innovativi e rischiosi hanno dato vita a una nuova rivoluzione economico-sociale paragonabile alla seconda rivoluzione industriale del XIX secolo: questa rivoluzione 'post-industriale' ha portata sociale e capacità di stravolgere le relazioni umane equiparabile a quella poc'anzi menzionata.

Per gestire tale situazione i paesi mediterranei reclamano una solidarietà federale. Le istituzioni europee, l'UEM e la Germania concedono solo un rinvio verso quella prospettiva ma chiedono subito un irrigidimento delle procedure sugli squilibri macroeconomici e di bilancio. Il tempo è, in questo, un fattore cruciale. O si va verso l'Unione politica o si torna indietro. Il 'quando', però, non è più fattore secondario: "nell'interregno, le logiche neoliberiste avranno già prodotto i loro effetti nei sistemi nazionali meno attrezzati ad attutirne l'urto" (p. 80). Se fatto con troppo ritardo non sarà più come la vittoria dei cittadini europei e dei loro rappresentanti sulle forze della globalizzazione finanziaria ma quella dei paesi più competitivi su quelli dell'area mediterranea secondo un fenomeno di 'mezzogiornificazione' a causa del quale i capitali si sposteranno dalle periferie all'area intorno alla Germania (p. 80). L'A. conclude sostenendo come la riattivazione del conflitto sia un fattore positivo poiché potenzialmente in grado di sollecitare la scelta tra i modelli di integrazione politica. Infatti, la legittimazione della costruzione europea non può scaturire dall'argomentazione giuridica ma dalla sua capacità di catalizzare conflitti sociali e politici sul futuro dell'Europa (E. Balibar, *Un nouvel élan, mais pour quelle Europe?*, in <https://www.monde-diplomatique.fr/2014/03/BALIBAR/50208>, marzo 2014).

Nel paragrafo conclusivo della prima parte del Volume l'A. giunge così all'ineludibile necessità di rivedere le logiche intergovernative in atto nell'UE. Infatti, la gestione intergovernativa della crisi sta approfondendo il solco tra elettorati nazionali e quello tra *élites* e classi popolari, tradendo la missione di "un'Unione sempre più stretta tra i popoli".

A questo punto si apre la seconda parte del Volume, intitolata "L'integrazione attraverso i diritti?", nella quale l'A. si interroga sull'altro versante dell'integrazione europea, chiedendosi quanta integrazione – e di che qualità – ha saputo creare questa strategia.

La seconda parte si apre ragionando sulle regole fiscali di Maastricht e il sovvertimento del costituzionalismo del secondo novecento. Riprendendo la dottrina pre-euro, si vede come la maggioranza abbia presentato come ineluttabile l'entrata dell'Italia nell'euro. Per il costituzionalista il punto più critico “consiste nell'aver accettato che un ricettario economico divenuto maggioritario portasse non solo all'introduzione di un quadro legale teso a conformare ai dettami neo-liberisti le istituzioni pubbliche e la loro azione, ma che ciò fosse fatto con strumenti di una rigidità 'para-costituzionale', tali da rendere irreversibile quella scelta” (p. 92). Più di tutto, è l'assenza di correzione degli squilibri e l'assenza di una possibilità di *'exit'* a rendere incompatibile Maastricht col costituzionalismo. Inoltre, “anziché porre al vertice dell'ordinamento giuridico un sistema pluralistico di *principi* destinati a guidare e al contempo vincolare 'esternamente' la mediazione politico-partitica produttiva di *regole* modificabili [...] si è invertito l'ordine e si sono poste al vertice regole rigide, addirittura numeriche” (p. 92). A parziale correzione di tale rigidità si poneva la natura politica delle procedure di mutua sorveglianza e correzione degli scostamenti dai parametri di Maastricht. Tale flessibilità, tuttavia, è stata profondamente ridimensionata con le riforme del periodo 2011-2013.

La giustificazione razionale poteva essere quella della natura transeunte del compromesso di Maastricht. Infatti, guardando alla storia tedesca e italiana di federazione e unificazione, si vede che i debiti pubblici pregressi degli stati membri furono assunti dalla federazione o dal nascente stato unitario mentre la spesa pubblica veniva accentrata. Tale accentramento viene fatto dall'UE ricorrendo al pareggio di bilancio degli stati. Un'evoluzione federale, quindi, possibile solo una volta che si sia azzerato il ricorso all'indebitamento degli stati, per rendere la solidarietà tra questi – almeno in una fase iniziale – non necessaria. Gli anni di funzionamento dell'euro e quelli della crisi, però, hanno ampliato la diffidenza degli stati membri.

L'offuscamento dell'analisi costituzionalistica sull'UEM si è prodotto anche per effetto dei dibattiti sulla Carta di Nizza, 'giuridificata' nel 2007 dal trattato di Lisbona. Anche al riconoscimento formale dei diritti fondamentali si è guardato, infatti, come mezzo per indurre l'integrazione culturale e sociale tra i cittadini europei, necessaria per supportare qualsiasi ipotesi di unificazione politica. In Italia, la tesi di partenza è quella di due padri della Carta, Andrea Manzella e Stefano Rodotà.

La Carta avrebbe potuto rappresentare, infatti, “non più solo (un) catalogo di valori ma (un) fattore organizzativo di connessione tra ordinamenti” (A. Manzella, *Dal mercato ai diritti*, in *Riscrivere i diritti in Europa*, a cura di A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, Bologna, 2001). Tuttavia, anche dopo la sua giuridificazione, la Carta è stata veicolo di dibattiti giuridici e prassi giurisdizionali piuttosto che di lotte politico-sociali. La Carta, cioè, si è affermata nelle motivazioni dei giudici, ma questo non significa che vi sia un suo radicamento foriero di un *'constitution-building'* dal basso (p. 102).

La crisi conferma tutto questo, soprattutto se si osservano le difficoltà della Carta nella difesa dei diritti fondamentali contro le riforme neoliberali imposte dalla *troika* ai paesi debitori. Punto nevralgico attorno cui ruotano le risposte della Corte di Giustizia dell'Unione europea è l'art. 51.1 della Carta, che ne limita l'applicazione agli stati membri solo quando questi “attuano il diritto dell'Unione”: il che non accade quando si ricorre a trattati internazionali esterni all'ordinamento UE, spesso usati durante la crisi. Se si guarda invece all'atteggiamento della Commissione europea sembra confermata l'impressione che l'operazione Carta di Nizza sia estranea a logiche di costituzionalizzazione dell'UE.

È stata la crisi economica a rendere le opinioni pubbliche più consapevoli delle tematiche europee e non la Carta di Nizza. Ma la crisi ha reso tale consapevolezza a livello nazionale. In altre parole, più che al salvataggio dell'euro si è guardato al salvataggio delle economie nazionali. Vi è stato, insomma, un eccessivo ottimismo nel considerare le potenzialità della Carta, soprattutto in un ordinamento, quello europeo, incapace di compensare gli squilibri economico-sociali. Squilibri che l'UEM ha ampliato anziché diminuire, a causa dell'assenza di una clausola paragonabile a quella della nostra Costituzione sui livelli essenziali di garanzia dei diritti civili e sociali, assieme al dispositivo necessario per garantirli, e cioè la solidarietà fiscale. Le proclamazioni della Carta non hanno avuto la forza di mutare l'impianto dei trattati, prive come sono della tensione redistributiva che solo un bilancio di stampo federale è in grado di supportare (p. 114). Le regole decisionali dell'UE hanno confermato tutto questo: infatti, se per le politiche sulla concorrenza non è richiesta l'unanimità, quest'ultima è invece necessaria per le politiche sociali, mentre in altri ambiti (ad es. la sicurezza sul lavoro) sono adottabili solo direttive 'minime'.

La crisi del processo di adesione dell'UE alla CEDU dimostra "una fallacia dai contorni analoghi a quella dell'unificazione monetaria non preceduta da unificazione politico-fiscale: quella per cui l'Europa dei diritti potesse e possa trainare l'ulteriore integrazione *tra i popoli dell'Europa*" (p. 122). Le aspettative di un'Unione dai valori 'alti' sono state premature, poiché non si era risolto il problema di un'Unione senza solidarietà.

La Carta di Nizza, dunque, più che a contestare è servita a legittimare lo *status quo* di un'integrazione priva di solidarietà e incentrata sulla competizione tra le economie nazionali, trainata da processi intergovernativi difficili da sottoporre a controllo democratico (p. 123). La proclamazione della Carta è operazione tecnica, giustificabile dall'esigenza di garantire il primato del diritto UE sulla scia della dottrina *Solange*, col vantaggio di limitare gli eccessi della Corte di Giustizia nel ricostruire le 'tradizioni costituzionali comuni'. La dottrina *Solange* – che ha il suo corrispettivo italiano nei 'controlimiti' – tuttavia, ha un punto di vista parziale, soltanto giurisprudenziale, e instilla così la falsa prospettiva per cui il potere normativo che transita dal livello nazionale a quello sovranazionale è sottoposto a garanzie equivalenti a quelle costituzionali interne. Ma quell'armonia si sarebbe potuta instaurare solo se si fosse avverata la previsione per cui tra i poteri devoluti al livello più elevato (per tutti, regolazione della concorrenza e creazione del mercato unico) e quelli trattenuti a livello nazionale (poteri di redistribuzione e politiche del *welfare*) non si fossero scatenate interferenze destabilizzanti. Ma così non è stato. Per materie delicate, come la fiscalità, le modalità decisionali dell'Unione portano alla c.d. 'integrazione negativa', senza poi riequilibrare e ricomporre a livello europeo i beni costituzionali coinvolti attraverso la c.d. 'integrazione positiva'. In altri termini, ciò che viene eroso a livello nazionale non si ricostruisce a livello europeo. Qualche esempio. Nell'assenza di sistemi perequativi a livello sovranazionale europeo, obbligare uno stato membro ad estendere benefici a favore di cittadini comunitari non nazionali senza condizioni di reciprocità non garantisce che lo Stato membro così obbligato non reagisca azzerando le prestazioni assistenziali o privatizzando i servizi. A livello di istituzioni democratiche vale lo stesso ragionamento. Il ridimensionamento dei partiti nazionali non viene compensato dai poteri che i partiti possono attivare in sede europea.

L'integrazione attraverso un'europeizzazione dei diritti fondamentali, in ultima analisi, non è stata, né può essere in grado di creare l'integrazione tra i popoli degli Stati membri: per essa è necessaria una effettiva 'federalizzazione' del sistema politico e di quello sindacale (p. 129).

Così si chiude la *pars destruens* del Volume e si volge lo sguardo alle possibili soluzioni: strategie di resistenze costituzionalmente fondate sull'art. 11 Cost. e la parità tra gli Stati; conversione dell'UE tramite la Carta sociale europea; una (impossibile?) riforma solidale dell'Unione.

Quella dell'art. 11 Cost. è, secondo l'A., arma tanto efficace quanto pericolosa, a causa delle derive nazionalistiche che potrebbe innescare. Già le regole di Maastricht producevano effetti sperequati sugli Stati, in base allo *stock* di debito da questi accumulato. Ma le riforme recenti hanno esasperato quell'asimmetria. Tuttavia, i rischi di derive nazionalistiche nello strumento dell'art. 11 Cost. sono evidenti: se si imboccasse quella strada anche a livello giudiziario potrebbe non giungersi tanto alla revisione delle attuali politiche ma alla disintegrazione dell'Unione.

Convertire l'UE tramite la Carta sociale europea? Questa la prospettiva di un'adesione dell'UE alla Carta sociale europea (CSE). Il Comitato europeo dei diritti sociali, infatti, si è dimostrato controcorrente già dal 2012 contestando le ricette dell'*austerità*. Il Comitato potrebbe, attraverso lo strumento dei reclami collettivi, sindacare le decisioni europee prima che queste sconquassino l'ordinamento nazionale a cui si dirigono. Si tratta, tuttavia, di un rimedio la cui efficacia non è dimostrata. Da considerare anche i tempi lunghi che servirebbero per un'adesione dell'UE alla CSE, che non è neppure menzionata nei trattati. Più realistico, forse, spingere la Germania a ratificare e adattare il proprio ordinamento ai vincoli più stringenti della CSE come modificata nel 1996, cosa che altri paesi (come Italia e Grecia) hanno già fatto.

Da ultimo, l'A. tratta delle proposte di riforma solidale dell'Unione, tentando l'impossibile. In particolare, per puntare alla riattivazione del conflitto di classe al posto di quello nazionalista è stata proposta l'introduzione di uno standard retributivo europeo, attraverso la fissazione normativa di un equilibrato rapporto tra la quota salari rispetto al PIL nei singoli Stati membri. La fissazione in termini di rapporto tra salari e PIL non sarebbe strumento a danno dei paesi che possono giovarsi di un minor costo del lavoro. Si tratta di una proposta, inoltre, che usa gli schematismi della giuridificazione di rapporti tra aggregati di valore di cui sono permeati i trattati. Non si perseguono, con tale proposta, utopistici obiettivi di armonizzazione dall'alto dei salari dei lavoratori dei singoli stati, né si punta a un altrettanto utopistico *budget* europeo. Con tutti i limiti di fattibilità politica di proposte del genere, “resta comunque quanto mai viva l'esigenza di esercitare sforzi in direzioni meno retoriche e settoriali, quali quelle sull'integrazione attraverso i diritti, ove si rischia di essere fagocitati da analisi e interpretazioni della fluviale e altalenante casistica giurisprudenziale” (p. 143).

La prossima crisi potrebbe essere peggiore di quella tutt'ora in corso e l'eventuale approfondimento della logica intergovernativa potrebbe essere esso stesso un ingrediente capace di amplificarne gli effetti. Tanto da renderla dirompente?

Quella di Andrea Guazzarotti è dunque un'analisi giuridico-economica dei tentativi di stimolare l'integrazione attraverso l'euro prima e attraverso i diritti poi. Parzialmente sullo sfondo rimane il problema del *deficit* democratico e, in particolare, delle dinamiche che l'UE ha messo in moto. È presente, nel Volume, la tematica della tensione tra diritto ed economia, evidente ed attuale: infatti sembra che più ci si apra sul fronte della globalizzazione economica, più ci si chiuda politicamente. Infatti, “la politica è rimasta (o pretende di rimanere) esclusivamente nazionale, mentre le politiche sono sempre più governate da norme o attori extra-nazionali, istituzioni internazionali, trattati internazionali, imprese multinazionali” (Y. Mény, *Quo vadis, Italia? Quo vadis, Europa?*, in *Rivista Il Mulino*, 13 dicembre 2016). La crisi finanziaria – poi economica, poi sociale e ora politica – sembra essere stata un acceleratore di tali dinamiche.

Inoltre, quello che è stato tentato durante la crisi a livello dell'UEM, cioè l'attuazione delle politiche di austerità, sembra non aver fatto i conti con due circostanze: da una parte, infatti, vi è lo 'scollamento' tra politica nazionale ed europea (e questo è ben sottolineato nel Volume, in diversi passaggi), dall'altra vi sono le dinamiche della democrazia elettorale.

Le politiche di austerità sono sembrate, in molti stati tra cui l'Italia, imposte dall'alto, proprio per la mancanza di un sentimento politico europeo. A livello interno quelle politiche, sentite come imposte, hanno creato una reazione contro i partiti che continuano ad appoggiare l'UE e l'UEM e hanno iniziato a premiare quelle forze politiche che invece contestano *tout court* l'euro. Le politiche di austerità sembrano rispondere a due logiche. Una 'tedesco-centrica', cioè per la volontà dei paesi creditori di non pagare i debiti di quelli debitori: tale mancanza di solidarietà è il cuore del Volume. Tuttavia, sembra rintracciabile un'altra logica, quella di prevenire effetti potenzialmente devastanti di una nuova crisi nelle economie 'più deboli' o comunque più esposte a causa dell'elevato debito pubblico. Quello che è stato sbagliato, probabilmente, è stato irrigidire quelle misure in tempo di crisi e non tentare di farle rispettare prima, negli anni Novanta, quando le regole di Maastricht già erano vigenti e sarebbero state più agevolmente rispettabili e forse avrebbero permesso anche ai paesi ora debitori di affrontare meglio la crisi del 2008.

Inoltre, bisogna considerare le dinamiche delle democrazie elettorali. Uno dei "principali problemi nell'adottare decisioni che tutelino le esigenze del futuro, a scapito, se necessario, di interessi del presente, è costituito dalla dinamica della democrazia elettorale, cioè dalla necessità delle *élites* politiche di conquistare il consenso a breve termine degli attuali elettori" (T. Groppi, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *DPCE*, 1/2016, p. 51).

La possibilità per Bruxelles di fare politiche che guardano a lungo termine non ha fatto i conti con le dinamiche della democrazia elettorale e chi, a livello nazionale, si oppone a quelle politiche, viene avvertito come più 'vicino' agli interessi 'del popolo'.

Luca Bartolucci

**L**a lettura di questo volume, a seguito della stagione referendaria appena trascorsa, dà luogo ad un'epifania sul significato e le origini di alcuni concetti fondanti e fondamentali dello Stato costituzionale di diritto.

In poche pagine, con uno stile incalzante, Ferrajoli ripercorre i tratti salienti della sua teoria del diritto e della democrazia, delineando anche un vero e proprio programma politico per far fronte al «processo decostituente», constatabile nelle moderne democrazie pur dotate di costituzioni rigide (p. 76). La prima parte di quest'opera ha come oggetto una critica alle concezioni puramente formali o procedurali della democrazia, che la identificano esclusivamente con la forma di governo in cui il potere è esercitato dal popolo, mediante l'espressione diretta della sovranità o tramite lo strumento della rappresentanza politica (pp. 7 s.). Le costituzioni del secondo dopoguerra avrebbero dato luogo a un mutamento di paradigma, in cui la dimensione formale si pone come una condizione necessaria ma non sufficiente, in quanto da sola non in grado di dar conto dell'essenza delle moderne democrazie costituzionali, a cui deve necessariamente aggiungersi il vincolo sostanziale imposto al legislatore dalle disposizioni delle carte fondamentali (pp. 23 s.; p. 32). Il fallimento delle concezioni formali sarebbe esemplificato dai totalitarismi della prima metà del XX secolo, che con metodo democratico distrussero il patrimonio delle libertà fino ad allora conquistate. La stessa democrazia, priva di limiti sostanziali ai contenuti delle decisioni legittime, può non (o non può) sopravvivere. L'Autore, quindi, individua nei diritti costituzionali sia il limite all'agire della democrazia che le precondizioni per un effettivo e autentico esercizio di essa (pp. 9 ss.). Tanto l'idea della volontà generale come volontà buona, di stampo kantiano, quanto la fondazione «quantitativa» della democrazia, sostenuta anche da Kelsen, vengono confutate con argomenti storici e logici. In particolare, la possibilità di individuare il fondamento assiologico della democrazia esclusivamente nei diritti sarebbe dimostrato dal fatto che il voto popolare, nei sistemi rappresentativi, non dà luogo ad un'influenza immediata sulle decisioni politiche, ma solo sulla maggioranza che determina queste ultime, così come l'identificazione tra popolo e decisioni, ancorché garantita da un'ipotetica e illusoria unanimità, celerebbe la distruzione dello spirito pubblico, del confronto e, quindi, della stessa democrazia (pp. 14 ss.). Ciò che viene rigettato è l'ideologia della trasposizione delle votazioni in volontà popolare, omogenea, capace di legittimare il vincitore e la sua maggioranza, occultando e non garantendo «la pluralità degli interessi e delle opinioni, nonché il conflitto di classe da cui il cosiddetto popolo è attraversato» (p. 19). Il costituzionalismo moderno si baserebbe quindi su un nesso biunivoco o, come ci dice l'Autore, su un «nesso isomorfo», tra la dimensione politica della democrazia e le condizioni di validità, non più solo formali, della legge (p. 24). Se è vero che questo isomorfismo era presente anche nel rapporto tra teoria procedurale e teoria della validità kelseniana, le premesse da cui parte Ferrajoli sono antitetico a quelle del più illustre esponente del normativismo: Kelsen sostiene il raggiungimento dell'*optimum* legislativo per mezzo del rispetto dei vincoli procedurali e soggettivi definiti dalle norme sulla produzione, in quanto capaci di esprimere genuinamente la volontà generale; per Ferrajoli l'angolo di visuale delle costituzioni rigide contemporanee risiede proprio in una diffidenza circa la bontà e giustezza di quella volontà, o delle sue forme di manifestazione, che devono essere vincolate al rispetto e all'attuazione dei

principi di giustizia sanciti nelle carte fondamentali (p. 26). Gli effetti di questo mutamento vengono delineati in due elementi: in primo luogo, la dimensione sostanziale della validità condiziona retroattivamente la struttura della democrazia, la quale non trova più una legittimazione esclusiva nel suffragio universale e nel principio di maggioranza, come avveniva nello Stato liberale di diritto, bensì nella conformità alle disposizioni costituzionali sostanziali. In secondo luogo, viceversa, è lo stesso regime di validità delle norme a essere condizionato dalla nuova struttura democratica: *quod principi placuit legis habet vigorem* ma non necessariamente avrà *validitatem*, rigettando così la presunzione di legittimità, con la conseguente insindacabilità, del diritto e configurando la possibilità di un diritto illegittimo, in quanto invalido o lacunoso (p. 27). Prendendo le mosse dalle diverse dimensioni da cui deriva la democrazia costituzionale, Ferrajoli ridefinisce le categorie delle garanzie e dei diritti caratterizzanti lo Stato di diritto. Dalle dimensioni formali della democrazia, basate sull'autodeterminazione della sfera pubblica e privata, derivano i diritti politici e i diritti civili. Con riferimento a questi ultimi l'Autore, distaccandosi dalla tradizione liberale che li configurava come mere libertà, ne sottolinea la capacità di interferire con l'altrui sfera giuridica, fondando su ciò la loro sottoposizione a norme formali sulla produzione, volte a garantire l'autonomia e la libera determinazione di tutte le parti.

Dalla dimensione sostanziale, relativa al «che cosa» delle decisioni pubbliche o private, derivano i diritti fondamentali e il requisito della *coerenza* delle decisioni del legislatore con le regole e i principi costituzionali, che l'Autore definisce norme «sostanziali» sulla produzione. Le violazioni dei precetti costituzionali così sanciti darà luogo ad antinomie (nel caso di aspettative negative-diritti di libertà) ovvero lacune (nel caso di aspettative positive-diritti sociali). L'insieme delle norme costituzionali sostanziali costituisce nella teoria di Ferrajoli la sfera del non decidibile: limite e vincolo per ogni maggioranza e per lo stesso potere sovrano del popolo (p. 33). Secondo l'Autore, la rigidità costituzionale non costituirebbe, come sostenuto da Sieyès, un impedimento all'autodeterminazione delle generazioni future e quindi ai principi della democrazia politica, bensì lo strumento di permanente e costante salvaguardia della sovranità popolare, che si esprime attraverso i diritti (p. 50). Infatti, partendo da una definizione della struttura delle disposizioni opposta a quella normativista (per cui i soggetti sono esclusivamente destinatari degli effetti ovvero della sanzione della disposizione), Ferrajoli giunge ad affermare che cifra dell'ordinamento democratico è l'eguaglianza. «I diritti fondamentali non sono predisposti da norme, ma sono essi stessi norme» (p. 40) la cui titolarità (in quanto previsti all'interno delle disposizioni costituzionali) spetta a ciascuno e a tutti contemporaneamente, risultando così indisponibili alle decisioni di una parte. Se nei diritti costituzionali vi è il limite delle decisioni politiche, in essi possiamo rinvenire il basamento della democrazia costituzionale. L'Autore rappresenta la sovranità come titolarità dei diritti, da cui consegue la possibile lesione dello stesso fondamento statale mediante lacune o antinomie normative. Ferrajoli, ribadendo un concetto ormai consolidato nella sua teoria, riscrive quindi il significato di garantismo, nel senso di una necessaria evoluzione del costituzionalismo e come condizione di effettività della democrazia (p. 45). La seconda parte di questo scritto, dopo aver criticato le posizioni del neo-costituzionalismo principialista, tratta della crisi e del futuro della democrazia. L'Autore, definendo la tutela giurisdizionale come la principale garanzia (secondaria) in caso di violazione dei diritti, sostiene l'inaccettabilità di quelle tesi (ricducibili tanto a Kelsen quanto alla più recente ermeneutica giuridica) che affermano il carattere creativo della giurisdizione (p. 54), che toglierebbe certezze e garanzie (specialmente in ambito penale) ai diritti. La critica riguarda, principalmente, la dottrina di Dworkin e Alexy e quello che viene definito «il modello teorico

diffuso dell'odierno costituzionalismo», basato sulla distinzione tra principi costituzionali e regole. Soltanto queste ultime, secondo tale impostazione, potrebbero essere oggetto di sussunzione, mentre i primi, a causa della loro struttura aperta, richiederebbero un'operazione di ponderazione ai fini della loro applicazione. Tale concezione del diritto, viene sostenuto nel testo in commento, darebbe luogo a un indebolimento della normatività forte delle costituzioni e quindi dell'archetipo democratico, la cui attuazione verrebbe affidata al bilanciamento operato dal legislatore ordinario e dal giudice costituzionale (p. 57). Nel respingere tale posizione, Ferrajoli propone una differente tassonomia: le disposizioni costituzionali dovrebbero distinguersi in "principi regolativi" e "principi direttivi". I primi consterebbero in aspettative negative o positive di carattere universale (la cui titolarità spetta a tutti, poiché a tutti è imputata la parte sostanziale del dettato costituzionale) a cui corrisponderebbero, come garanzie, divieti o obblighi *erga omnes* (il cui destinatario principale e naturale è il legislatore) consistenti in regole (p. 41) e, in quanto tali, applicabili alle fattispecie in esse sussumibili. Si tratta, in ogni caso, di regole deontiche (o meglio di "norme tetiche") la cui formulazione si incardina sui diritti soggettivi anziché sulle garanzie ad esse corrispondenti (p. 58). Gli eventuali vizi, concretizzabili in antinomie o lacune, tra la normazione costituzionale e quella ordinaria, sarebbero risolvibili mediante il ricorso alle garanzie costituzionali, primarie o secondarie (pp. 63 ss.) Dei principi direttivi, viceversa, non sarebbe possibile configurare specifiche violazioni ma costituirebbero, in ogni caso, argomenti da ponderare nell'interpretazione di altre norme costituzionali (pp. 58 s.). All'interno di essi l'Autore riconduce tutte le disposizioni costituzionali istitutive di *status* e strumenti dell'interpretazione giuridica che concorrerebbero a definire l'identità della Repubblica italiana (come, ad esempio, l'art. 3, comma 2, della Costituzione). Particolarmente interessante, nella riflessione di un giuspositivista come Ferrajoli, è la posizione assegnata ai diritti sociali e alle loro relative garanzie costituzionali, qualificati come «il tratto sicuramente più importante del costituzionalismo novecentesco» (p. 66). L'Autore respinge le tesi, diffuse in parte della dottrina filosofica e costituzionalistica, che qualificano i diritti di seconda generazione come *condizionati* alla loro attuazione legislativa e alla predisposizione di una *costosa*, quanto insostenibile economicamente, organizzazione amministrativa. Alla base della prima posizione vi sarebbe un appiattimento dei diritti sul sistema delle relative garanzie, derivante dalla concezione imperativistica del diritto di Kelsen, che condurrebbe all'affermazione dell'inesistenza dei precetti costituzionali in assenza di guarentigie. In particolare, secondo Kelsen la titolarità di un diritto si materializzerebbe nella possibilità di attivare la sua garanzia giurisdizionale. Ferrajoli sottolinea l'inaccettabilità di questa tesi in quanto in contrasto con i postulati della struttura nomodinamica del diritto, primo tra tutti la distinzione tra norme e sanzioni. Se è vero che i diritti sociali sono tutelati con garanzie costituzionali primarie *deboli* (consistenti nell'obbligo di introdurre legislativamente garanzie primarie *forti*), ciò non significa che il diritto in sé non esiste, in quanto grava sul legislatore un obbligo costituzionale (p. 70). Parimenti interessanti sono le posizioni dell'Autore sul fondamento assiologico dei diritti sociali, che costituirebbero il completamento del diritto negativo alla vita, teorizzato da Hobbes, e una nuova «clausola del patto di convivenza» (p. 72); infine, pur concordando con Sunstein e Holmes sul loro inevitabile costo, l'Autore li configura come mezzi indispensabili per lo sviluppo economico e le capacità individuali, secondo le tesi di Amartya Sen. Nell'ultima parte dell'opera il filosofo descrive, dapprima, i *nemici* del paradigma garantista e, successivamente, tenta di individuare gli strumenti di resistenza ai poteri che metterebbero in crisi la democrazia

costituzionale. Il processo decostituente in atto, che riguarderebbe tanto l'Italia quanto altre democrazie occidentali, troverebbe la sua causa nella commistione di poteri politici e economici, accompagnata da una difficoltà degli ordinamenti statali e sovranazionali di far fronte ai fenomeni dello spazio globale, e nel trionfo di ideologie populiste e liberiste. Tutte queste forze tenderebbero ad autolegittimarsi e a sottrarsi al rispetto della legalità costituzionale, in una sorta di «neoassolutismo» (p. 77). Ferrajoli propugna un allargamento del paradigma della democrazia costituzionale nei confronti dei nuovi poteri extrastatali (economici e finanziari), mediante un'evoluzione del modello dello Stato di diritto e delle categorie di diritti tutelati, inclusi quelli di nuova generazione. Viene delineata una terza fase del costituzionalismo, seguente la nascita dello stato di diritto e dello stato costituzionale, basata su una «fondazione *giuscosmopolitica* di una sfera pubblica sovranazionale» (p. 83). L'espansione della garanzie costituzionali dovrebbe coinvolgere anche l'autonomia privata, proprio sulla base della constatazione che oggi l'esercizio dei poteri non pubblicistici connessi ai diritti civili si presenta più penetrante e limitante del passato. Allo stesso tempo, un argine ai poteri selvaggi sovranazionali dovrebbe essere rinvenuto nella costruzione di una sfera pubblica globale, che limiti la tendenza dei poteri a confondersi e concentrarsi (pp. 85 ss.). Dalle nuove sfide della democrazia non viene esentato l'ordinamento costituzionale statale, che dovrebbe porre in essere una serie di rimedi per reagire alla sua crisi. In primo luogo, mediante una più incisiva separazione tra poteri pubblici e poteri privati e in particolare tra cariche elettive e funzioni di partito. Solo così, in attuazione del dettato dell'art. 49 della Costituzione italiana nonché esautorati della gestione diretta della cosa pubblica, i partiti politici adempirebbero al loro ruolo di intermediazione tra società e istituzioni e diverrebbero immuni da logiche clientelari (p. 92). Alla ridefinizione del sistema della rappresentanza e della forma di governo, Ferrajoli affianca un rafforzamento delle garanzie che dovrebbero connotare la forma di stato, mediante l'introduzione di strumenti costituzionali tali da assicurare i più elementari diritti sociali, come l'introduzione dei cc.dd. vincoli di bilancio, già presenti all'art. 212 della Costituzione brasiliana. Sarebbe così possibile trasformare la naturale cedevolezza (rispetto agli interessi economici) delle disposizioni sui diritti di prestazione in una garanzia forte, volta a far sanzionare le antinomie con tale regola e attivabile davanti alle giurisdizioni costituzionali (pp. 94 ss.). L'Autore chiude la trattazione con un monito, frutto anch'esso del cambiamento derivante dalle costituzioni rigide del secondo dopoguerra, ai giuristi contemporanei: l'introduzione del diritto illegittimo, per vizi sostanziali, richiede «un ruolo critico e progettuale della scienza giuridica: critico nei confronti delle *antinomie*, delle quali ha il compito di sollecitare la soppressione; progettuale nei confronti delle *lacune*, delle quali ha il compito di sollecitare il completamento». Il distacco dal positivismo di Bobbio si viene completando nel nuovo ruolo del giurista, che non potrà più nascondersi dietro «ciò che il diritto è» ma dovrà perseguire, con spirito militante, ciò che il diritto deve essere (pp. 100 ss.). Nel complesso, quest'ultimo (di una produzione sconfinata) volume di Luigi Ferrajoli si presenta come un bellissimo e ben riuscito tentativo di compendiare gli elementi che hanno determinato il successo mondiale della teoria del diritto e della democrazia del più importante filosofo del diritto contemporaneo. Alcune questioni rimangono aperte e possono indurre, in base alla prospettiva di partenza, a soluzioni diverse da quelle illustrate nel testo. Ad esempio, per un costituzionalista, risulta molto complicato (se non impossibile) abbandonare l'opposizione regole-principi e la teoria del bilanciamento degli interessi, non solo per la diffusione di tale approccio negli ordinamenti occidentali ma anche a causa dell'impossibilità di perseguire degli effetti equitativi attraverso un rigida nozione di illegittimità costituzionale e di annullamento.

Inoltre, anche aderendo alla tesi per cui la non definizione a livello ordinario dà luogo a una lacuna e non all'inesistenza del diritto costituzionale, rimane il problema di come, in mancanza di prescrizioni rivolte al legislatore, i legittimati possano far valere l'omissione legislativa. Il lettore, se affamato di curiosità e domande, troverà molte risposte; lo studioso, se insaziabile, troverà la fonte di nuove riflessioni e ulteriori dubbi.

Simone Barbareschi

[S. NAVOT, \*The Constitution of Israel, a contextual analysis\*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 267.](#)

**I**l testo di Suzie Navot, “*The constitution of Israel, a contextual analysis*”, descrive una situazione, quella israeliana, allo stesso tempo affascinante e indubbiamente complicata, che certamente rappresenta un unicum nel panorama del diritto comparato. Il panorama giuridico israeliano, infatti, è una combinazione unica di *common law* britannica e diritto romano, con fortissime influenze di derivazione ottomana ed elementi provenienti dalla *halachà*, la tradizione normativa religiosa dell’ebraismo.

L'autrice è una dei maggiori esperti di sistemi giuridici in Israele, ed una esperta della *Knesset*, elemento che consente un approccio equilibrato ed una analisi della situazione costituzionale israeliana che possa essere coerente sia da un punto di vista giuridico che politico. In effetti, ad oggi, sono pochissime le analisi che cercano, in ambito israeliano, di conciliare una analisi prettamente costituzionale ad uno studio concreto della situazione politica e partitica del paese, ed un simile tentativo, nonostante le difficoltà tipiche di un sistema misto, deve certamente essere accolto con entusiasmo.

Il volume della Navot è allo stesso tempo conciso ed esaustivo, con un ampio riferimento dapprima alle origini storiche, seguite da un'analisi dei principi fondamentali del sistema. Il testo procede poi a discutere i poteri degli organi costituzionali, le fonti del diritto, la forma di governo, la definizione giudiziaria progressiva dei diritti fondamentali e dei meccanismi in atto per proteggerli, con interessanti riferimenti anche ai fatti più recenti

Iniziando con una analisi storica costituzionale israeliana, il manuale prende il via affrontando la difficile questione della nascita dello Stato di Israele e del suo sistema costituente “progressivo”.

Un simile processo costituzionale insolito e cumulativo trova le sue origini in primo luogo nella risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, adottata il 29 Novembre 1947, che istituisce la nascita di uno Stato israeliano all'interno la regione palestinese; e nella Dichiarazione di indipendenza del neonato Stato di Israele, del 14 maggio 1948, successiva al fallimento della giurisdizione britannica (ratificato dal Parlamento del Regno Unito ai sensi del *Palestine Act* del 29 aprile, 1948).

Il piano di Partizione delle Nazioni Unite del 1947 prevedeva infatti che il neonato Stato di Israele adottasse una costituzione formale, ed in effetti, le elezioni del 1949 ebbero come risultato l'elezione di una Assemblea Costituente.

Tuttavia, un simile organo, fatto di istanze e sensibilità molto diverse tra di loro, realizzò rapidamente che la redazione di un testo costituzionale sarebbe stato troppo

complessa e forse non completamente desiderabile in quel preciso momento storico, e decise conseguentemente di trasformarsi nella prima legislatura israeliana (la *Knesset*) e di avviare un progetto di “costituzione progressiva”, approvando nel tempo una serie di “*Basic Laws*” che, una volta completate, sarebbero divenute il vero testo costituzionale israeliano.

Con l'adozione di questa risoluzione, la cosiddetta *Harari Resolution*, Israele divenne una democrazia priva di un testo costituzionale scritto, alla pari del Regno Unito e della Nuova Zelanda, e basata sulla sovranità parlamentare.

Dal 1948 ad oggi, la Knesset Israeliana ha approvato 13 *Basic Laws* (in verità l'autrice ne analizza solamente 12 poiché l'ultima è stata approvata nel 2014), ma deve ancora ultimare il processo di *drafting* del testo costituzionale.

Fu la Corte Suprema, in quello che secondo l'autrice è inequivocabilmente un periodo di forte *judicial activism*, ad intervenire durante la metà degli anni '90 dichiarando che le *Basic Laws* avrebbero goduto di uno status costituzionale. Se è vero che un simile intervento avvenne a causa dell'adozione da parte della *Knesset* di due fondamentali *Basic Laws* circa la protezione dei diritti umani, non esiste una regola scritta che permette alla Corte Suprema di definire o codificare la costituzione “non scritta” di Israele. Tuttavia, tale Corte ha stabilito che esistono principi costituzionali per la tutela dei diritti umani e da allora ha svolto un ruolo fondamentale nello sviluppo del diritto costituzionale israeliano.

Secondo l'autrice, il fallimento della redazione di una Carta, approvata da un'Assemblea costituzionale e con efficacia sulle leggi ordinarie, è dovuta all'opposizione del Primo Ministro David Ben-Gurion (oltre che alle preoccupazioni di una parte della *Knesset*, che considerava la *Torah*, il libro sacro alla religione ebraica, come l'unica Costituzione esclusiva del popolo ebraico).

In realtà, e su questo Navot è molto chiara nel suo lavoro, nessun processo costituzionale globale fu mai realmente messo in moto. La ragione di questo mancato processo deve essere ricondotta al fatto che non si volesse legiferare con principi eccessivamente rigidi e creare divisioni culturali all'interno di una nazione appena nata e ancora tutta da formare. Tali preoccupazioni vennero ulteriormente esasperate a causa del fatto che, agli occhi dei padri fondatori israeliani, la maggioranza del popolo ebraico sarebbe con il tempo ri-entrata nei territori del nuovo Stato. La prima *Knesset* in ultima analisi, approvò quindi un compromesso, la già menzionata *Harari Resolution* del 13 giugno, 1950, che certamente stabilisce un precedente unico in diritto costituzionale comparato. In effetti, la *Knesset* decise “di non decidere” sulla questione, affidando alla Commissione Affari costituzionali e Giustizia il compito –

senza scadenze – di redigere uno per uno i "capitoli" della Costituzione - vale a dire, le "leggi fondamentali", che sarebbero state poi approvate una per una dalla *Knesset*.

Le 12 *Basic Laws* affrontate nel volume coprono ad oggi una grande percentuale di materia costituzionale. Una simile vastità di disposizioni permette all'autrice di organizzare i contenuti ed i temi del suo lavoro adottando un tradizionale approccio manualistico.

Anche chi si avvicina per la prima volta allo studio delle istituzioni israeliane non può evitare di notare il carattere unico di alcune istituzioni presenti nel paese, che senza dubbio dovrebbero avere un posto di spicco nello studio comparato delle istituzioni. Cercando di trovare un filo nel complesso e variegato sistema israeliano, si deve trovare il fondamento di tale sistema nel quadro istituzionale del *common law* britannico, poiché, come già detto, alla fine della prima guerra mondiale, dopo la caduta dell'Impero Ottomano, la Società delle Nazioni concesse alla Gran Bretagna un mandato per il territorio della Palestina. In effetti, sin dalla sua nascita, il governo dello Stato di Israele ha riprodotto i meccanismi del cosiddetto sistema parlamentare di *Westminster*, fatta eccezione per un breve periodo (1996-2001), in cui la cronica instabilità politica portò (con risultati deludenti) ad un insolito rafforzamento della carica di primo ministro. Tale consolidamento della carica fu ottenuto attraverso l'elezione diretta del primo ministro e la simultanea elezione della Camera dei rappresentanti per mezzo di due schede di voto separate (tuttavia, anche in questa fase, il primo ministro è rimasto soggetto a un voto di sfiducia da parte della maggioranza della Parlamento e, a condizione che ottenesse il via libera presidenziale, ha mantenuto il potere di sciogliere la *Knesset*).

La professoressa Navot fornisce una valutazione più approfondita di una mera analisi istituzionale, coprendo anche il recente sviluppo di un forte "*judicial activism*". Tale tendenza, più che mai attuale nel sistema israeliano e terreno di forte scontro tra esecutivo e giudiziario, ha progressivamente portato all'abbandono di un approccio formalistico derivato dalla legge britannica (anche se sotto il principio dello *stare decisis* i tribunali di grado inferiore sono ancora vincolati da giurisdizioni superiori), a favore di una più forte "americanizzazione" del sistema. Come l'autrice non manca di sottolineare, questo sviluppo è da attribuirsi principalmente al contributo della Corte Suprema israeliana attraverso il suo "*judicial review*" sulla legislazione ordinaria, ed è soprattutto questo processo che ha portato alla creazione di un vero e proprio *Bill of Rights*.

La già menzionata risoluzione *Harari* lasciò irrisolta la questione della posizione, nell'ambito delle fonti del diritto, delle "leggi fondamentali" adottate dalla *Knesset* utilizzando una procedura legislativa normale, tuttavia, il parere dominante, approvato dalla giurisprudenza della Corte Suprema, è che tali leggi limitino l'autorità legislativa del Parlamento. A questo proposito, vale la pena ricordare la decisione della Corte Suprema del 1995, *United Bank Hamizrabi vs Migdal* (pag

125,198,201,213,222 e 245). Questa decisione seguì l'adozione nel 1992 (che il Presidente della Corte Suprema Aharon Barak definì una "rivoluzione costituzionale") di due importanti leggi fondamentali in materia di diritti umani: per la prima volta in un caso di ricorso giurisdizionale un giudice supremo israeliano affermò il principio secondo cui se una legge ordinaria è in contrasto con un diritto inalienabile riconosciuto da una "legge fondamentale", il primo è da considerarsi non valido.

Tale principio si applica nonostante l'evidenza formale che quest'ultimo è stato approvato da una semplice maggioranza assoluta della *Knesset*, che detiene sia il potere legislativo che l'autorità costituzionale. La conclusione di S. Navot (p. 36) è che, seguendo l'esempio degli Stati Uniti in *Marbury v Madison*, anche in assenza di un mandato costituzionale esplicito, la Corte israeliana si considera in grado di giudicare se la legislazione è conforme ai contenuti delle "leggi fondamentali".

La seconda parte del volume è certamente quella più interessante e stimolante, ed è qui che l'autrice fornisce la sua interpretazione delle ragioni politiche e sociali per gli ostacoli che attualmente impediscono l'approvazione di una Costituzione scritta in Israele. L'autrice ritiene che tali ragioni si trovino nel profondo e costante disaccordo sulla compatibilità dei valori democratici che gradualmente emergono dalle "*Basic laws*" e la nozione di "Stato ebraico". L'analisi proposta nel volume sottolinea come l'equilibrio tra i due principi, quello democratico e quello religioso, potenzialmente contrari, su cui Israele si fonda, è tutt'altro che definito e stabile, e dipende in buona sostanza dalla nozione di "Stato ebraico", che a volte si riferisce semplicemente alla maggior parte delle persone, mentre altre volte si riferisce al diritto di autodeterminazione politica della nazione ebraica, e altri ancora viene utilizzato per evidenziare le caratteristiche peculiari religiose della legge. (pag 73).

Tuttavia, su quest'ultimo punto, la Corte di Giustizia (3872/93 *Mitral vs Il primo ministro e il ministro degli affari religiosi*) ha precisato che la nozione di "Stato ebraico" non contempla la possibilità di approvare "leggi religiose" (visto l'insindacabile diritto di godere di libertà religiosa, così come "libertà dalla religione"), e che in ogni caso, è necessario che il sistema legislativo stabilisca un equilibrato compromesso tra sentimento religioso potenzialmente minacciato ed altri diritti che non possono essere considerati alienabili. Ad esempio, un simile compromesso può significare bilanciare la libertà religiosa minacciata dall'utilizzo di taxi durante lo Shabbat, il Sabato di riposo, proibendo il servizio dei mezzi pubblici durante lo stesso giorno.

Un altro elemento di scontro e grave vulnus alla possibilità di redigere un documento costituzionale unico riguarda la posizione giuridica dei cittadini non ebrei (vale a dire, musulmani, cattolici e drusi) o di ortodossi e super-ortodossi ebrei nel

raggiungimento della parità sostanziale e parità di trattamento dei cittadini, che, agli occhi dell'autrice, rimane ancora solo in parte garantita. Questo è vero, de facto, nonostante molte sentenze della Corte Suprema spingano verso una più ampia partecipazione politica e per una maggiore trasversalità sociale. (A questo proposito il volume riporta, tra gli altri esempi, il caso di *Abmad Tibi* del 2003, in cui la Corte Suprema ha annullato la disposizione della commissione elettorale centrale, che aveva escluso dalle elezioni politiche un candidato del partito arabo *Ta'al*, le cui posizioni sembravano contrarie all'ordine statale. Si riscontrò in quel caso che il manifesto politico di Tibi, anche se era in conflitto con la natura ebraica di Israele, non aveva come messaggio la distruzione dello Stato, ma piuttosto invocava un sistema maggiormente inclusivo) (Pag. 107).

Navot tra le altre ragioni, non manca ovviamente anche di affrontare la questione del conflitto arabo-israeliano, la cui (non prossima) soluzione potrebbe rappresentare la svolta storica necessaria per costruire un reale consenso sociale da tradurre in un documento costituzionale unico (pag 266).

In conclusione, possiamo ammettere senza remore che non è facile prevedere l'evoluzione del sistema costituzionale israeliano. Secondo l'autrice, "nel secondo decennio del 21° secolo, il completamento della costituzione di Israele sembra ancora irrealistico". La causa principale di questa situazione è certamente il conflitto persistente all'interno delle istituzioni politiche e della società civile israeliana su questioni fondamentali, come i il rapporto tra istituzioni e religione, diritti umani, e, in particolare, i diritti delle minoranze. Appare evidente come fino a quando i due principi "cardine" di Israele, quello religioso e quello democratico, non troveranno un equilibrio più organico e omogeneo, ammesso che tale equilibrio esista, sarà impossibile immaginare un qualsiasi tipo di evoluzione formale del processo costituzionale.

Quale quindi il futuro della Costituzione israeliana? In relazione a questa domanda cruciale, e benché molti teorici non siano concordi, l'autrice esprime alcuni dubbi sul materiale costituzionale attualmente esistente. Se è vero, da un lato, che i "capitoli", scritti finora regolano grandi parti del sistema, paragonabili ad altre costituzioni scritte di molti Stati democratici (p. 45), dall'altro, quello attuale, appare ancora un quadro "debole" ed "instabile" privo dell'ampio consenso necessario su questioni cruciali (come ad esempio quello sulla definizione di "Stato ebraico"), e ancora troppo disomogeneo e polarizzato. Di conseguenza, appare molto difficile, almeno per ora, riuscire a raccogliere e consolidare le "leggi fondamentali" in un unico documento costituzionale.

Enrico Campelli

[P. NORRIS, A. ABEL VAN ES \(a cura di\), \*Checkbook Elections? Political Finance in Comparative Perspective\*, New York, Oxford University Press, 2016, pp. 352.](#)

**I**l problema del ruolo del denaro in politica è al centro della discussione proposta dagli autori del libro *“Checkbook Elections?”* pubblicato da Oxford University Press nel 2016. Questo volume è frutto di una ricerca pluriennale che fa parte del progetto *The Electoral Integrity Project*, finanziato dal Consiglio delle Ricerche Australiano. *The Electoral Integrity Project* è un progetto accademico, che si occupa dello studio dei processi elettorali nella prospettiva comparatistica. Ha sede presso l’Università di Harvard e l’Università di Sydney, ed è diretto dalla prof.ssa Pippa Norris. Il volume *“Checkbook Elections?”* è, più precisamente frutto della collaborazione tra i progetti – *The Electoral Integrity Project* e *The Money, Politics and Transparency Project* (diretto dalla prof.ssa Andrea Abel van Es). Alla stesura di questo libro hanno contribuito dodici studiosi di varie università, esperti nella teoria politica e nella politica comparata. Il volume vuole offrire una teoria originale per comprendere le norme che regolano il finanziamento della politica, riflettendo sia sul grado di intervento dello Stato in questo settore, sia sull’impatto di tali politiche nel tentativo di promuovere la competizione politica equa e “pulita”.

Il titolo del libro deriva dall’espressione idiomatica (di stampo americano) *“checkbook journalism”*. Checkbook giornalismo, cioè giornalismo “fatto con gli assegni”, nella tradizione americana si riferisce alla pratica di pagare ingenti somme di denaro in cambio della rinuncia dei diritti esclusivi. È certamente un termine peggiorativo, in quanto rappresenta una pratica, spesso immorale, usata dagli editori per comprare notizie “su misura”. In breve, con la parola *“checkbook”* si cerca di sottolineare il legame esistente tra il denaro ed un *modus operandi* che si trova in contrasto con le regole e le pratiche convenzionali. Lo stesso vale anche per il mondo politico, dove – come affermano gli autori del volume – il denaro rappresenta *“oil in the political engine without which electoral process stall”* (p. 227).

L’idea di questo libro nasce dalla necessità di approfondire l’argomento “caldo” – sulla questione del finanziamento dell’attività politica – che si trova al centro degli scandali politici in diversi paesi (ad esempio, la vicenda italiana di “Tangentopoli”). La normativa sul *political finance* attiene al settore relativo alla disciplina della partecipazione politica, e quindi, influisce sulla competizione effettiva tra i partiti politici, sulle possibilità dell’espressione del Corpo elettorale, e, di conseguenza, sulla qualità della democrazia. Le regole possono anche influire direttamente sulla qualità dei rappresentanti: per esempio, secondo le statistiche citate nel libro, in India esiste una correlazione lineare tra la ricchezza del candidato, il suo collegamento con il mondo criminale e la probabilità di vincita nelle elezioni (p. 74).

Il finanziamento politico, percepito come finanziamento ai partiti durante le campagne elettorali, è considerato dagli studiosi come una delle questioni di legislazione elettorale cd. “di contorno”, e quindi, spesso il tema viene trattato in maniera secondaria e senza la dovuta attenzione. Gli autori del volume cercano di colmare questo vuoto ed, innanzitutto, forniscono una definizione esauriente del concetto del finanziamento politico (*political finance*). Secondo loro, il termine comprende “tutti i flussi finanziari da e verso i partiti ed i candidati, incluse le entrate e le spese formali ed informali, così come i contributi finanziari o di altro tipo; queste operazioni fanno riferimento all’utilizzo dei fondi da parte degli attori politicamente rilevanti durante sia le campagne elettorali sia l’attività giornaliera” (pp. 6-7).

Negli ultimi decenni sono stati resi disponibili i dati dei Paesi sparsi in tutto il mondo (*Big Data*), per cui l’attenzione dei ricercatori è spostata dallo studio dei casi separati, in particolare, delle democrazie occidentali, verso le comparazioni che includono i Paesi con regimi diversi. La regolamentazione del denaro nella politica è un problema di carattere universale che affligge sia le democrazie consolidate con economia solida sia gli Stati con economie emergenti. Questo “spirito universalista” è stato alla base del volume “*Checkbook elections?*”. Il lavoro collettivo degli autori ha svolto un compito ambizioso di fornire una visione più ampia del problema del finanziamento politico attraverso i confronti cross-nazionali.

Un altro segno della tendenza universalista della ricerca è la selezione dei Paesi per lo studio del caso singolo. Infatti, nella parte prima del libro, dedicata all’analisi della disciplina legislativa del finanziamento politico nei singoli ordinamenti statali nella prospettiva dinamica, gli autori abbracciano la strategia dei “casi più diversi” (*most different design strategy*). Ogni capitolo, dal capitolo 2 al capitolo 10, è scritto da un esperto dell’area geografica di competenza. In totale sono esaminati nove Paesi, che rappresentano le società post-industriali con democrazie stabili (Svezia, Stati Uniti, Gran Bretagna e Giappone), le nuove economie emergenti (Brasile, Russia, India e Sud Africa), e le società in via di sviluppo (Indonesia). Gli autori analizzano le riforme del regime del finanziamento politico (*political finance regime*), definito nel libro come: il quadro delle politiche pubbliche, gli atti normativi, le istituzioni, e le norme sociali informali che regolano il ruolo del denaro nella politica (p. 14). L’adozione di un atto che cambia in modo significativo tutto il quadro giuridico rappresenta per ogni Paese il momento cruciale nella regolamentazione del finanziamento. Si tratta di atti come: *The Public Funding of Represented Political Parties Act* (1997) per il Sudafrica, *The Political Party Subsidy Law* (1994) per il Giappone, *The Bipartisan Campaign Reform Act* (2002) per gli Stati Uniti, la Legge Federale sui Partiti Politici (2001) per la Russia, la Legge sui Partiti Politici (1995) e la Legge sulle Elezioni (1997) per il Brasile, la Legge dell’ Aprile 2014 per la Svezia, *The Political Parties, Elections and Referendums Act* (2000) per la Gran Bretagna, *The Right to Information Act* (2003) per l’India, ed il Decreto del 2005 sulla Riforma del Finanziamento Pubblico per l’Indonesia.

I tre componenti – teorico, empirico (i *data*) e *case study* sono presenti in questo volume. L’analisi teorica ed empirica la troviamo nella parte seconda del libro, contenente le prove

comparative sulle questioni come le cause delle riforme in materia di finanziamento politico e la loro efficacia. Queste riflessioni disegnano un contesto più ampio, in cui vengono inserite come elementi di prova o di confutazione i singoli casi di studio, illustrati nella parte prima del libro. Nonostante la disuguaglianza in termini di quantità delle pagine dedicate (due terzi del libro sono assegnati alla parte prima con i *case studies*), entrambe le parti del libro sono di pari importanza per la ricerca.

Per fornire un ulteriore contributo di conoscenza e di riflessione sugli argomenti correlati alla necessità di regolamentare il denaro in politica il libro affronta tre questioni principali tra loro interconnesse: (1) quali tipi di politiche pubbliche sono comunemente utilizzati nel tentativo di regolamentare il ruolo del denaro nella politica?, (2) che cosa provoca l'avvio delle riforme nel settore del finanziamento politico? e (3) quali sono le migliori e le peggiori pratiche che sono state attuate durante le riforme, e perché alcuni strumenti funzionano ed altri no?

La prima domanda che si pongono i ricercatori comporta in sé un problema di classificazione delle politiche adottate dai Paesi nel tentativo di regolare il finanziamento dell'attività politica. A questo punto, gli autori propongono la distinzione di quattro strumenti di regolamentazione, che sono: (1) la pubblicazione delle informazioni sul finanziamento politico – le entrate e le spese dei partiti e dei candidati – (*disclosure requirements*), (2) il tetto fissato ai contributi e divieti di donazione (*contribution caps and donation bans*), (3) i limiti di spesa (*spending limits*), e (4) fondi pubblici (*public funding*). Dall'impiego o non impiego di tali strumenti dipende il livello di regolamento formale del finanziamento politico in ogni Paese. Dunque, il dilemma da risolvere per gli esperti è quello della scelta tra regolamentazione e non regolamentazione, intervento e non intervento. In pratica, ultimamente negli ordinamenti statali si osserva una tendenza alla regolamentazione della disciplina sul finanziamento politico, tuttavia esistono delle eccezioni. Per esempio, le recenti riforme: in Indonesia sulla riduzione dei fondi pubblici con lo scopo di diminuire le spese per le elezioni; oppure le decisioni della Corte Suprema americana contrarie alla fissazione dei limiti di spesa con la pretesa di salvaguardare i diritti fondamentali (*Citizens United v. FEC*, 2010; e *McCutcheon v. FEC*, 2014), sono tutti fatti diretti verso la deregolamentazione della materia.

Riguardo al dilemma dell'interventismo, gli autori non dubitano sul vantaggio di un'istituzionalizzazione della disciplina sul finanziamento della politica, anche se precisano che tale regolamentazione deve essere equilibrata. Per esempio, il caso della Russia, il Paese in cui la disciplina sui partiti politici e sul finanziamento politico può essere definita sovra-regolamentata, insegna che troppe regole diventano un ostacolo per la partecipazione nell'attività politica. Inoltre, è importante capire, che la regolamentazione non basta per combattere la corruzione in politica ed esistono anche regole informali capaci di distorcere il modello di comportamento. A questo punto, bisogna citare il caso della Svezia, dove fino al 2014 non esisteva alcun regolamentazione nella materia del finanziamento politico (tranne l'accordo volontario tra i partiti *Joint Agreement Concerning Openness about the Parties Income*). L'ordinamento svedese rappresenta, secondo i dati internazionali, uno dei casi meno colpiti dai fenomeni di corruzione, e che possiede un sistema partitico stabile ed

efficace. Tale osservazione porta a pensare che le differenze, più che nelle forme della regolamentazione, stanno nella cultura politica dei soggetti politicamente rilevanti e nell'efficacia dei controlli istituiti dall'ordinamento.

La seconda domanda posta al centro del volume – che cosa fa scattare le riforme? – si riferisce agli attori ed ai fattori che possono influire sul processo della decisione politica. La domanda è stata provocata dal fatto che in diversi Paesi esistono vari livelli d'interventismo statale in quello stesso settore: perché Sudafrica, Svezia, India preferiscono un regime *laissez-faire* in materia di finanziamento politico, invece Brasile, Indonesia e Russia prevedono un forte intervento dello Stato? Nel dettaglio, nel capitolo 11 del libro si analizzano due approcci teorici al problema dei fattori che contribuiscono alla maggior regolamentazione della finanza in politica e, di conseguenza, ad una maggior ingerenza dello Stato nel settore. La prima teoria esplicativa, l'ipotesi dell'interesse pubblico, si basa sul concetto downsiano di *market failures*. I fallimenti in politica esistono in due forme, corruzione e concentrazione del potere; lo Stato e la società reagiscono a questi fenomeni, sollecitando le riforme. La seconda ipotesi, quella relativa agli attori privati, si basa sull'idea di prendere in considerazione il desiderio e la possibilità di vari agenti nel *policy making*. Particolare importanza è assegnata alle questioni dei *veto player* e del ruolo dei partiti politici, soprattutto i cd. “*cartel parties*”, alle dimensioni del business nell'economia dello Stato concreto, e a livello dello sviluppo della rete delle ONG.

L'indice *PERI* (*Political Finance Regulation Index*), elaborato dagli autori del volume per valutare l'effetto delle due ipotesi, unisce i fattori strutturali (la dimensione della popolazione e l'ineguaglianza sociale), i fattori istituzionali (la tradizione legale, la maturità della democrazia, la forma di governo, il sistema elettorale), e quelli politici (il livello di competizione tra i soggetti politicamente rilevanti). Come viene osservato, alla fine del capitolo, è difficile definire un fattore che potrebbe in modo universale avere maggiore importanza nel processo di istituzionalizzazione della disciplina sul finanziamento politico. In ogni *case study*, descritto nella prima parte del libro, le cause che hanno provocato l'avvio delle riforme in materia di finanziamento politico sono state varie. Gli scandali legati alla corruzione hanno portato i cambiamenti in Brasile (*impeachment* del Presidente Collor de Melo, 1992) e in Giappone (*Sagawa Kyubin Scandal*, 1992). Invece per la Svezia, in cui gli scandali legati alla corruzione sono una cosa rara, la pressione dell'organizzazione regionale GRECO (*Group of States against corruption*) ha agito come motore della riforma. Tuttavia, alcuni attori politici possono ostacolare le riforme, fungendo così da veri *veto players*, come, per esempio, i conservatori e la Corte Suprema negli Stati Uniti contrari al limite della spesa per le campagne elettorali.

Nella risposta all'ultima domanda – quali sono le pratiche migliori e le peggiori? – gli autori del volume avvertono che le soluzioni universali, le cd. “*best practices*”, in materia di legislazione sul finanziamento politico non esistono, in quanto sono tante le variazioni dei fattori strutturali, istituzionali e politici che devono essere tenute in considerazione caso per caso. L'Autore del Capitolo 12 parte dallo schema eastoniano del ciclo di *policy making* per poi analizzare gli *outputs* delle riforme in materia di finanziamento politico. La valutazione degli strumenti regolatori avviene sulla base degli indicatori del *Perceptions of*

*Electoral Integrity database*, tenendo conto le variabili che determinano il contesto generale delle riforme – le tradizioni culturali e storiche, il tipo del regime politico, lo sviluppo socio-economico. Per valutare i risultati delle riforme gli autori stabiliscono i parametri di riferimento (*benchmarks*). Questi sono i principi costituzionali a cui si riferisce la materia del finanziamento politico. Dalla ricerca si evince che gli standard normativi sono: (1) la competizione politica efficace con l'uguaglianza di opportunità, (2) l'integrità dei processi politici non intaccati dalla corruzione, (3) la trasparenza e l'*accountability*, e (4) la partecipazione inclusiva.

La complessità della questione del finanziamento politico è determinata, in gran parte, dall'esistenza delle due concezioni su questo problema che articolano in vario modo da un lato il principio di eguaglianza e dall'altro la libertà di manifestazione del pensiero. Si tratta di un confronto tra la visione anglosassone e quella continentale, che in modi diversi percepiscono i possibili limiti all'intervento dello Stato e la natura dei partiti politici. Un punto di partenza nella disciplina che regola il finanziamento politico è il modo in cui il partito politico viene definito nel quadro normativo. È ovvio, che è molto più difficile stabilire le regole in materia, quando lo *status* costituzionale dei partiti politici non viene definito in maniera chiara (si ricorda l'art. 49 della Costituzione italiana). Per esempio, nel caso indiano, i partiti politici hanno insistito per tanti anni che le regole sulla rendicontazione pubblica del finanziamento politico previste nel *Right to Information Act* non dovessero essere applicate alle organizzazioni dei partiti in quanto essi sono enti privati e non pubblici. Alla fine, la Commissione Centrale sull'Informazione ha dovuto intervenire a definire come entità pubbliche i sei maggiori partiti nazionali (p. 77).

Come osservano gli autori del volume, i partiti politici in Gran Bretagna sono finanziati attraverso risorse private, che includono le quote d'iscrizione, le attività commerciali dei partiti e le donazioni volontarie. Questa caratteristica rende il caso inglese simile a quelli del Canada, degli Stati Uniti, dell'Australia e dell'Irlanda (p. 45). Tale particolarità può essere spiegata dall'impostazione "extrastatuale" del partito e dalla logica secondo la quale, il partito che ha basi stabili nella società (*grassroots party*) è in grado di coprire le sue spese con i contributi erogati dai simpatizzanti senza aiuti statali. Da questo ragionamento scaturisce anche la posizione negativa sul finanziamento pubblico ai partiti. Secondo tale impostazione, i sussidi statali pregiudicano l'eguaglianza delle *chances* e creano una dipendenza dei partiti verso lo Stato.

I limiti per le donazioni, ma soprattutto i limiti di spesa fissati per i candidati, per i partiti e per i "terzi" (per esempio, *political action committees* in U.S. o "*third parties*" in Gran Bretagna), vengono considerati nella tradizione anglosassone come restrizioni infondate della libertà di espressione. Così, secondo la Corte Suprema degli Stati Uniti "il valore dell'uguaglianza politica non giustifica i limiti di spesa, ed anche se lo scopo di prevenire la corruzione giustifica i limiti alle donazioni, esso non giustifica i limiti di spesa" (p. 185), "*raising and spending campaign money is protected by the First Amendment*" (p. 181). Tuttavia, l'assenza del limite per le spese che i candidati possono usufruire per le loro campagne elettorali negli Stati Uniti comporta la prassi in cui la concorrenza tra i candidati nelle elezioni diventa una corsa per la raccolta dei fondi (*fundraising arms race*). Le donazioni, a

cui

non viene applicato nessun tipo di restrizione, sono chiamati “*soft money*”. Con questi contributi possono essere finanziati sia “*issue advocacy*” (un tipo di pubblicità elettorale, una dichiarazione che non fa un richiamo diretto a votare per uno specifico candidato, anche se può contenere una critica rivolta contro il candidato stesso) sia l’attività delle *PACs* (*political action committees*) – organizzazioni formalmente indipendenti che si occupano della raccolta dei fondi. Nello stesso tempo, i limiti della spesa, anche se riducono l’autonomia dei candidati, sono strumenti efficaci per garantire l’uguaglianza delle *chance* tra i concorrenti. Tali misure diminuiscono il ruolo del denaro nelle campagne elettorali per dare anche ai candidati meno facoltosi la possibilità di concorrere per i mandati.

Nonostante le divergenze ideologiche sulla questione di finanziamento pubblico, si osserva oggi una tendenza di prevedere i fondi pubblici negli ordinamenti statali, anche come soluzione al problema maggiore dei partiti, di raccogliere i fondi attraverso “tesseramenti” o contributi volontari. Ad esempio, tale “rimedio” è stato riproposto in Gran Bretagna sulla base dei suggerimenti del *Neill Committee’s report* che ha previsto l’utilizzo di cd. “*short money*” (una somma stanziata ai partiti dallo Stato in base al numero di seggi nella Camera dei Comuni). Si tratta di una dinamica che riflette la crisi del classico partito di massa e la nascita di un *cartel party*.

Si può presumere che l’istituzione del finanziamento pubblico può positivamente influire sulla “purezza” dei soldi nella politica, garantendo così l’integrità dei processi politici. Si pensi che il modello dello “stato finanziatore”, anche se rende i partiti dipendenti dallo Stato (in alcuni casi, come quello russo e svedese, due terzi delle entrate totali dei partiti politici derivano da soldi provenienti dai fondi pubblici), nello stesso tempo, riduce la dipendenza dei politici da persone appartenenti ad ambienti criminali o dalla pressione dei grandi donatori, i cd. *fat cats*. Di conseguenza, si presume che i fondi pubblici possono ridurre il fenomeno della vendita dei mandati e del clientelismo. Proprio contro gli oligarchi sono state rivolte le riforme politiche dell’inizio 2000, guidate da Putin, finalizzate ad una chiara distinzione tra gli affari dello Stato e quelli del *business*. Di conseguenza, il finanziamento pubblico ha portato alla pietrificazione del sistema partitico in Russia.

Un altro esempio dell’applicazione dello strumento dei fondi pubblici con lo scopo di stabilizzare il sistema dei partiti è il caso del Giappone. L’introduzione dei fondi pubblici per i partiti, insieme con la regola di tenere un unico organo responsabile per la raccolta dei fondi, hanno avuto come effetto lo spostamento dalla *candidate-centred system* verso *party-centred system* con riduzione del ruolo degli agenti intermedi – *koenkai*. La riforma giapponese è stata di tipo strutturale, avente ad oggetto non solo la legislazione elettorale di contorno, con i limiti per le donazioni e le spese, ma anche il cambiamento della formula elettorale – lo spostamento dal sistema super-personalizzato a quello misto. Al contrario, il caso del Sudafrica dimostra come l’introduzione del finanziamento pubblico per i partiti, senza la regolamentazione delle donazioni private, non produce risultati efficaci.

Un altro scopo, a cui possono servire i fondi pubblici è quello di incentivare la competizione tra i partiti politici, dando la possibilità di concorrere nelle elezioni ai partiti

minori (“riequilibrio”). Nel caso del Brasile l’1% del fondo pubblico viene distribuito in maniera uguale a tutti i partiti. Inoltre, viene prevista la norma nella legislazione elettorale di contorno, secondo la quale un terzo del tempo della trasmissione in TV viene ripartito tra tutte le forze politiche. Questo caso aiuta a capire che nella materia del finanziamento pubblico, gli elementi che hanno maggior importanza sono: il modo in cui viene distribuito il finanziamento pubblico (in maniera proporzionale o uguale); la formula dell’allocazione (secondo le seggi o i voti); e la previsione di una soglia di sbarramento (per esempio, in Russia essa è di 3% dei voti). Ovviamente, la formula che si basa sul numero dei seggi o che prevede un’alta soglia deve essere considerata meno preferibile per la democrazia, in quanto vengono premiati i soggetti politici che sono già rappresentati.

Lo strumento per raggiungere l’integrità dei processi politici – citata come uno dei principi chiavi alla base della disciplina di *political finance regulation* – è il divieto delle donazioni dalle compagnie straniere. I limiti massimi per i contributi fissati al livello più basso garantiscono che il candidato sarà incaricato di raccogliere relativamente piccole porzioni di denaro da un numero maggiore di donatori, piuttosto che soddisfarsi da grandi contributi derivanti da poche imprese (*fat cats*). Dall’altra parte, il *ban* sulle donazioni aziendali riduce la possibilità della comunità imprenditoriale di far valere i suoi interessi.

La questione della trasparenza nel mercato politico si colloca sulla base dei *disclosure requirements*, gli obblighi di rendere pubblica la provenienza dei mezzi di sostentamento e le spese dei partiti. La trasparenza della materia del finanziamento politico dà la possibilità ad un elettore di fare una scelta informata, e per la società civile di reagire in maniera efficace contro i casi di corruzione nella politica. L’obbligo di rivelazione al pubblico delle origini dei mezzi finanziari è uno dei strumenti più utilizzati oggi nel mondo. La sua efficacia dipende, in primis, dallo sviluppo della società civile e dalla sensibilità della popolazione agli atti illeciti connessi alla corruzione. La trasparenza non funziona senza *accountability*, e quest’ultima sarebbe rafforzata soltanto là, dove esistono i controlli politicamente imparziali con procedure *follow-up* e con sanzioni adeguate in caso di violazione delle regole.

Dunque, la triade *equality-transparency-accountability* è alla base della normativa che regola il finanziamento politico. Soltanto seguendo questi principi in maniera completa e coerente, con la previsione delle riforme strutturali e l’adozione delle misure tecnicamente miste e politicamente imparziali, il ruolo del denaro nella politica può essere controllato nel miglior modo possibile. Nel complesso, grazie al metodo comparatistico e allo studio approfondito dei casi, gli autori hanno fornito un quadro più completo della disciplina del finanziamento politico. Tuttavia, tante questioni in materia di finanziamento politico non sono ancora risolte, e gli esperti tuttora continuano a dubitare: “*Democracy has been good for business, but has business been good for democracy?*” (p. 153).

Ilmira Galimova

[S. MOUTON, Le régime représentatif à l'épreuve de la Justice Constitutionnelle. Parigi, LGDJ, 2016, pp. 324](#)

Questo volume è il resoconto del convegno organizzato il 9 e il 10 ottobre 2014 all'Università di Tolosa I- Capitoles. Al convegno hanno partecipato numerosi professori illustri di Diritto Pubblico come Michel Troper dell'Università di Parigi Ovest Nanterre-La Défense e Pasquale Pasquino dell'Università di New York.

Tale volume tratta di varie tematiche, tra cui le più importanti sono: il principio di rappresentanza nei regimi democratici, il controllo di costituzionalità, il concetto di democrazia ma anche la figura del giudice nei modelli di giustizia costituzionale.

La conferenza mette l'accento sul modello francese di giustizia costituzionale ma non trascurava il modello della Germania e degli Stati Uniti.

Nell'introduzione, l'autore Michel Troper pone il quesito seguente: "esiste una compatibilità tra la democrazia rappresentativa e il controllo di costituzionalità?" Prima di rispondere a questa domanda, Michel Troper dà una definizione del controllo di costituzionalità inteso come "un meccanismo giurisdizionale che ha per obiettivo di assicurare la protezione dei diritti e libertà dei cittadini al livello più alto dell'ordine giuridico statale". Questa definizione è fondamentale poiché permette di definire il ruolo di un attore maggiore del rapporto tra controllo di costituzionalità e di democrazia rappresentativa: il giudice costituzionale che ha come ruolo fondamentale di garantire tali diritti e libertà. Il giudice costituzionale si pone tra la legge e la Costituzione, la quale è in relazione diretta con il potere politico che viene definito come il potere istituzionalizzato dello Stato.

Detto ciò, Michel Troper afferma che esiste una compatibilità tra il controllo di costituzionalità e la democrazia rappresentativa a condizione che il giudice non disponga di un vero potere discrezionale, poiché il giudice costituzionale non viene eletto. Infatti il giudice non dovrebbe disporre di prerogative che farebbero di lui, un'autorità al di sopra dei cittadini e dei rappresentanti. In egual misura sostiene che se la legge è l'espressione della volontà del popolo, allora esiste una compatibilità tra la giustizia costituzionale (la quale si esprime tramite il controllo di costituzionalità) e la democrazia rappresentativa; in quanto il giudice costituzionale ha il compito di verificare che ogni legge esprima la volontà del popolo come definita nella Costituzione.

Michel Troper conclude il discorso introduttivo definendo il concetto di democrazia non come una procedura ma piuttosto, come "un insieme di valori e di principi fondamentali". Infine precisa che uno degli obiettivi di questo convegno non si focalizza solo sulla figura del giudice ma soprattutto sulla legittimità della giustizia costituzionale.

Stephane Mouton esamina la giustizia costituzionale sotto un aspetto differente. Si chiede se la giustizia costituzionale modifica la nostra percezione del modello democratico. Inoltre, un'altra domanda riguarda l'impatto della giustizia costituzionale sul rapporto tra governanti e governati. Stephane Mouton si interroga infine se la giustizia costituzionale partecipa al rafforzamento della dimensione rappresentativa della democrazia o al contrario la rende

debole.

Per l'autore Stephane Mouton, la giustizia costituzionale, grazie al controllo di costituzionalità, crea un legame di natura individuale e giurisdizionale tra i governanti e i governati. Questo rimette in discussione il carattere della democrazia rappresentativa poiché implica di prendere in considerazione la volontà delle due categorie di attori. La giustizia costituzionale ridimensiona la figura del cittadino nella società riconoscendo i suoi diritti soggettivi; i cittadini non sono più semplici elettori ma diventano veri e propri attori politici perché, diventano beneficiari di diritti costituzionali che si possono opporre al potere. Possono rivendicare la protezione del potere rifiutando la volontà dei rappresentanti mediante il controllo giurisdizionale.

Stephane Mouton attribuisce una grande importanza alla garanzia giurisdizionale dei diritti, ciò che Mirkine Guetzevitch considerava nel 1928 come “il problema più interessante del costituzionalismo moderno”. Di conseguenza dimostra anche un interesse per la funzione del giudice costituzionale nel regime rappresentativo e lo definisce come il guardiano dei diritti; il giudice costituzionale ha la vocazione di proteggere i diritti dei cittadini di fronte alla “*puissance publique*”. Ciò fa di lui l'opposto del giudice amministrativo, che assume il ruolo di guardiano della legalità della “*puissance publique*” e agisce in nome dell'interesse generale.

Il suo ragionamento si conclude con una considerazione sull'importanza della giustizia costituzionale, che pone un limite alla volontà eccessiva dei rappresentanti e, permette di limitare le decisioni liberticide.

Il primo capitolo è dedicato al contributo del professore di diritto pubblico dell'università Parigi II- Assas, Olivier Jouanjan. Egli si sofferma innanzitutto sul principio delle rappresentatività, definita come “un meccanismo tra lo Stato e la società”, aggiunge

che i dispositivi rappresentativi permettono ai cittadini di prendere parte agli affari dell'autorità pubblica.

Olivier Jouanjan evoca la questione della democrazia e della rappresentatività come un problema fondamentale delle democrazie moderne occidentali. Per esempio in Germania laddove la storia costituzionale prende forma nel 1815 durante il Congresso di Vienna, il problema della rappresentatività è al centro dei dibattiti con la questione della pubblicità delle udienze.

In effetti, se la giustizia è al servizio del popolo, allora questo popolo deve essere a contatto con la giustizia. La Germania, in questo contesto, manifesta la rappresentatività grazie alla nozione di sorveglianza popolare. Il sistema tedesco durante la monarchia costituzionale era già marcato dalla giustizia costituzionale, poiché la legge era il risultato della volontà delle assemblee legislative.

“L'*ordonnance*” era una prerogativa riservata esclusivamente al monarca. Tuttavia, il giudice doveva aggiustare questo squilibrio della meccanica costituzionale tedesca e aveva il potere di dichiarare incostituzionale l'ordinanza reale. Quindi nel sistema tedesco della monarchia costituzionale, il controllo delle ordinanze era il simbolo della giustizia costituzionale, “*la clé de voute du système constitutionnel*”.

In Francia invece, la rappresentatività era già un principio sacro visto che la Costituzione del 1791 si dichiarava rappresentativa. Olivier Jouanjan sottolinea il fatto che la rappresentatività non implica per forza che il rappresentante venga eletto in quanto è presente la figura del monarca, inteso anch'esso come rappresentante che non viene eletto secondo la

Costituzione tedesca.

Olivier Jouanjan si sofferma sulla democrazia prendendo in considerazione la visione del giurista Kelsen, secondo la quale, per democrazia non s'intende il regno della volontà del popolo, in quanto la rappresentatività non esprime totalmente la volontà del popolo poiché la volontà del popolo non esiste. Il concetto di rappresentatività è in continuo movimento e non perfetta. La democrazia non è mai immediata, il corpo elettorale che decide, non è mai l'intero popolo perché ci sono sempre dei cittadini passivi. La rappresentanza non può quindi riflettere una volontà popolare che non esiste. Chiude il suo ragionamento con la visione della giustizia costituzionale secondo Kelsen, che la definisce come una garanzia contro l'abuso del potere di maggioranza che a ogni momento rischia di diventare una posizione dominante. E per quanto riguarda la questione della rappresentatività, conclude affermando che "non ci può essere una democrazia se non c'è rappresentatività".

Nel secondo capitolo, il professore di diritto pubblico dell'università di Parigi 13 Eric Desmons si interroga sul rapporto tra la giustizia costituzionale, il governo rappresentativo e il "bon regime". Per lui, l'elezione non è una garanzia democratica perciò la giustizia costituzionale contribuisce a garantire la democrazia dando al diritto un posto più importante; la giustizia costituzionale è un plusvalore per la democrazia, è una congiunzione tra la legittimità di origine e la legittimità di esercitazione del potere. Evocando la legittimità, il giurista afferma che un governo legittimo non è per forza un buon governo e l'eccellenza di un governo non gli conferisce necessariamente la legittimità.

Al contrario per avere un buon regime, ci vuole un buon costituente che educa il popolo alla virtù. Detto ciò, afferma che il buon regime rappresentativo è quello che prende in considerazione la legittimità di origine, cioè la sovranità del popolo e la legittimità del risultato ovvero la garanzia dei diritti e la giustizia.

Secondo Eric Desmons, un sistema rappresentativo, dotato di una giustizia costituzionale, diventa uno dei migliori dei regimi democratici. Il giurista parla anche del ruolo del giudice nel "bon regime"; un ruolo essenziale, ovvero fondamentale, visto che il giudice costituzionale ha per compito di verificare se gli atti del governo sono costituzionalmente validi. Il giudice fa parlare la Costituzione e rappresenta il popolo costituente di fronte ai suoi rappresentanti eletti; egli pone fine al monopolio dalla rappresentanza degli eletti.

Nel terzo capitolo, la figura del giudice è al centro dell'attenzione, in questa conferenza la professoressa di diritto pubblico dell'università di Tolosa 1 Wanda Mastor fa un discorso a favore del governo dei giudici: "*plaidoyer pour le gouvernement des juges*". Se alcuni come Denys de Béchillon considerano il governo dei giudici come una "mostruosità", l'autrice Wanda Mastor pensa che bisogna cessare di temere il governo dei giudici o di presentarlo come una deriva assoluta. Il governo dei giudici è un concetto, perché corrisponde ad una realtà incontestabile, basta osservare la realtà, ad esempio la Corte Suprema degli Stati Uniti. Questa corte è il simbolo del governo dei giudici in quanto il giudice non è solo un semplice lettore del diritto, ma ogni giorno crea qualcosa di nuovo; governa poiché le regole che pone diventano delle regole generali e astratte.

Come notiamo alla pagina 67, "il compito del giudice inizia quando il precedente che deve applicare non è abbastanza chiaro" dato che la decisione di oggi farà il vero e il falso di domani".

Tuttavia, ci sono degli strumenti che aiutano il giudice e gli permettono di sapere dove andare; si tratta della storia, la consuetudine, l'utilità sociale, lo spirito dominante del diritto,

e

un' apprensione semi-intuitiva. Wanda Mastor percepisce il giudice come lo è negli Stati Uniti, un "regolatore sociale".

In seguito, cerca di dimostrare come i giudici governano non solo negli Stati-Uniti poiché in Francia ad esempio, il fatto di lasciare la discrezionalità alla Corte di Cassazione di definire cosa significa essere un buon padre, oppure le riserve di interpretazione del Consiglio Costituzionale, illustrano l'esistenza di un concetto del governo dei giudici.

Ma il ragionamento di Wanda Mastor non fa l'unanimità perché altri attori del pensiero giuridico come Otto Pfersmann, pensano che non si può parlare di governo dei giudici se non vengono eletti ma piuttosto scelti, invece colui che governa dovrebbe avere una legittimità democratica.

A questa critica, Wanda Mastor risponde mantenendo la sua volontà di vedere instaurarsi un governo dei giudici e si dichiara favorevole alla loro elezione. Wanda Mastor si riferisce molto al modello degli USA, laddove i giudici vengono eletti nei tre quarti degli Stati, e possono essere visti come veri e propri rappresentanti del popolo e anche legittimi. Infine, Wanda Mastor non pensa che l'elezione del giudice sia un'incongruità in Francia poiché già nel 1790 il paese ha conosciuto l'esperienza del principio dell'elezione del giudice, un'esperienza breve perché chiusa nel 1882 sotto la terza Repubblica.

Nella seconda parte del libro, il dibattito si focalizza essenzialmente sulla questione della Costituzione.

Jacky Hummel, professore di diritto pubblico all'università di Rennes, nel suo discorso, presenta innanzitutto il giudice costituzionale come un attore politico. In Francia, con la questione prioritaria di costituzionalità (Q.P.C.), si trova al centro dei dibattiti della società civile, il fatto che non si accontenta di giudicare i processi e che il suo controllo della legge rimane astratto, e gli conferisce in un certo modo un potere politico.

Osservando il Consiglio Costituzionale Francese, si nota una sorta di ambiguità, non si può chiaramente definire il giudice costituzionale come autorità giuridica, in realtà il giudice nell'ordinamento giuridico francese, si trova al confine tra il politico e il giuridico. Come lo sottolinea il giurista Jacky Hummel, il Consiglio Costituzionale nasce nel 1958 con un ruolo politico, poi dal 1959 inizierà progressivamente la sua mutazione verso un ruolo più giurisdizionale. Il Consiglio avrà come prerogative i valori giurisdizionali tra cui: il carattere contraddittorio e pubblico della procedura, l'esigenza della motivazione, "*l'autorité de la chose jugée attachée à ses décisions, l'impossibilité de l'autosaisine*". Ma malgrado la revisione del 2008 con l'introduzione della Q.P.C, mantiene il nome di Consiglio e non si trasforma in Corte Costituzionale e di conseguenza conserva la sua doppia natura, politica e giurisdizionale.

Pasquale Pasquino, professore all'università di New York, interviene sulla supremazia della Costituzione. Prende come punto fondamentale del suo ragionamento gli Stati Uniti dove la Costituzione ha come primo ruolo di mettersi al di sopra dell'ordine giuridico degli Stati Membri. Infatti, la competenza originaria della Corte Suprema degli Stati Uniti era di gestire i conflitti tra gli Stati membri dell'Unione e del Governo nazionale. L'interesse di Pasquino sulla Costituzione è dovuto al fatto che i principi costituzionali se vengono rispettati, sono la dimostrazione dell'esistenza della giustizia costituzionale in un sistema.

Il giurista cita Kelsen con chi condivide la stessa visione: la Costituzione prima di tutto. In effetti per Kelsen, in un regime federale o di altro tipo, le norme costituzionali devono essere al di sopra delle norme ordinarie. Le norme ordinarie sono quelle concepite dalla maggioranza

dei rappresentanti eletti.

Inoltre l'autore Pasquino afferma che la Costituzione implica per forza la protezione dei diritti. Per illustrare questo approccio, egli cita l'articolo 16 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo del 1789: "*un Etat, un système politique, a une constitution si et seulement si elle garantit et assure la protection des droits*".

Infine, per Pasquale Pasquino, la supremazia della Costituzione corrisponde anche alla rigidità costituzionale e, il guardiano della rigidità costituzionale deve essere una corte di giustizia.

Tuttavia, la visione di Pasquale Pasquino sul guardiano della costituzione non è totalmente condivisa da Julie Benetti. Quest'ultima si interroga se esistono due guardiani della costituzione. Prendendo in considerazione la costituzione del 1958 della V Repubblica francese, sottolinea un ruolo importante del Presidente della Repubblica, il quale secondo l'articolo 5 deve avere "(...) *le soin de veiller au respect de la constitution*." Questa responsabilità fa di quest'ultimo un guardiano della costituzione; per quanto riguarda il Consiglio Costituzionale, Julie Benetti lo presenta innanzitutto come un ausiliario dell'esecutivo poiché esercita un controllo obbligatorio di leggi organiche e dei regolamenti di assemblee. Per rafforzare il suo punto di vista, Julie Benetti cita Karl Schmitt, il quale vede nella figura del Presidente della Repubblica un arbitro politico, che esercita una magistratura suprema, ed è al di sopra dei partiti; è di conseguenza "il potere giudiziario degli altri poteri".

Inoltre l'autrice mostra che il ruolo di guardiano della costituzione del Presidente della Repubblica ha un limite, in effetti egli non controlla le norme giuridiche. E' vero che durante le situazioni di crisi, quando sono in causa l'unità e la sicurezza dello Stato, il suo ruolo viene rafforzato, però il controllo delle norme è una prerogativa del Consiglio Costituzionale. Dunque secondo Julie Benetti, la Costituzione del 1958, consacra due guardiani con due ruoli distinti: il Presidente della Repubblica e il Consiglio Costituzionale.

Infine Julie Benetti sottolinea che questo ruolo di guardiano della costituzione che viene riconosciuto a queste due istituzioni, non crea tra di loro un confronto oppure una coesistenza difficile. In realtà, i vari Presidenti della Repubblica francese hanno sempre evitato un'opposizione frontale con il Consiglio Costituzionale, e hanno sempre evitato di criticare le sue decisioni. In egual misura, il Consiglio Costituzionale ha sempre evitato di creare qualsiasi conflitto di interpretazione con il Presidente della Repubblica. Si nota quindi un grande rispetto reciproco e la volontà di ognuno di rispettare il dominio di competenza dell'altro ma soprattutto, una complicità istituzionale tra il Presidente della Repubblica e il Consiglio Costituzionale. Ad esempio, nel 1962 di fronte alla volontà incostituzionale di Charles de Gaulle di organizzare un referendum senza il consenso del Congresso e contro il rispetto dell'articolo 11 (sottomettere la proposta di referendum al Parlamento francese), il Consiglio Costituzionale a chi era stato chiesto di pronunciarsi sulla questione, si era dichiarato incompetente malgrado il fatto che sette dei suoi dieci membri si erano dichiarati, in modo ufficioso, opposti alla volontà del Generale de Gaulle.

Whynton Ngouedi

[S. CASSESE, Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 130](#)

“**U**n’ organizzazione che controlla la popolazione occupante un determinato territorio costituisce uno Stato se e in quanto: si differenzia rispetto ad altre organizzazioni che operino sul medesimo territorio; è autonoma; è centralizzata; le sue parti componenti sono formalmente coordinate le une con le altre”.

Così definiva lo Stato Charles Tilly a metà degli anni ’70 del secolo scorso, focalizzandosi sulla peculiare capacità statale di controllare la popolazione presente sul proprio territorio.

Ad oggi, però, tale enunciato pare soffrire le sfide offerte da un fenomeno nuovo: la scissione fra territori e poteri.

Sempre più spesso, infatti, è possibile assistere alla manipolazione delle frontiere nazionali, alla comparsa di territori senza governi e all’affermarsi di unità sovrastatali - preposte alla regolazione globale - prevalenti sui poteri pubblici interni. In crescita è altresì il numero di persone che possono dirsi residenti ma non cittadini del Paese in cui si trovano a vivere. A tali questioni gli Stati possono far fronte solo adottando soluzioni innovative, la cui ricerca passa anche tramite la trattazione - e dunque risoluzione - di problematiche già note quali, ad esempio, il “deficit di democrazia” che affligge le unioni sovranazionali e la persistente fragilità delle applicazioni concrete del supremo principio di uguaglianza.

Ebbene, il nuovo volume di Sabino Cassese si propone proprio di analizzare questi fenomeni secondo tre diverse direzioni - corrispondenti ai tre capitoli del libro - al fine di fornire gli elementi indispensabili per poter giungere alla necessaria ridefinizione del ruolo riservato agli Stati nel XXI secolo.

Il primo percorso tematico ha ad oggetto l’evoluzione del concetto di Stato, dall’originaria unità politica fino alla progressiva scomposizione odierna. L’Autore espone sulle diverse declinazioni del polimorfo concetto di Stato, elaborate a partire dal XVII secolo da pensatori quali Hobbes e Kelsen, Weber e Badie. In particolare, ad essere preso in esame è proprio il passaggio da entità nazionale a Stato-Nazione, che poté dirsi veramente compiuto - a seguito della fusione di territori prima autonomi e distinti - solo con la scomparsa degli organi politici interni che erano sopravvissuti al processo di unificazione statale.

Plurime sono le teorie sulla formazione dello Stato: alcune individuano l’elemento catalizzatore nella guerra; altre nel patrimonio spirituale comune - sulla classica tripartizione “*Volk, Staat und Sprache*” formulata da Wilamowitz-Moellendorf -; altre ancora nel processo di autopertpetuazione e autoaccrescimento del potere monocratico (pp. 20-21).

Nonostante le diverse declinazioni concettuali, in tutte sono però rintracciabili degli elementi comuni che vanno a tratteggiare la specifica natura di tale sistema politico.

*In primis*, si ha l’autoaffermazione della Nazione quale coscienza collettiva di una identità ove riconoscersi. Parimenti caratteristica è la preesistenza di una dimensione economica e di sviluppo interna. Ulteriori tratti distintivi dello Stato-Nazione si rivelano poi essere l’unità, la stabilità e la centralizzazione gerarchica, la divisione delle funzioni e di poteri tra organi diversi - secondo la teorizzazione montesquieuiana - ed infine una fede positivista nell’idea

di Stato, capace di resistere anche alle varie critiche, come ad esempio quelle marxiste.

Naturalmente, come ben osservato da Baldwin, l'evoluzione progressiva dello Stato-Nazione

ha fatto sì che – nella pratica - si sviluppassero differenti stili di “statualismo” che permettono di distinguere tra Stato debole e Stato forte, tra Stato europeo e non europeo, e così via. Vero è, però, che la dottrina più recente – primo fra tutti Nettle – preferisce oramai parlare di “statalità” (*stateness*), abbandonando dunque le rigide categorie dello statualismo.

A questa fase di ascesa, fece poi seguito – a partire dai primi del Novecento – il ciclo di declino dello Stato, all'interno del quale debbono discernersi tre crisi separate. La prima può essere riassunta nelle parole di Duguit che nel 1908 scriveva: “*L'Etat personnel et souverain est mort ou sur le point de mourir*”. In tale epoca, infatti, l'autorità dello Stato fu posta in dubbio per la prima volta dall'interno, da una varietà di forze tra cui associazioni private, specialmente i sindacati, che sostituirono l'atomistica società civile, il collettivismo e il corporativismo (p. 31). In tal modo venne svelata l'incapacità della classe politica di rappresentare la società civile, vista l'incompatibilità di interessi. Le reazioni a tale fenomeno furono varie, alcune tristemente note come quelle autoritarie italiana e tedesca. La seconda ondata di crisi si ebbe invece sul finire del Secolo Breve e a farla da protagonista furono le riforme portate avanti in Gran Bretagna dalla Prime Minister Thatcher e oltreoceano dal Presidente Reagan. Alle difficoltà economico-finanziarie e alle falle del *welfare state* si fece infatti fronte con il ricorso a politiche di austerità e

liberalizzazioni/privatizzazioni che di molto andarono a ridurre il margine esistente tra “pubblico” e “privato”, andando in tal guisa a ridisegnare i confini stessi della statualità. Venivano dunque posti i primi tasselli del cosiddetto Stato a “geometria variabile”. Inoltre ai fattori di crisi interni se ne aggiungevano di esterni, riassumibili nell'avanzata delle entità sovranazionali, capaci di erodere nel tempo la già compromessa autorità statale.

La terza fase di crisi è, invece, quella tuttora in atto e deriva in parte dal su esposto avanzamento delle autorità parallele allo Stato-Nazione. In sostanza, l'ultima crisi dello Stato può essere vista come il frutto dell'incessante avanzare della globalizzazione nei campi più svariati – dal commercio alla politica – che ha permesso alle organizzazioni internazionali di arrivare ad imporre standard in uno spazio giuridico però del tutto frammentato. In tal modo, si è entrati nell'epoca che lo stesso A. definisce di “*Global Polity*” caratterizzata dall'applicazione ed attuazione - da parte degli Stati nazionali - di decisioni prese altrove (secondo il meccanismo della cosiddetta *indirect rule*); dalla crescita di una *rule of law* globale (p. 36) nonché dal predominio dell'economia e della finanza sulle politiche interne.

La conseguenza prima della Global Polity non può che essere l'indebolimento del sovrano sistema statale, causando un significativo deficit democratico sia procedimentale che rappresentativo. Tale gap parrebbe almeno parzialmente colmato facendo ricorso a strumenti alternativi - quali la democrazia dibattimentale, consistente nella partecipazione ai processi decisionali, o ancora l'*accountability*, intesa quale responsabilità reciproca degli attori nazionali e internazionali al fine di garantire la tenuta del complessivo e complesso sistema globale.

Lo Stato-Nazione si sta pertanto oggi avviando verso il terzo ciclo, dagli scenari ancora incerti. Il lungo periodo di crisi pare infatti averne minato le fondamenta stesse ed è allora difficile predire con certezza se tale sistema politico ne uscirà del tutto indenne. Quel che emerge dall'analisi della cronistoria dello Stato-Nazione è però la sua estrema duttilità e

versatilità, malleabilità e capacità di adattamento agli eventi esterni. Per resistere alle pressioni esterne e garantire la propria sopravvivenza, gli Stati contemporanei non si sottraggono infatti alla cessione quasi inevitabile di sovranità nelle mani degli attori sovranazionali, impegnandosi al contempo nella promozione di una forte concorrenza economica e rivestendo dunque l'inedito ruolo di "guardiani contro l'insicurezza economica".

La condivisione di compiti e poteri tra livello nazionale e internazionale non implica quindi necessariamente un indebolimento dello Stato. Come già constatato da Kant sul finire del 1700, la cessione di sovranità e l'apertura verso l'esterno è solitamente dettata dalla "convenienza reciproca" (*Wechselseitige Eigennutz*): gli Stati hanno sì delegato parte dei poteri tradizionalmente propri ma, grazie alla tessitura di rapporti orizzontali e collegamenti globali basati su strumenti - quale la negoziazione -, possono oggi accedere ad ambiti e sfere di influenza inesplorati poiché prima loro preclusi. Per riassumere questo paradosso della modernità possono essere usate le parole dell'A. stesso: "*meno potere, ma al contempo più potere per lo Stato*" (p. 45).

Pertanto, appare del tutto immotivato anche solo paventare una scomparsa dello Stato ad opera della globalizzazione, dovendo invece prendere atto di come gli Stati siano elementi costitutivi e protagonisti della globalizzazione stessa. Per far ciò lo Stato ha dovuto necessariamente mutare forma e adattarsi alle sfide propostigli, percorrendo itinerari nuovi, quali la dedifferenziazione di potere pubblico e società; la frammentazione interna in plurimi ordinamenti giuridici e l'accrescimento del peso conferito alla società civile.

In buona sostanza, il punto di arrivo è il crollo del "mito dello Stato" tradizionalmente e staticamente inteso, mettendo invece in risalto il volto plastico di tale entità. I governi nazionali, come dimostrato da Scelle e ripreso da Sabino Cassese, vivono oggi uno "sdoppiamento funzionale" (*dédoublement fonctionnel*) dovuto dal duplice antitetico ruolo rivestito nel panorama internazionale: attori e servi delle organizzazioni ultrastatali. Se infatti in principio erano gli Stati-Nazione a creare la comunità internazionale, oggi sono le istituzioni globali a monitorare le azioni dei Governi, legati da una interrelazione di tipo orizzontale.

Nel secondo capitolo, l'A. passa poi a esaminare i mutamenti nell'epoca della Global Polity dei tre elementi fondanti lo Stato-Nazione.

Innanzitutto, il territorio. Le frontiere sono da sempre poste a garanzia dell'integrità territoriale dello Stato, circoscrivendo lo spazio all'interno del quale viene esercitata legittimamente la sovranità. I confini operano quali meccanismi di inclusione o esclusione, segnando un limite netto tra ciò che viene ricompreso e ciò che è estraneo. Queste definizioni vanno però progressivamente perdendo di significato. Basti pensare alla libera circolazione delle merci e viaggiatori che rende la penetrazione all'interno degli spazi nazionali molto più agevole, o ancora alle operazioni di rafforzamento di alcuni confini - come quelli ucraini o statunitensi - e infine alla plasmabilità delle frontiere - anche grazie all'opera creatrice della giurisprudenza - come nel caso dell'Unione Europea. Oltre a ciò, in risposta alle crescenti sfide poste dalle migrazioni e dal terrorismo internazionale, va riprendendo piede una nozione di confine, propria del diritto romano, che sembrava oramai apparentemente superata: quella di frontiera intesa quale "zona di cuscinetto" ove si trovano a convivere contemporaneamente ordini giuridici differenti e posta a presidio dello spazio statale. I Governi, dunque, accettano la deterritorializzazione del potere, ma anche la "rivincita" del territorio (p.77).

Si ha poi il popolo, concepito nella sua intima essenza di pluralità dei membri di una collettività che si autoriconosce come tale a partire dalla condivisione di un patrimonio culturale comune fatto di tradizioni, lingua e storia. Coloro che non appartengono a tale comunità, sono stranieri, alcuni dei quali, pur risiedendo legalmente nel territorio nazionale, non godono della cittadinanza.

La presenza di un numero sempre più elevato di *non-citizens* apre così la breccia ad alcuni interrogativi. Quali sono gli elementi costitutivi dell'identità nazionale? Chi può dirsi cittadino e perché?

La famosa declinazione arendtiana della cittadinanza quale “diritto ad avere diritti” parrebbe ora recedere di fronte ai superiori principi di non discriminazione ed uguaglianza che impongono agli Stati di riconoscere anche ai meri residenti gran parte dei diritti spettanti ai cittadini, eccezion fatta per quelli di natura politica. I diritti umani e la dignità dell'uomo debbono infatti essere garantiti ad ogni persona, indipendentemente dalle condizioni specifiche di migrante, straniero, cittadino residente e così via. Ne deriva allora una duplicità di strumenti di riconoscimento dei diritti, operanti su due livelli paralleli. Da una parte si hanno infatti i cittadini, forti dell'applicazione della legge interna statale; dall'altra gli stranieri, i cui diritti trovano protezione sotto l'aura delle fonti del diritto sovranazionale, la cui applicazione sistematica finisce per divenire potenzialmente distruttivo per la Costituzione, tipicamente considerata quale Carta dei cittadini e baluardo della comunità nazionale.

Non di meno, il rovescio della medaglia è costituito dall'imposizione di doveri, in applicazione della formula del requisito di durata per cui “*the longer the stay, the longer the claim*”. Sono molteplici le forme aggiuntive di partecipazione solidale recentemente ritenute legittime: la prestazione del servizio civile (su tutte si veda la sentenza della Corte Costituzionale italiana n. 119/15) e il superamento di un esame di integrazione civica possono fungere da esempi in tal senso.

Da siffatte considerazioni emerge come l'atteggiamento assunto dagli Stati si riveli fondamentalmente contraddittorio in relazione alle questioni di cittadinanza: confini aperti e spirito di accoglienza - coronati dal riconoscimento dei diritti civili, economici e sociali - convivono infatti con la strenua difesa del nocciolo duro della cittadinanza rappresentato dai diritti politici, ancora preclusi ai *non-citizens*.

Infine, il terzo elemento costituente lo Stato è incarnato dalla sovranità, intesa quale potere finale e allo stesso tempo originario, da cui derivano gli altri poteri. Si è già avuto modo di illustrare il condizionamento reciproco tra Nazioni nonché la limitazione della loro sfera di competenza e di azione ad opera degli organismi internazionali, che dunque pesantemente vanno ad incidere sull'autorità statale. Ad oggi, pertanto, pare quasi superato parlare di sovranità esclusiva dello Stato, dovendosi - al contrario - sempre più ricorrere al concetto di “sovranità condivisa”, scevra della absolutezza che le era precedentemente propria.

Ancora una volta, si arriva a riflettere sul come lo Stato moderno sia sempre più costretto a rimodellare e ridefinire i propri connotati, mosso dallo spirito di autosopravvivenza ed affermazione di fronte alle sfide poste dalla contemporaneità. Tale mutamento processivo ha però dato vita a numerosi contraddizioni e paradossi interni. Accade perciò che, nonostante la graduale evanescenza delle frontiere, i confini vengano rafforzati poiché assunti come indicatori di appartenenza, divenendo fattori di

discriminazione per il fatto di assicurare standard di diritti diversi. La medesima logica si ripropone poi anche all'interno della Nazione, tra coloro che godono dei diritti politici e coloro che non li detengono, poiché meri residenti ma non cittadini. Le comunità territoriali subiscono pertanto una frammentazione, da cui discendono problemi di rappresentatività degli stessi organi politici, preposti all'assunzione di decisioni che riguardano l'intera collettività pur non avendone l'unanime approvazione poiché non eletti da tutti.

Pare allora lecito domandarsi se non sia in atto un indebolimento della democrazia, specialmente quella rappresentativa, supplita facendo ricorso a strumenti e procedure indirette, tipiche ad esempio della democrazia dibattimentale.

In realtà, ciò che l'A. sembrerebbe avere a cuore di rimarcare è l'intrinseca storicità del fenomeno statale, sia quale concetto sia come manifestazione, che dovrebbe indurre a non concludere semplicisticamente per una scomparsa dello Stato-Nazione quanto al ripensamento - storicamente situato - di tale nozione. L'idea di Stato non può essere intesa come universalmente valida ed efficace, dovendosene invece analizzare gli sviluppi di pari passo con le vicende dell'umanità. A parere di Sabino Cassese, il compito che si profila alla scienza del diritto è pertanto quello di *“ripensare, riconcettualizzare lo Stato nel contesto delle nuove tendenze e trasformazioni che si sono delineate: i cambiamenti interni, derivanti dal mutare delle frontiere e dalla ridefinizione della base personale dello Stato, costituita dal popolo, e i cambiamenti esterni, derivanti dall'integrazione dello Stato in unità superiori funzionali, dove si esercita una sovranità condivisa”* (p.92).

A chiusura del volume, il terzo ed ultimo capitolo, dedicato all'Unione Europea, si apre con le celebri parole di Schmidt: *“L'Europa vive di crisi?”*, concetto poi ripreso e rielaborato da uno dei padri fondatori Jean Monnet il quale – nelle sue Memorie - non esitava a prognosticare che l'Europa si sarebbe edificata sulle soluzioni di volta in volta adottate per risolvere le molteplici ma costruttive crisi.

Il concetto di crisi parrebbe dunque essere una costante nella storia dell'Unione Europea, poiché propulsore dello sviluppo e dell'integrazione comunitaria. A sostegno di tale pensiero, l'A. riporta sei differenti interpretazioni della crisi: quella di Keohane- Hoffman basata sul deficit democratico; quella di Cohen-Tanugi che coniuga fattori mercantilistici a fattori giuridici; quella di Weiler, focalizzata sulla mancanza di partecipazione dei cittadini europei ai processi decisionali; quella di Habermas che individua quali motivi di crisi l'assenza di volontà di armonizzazione e solidarietà tra gli Stati membri; nonché quella di Meny incentrata sull'imbrigliante irrigidimento delle procedure decisionali e sull'asimmetria tra politica sovranazionale e politiche interne; per poi concludere con l'interpretazione fornita dalla coppia Hartman e de Witte i quali, pochi anni or sono, parlavano della mancanza di strumenti – sia normativi che concettuali – capaci di collegare l'Europa attuale al suo progetto istituzionale.

È dunque evidente come, per quanto riguarda unicamente l'Unione Europea, la crisi venga declinata quale dinamismo del processo evolutivo, quale *“esortazione a prendere decisioni?”*, per usare ancora le parole di Schmidt. In particolare, vengono tratteggiati tre cicli di crisi: quello gollista, dominato da una Francia strettamente favorevole alla sola cooperazione ed interazione tra Governi; quello degli anni Settanta-Ottanta del XX secolo, corrispondente al periodo di crisi economica ed austerità, per poi entrare nel terzo ciclo, iniziato sul finire del Novecento con i deludenti risultati referendari sanciti il rigetto di alcuni trattati (si pensi al caso danese contro la ratifica del trattato di Maastricht nonché alla bocciatura olandese e francese del progetto di Costituzione europea). Gli strascichi di tale fase si sono protratti

sino agli anni Duemila a causa sia della crisi del sistema bancario-finanziario del 2008 sia delle sempre maggiori ondate di migrazioni, che hanno portato a un rafforzamento dei confini esterni dell'Unione oltre che ad un rinvigorimento delle politiche nazionaliste intestine agli Stati membri. Ebbene, tutti questi stimoli esterni al sistema dell'Unione, se da un lato rappresentano innegabili fattori di crisi, dall'altro conducono inevitabilmente al rafforzamento del tessuto di interrelazione e cooperazione tra Governi, poiché sono ingestibili singolarmente vista la loro dimensione sovranazionale. Va da sé che il fatto che la crisi venga interpretata non come momento di soccombenza ma come fase ininterrotta di sviluppo dipende in larga parte dalle caratteristiche specifiche dell'Unione, che la differenziano ed elevano dagli Stati membri. Affermatasi fin dagli albori quale "un'istituzione a formazione progressiva" (p. 109,) la maggiore integrazione è infatti determinata dal prevalere delle mere ragioni di convenienza sugli "svantaggi" derivanti dalla partecipazione all'Unione stessa. In secondo luogo, a differenza sia degli Stati-Nazione che del sistema globale, l'Europa è al contempo uno spazio ed un ordine giuridico, capace di interessare – almeno potenzialmente – tutte le materie. Non meno rilevante, l'Unione Europea, ancora ad oggi, difetta di un fulcro governativo, o meglio di un potere esecutivo unico, essendo condiviso tra Consiglio e Commissione. Da tali peculiarità deriva l'impiego funzionale degli episodi di crisi quali strumenti per tenere sotto controllo lo sviluppo dell'Unione, indirizzandone il percorso e stabilendo i tempi del procedere" (p. 124). In particolare, l'A. tiene a precisare come, senza momenti di *défaillance*, il potere degli Stati membri sarebbe stato sicuramente molto limitato e regressivo rispetto al ruolo riservato alle istituzioni europee quali guida del processo di integrazione sovranazionale.

Il *fil rouge* che percorre l'intera ultima opera di Cassese è, pertanto, la necessità di ripensare il concetto di Stato, situandolo nell'epoca contemporanea e prendendo atto

dell'oramai irreversibile processo di scissione fra territori e poteri. Solo in tal modo, infatti, svincolandosi dal rigido ed oramai anacronistico perimetro concettuale dello Stato-Nazione, così come formulato nel XVII secolo, sarà possibile elaborare nuove forme di ordinamento capaci di far fronte ai nuovi fenomeni. In buona sostanza, il paradigma della crisi quale fattore di crescita e di evoluzione dovrebbe poter trovare applicazione anche nelle vicende nazionali, innescando un processo di cambiamento progressivo e di ripensamento continuo dello Stato, divenuto finalmente capace di rivestire i ruoli inediti richiestigli dalla modernità.

Laura Pelucchini

[M. VOLPI \(a cura di\), Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio, ed. Il Mulino, Bologna, 2015, pp.176](#)

Curato da Mauro Volpi, costituzionalista, già membro del CSM dal 2006 al 2010, il saggio è una sapiente e puntuale raccolta di nove contributi scritti da vari costituzionalisti e politologi in occasione del convegno, svoltosi a Perugia fra l'8 e il 9 novembre 2013, sul tema 'Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio', che dà il titolo alla pubblicazione. L'articolazione e l'organizzazione dei vari contributi prende avvio da una serie di quesiti posti dallo stesso curatore sulle vicende politico-istituzionali dell'ultimo incerto ventennio del nostro ordinamento. Tra di esse, certamente, vanno evidenziate quelle relative alla riforma della Costituzione, e ancor più quelle relative alla questione su quale sia per il nostro sistema la forma di governo più adeguata (parlamentare con opportune razionalizzazioni o bisognerebbe piuttosto tendere verso una forma di governo incentrata sul capo dell'esecutivo). Sullo sfondo, alcune riflessioni su come modificare il nostro sistema elettorale, sulla crisi del partitismo e il crescente populismo che ha caratterizzato la realtà nazionale, e, in tale cornice, il ruolo del Presidente della Repubblica. Obiettivo di questo studio è stato dunque arrivare ad un bilancio, da redigersi non *verbo tenus* ma attraverso un'analisi puntuale distinguendo tra gli 'effetti immaginati', tanto da parte della dottrina quanto da parte del mondo politico, e quelli realmente prodottisi nell'arco temporale preso in esame. Vengono così individuate, col favore di altri giuristi e politologi intervenuti al convegno, due date limite che hanno aperto e chiuso tale fase ventennale della storia costituzionale della Repubblica: da un lato, le elezioni del 1994, subito successive al referendum abrogativo sul sistema elettorale del Senato e all'approvazione di nuove leggi elettorali di tipo 'maggioritario', che hanno inaugurato un 'bipolarismo all'italiana'; dall'altro, le elezioni del 2013, da cui sono scaturiti tre poli consistenti più un quarto polo centrista di dimensioni più ridotte, elezioni che hanno prodotto grande incertezza sull'evoluzione dei partiti nel prossimo futuro.

Ebbene gli approdi degli effetti prodottisi in tale arco di tempo – come anticipa il curatore nel suo primo capitolo 'Bilancio di un ventennio', che apre il saggio – sono stati del tutto diversi da quelli immaginati da parte di chi auspicava l'avvento di una democrazia maggioritaria fondata su di un sistema politico bipolare, o anche, dopo le elezioni del 2008, su di un 'bipartitismo' che sarebbe stato 'in via d'affermazione'. Perché, invece, la più granitica replica della realtà ha mostrato non solo, dalla fine del 2011, la formazione di tre governi – di cui uno tecnico e due politici – ma anche e soprattutto l'evidenziarsi di una crisi del sistema partitico che non ha risparmiato nessuna formazione politica. Per stilare dunque il suo bilancio, il prof. Volpi individua, tra gli effetti immaginati, tre 'miti': anzitutto quello della 'governabilità' intesa, come chiarito, quale stabilità e capacità di durata dei governi. E qui, considerato come in venti anni si siano susseguiti ben dodici governi – senza includere il tredicesimo formatosi nel febbraio 2014 – con una durata media di un anno e otto mesi, si può concludere che l'auspicio iniziale sia stato ampiamente deluso. Un secondo 'mito' viene individuato nella convinzione che l'elezione popolare *de facto* del Governo e del Presidente del Consiglio avrebbe via via portato a un ridimensionamento di due importanti poteri del Presidente della Repubblica: il potere di nomina del Governo, strettamente vincolata dai risultati elettorali, e lo scioglimento anticipato delle Camere, atto obbligato in caso di crisi del Governo o di

dimissioni del leader uscito vincitore dalle elezioni. In realtà si è avuta al più un'indicazione politica del 'capo' di ogni coalizione, che, nella legge elettorale n. 270 del 2005, ha raggiunto il limite di guardia costituzionale, pur con le precisazioni che l'indicazione dell' "unico capo" di coalizione manteneva "ferme le prerogative spettanti al Presidente della Repubblica, previste dall'articolo 92, secondo comma, della Costituzione", precisazione pleonastica, secondo il Volpi, ma indicativa della concezione che vedeva nell'indicazione del leader della coalizione un'elezione popolare di fatto del Premier. Tale concezione e le sue conseguenze sono state chiaramente smentite dai cambiamenti del Governo e del Presidente del Consiglio, susseguitisi senza determinare alcun ricorso ad elezioni anticipate e determinando la formazione di esecutivi composti da maggioranze diverse da quelle uscite dal confronto elettorale. A tal proposito si ricordi la crisi del primo e del quarto governo Berlusconi, nel 1994 e nel 2011, e quella del primo governo Prodi nel 1996, fino a giungere alla più sonora smentita di tale tesi in occasione della formazione degli ultimi tre governi: il caso del governo Monti, ad esempio, trattandosi di un governo tecnico, del tutto slegato dal voto popolare e, passando per il governo Letta, certamente un governo politico ma comunque derivato da una scelta necessitata e lontana dalle dichiarazioni dei partiti, al governo Renzi, scaturito da un voto della direzione nazionale del PD che silurando il proprio autorevole esponente ha aperto la strada all'astro nascente plebiscitato dalle primarie, che non ha fatto altro che riproporre un governo di coalizione fra centrosinistra e nuovo centrodestra con la presenza di una persona gradita al mondo della finanza al vertice del ministero dell'economia. Un terzo falso 'mito' del ventennio è stato quello relativo alla costituzione di un sistema politico bipolare che avrebbe portato ad una 'democrazia dell'alternanza'. Da questo punto di vista, è innegabile che si sia avuta una certa bipolarizzazione del sistema politico, ma senza dubbio, come puntualizza il Volpi, si è trattato di un bipolarismo anomalo, definito anche come *coattivo* o *muscolare* da numerosi altri autori. E qui viene ad analizzare il sistema elettorale del ventennio: passando dal *Mattarellum* del 1993 al *Porcellum*, basato su una formula proporzionale per la distribuzione dei seggi (a liste concorrenti bloccate) con la previsione di un premio di maggioranza abnorme alla Camera tanto da meritarsi l'ignobile appellativo, è oramai evidente di esser in presenza di un sistema che non può certo definirsi nella sostanza proporzionale, ma in certo qual modo ipermaggioritario. Certamente non è bastata la Corte Costituzionale – che nella totale sordità dei partiti e senza attendere l'esito delle elezioni del 2013 ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale e ha cancellato con la sentenza n. 1 del 2014 il premio di maggioranza alla Camera, giudicato 'sproporzionato e irragionevole' (come anche quello attribuito Regione per Regione al Senato) – a riequilibrare un sistema in cui, non solo la sopravvivenza dei partiti più piccoli è stata garantita grazie al *Mattarellum*, con un maggioritario a turno unico e la presenza di candidati della stessa coalizione nei collegi uninominali per guadagnare un voto in più e garantirsi così il seggio, ma si è addirittura assistito, con il *Porcellum*, all'esercizio del potere di condizionamento di questi ultimi, che tutto ha prodotto, come risultato finale, tranne quella tanto auspicata riduzione della frammentazione nel nostro sistema politico che consentirebbe la formazione di governi stabili ed efficienti. La smentita della realtà è, nelle conclusioni a termine di questo primo capitolo, clamorosa: di fatto, il risultato reale rispetto a quanto si era auspicato è stato quello, innegabile, di una eccessiva frammentazione del sistema politico che ha condotto, non solo all'instabilità, ma anche all'affermazione e al consolidamento di partiti personali. Interessante il successivo contributo del professor Mario Dogliani sullo 'stato di salute' della

Costituzione, dal titolo emblematico: ‘Che ne è stato della Costituzione?’. L’avvio del processo di revisione ha evidenziato l’emergere di due concezioni radicalmente diverse: da una parte quanti continuano a sostenere che l’indirizzo politico debba risultare da una mediazione di interessi realizzata da soggetti collettivi permanenti, portatori di una visione generale; dall’altra, quanti invece ritengono che l’indirizzo politico non possa che essere espressione di un soggetto investito da un consenso diffuso fondato sulle sue capacità comunicative. In sintesi: il confronto oggi nel dibattito intorno alle riforme vede contrapporsi costituzionalisti *versus* presidenzialisti, con una forza distorsiva resa possibile, a suo parere, a causa del diffuso e profondo fastidio popolare nei confronti delle istituzioni. Nel ripercorrere le tappe di quello che appare sempre più come un complesso dibattito che ha preso forma a partire dalla stagione della ‘grande riforma’ craxiana, si sarebbe evidenziata una frattura nello schieramento dei ‘costituzionalisti’ che il professore individua in un momento preciso della storia politico-istituzionale della Repubblica: lo stallo dell’ultimo governo Berlusconi, la *debacle* del debito pubblico sui mercati finanziari e il violento ultimatum da parte della Commissione europea, cui ha fatto poi seguito il governo dei tecnici imposto, e, più avanti, l’esito ‘strabico’ delle elezioni del 2013. Ebbene, tutti questi fatti susseguitisi tra il 2010 e il 2014 a ritmo concitato furono percepiti da molti, e anche da molti costituzionalisti, come un vero e proprio choc nel nostro sistema sociopolitico, sì endogeno e tuttavia di una forza e dimensione tale da apparire incontrollabile, tanto da provocare una spaccatura fra i costituzionalisti che si erano espressi e spesi a favore di un referendum oppositivo nel 2006. Ed è da qui, secondo l’autore, che si deve collocare il tema della revisione costituzionale, subito dopo la formazione del governo Letta. L’avvio di un processo di revisione ha perciò fatto emergere l’antico dualismo fra due opposte concezioni della democrazia: da un canto, quanti continuano a sostenere che l’indirizzo politico debba essere il punto finale di una mediazione di interessi realizzata da soggetti collettivi permanenti portatori di una visione generale del mondo; dall’altro chi invece ritiene che l’indirizzo politico possa anche essere espresso da un soggetto occasionalmente investito di un consenso diffuso. Ed era indubbio, come sostiene il professore, che molti dei sostenitori di una revisione costituzionale in senso presidenzialista siano stati (e lo sono ancora) anche portatori di quest’ultima concezione della democrazia, certo non proprio positivamente propiziata da certi atteggiamenti forniti dal nostro sistema parlamentare. L’opzione in favore del parlamentarismo, invece, è sembrata esaurirsi in un’espressione di una preferenza ‘intellettuale’ individualistica, invece di incontrare la generalizzata e straordinaria responsabilità di operare per una rigenerazione dei partiti politici. In fondo, proprio questo è il nodo: un nodo politico, a parer dell’autore del contributo, poiché si tratterebbe di dimostrare nei fatti l’effettività dei presupposti di una democrazia rappresentativa e, per dirla col Dogliani, *emancipante*. Ebbene, le vicende condussero il Governo, sulla base di due mozioni di fiducia, a presentare un d.d.l. parzialmente derogatorio della procedura prevista dall’art. 138, al fine di approvare modifiche riguardanti la forma di governo, il bicameralismo e l’architettura Stato-Regioni. Allo stesso tempo, nominò una Commissione istruttoria col compito di redigere una relazione da presentare al Parlamento, sulle materie oggetto di revisione e sulla scelta del sistema elettorale, tenendo in conto tutte le varie difficoltà e le possibili soluzioni prospettabili. Com’è noto, appena insediatasi, la Commissione fu oggetto di pesanti attacchi: secondo l’autore dell’articolo, la ragione di ciò andrebbe ricercata nella continuità tra il disegno riformatore prospettato – ma non ancora definito, almeno nei contenuti – e la stagione precedente delle prospettate “grandi

riforme” condotte in odio alla Costituzione del 1947. La ragione di un rifiuto *a priori* di imboccare una stagione di possibili revisioni sarebbe, dunque, tutto da ricercare in questo crescente clima di tensione che condusse alla *débauche* istituzionale attraversata negli ultimi mesi del 2011 fino alla contrastata formazione del governo Letta, tensione e sospetto non solo da parte delle istituzioni politiche, ma anche di una parte di costituzionalisti che la sola idea di affrontare il tema dell’assetto istituzionale si sarebbe tradotta in un tradimento totale della Costituzione stessa e dei diritti in essa sanciti. Al termine del suo contributo, dunque, l’interrogativo di Dogliani su quale fine sia riservata alla nostra Costituzione resta senza una risposta certa: indubbiamente può dirsi che dopo esser stata vittima di populismi, che definisce di destra “classica”, e dei populismi “anarchici”, appare oggi ostaggio ora di un populismo “costituzionale-sdegnoso”, ora di populismo “governativo”, il più pericoloso, dal momento che assume una serie di fatti in seno ad una parte politica (si veda la “Leopolda”, le primarie e una votazione favorevole in seno alla direzione del proprio partito), per legittimare la richiesta di un “pieno mandato” per modificare la Costituzione, ma, sopra ogni cosa, per legittimare un processo di revisione del tutto estraneo e “superiore” a quello previsto dalla Carta. Queste considerazioni finali aprono al successivo contributo, ad opera di Alfio Mastropaolo su: “Politica, iperpolitica, populismo”. L’autore muove da alcune riflessioni sulla critica alla politica, critica antica – come ammette egli stesso – quanto la stessa politica, e che sarebbe riconducibile a due filoni principali: quello di chi dice che la democrazia sarebbe insufficiente, perché affetta da elitismo; e quello di chi afferma che la democrazia sarebbe invece inefficiente perché malata di demagogia, la quale a sua volta impedirebbe ogni sintesi politica per il bene comune. Entrambi i filoni non avrebbero una caratterizzazione politica ben definita, muovendo tanto da una parte della destra quanto da sinistra, e, in questo dato momento storico, da populistici. L’ipotesi qui avanzata è che la reputazione, decadente, della stessa politica sarebbe da ricercarsi nella stessa critica della politica e nella reazione ad essa da parte della politica. Oggi si screditerebbe la politica – e le pubbliche istituzioni – proprio con l’intento di indebolirla. Secondo questa interessante ipotesi, la critica della politica non sarebbe tanto l’esclusivo prodotto della corruzione e del mal costume dei suoi addetti. Piuttosto, tali malefatte avrebbero fornito il pretesto per favorire una ridislocazione dell’autorità pubblica nei regimi democratici. A rafforzare questa riflessione, riporta la tesi di due autori, Jean Luc Boltanski e Eve Chiapello (1999), secondo la quale il capitalismo stesso sarebbe legato alle critiche che gli sono rivolte, come alle opposizioni che incontra. L’autore allora raccoglie tali spunti riflessivi sul capitalismo e li gira e li applica ai regimi democratici: anch’essi sarebbero modellati dalle critiche e dalle opposizioni in cui s’imbattono, citando Blondiaux (2008).

Proseguendo nell’analisi della raccolta, si incontra il contributo del professor Massimo Villone, il quale, ricollegandosi alle riflessioni iniziali del Volpi, focalizza la sua attenzione sul tema dell’evoluzione della forma di governo e su quale possa essere la migliore, opponendo elasticità e rigidità. E lo fa, partendo da un interrogativo, non provocatorio, come egli stesso tiene a sottolineare: se, cioè, vi sia davvero stata una evoluzione. La sua analisi va da una ‘torsione’ in chiave presidenzialista (ovvero parapresidenzialista o semipresidenzialista), a una torsione verso un governo del Primo ministro, concentrandosi, dunque, sull’osservazione di due figure: quella del Capo dello Stato, riguardo la prima, e quella del Capo dell’esecutivo, riguardo la seconda. Le sue conclusioni, dopo un *excursus* sulle tappe più rappresentative della storia politico-istituzionale degli ultimi venti anni, non

presentano dubbi: partendo dalla constatazione, riguardo l'eventuale evoluzione o meno della forma di governo, i cui segnali sembrerebbero contrastanti, si può indubbiamente riconoscere che oggi il modello bipolare, se non anche bipartitico – tendenzialmente rigido e stabile, tanto caldeggiato dal dibattito politico e dottrinario passato – sarebbe oggi sostanzialmente superato da un impianto tripolare destinato, a parer suo, a perdurare per qualche tempo. Ciò avrebbe condotto il nostro sistema ad orientarsi verso istituzioni più elastiche, più aderenti ed adattabili agli equilibri politico- istituzionali reali. E proprio in questo l'autore del contributo rileva il maggior pregio della nostra forma di governo: quello di aver sempre permesso tutti i cambiamenti di questo ventennio senza rotture sostanziali, capacità che non sarebbe stata assicurata da nessuna delle alternative che via via si erano ipotizzate per una revisione della forma di governo. A questo si aggiungano considerazioni sulle critiche congiunture economico-finanziarie alle quali si accompagna variamente la domanda di una nuova rappresentanza politica: è in tal contesto che la forma di governo parlamentare avrebbe un sicuro vantaggio. Perché *nel tempo della crisi e del cambiamento* bisogna scegliere le *istituzioni dell'elasticità*, non quelle della rigidità, che impedirebbero in modo coatto qualsiasi adattamento.

Pure il successivo contributo, a cura del professor Cesare Pinelli, prosegue nella riflessione sulla forma di governo, giungendo tuttavia ad esiti differenti, auspicando una forte 'razionalizzazione' della forma di governo parlamentare. Ma una tale considerazione non sarebbe esaustiva del dibattito sulla forma di governo, se non fosse affiancata alla riflessione attorno al sistema elettorale: impossibile, a suo parere, negare la stretta connessione fra la forma di governo e la riforma elettorale. Quello dell'autore del contributo resta, in sostanza, un chiaro invito ad accentuare l'elemento della responsabilità del governo, che vada verso la forma di governo fortemente caratterizzata da un esecutivo forte.

Il tema del sistema elettorale viene ripreso ed approfondito da Oreste Massari, nel suo contributo: 'Sistemi di partito, effetti dei sistemi elettorali dopo il 1993 e la riforma elettorale'. Durante la Seconda Repubblica, egli avverte, è accaduto e accade ancora un paradosso: voler assegnare al sistema elettorale comunque considerato – dunque anche in assenza di una riforma costituzionale complessiva – la finalità di operare un passaggio da una democrazia bloccata a una maggioritaria, che si vorrebbe caratterizzata da bipolarismo, alternanza, scelta diretta del Premier da parte dell'elettorato. La sua critica muove dalla constatazione che 'i nostri ideologi del maggioritario' abbiano preferito il cosiddetto e presunto 'premierato forte', piuttosto che una razionalizzazione della forma di governo parlamentare o del semipresidenzialismo. La sua analisi parte da un interrogativo, mai scontato, su quale è o debba essere lo scopo primario di un sistema elettorale. La dottrina da sempre risponde che è quello di assicurare non solo un giusto equilibrio tra rappresentatività e governabilità, ma anche tra voto alla lista e voto alla persona, tra rappresentanza territoriale e nazionale, tra potere dei partiti e potere degli elettori. Pertanto, un sistema elettorale, incidendo sul sistema dei partiti, è una delle condizioni per un buon funzionamento dei governi democratici ed è, poi, a seconda dei contesti e le priorità che si può privilegiare l'una o l'altra finalità. Se si osservano, infatti, i sistemi elettorali nei paesi occidentali, o per lo meno europei, si nota come lo scopo è quello di ridurre la frammentazione partitica riguardo il rapporto rappresentanza-governabilità. Nel caso tutto nostrano, il sistema elettorale ha incarnato tutti i mali della prima fase della Repubblica come anche la soluzione a tutti i mali nella seconda fase della nostra storia repubblicana. In sintesi: o è stato sovraccaricato di

responsabilità enormi, o ad esso non pertinenti. E da qui dipana la sua analisi sul sistema elettorale pre-1993 fino ai nostri giorni, per giungere, nelle sue osservazioni conclusive, a un giudizio de facto: è dal 1994 che si assiste, con straordinaria continuità, all'imposizione della questione elettorale su di un modello bipolare 'costruito' per legge, pretendendo cioè di fabbricare una democrazia maggioritaria attraverso lo strumento del sistema elettorale, e in particolare, con l'imposizione di un premio maggioritario che dovrebbe far eleggere, la sera stessa delle elezioni, un Governo stabile e forte. Ma all'interno della forma di governo parlamentare non esistono elezioni dirette, o "come se dirette" dell'esecutivo, o meglio, esistono fintantoché il sistema dei partiti lo consenta. In altre parole: la *democrazia immediata* di Duverger esiste solo se – e qui il rimando al caso inglese è scontato – esistono due partiti maggioritari che si alternano al potere. E dunque, solo finché esiste una mediazione partitica tutto ciò è possibile, ma nel momento in cui i partiti vengono meno, il sistema dell'elezione *diretta* o *come se diretta*, viene meno. L'esempio di quanto affermato è chiaramente evidente in Inghilterra, dove questo sistema è stato in grado di mantenersi fino al 2010, anno in cui, anche lì si è assistito alla nascita di un governo di coalizione post- elettorale, certamente non voluto dall'elettorato ma deciso dai parlamentari successivamente alle elezioni. In Italia, è stato il premio di maggioranza a permettere ad un bipolarismo costruito a tavolino – anche, se vogliamo, attraverso operazioni di ingegneria istituzionale piuttosto discutibili – di sopravvivere, senza tuttavia superare le anomalie strutturali proprie del sistema nostrano, ossia quello di un sistema partitico estremamente frammentario e di un'eterogeneità delle coalizioni con ripercussioni sul funzionamento del governo. A parer suo, bisognerà nel prosieguo di questa questione, tener fermo un punto: cioè che la democrazia maggioritaria non abolisce la forma di governo parlamentare, ma vi si connette o per forza politica (come nel caso inglese) o per forza di ingegneria elettorale ed istituzionale riuscita (come nel caso tedesco e spagnolo). E tenere a mente questo dato imprescindibile servirà ad evitare possibilmente pasticci come quello attuale italiano in cui si evidenzia un bipolarismo elettorale fondato su coalizioni eterogenee e maggioranze di governi che funzionano sempre come i classici governi di coalizione del passato.

A questo punto del volume appare inevitabile un approfondimento, una riflessione sul ruolo del presidente della Repubblica, che infatti non manca nel saggio offerto dal professor Massimo Luciani. La sua analisi sulla *parabola del Presidente della Repubblica* si apre con la constatazione di una vasta letteratura esistente su questa figura istituzionale, tale da essere *alluvionale*. Tutto oggi relativamente al Presidente appare sondato. Tuttavia, ciò non vuole significare che tutte le questioni in merito siano definite e risolte. Anzi. Basti pensare, ad esempio, alla questione dei limiti di riservatezza delle comunicazioni del Presidente a fronte di diritti di terzi, o anche alla questione della grazia, le cui vicende hanno smentito quella rigida sistemazione che la Corte aveva pensato di costruire con la sentenza n. 200 del 2006, elaborando una dottrina monofunzionale del potere di clemenza. A suo giudizio, dunque, si avrebbero tutti gli strumenti interpretativi necessari, bisognerebbe solo applicarli partendo da tre principali alternative, che egli ravvede: anzitutto, sulla figura del Presente, se si possa ancora ricomprendere nella classica dottrina del potere neutro; in secondo luogo, se il Presidente sia o non sia garante della Costituzione; e, infine, se egli sia, e se sì, in che senso, reggitore della cosa pubblica, in momenti di crisi del sistema. Di tutte queste alternative, per sua stessa ammissione, parrebbero più convincenti le opzioni negative, pur sapendo che questo abbia destato e desti delle perplessità forti. La riflessione sul ruolo che oggi avrebbe il

Presidente della Repubblica, non può prescindere un'attenta considerazione sul contesto politico-istituzionale nel quale opera, che è quello di un sempre più spiccato ordinamento pluralistico, nel quale è diventato sempre più difficoltoso mantenerne l'unità. Da questo punto di vista, tutte le democrazie avrebbero problemi di unità – alcune di esse ne hanno in misura più spiccata – ma quella italiana, per ragioni storiche, è tra quelle che soffrirebbero più di altre la debolezza del vincolo comunitario. Analizzando la storia della nostra repubblica, si comprende come non sembrerebbe tanto il 1861 ma il secondo dopoguerra a segnare il momento più rilevante della costruzione dell'unità politico-sociale. Ebbene, il processo di costruzione dell'unità – che non può considerarsi certo un dato ma un processo – ha potuto contare su molti e complessi fattori, come: come ad esempio, una Costituzione di compromesso, capace di conciliare opposti interessi; un Parlamento, che soprattutto dopo gli anni del centrismo, ha funzionato come luogo di elaborazione di scelte condivise; e, tra gli altri, un sistema dei partiti che ha finalmente permesso la nazionalizzazione (in senso gramsciano) delle masse. In questo quadro così complesso, il Capo dello Stato non può certo costruire, in solitudine, un'unità e reggere la cosa pubblica in momenti particolari di crisi. All'opposto, tuttavia, non può neanche dirsi che la sua sia una figura inutile, poiché è a lui che spetta trovare il punto di equilibrio fra l'esigenza democratica di lasciare liberamente svolgere i conflitti politici e sociali e quella sistemica di tenere unite le istituzioni.

Sulla scia di queste considerazioni, segue nel volume la riflessione, a cura di Mauro Calise, sul fenomeno della personalizzazione del partito politico. Nel suo saggio 'Il Presidente personale', si indaga sull'oscillazione a cui si assiste nelle moderne democrazie, fra sistemi parlamentari e sistemi presidenziali. Soffermandosi in modo particolare sulla personalizzazione del partito politico da parte del suo leader, è possibile riscontrare una maggiore visibilità ed esposizione del premier, sia nei processi decisionali rispetto agli organismi collegiali del suo partito, sia nel ruolo centrale che svolge in campagna elettorale, fonte principale del suo accresciuto potere sull'apparato interno. Un terzo fronte di costituzione del suo primato monocratico che emerge sempre più nettamente è quello della cd. legittimazione diretta del presidente, che si realizza attraverso la trasformazione del circuito elettorale in un canale di costante dialogo fra leader e opinione pubblica, amplificato attraverso il ricorso massiccio all'uso dei media. Ora, dopo un primo decennio in cui è emersa con particolare fervore l'ipotesi di una trasformazione del nostro modello parlamentare in senso presidenziale – o semipresidenziale – ci si interroga se questa tendenza sia ancora in auge, e magari si sia rafforzata con la comparsa di nuovi protagonisti sulla scena politico-istituzionale, o abbia subito una battuta d'arresto. Dopo un dettagliato excursus sull'ascesa monocratica del presidente, l'autore conclude che ciò che si sta sperimentando in Italia con la personalizzazione del potere sia in realtà una tendenza, un *trend*, già da tempo consolidato nelle altre democrazie: basti pensare, ad esempio, agli Stati Uniti, in cui Theodore Lowi, in un suo saggio del 1985, già accennava alla trasformazione della presidenza americana in una legata alla persona del Presidente. La sola differenza che si riscontra fra le vicende italiane e quelle delle altre democrazie è l'assenza di un saldo legame fra *premiership* e *leadership*: il leader qui fonda la sua forza sul circuito extragovernativo e paraistituzionale, del partito come tramite personale con l'elettorato. Così, ad esempio, si è riscontrato durante il berlusconismo, ma anche successivamente con la nascita del movimento di Grillo.

L'ultimo contributo del volume, a cura di Carlo Galli e dal titolo 'Le trasformazioni della politica italiana. Uno sguardo d'insieme', cerca di riassumere nel complesso le trasformazioni

e

le vicissitudini della politica italiana. Richiamando le riflessioni iniziali di Volpi, sulla sequenza tutta italiana del “crollo, promessa di rinascita, delusione pressoché radicale rispetto a ogni premessa”, sequenza del tutto condivisibile, l'autore pone un interrogativo: perché la situazione politica italiana va in modo diverso e opposto a quanto molti avevano previsto (e alcuni anche auspicato)? Sottolineando la complessità della crisi politica italiana, tenta di trarre delle conclusioni secondo un approccio il più possibile comprensivo e multidisciplinare, in cui occorre considerare alcuni importanti elementi: anzitutto, la debolezza del sistema politico nostrano, la questione di una revisione della Costituzione e le trasformazioni della politica, con la comparsa, in ordine di tempo di un movimento populista; ed infine, un'ultima valutazione della nuova fase politica che si sta vivendo. In particolare, riguardo a questa, va rilevato il possibile scenario del populismo al governo. La partita per l'egemonia in Italia sembra giocarsi, al di fuori dei luoghi istituzionali, nel rapporto diretto fra un leader innovativo (nemico di tutte le caste, di quelle partitiche, di quelle accademiche, di quelle burocratiche e via discorrendo...) e i cittadini esasperati. In conclusione, il confronto politico oggi sarebbe tutto qui: non fra innovatori e conservatori, come si vorrebbe far credere, ma fra quanti ritengono che per tener testa al populismo si debba accedere parzialmente a esso e che il neoliberalismo possa essere aggiustato ma non superato, e quanti, invece, auspicano l'avvento di una nuova politica, più partecipativa e meno spettacolare, meno emozionale e più incisiva, proiettata in interventi e soluzioni di lungo periodo.

Alessandra Quadrini

[M. RUBECHI, Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive, Torino, G. Giappichelli editore, 2016, pp. 209](#)

**I**l voto, inteso nella sua duplice accezione di diritto e dovere, ha ricevuto una rinnovata attenzione da parte della dottrina, in particolar modo all'indomani della celebre sentenza n.1/2014, con la quale la Corte costituzionale italiana ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge elettorale n. 270 del 2005 (il cd. Porcellum). La normativa è stata censurata sia per la mancata previsione di una soglia minima di voti per l'accesso al premio di maggioranza per le liste/coalizioni, sia per l'introduzione delle liste bloccate che svuotano di contenuto uno dei principi fondamentali che devono essere garantiti, ovvero sia il principio di libertà del voto sancito nel primo comma dell'art. 48 della Costituzione.

Il volume di Massimo Rubechi, come dichiarato dallo stesso autore nelle pagine introduttive, non si pone l'obiettivo di mettere in discussione consolidata dottrina, quanto piuttosto di operare una sistematizzazione della tematica, avvalendosi di discipline di diversa natura (storica, politologica, etc.) tali da integrare l'impostazione giuridico formale, al fine di fornire una visione d'insieme quanto più prossima alla completezza.

Con il primo capitolo, dal titolo fortemente esplicativo, l'autore risale alle origini del voto, fornendo al lettore una chiara e puntuale ricostruzione storica e teorica. Sottolineando l'estrema importanza del nesso sussistente tra voto e sovranità sin dagli albori dello Stato assoluto (allorquando il concetto di cittadinanza non era ancora considerato centrale), l'autore si sofferma sulla transizione e sul passaggio allo Stato liberale – nella eterogeneità delle esperienze comparate – unanimemente riconosciuta come culla del modello rappresentativo. L'avvento dello Stato democratico-pluralista del periodo successivo segna una tappa fondamentale nell'evoluzione del riconoscimento dei diritti di partecipazione politica e pone le basi per lo sviluppo non solo per i moderni Parlamenti, ma anche delle “teorie sul voto e la sua configurazione come diritto, inteso nel senso di modalità attraverso cui una pluralità di soggetti sceglie i propri rappresentanti in seno alle istituzioni, per l'appunto, rappresentative”. (cit. pag. 11).

Attraverso un'analisi sulla natura giuridica del voto, Rubechi riprende il dibattito dottrinale, risalendo sino alle teorie rousseauiane, hobbesiane e quelle di matrice lockiana, da considerarsi come pietre angolari per le elaborazioni giuspositivistiche successive, mirate alla ricerca di un equilibrio tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa. Tale tensione si è verificata anche nel caso italiano che – eccezion fatta per il ventennio fascista – ha visto un progressivo allargamento del diritto di elettorato attivo, culminato con il raggiungimento del suffragio universale nel 1945 con l'entrata in vigore del d.lgs.lgt. n. 23/1945 (con il quale è stato esteso il voto anche alle donne), che ha traghettato l'ordinamento verso la piena democraticità.

Il secondo capitolo del volume, invece, è dedicato sia alla definizione sia alla delimitazione del corpo elettorale. Partendo dallo stretto legame che sussiste tra sovranità e diritto di voto, l'Autore analizza approfonditamente quanto sancito dall'art. 48 della Costituzione italiana.

Cittadinanza e maggiore età sono i requisiti essenziali, senza i quali un soggetto non può essere considerato parte integrante del corpo elettorale e, dunque, non è legittimato a partecipare alle elezioni.

Con una puntuale ricostruzione dei lavori dell'Assemblea costituente e delle posizioni emerse in quella sede, si giunge alla conclusione che quanto sancito dal predetto articolo – delimitazione del corpo elettorale e requisiti positivi della cittadinanza e dell'età anagrafica – rappresenta il nucleo duro, che non può essere derogato ovvero limitato se non nei casi espressamente previsti.

In tal modo, il diritto di voto, sia sulla base di un'interpretazione sistematica, sia sulla base di quanto affermato dalla Corte costituzionale in più occasioni, è un diritto riconosciuto come fondamentale. Nonostante ciò, sussistono invero delle fattispecie che comportano la perdita temporanea ovvero perpetua della capacità di agire e che sono qualificate come limitazioni al diritto di elettorato attivo, espressamente previste dal quarto comma dell'art. 48 Cost.. Tali limitazioni, quali l'incapacità civile, la sentenza penale irrevocabile e l'indegnità morale, benché siano “da considerarsi non solo in senso eventuale ma anche restrittivo” (cit. pag 46), col tempo sono venute meno e, in alcuni, casi abrogate, lasciando così la disposizione costituzionale priva di attuazione concreta.

Un passaggio importante e degno di nota riguarda la possibilità di procedere ad un allargamento del corpo elettorale, superando in tal modo l'aggancio testuale dell'art. 48. Difatti, l'incremento esponenziale dei flussi migratori degli ultimi anni potrebbe far sì che “il requisito della cittadinanza (...) non sia più considerato come un parametro di riferimento assoluto per l'attribuzione dei diritti politici in generale e del diritto di voto in particolare, ma a talune condizioni potrebbe essere sostituito o integrato con quello della residenza” (cit. pag. 54). Questa evoluzione viene letta dall'autore sotto tre ordini di profili: *in primis* per quanto attiene la cittadinanza europea, problematica inaugurata a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht; *in secundis* per i cittadini residenti all'estero, per i quali è stata introdotta una disciplina ad *hoc* e, in terzo luogo, relativamente ai cittadini stranieri residenti sul suolo italiano. Proprio quest'ultimo profilo è degno di particolare interesse, sebbene il vigente requisito della cittadinanza escluda *a priori* questa possibilità. Benché parte della dottrina sia favorevole ad estendere il diritto di voto a questa categoria di individui, superando così una concezione di comunità legata all'appartenenza intesa in senso formalistico, il problema di fondo riguarda l'interpretazione che si vuol dare all'art. 48 e, dunque, se configurarlo come norma a fattispecie chiusa ovvero aperta.

La possibilità di superare da un punto di vista giuridico l'obbligato binomio cittadinanza-diritto di voto non è un'utopia. Se a livello europeo sono numerose le esperienze positive sia per quanto riguarda le elezioni amministrative (in dieci paesi membri dell'Unione), sia per quanto riguarda quelle nazionali (Portogallo e Regno Unito); nel caso italiano possono essere richiamati i tentativi di apertura di regioni come Toscana ed Emilia Romagna, avallati dalla stessa Corte costituzionale (sent. 379/2004). Qualora si volesse procedere in tal senso, sarebbe necessario risolvere prima di tutto un quesito di non poco conto: quale sarebbe la strada migliore da percorrere tra una revisione costituzionale dell'art. 48 per le elezioni nazionali e un intervento normativo puntuale per le elezioni amministrative? “La strada di un intervento legislativo a Costituzione invariata per l'estensione del diritto di voto agli stranieri non sembra peraltro giuridicamente preclusa (...) anzi, si andrebbe ad inserire in una tendenza favorevole alla scissione dalla cittadinanza del

suffragio locale che caratterizza la maggioranza dei paesi membri dell'Unione europea". (cit. pag. 70).

Il terzo capitolo "il diritto di voto e le votazioni" è particolarmente articolato, in considerazione dell'obiettivo che esso stesso si pone, ovverosia quello di indagare sulla collocazione che il voto assume all'interno del circuito rappresentativo, cercando di comprendere da un lato quali siano le garanzie costituzionali poste a sua tutela, dall'altro le caratteristiche che esso, per sua natura, è chiamato ad assumere.

Nel riprendere la classificazione di autorevole dottrina (Lanchester) sulle diverse tipologie di votazioni, l'Autore analizza i peculiari aspetti che caratterizzano le predette: le votazioni elettive – in ragione delle quali l'individuo esprime il proprio voto per scegliere i rappresentanti per il rinnovo delle Assemblee elettive nazionali, regionali e locali – che con l'estensione del suffragio sono divenute preponderanti; e quelle deliberative – dove il corpo elettorale con la propria votazione esprime una decisione, che a loro volta si articolano in due fattispecie diverse, riconducibili alle diverse tipologie di referendum previsti dalla Costituzione italiana (artt. 75 referendum abrogativo e 138 referendum eventuale previsto per il procedimento di revisione costituzionale). Invero, appare doveroso menzionare anche gli artt. 132 e 133 che rientrerebbero tra le consultazioni assimilabili a quelle referendarie di tipo consultivo, ma su cui ancora oggi la dottrina è particolarmente divisa, tant'è che alcuni autori sarebbero più propensi ad utilizzare la dizione 'plebiscito'.

Più in generale, in ragione della sua natura giuridica, il voto da un lato rientra tra i diritti inviolabili dell'uomo (voto come diritto), dall'altro assume ragion d'essere in considerazione della sua *ratio*, ovverosia quella di consentire all'individuo di partecipare perché parte integrante del corpo elettorale (voto come funzione).

Per comprendere appieno questo passaggio, l'Autore ritiene essenziale definire le modalità con cui la Costituzione stessa "delinea e configura" sia il circuito democratico, sia quello rappresentativo. Per quanto attiene il primo circuito, ossia i modi in cui le decisioni collettive sono assunte all'interno del nostro ordinamento, la matrice originaria non è altro che l'art. 1 Cost. – dove riposano il principio democratico e la sovranità popolare – strettamente connesso ad alcune disposizioni costituzionali, quali quelle agli artt. 48, 49, 51, 56, 57, 58, 75 e 138.

Per quanto riguarda invece il circuito rappresentativo, ossia le modalità di strutturazione e funzionamento delle istituzioni, le funzioni del voto non si esauriscono nelle disposizioni appena menzionate – e dunque nel momento elettivo –, bensì sono da estendere anche alle regole procedurali che determinano la strutturazione della rappresentanza all'interno delle assemblee rappresentative (ex art. 67, 72 e 82).

Nel prosieguo del volume, Rubechi disamina approfonditamente il nucleo duro delle garanzie poste a tutela del voto, in particolar modo le libertà e la segretezza. Entrambi i requisiti sono da considerarsi non solo come essenziali, ma altresì indefettibili, giacché posti a garanzia del corretto svolgimento delle procedure elettive. Se da un lato la segretezza del voto è da considerarsi come limite ad eventuali condizionamenti esterni o a situazioni di compra-vendita, potenzialmente in grado di minare la credibilità delle istituzioni, dall'altro la libertà del voto garantisce che il cittadino possa scegliere secondo coscienza. Proprio in quest'ultimo caso la libertà del voto deve essere assicurata non solo nel momento in cui l'elettore esprime di fatto la

preferenza in sede di cabina elettorale, ma anche in una fase antecedente, ovverosia quella in cui si forma la volontà dell'elettore stesso.

Una lettura importante del principio di libertà del voto viene fatta sotto due ordini di profili: innanzitutto per quanto riguarda le cd. quote di genere e il meccanismo della doppia preferenza, finalizzato ad assicurare l'elezione di due candidati di genere diverso e che non influisce sulla libertà di scelta in quanto rappresenta una "facoltà aggiuntiva" (sent. Corte cost. 4/2010); in secondo luogo in considerazione della sentenza n.1/2014, con la quale la Corte costituzionale ha motivato la declaratoria di incostituzionalità parziale dichiarando in particolare l'illegittimità delle liste bloccate della legge Calderoli (l. 270/2005), in quanto la normativa attuerebbe un meccanismo compromissorio del principio di libertà del voto ex art. 48 Cost. "La libertà del voto prevista dall'art. 48" va intesa "anche con riguardo alla reale possibilità che la sua scelta incida sulla individuazione dei singoli rappresentanti, che non può essere tale da rendere la sua volontà, in ultima istanza, ininfluyente" (cit. pag. 96).

Il momento di formazione della volontà dell'elettore deve essere considerato nella sua totalità. Ciò significa che la positivizzazione del diritto elettorale non deve riguardare esclusivamente il sistema elettorale *strictu sensu* – e dunque l'insieme di norme costituzionali, ordinarie e regolamentari che disciplinano la titolarità e l'esercizio del voto elettivo –, ma anche la cd. legislazione elettorale di contorno. In tal senso appare molto proficua la ricostruzione storico-interpretativa delle discipline che si sono susseguite nel tempo: da quella relativa alle campagne elettorali a quella sull'informazione politica.

L'art. 48, come opportunamente ricordato, sancisce ulteriori garanzie che costituiscono il nucleo essenziale delle modalità attraverso cui si esprime il suffragio: personalità ed eguaglianza, che possono ricevere una diversa declinazione nei casi di elezioni indirette ovvero di secondo grado.

Relativamente alla personalità del voto, Rubechi ricorda come autorevole dottrina sia quasi universalmente concorde sul riconoscimento di un "divieto implicito" all'introduzione di eccezioni che potrebbero inficiare tale garanzia. In particolar modo si ricordano i casi di voto per procura, nonché per corrispondenza (sebbene esistano meccanismi che hanno trovato terreno fertile in alcuni ordinamenti democratici a noi affini), cui non devono essere assimilate le eccezioni legittimamente introdotte e regolamentate per casi di straordinaria necessità (la possibilità che l'elettore sia assistito da un accompagnatore, la possibilità del voto a domicilio e l'istituzione di seggi speciali presso ospedali e case di cura).

A queste eccezioni, è a aggiungersi il voto per corrispondenza cui possono beneficiare gli italiani residenti all'estero (e i cittadini italiani che, per motivi di lavoro, di salute o di studio, si trovano temporaneamente all'estero anche se non anagraficamente residenti, secondo quanto previsto dall'art. 4-bis, primo comma della legge n.52/2015), iscritti preventivamente nell'apposito registro, ma è doveroso puntualizzare che alcuni autorevoli autori sono diffidenti

rispetto a tale istituto, in ragione del fatto che “sussisterebbero sufficienti garanzie che assicurino che colui che materialmente esprime il voto sia il titolare dell’effettivo diritto” (cit. pag. 109).

Per quanto attiene invece l’altro requisito che deve essere tutelato, ovvero sia quello dell’eguaglianza, viene fornita un’importante chiave di lettura anche alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale. Siffatto principio deve essere garantito in un crocevia di soluzioni: in entrata, in uscita e rispetto alla determinazione dei collegi elettorali. In entrata, poiché l’eguaglianza del voto è da intendersi come promanazione di quanto sancito dall’art. 3 comma 1 della Costituzione (eguaglianza formale), in cui trova radici il divieto di introdurre una ponderazione del voto tra cittadini (divieto di voto multiplo e plurimo); in “uscita”, da cui deriva un convincimento di alcuni autori che ritengono che i sistemi proporzionali possano essere “maggiormente in grado di garantire la rispondenza fra la composizione del corpo sociale e quello dell’assemblea rappresentativa” (cit. pag. 113). Se si riconoscesse unanimemente la validità di tale ragionamento teorico, da ciò dovrebbe derivare una illegittimità formale maggioritarie o miste. Come riportato nel volume, tale considerazione è stata opportunamente smentita in più occasioni da numerose sentenze della Corte costituzionale.

Come terza declinazione, invece, è necessario tenere in considerazione l’operazione di delimitazione dei confini geografici per quanto riguarda i collegi elettorali (uninominali e plurinominali), sulla base dei quali si determina il rapporto tra gli aventi diritto e i seggi in palio in un determinato collegio, per scongiurare l’ipotesi che il voto degli elettori venga considerato in maniera differente.

Benché il voto sia un “dovere civico”, formulazione nata come soluzione compromissoria in sede costituente tra posizioni diametralmente opposte – la destra, la DC e i liberali a favore di un voto come dovere giuridico; mentre i comunisti e il PSIUP favorevoli ad una configurazione meno impositiva e tendente verso la moralità dell’obbligo –, le sanzioni inizialmente introdotte dal legislatore ordinario sono oggi venute meno. Non esiste dunque alcuna sanzione qualora un elettore decida di astenersi. Il fenomeno dell’astensionismo è andato crescendo negli ultimi anni, tant’è che si è ipotizzato – così come lo stesso Autore fa nelle ultime pagine del terzo capitolo – di ovviare a tale piaga attraverso l’ausilio di innovazioni tecnologiche, particolarmente diffuse all’estero. La scelta potrebbe ricadere, qualora si volesse procedere in tal senso, tra due tipologie principali: *home voting*, tipologia non presidiata e che non assicura dunque i requisiti essenziali dell’art. 48; e il voto elettronico in sede di seggio, in ragione del quale l’elettore esprime la propria preferenza tramite dispositivi elettronici situati in apposite sedi e che assicura un certo grado di controllo nella correttezza delle procedure.

Più in generale, a prescindere dalla formula elettorale che un ordinamento predilige attuare, la Costituzione italiana non solo risulta essere silente, ma oltretutto non fa alcun accenno riguardo un’ipotetica formula che possa essere ritenuta ‘preferenziale’. Alcuni impulsi sono da rinvenire nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale che con la sopracitata sentenza 1/2014 “ha invece posto dei paletti significativi per quanto riguarda le caratteristiche che un sistema elettorale deve assumere per risultare pienamente in armonia con il nostro ordinamento (diverse sono le formule elettorali che possono essere adottate e adattate). Il punto cruciale della questione è rappresentato dalla costante tensione sulla quale – volente o nolente – il sistema politico-istituzionale arranca: da un lato aspira alla governabilità e al corretto ed efficiente funzionamento delle istituzioni; dall’altro ad un’equa rappresentanza derivante dalla trasformazione dei voti in seggi, così da avere maggioranze certe e stabili all’interno di entrambe

le

Assemblee elettive. Il monito, fornito dalla Corte, è uno: garantire un bilanciamento tra le due istanze e valutare la compatibilità delle possibili soluzioni con il nostro Testo.

La tematica riguardante i diritti politici, ma più nello specifico il diritto di voto, è sottoposta a disamina, nel quarto capitolo del volume *ivi* in commento, in chiave internazionale ed europea. Se da una parte, a livello internazionale, ha trovato fondamento in documenti importanti già a partire dal secondo dopoguerra (Protocollo I addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo); dall'altra, a livello europeo, ha raggiunto rilevanza progressivamente, attraverso un lungo e complesso processo di stratificazione, finalizzato ad assicurare l'uniformità delle discipline all'interno degli Stati membri. La ragione di questo lento processo è ascrivibile al fatto che, inizialmente, i diritti riconosciuti nell'ambito europeo hanno riguardato esclusivamente la dimensione economica della Comunità europea, in quanto erano disciplinati solamente i diritti funzionali all'esercizio di libertà economiche. L'altra motivazione è rinvenibile nel timore di condizionare irrimediabilmente la sovranità degli Stati attraverso l'adozione di interventi oltremodo incisivi.

Passi importanti sono stati fatti dalle Corti sovranazionali: dapprima la Corte europea dei diritti dell'uomo, in un secondo momento dalla Corte di giustizia europea. Proprio la via giurisprudenziale ha inaugurato la strada per l'introduzione di interventi ad ampio spettro per quanto riguarda la materia elettorale, consentendo una vera e propria armonizzazione verso principi e regole comuni pur nel pieno rispetto del principio del suffragio universale, condizione necessaria perché un ordinamento possa acquisire quel *quid pluris* di democraticità.

Nei suoi interventi, la Corte di Strasburgo si è però ben guardata dall'entrare in merito a questioni ad alta valenza politica, come ad es. evitando la censura di sistemi elettorali sulla base delle formule adottate, ovvero per quanto riguarda la determinazione delle circoscrizioni elettorali, etc., celandosi dietro la cd. '*domestic jurisdiction*'. La Corte di giustizia, dal canto suo invece, ha assunto una posizione di apertura per quanto riguarda la possibilità di estendere il *range* degli aventi diritto al voto per le elezioni locali, ricomprendendo in questa categoria anche gli stranieri residenti sul territorio degli stati membri.

Come doverosamente ricordato, non sono però mancati interventi meno invasivi, ovverosia il ricorso a strumenti di *softlaw*, quali i Codici di buona condotta in materia elettorale e sui referendum della Commissione di Venezia, altrettanto utili nelle operazioni revisioniste ovvero manutentive del diritto elettorale, dal momento che anch'essi rappresentano un momento importante per la determinazione di uno spazio giuridico europeo comune a tutti gli Stati.

In conclusione è condivisibile quanto segue: se da un lato la scelta del sistema elettorale rientra tra le scelte esclusivamente politiche, e che dunque riguarda le assemblee rappresentative e i cittadini; dall'altro, spetta alle Corti costituzionali e sovranazionali il compito di verificare che le formule elettorali adottate rispettino il principio di democraticità, affinché le istituzioni siano al tempo stesso organi funzionanti e decidenti.

Giuliaserena Stegher

[G. CRAINZ - C. FUSARO, Aggiornare la Costituzione. Storia e ragioni di una riforma, Donzelli, 2016, pp.197](#)

**I**l volume "aggiornare la Costituzione. Storie e ragioni di una riforma", scritto da Crainz e Fusaro, esamina sia da un punto di vista storico-politico che da un punto di vista tecnico la riforma della Costituzione proposta dal governo Renzi durante la XVII legislatura e sottoposta a giudizio degli italiani attraverso il referendum del 4 dicembre 2016. Il volume viene introdotto da una nota dell'editore stesso, attraverso la quale, in maniera sintetica ma molto esplicita, vengono elencati i motivi per i quali si è voluto "costruire una guida ragionata -ancorché dichiaratamente non ostile- ai cambiamenti ipotizzati. Una guida che alla fine aiuti in ogni caso a scegliere nell'unica maniera in cui si può, in un frangente democratico così complesso per il nostro paese: secondo un principio di responsabilità" (cfr. p. X).

Il libro viene suddiviso in due parti dagli Autori, nella prima parte, "insegnamenti di una storia" a scrivere è il Prof. Guido Crainz, mentre la seconda parte, "le ragioni di una riforma" viene affidata al Prof. Carlo Fusaro.

Il Prof. Crainz nella prima parte, dedicata agli avvenimenti storici che seguirono il referendum popolare che portò all'introduzione della Repubblica nel 1946, attraverso il ricorso ad aneddoti e talvolta riprendendo le parole di coloro che vissero quei momenti, analizza i passaggi concitati di quel periodo. Alla vigilia della stesura della Carta costituzionale la divisione tra monarchici e repubblicani appariva più netta rispetto al passato, questa distinzione si sarebbe tramutata in espressione di voto e in una spaccatura reale del paese, infatti, il nord si espresse per la Repubblica con soglie vicino al 65% dei votanti, mentre il sud rimaneva ancorato a una tradizione monarchica con le stesse percentuali.

Crainz, attraverso la descrizione degli avvenimenti, sia interni che esterni, e che contribuirono all'allontanamento delle sinistre dal governo, racconta il clima in cui maturò la scrittura della Carta costituzionale, "pilastro fondativo e stella polare della Repubblica, i cui principi hanno costituito e costituiscono una spinta costante e decisa alla democratizzazione del paese (dei suoi cittadini, delle sue istituzioni, delle sue culture, del suo più generale modo di essere)" (cfr. p.13).

Analizzando lo scenario fin qui descritto dal Prof. Crainz, si comprende "lo straordinario senso dello Stato dei partiti e degli uomini impegnati a scrivere la Costituzione: il loro essere realmente ispirati dall'esigenza di cercare punti di contatto per rifondare la nazione, per dirla con La Pira. Di costruire una comunità ponendo la democrazia come sostanza del nuovo Stato, per dirla con Dossetti. Sono stati affermati così principi, orientamenti e diritti di fondamentale importanza, che scandiscono con grande nettezza la prima parte della Carta. Una parte decisiva (cfr. p. 16).

Nel continuare il suo esame Crainz fa notare come la Carta costituzionale, soprattutto nella parte riguardante i principi, abbia influenzato il Paese, i partiti, la Magistratura, in pratica di come abbia influenzato la società facendole fare un salto nella civiltà e nel progresso sociale, fino a far sì che tutte le leggi approvate siano armonizzate e non in contrasto con i dettami costituzionali.

Nella parte successiva del suo esame, Crainz cerca di illustrare al lettore come quello stesso clima politico che portò alla realizzazione di una così perfetta prima parte della Costituzione, influenzò in maniera opposta la seconda parte della Costituzione. Infatti, per questa parte della Costituzione ci fu una "estrema attenzione a contrappesi, organi di garanzia, poteri diffusi (impostazione sostanzialmente subita più che accettata dal Pci): dall'ordinamento regionale all'istituto del referendum popolare, dalla Corte costituzionale al Consiglio superiore della magistratura. E sino alla decisione di dar vita a una seconda Camera, con un esito finale che certo non fu lo svolgimento coerente di un lucido progetto originario" (cfr. p. 20).

Dai dibattiti dell'Assemblea costituente, ripresi a tratti dall'Autore si evince invece come già da parte dei padri costituenti c'era l'intenzione di trasformare la seconda Camera, il Senato, in una Camera di rappresentanza delle autonomie locali, espressione delle regioni per un terzo e dei comuni per due terzi, tant'è che venne anche approvato un ordine del giorno che andava in questa direzione e che successivamente fu disatteso. Nell'ultima parte del volume, dedicata agli avvenimenti storici e redatta dal Prof. Crainz, trova spazio il dibattito relativo alle modifiche alla Costituzione che si sviluppò a partire dalla fine degli anni '70 fino ai primi anni '90. L'Autore quindi racconta come già a partire dal 1973 il Senato venisse considerato una seconda Camera inutile da Costantino Mortati (cfr. p. 27), spiega come dai primi anni 80 iniziarono i tentativi di modifica della Costituzione (Commissione Bozzi), nonché il passaggio dalla prima alla seconda Repubblica, e, infine, evidenzia come le influenze dei due referendum del 1991 e del 1993 contribuirono insieme ad altri fattori ad una sempre maggiore crisi delle istituzioni.

Infine, Crainz, spiega come a partire dalla seconda repubblica ci furono diversi tentativi di riformare la Costituzione, dalla bicamerale D'Alema, alla riforma costituzionale del 2006 voluta da Berlusconi e in seguito bocciata dal referendum, e di come l'unica riforma costituzionale approvata, quella del centro sinistra del 2001, abbia portato in realtà più danni che benefici alle istituzioni italiane.

Questa prima parte del libro, si conclude con l'analisi dei fatti e degli avvenimenti che hanno contribuito alla stesura della riforma costituzionale votata per la sua approvazione definitiva nel referendum del 4 dicembre scorso. Il volume, infatti, come sostiene lo stesso Crainz nelle ultime pagine, "si propone di fornire strumenti di conoscenza a una discussione pacata: nella consapevolezza che, se questo non avvenisse, perderemmo tutti. Irrimediabilmente" (cfr. p. 43), cosa che purtroppo si è avverata.

La seconda parte del volume, scritta dal Prof. Fusaro, spiega in cosa consiste la riforma costituzionale e quali parti della Costituzione vigente vengono modificate e quali invece restano invariate, inoltre, spiega le motivazioni che hanno portato alla necessità di riformare la costituzione, soprattutto a partire dall'esito delle elezioni del 2013.

Fusaro, dopo aver spiegato i passaggi parlamentari che hanno portato all'approvazione della riforma e la maggioranza che ha appoggiato e in seguito approvato la riforma in tutte le fasi parlamentari, dedica la parte centrale della sua analisi alla spiegazione, in dettaglio, delle modifiche che la riforma avrebbe apportato alla Carta costituzionale, spiegando punto per punto tutte le innovazioni o semplicemente le introduzioni che la riforma avrebbe comportato.

Dopo aver analizzato quali adempimenti avrebbe comportato l'approvazione della riforma, Fusaro si concentra sul rapporto tra la riforma costituzionale e la riforma elettorale, che nella stessa legislatura è stata approvata e bersagliata duramente dai fautori del no durante tutta la campagna referendaria che ha preceduto il voto del 4 dicembre scorso. A questo punto Fusaro

spiega che, pur non essendo oggetto del referendum, è innegabile come riforma costituzionale e riforma elettorale siano connesse tra loro, connessione che nasce già a partire dai primi anni novanta, quando furono introdotte “nuove leggi elettorali non assecondate né sorrette da coerenti contestuali revisioni costituzionali” (cfr. p. 84). Da quel momento in poi “tutte elezioni in cui la svolta maggioritaria non fu in grado di prodursi coerentemente in entrambe le Camere, fornendo la prova provata della particolare difficoltà del doppio rapporto fiduciario a permettere l'instaurazione di una prassi coerente da democrazia maggioritaria e dell'alternanza” (cfr. 84).

A questo punto Fusaro, dopo aver spiegato in che modo è stata attuata e approvata la nuova legge elettorale, passa all'analisi dei capisaldi della stessa, riprendendo tutto il dibattito precedente il voto referendario del 4 dicembre. Concentra l'attenzione del lettore sulle critiche mosse alla riforma costituzionale dai fautori del no, critiche fatte a prescindere, critiche fatte per il metodo e le procedure adottate, critiche in merito ai fini perseguiti dalla riforma, quelle di carattere generale o specifico nei confronti del testo, e le risposte che i fautori del sì hanno cercato di dare a queste critiche.

Nella parte successiva del libro è lo stesso Prof. Fusaro che cerca, per ogni critica mossa nei confronti della riforma costituzionale, di dare delle risposte adeguate, in modo da creare nel lettore una propria opinione e conoscenza della materia. L'Autore nella parte finale cerca di dare una valutazione conclusiva alla riforma costituzionale spiegando quali criteri utilizzerà. Dopo aver illustrato alcuni "criteri e parametri che in parte valgono per qualsiasi innovazione (riforma), quale che sia l'ambito d'intervento; in parte valgono specificamente per il caso di una riforma costituzionale" (cfr. p. 124), l'Autore passa a elencare i criteri che ritiene indispensabili per una giusta valutazione di una riforma costituzionale. Secondo l'Autore, "nel caso di una legge di revisione costituzionale vi sono alcuni parametri specifici in relazione ai quali valutarla: prima di tutto la compatibilità sistematica con tutto ciò che della Costituzione non viene cambiato (prima di tutto i principi fondamentali); inoltre è opportuno valutare una riforma del genere sia in relazione alla storia costituzionale del paese sia in rapporto alle precedenti proposte di revisione" (cfr. p. 124). Infine, una volta riassunto tutto il quadro politico sociale entro il quale si muove la riforma costituzionale, Fusaro passa alle conclusioni finali dicendo che "Questa riforma non produrrà effetti taumaturgici né alcuna palingenesi. Altrettanto certamente (anche in assenza di modifiche alla legge elettorale) non produrrà alcun «uomo solo al comando» né «un'altra Costituzione» né alcuna «verticalizzazione autoritaria del potere» né le temibili incertezze che vengono preconizzate. Produrrà, con un buon grado di probabilità, istituzioni politiche (un po') più reattive ed efficienti, governi (un po') più stabili e meglio in grado di realizzare il loro programma, la possibilità certa di scelta, da parte degli elettori, del partito, del programma e del leader da cui farsi o da cui non farsi governare, qualche inizio di semplificazione, qualche risparmio. E, in prospettiva, un sistema politico e istituzionale (un po') più credibile. A me non sembra poco, anche se è lungi dall'esser tutto" (cfr. pp. 133-134).

In conclusione possiamo sostenere che il volume scritto da Crainz e Fusaro è un manuale utile alla comprensione della riforma costituzionale soggetta al referendum del 4 dicembre scorso, e che i cittadini hanno deciso di non attuare mantenendo l'attuale assetto istituzionale nel Paese.

Giuseppe Storsillo