





SOVRANITÀ E RAPPRESENTANZA  
STATO, AUTONOMIE TERRITORIALI  
E PROCESSI DI INTEGRAZIONE  
SOPRANAZIONALE

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

Editoriale Scientifica

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

Tutti i diritti sono riservati

© Editoriale Scientifica srl settembre 2018  
Via San Biagio dei Librai, 39  
80138 Napoli  
ISBN 978-88-9391-408-6

## INDICE

Presentazione	IX
Nota dei curatori	XIII

### PARTE I: DIVERSE VISIONI SULLA SOVRANITÀ E LA RAPPRESENTANZA

Squilibrio o equilibrio, legale o extra-legale? Gli interrogativi sul ruolo dei giuristi nella crisi della sovranità del mondo globalizzato, <i>Alessandro Tedde</i>	3
La concepción de la democracia representativa de Hans Kelsen (con especial referencia a la polémica mantenida con Eric Voegelin). <i>José Antonio Sendín Mateos</i>	13
Il “fantasma” della sovranità. <i>Antonio Gusmai</i>	27
Rappresentanza e governabilità. <i>Daniele Casanova</i>	49
Rappresentanza politica e funzione di governo: brevi note sulle trasformazioni del sistema delle fonti. <i>Maria Pia Iadicco</i>	65
Riflessioni in tema di multiculturalismo e rappresentanza política, <i>Costanza Nardocci</i>	83
El proceso de disciplina fiscal europea y la tendencia centralizadora estatal, <i>Ana Melado Lirola</i>	99
El proyecto BEPS de la OCDE, ¿una amenaza a la soberanía o una vía de solución?, <i>José Miguel Martín Rodríguez</i>	111
La quiebra del principio de soberanía ante el paradigma de la globalización: una mirada desde el Derecho Mercantil. <i>Miguel Martínez Muñoz</i>	123
La desconexión del problema de los conflictos de leyes del principio de soberanía en la construcción de F.K. von Savigny. <i>José Ignacio Paredes Pérez</i>	135
La sovranità alimentare nei processi di integrazione europea: il caso degli OGM, <i>Giada Ragone, Benedetta Vimercati</i>	155
Crisi polacca e paradossi dello Stato di diritto: verso un nuovo “Assassinio sull’Orient Express”?, <i>Antonella Galletti</i>	173

PARTE II:  
UNIONE EUROPEA

Crisi di sovranità statale e deficit di democrazia nell'Unione Europea: riflessioni e prospettive, <i>Alessandro Tomaselli</i>	191
La governance economica europea quale dimensione strutturale di "sovranità condivisa", <i>Ilaria Rivera</i>	203
La governance dell'Unione bancaria europea e il prisma delle "sovrapposizioni", <i>Renato Ibrido</i>	223
Cesión dinámica de soberanía en el marco de la Unión Europea: el caso del régimen de ayudas de Estado fiscales y su aplicación a los "tax rulings", <i>Rafael Sanz Gómez</i>	237
La normalización de la geometría variable en la gestión de los principales desafíos actuales de la UE, <i>Sofía Lucas Areizaga</i>	249
La soberanía nacional como límite a la constitucionalización de la política exterior y de seguridad común de la UE, <i>Valentina Faggiani</i>	265
Filling the gap of Eurocrisis mechanism's accountability: riflessioni a partire dal caso Ledra Advertising, <i>Antonio Baraggia</i>	281
La representación política de las minorías étnicas y nacionales en la Unión Europea: hacia el proceso de construcción de políticas de reconocimiento y de nuevos espacios, <i>Ana Tomás López</i>	292
Le regioni al cospetto dell'Unione Europea. Partecipazione e rappresentanza regionale nei processi europei di produzione normativa, <i>Caterina Drigo</i>	309

PARTE III:  
AUTONOMIE TERRITORIALI

Bicameralismo e rappresentanza territoriale: le autonomie al centro?, <i>Valentina Capuozzo</i>	335
Crisi della rappresentanza ed elezioni indirette: alcune considerazioni sul più recente dibattito italiano, <i>Tanja Cerruti</i>	355
La rappresentanza delle Regioni e l'insufficienza dei tradizionali organismi di concertazione (in particolare, la Conferenza Stato-Regioni e il Comitato delle Regioni). Prime osservazioni, <i>Alberto Randazzo</i>	369
Autonomia degli enti regionali e diritti fondamentali: quando i cambiamenti globali trasformano i territori e le comunità. Un commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 63 del 2016, <i>Michele Gradoli</i>	391
Rappresentanza o partecipazione: il dilemma delle città metropolitane, <i>Filomena Manganiello</i>	405

Per un disegno coerente dell'«area vasta»: il coordinamento amministrativo tra autonomia politica e autonomia organizzativa dei comuni, <i>Marzia De Donno</i>	415
Le nuove sedi della rappresentanza in Sicilia: i liberi consorzi e le città metropolitane, <i>Francesca Leotta</i>	435
Entidades locales autónomas, creación de municipios por segregación y sostenibilidad y racionalidad de la administración local. Especial referencia al ordenamiento jurídico andaluz, <i>Francisco M. Bombillar Sáenz</i>	447



## PRESENTAZIONE

*Tommaso Edoardo Frosini*

In numerose democrazie contemporanee, Italia e Spagna incluse, assistiamo a una crisi della rappresentanza politica. È entrato in crisi quel modo tradizionale di essere della rappresentanza politica: ovvero il mandato a rappresentare la nazione, la responsabilità affidata a chi rappresenta, i partiti politici quali associazioni che rappresentano l'elettorato, l'esercizio della funzione legislativa quale compito primario delle assemblee rappresentative, e così pure la funzione di controllo. Ancora: la crisi della rappresentanza è altresì determinata dalla difficoltà di trovare un equilibrio, meglio una sintesi tra il rappresentare e il governare. E quindi quale formula elettorale e di governo adottare per non comprimere la rappresentanza ma nel contempo valorizzare la governabilità. La crisi della rappresentanza è anche crisi del rappresentato, che ha smarrito i suoi riferimenti politici e istituzionali. Vuoi per la liquefazione dei partiti, sempre meno "ponte" fra la società politica e la società civile, come un tempo si diceva; vuoi per la perdita di centralità del Parlamento, quale organo non più decidente; vuoi, ancora, per la scomparsa del rapporto fra rappresentante e territorio, e quindi la presenza dell'eletto quale espressione di un collegio elettorale. La rappresentanza politica ha poi abdicato ad altre forme rappresentative: quelle degli interessi, per il tramite delle *lobbies*; quelle territoriali, in virtù di un'accentuazione del decentramento politico e amministrativo; quelle di genere, che spingono verso una rappresentanza paritaria forzata attraverso leggi e norme costituzionali. La rappresentanza politica si è quindi parcellizzata, anche per effetto di un'accentuazione del pluralismo sociale che appare non più comprimibile nel solo perimetro parlamentare.

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

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

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

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



## Nota dei curatori

### **Sovranità e rappresentanza: il costituzionalismo nell'era della globalizzazione**

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

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

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

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

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

I curatori

## Nota de los directores

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

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

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

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

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

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

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

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

Los directores



PARTE I:

DIVERSE VISIONI SULLA SOVRANITÀ  
E LA RAPPRESENTANZA



SQUILIBRIO O EQUILIBRIO, LEGALE O EXTRA-LEGALE?  
GLI INTERROGATIVI SUL RUOLO DEI GIURISTI NELLA CRISI  
DELLA SOVRANITÀ DEL MONDO GLOBALIZZATO

*Alessandro Tedde\**

SOMMARIO: 1. Squilibrio o equilibrio? Alle radici della crisi di un paradigma interpretativo. – 2. Espansione dell'economia globale e compressione delle sovranità nazionali. – 3. La globalizzazione nel passaggio dalla teologia politica alla teologia economica: il problema della comunità di riconoscimento. – 4. Dalla κρίσις (crisis) alla στάσις (stasis): le speranze disattese del populismo. – 5. Legale o extra-legale? Il ritorno agli interrogativi fondamentali. – Riferimenti bibliografici.

*1. Squilibrio o equilibrio? Alle radici della crisi di un paradigma interpretativo*

La crisi della globalizzazione, cioè dell'attuale fase di sviluppo del sistema capitalistico di mercato caratterizzata dalla forte interdipendenza tra le diverse aree del pianeta (Figini, 2005: 3), è anche la crisi di uno dei due paradigmi alternativi interpretativi del fenomeno: secondo la scuola liberista, lo sviluppo del sistema capitalistico ruota “attorno alla matrice equilibrio-squilibrio-equilibrio”; diversamente, la scuola marxiana ritiene che “la matrice del capitalismo ruota attorno allo squilibrio-equilibrio-squilibrio” e che il suo sviluppo si fonda proprio “sulla capacità di generare uno squilibrio di struttura che permette di accumulare un profitto o una rendita dal capitale investito” (Nicolosi, 2012:5-8).

Sul piano dell'analisi comune all'economia politica e al diritto pubblico, non si può non notare come la crisi abbia determinato una risposta sistemica delle tecnocrazie nazionali e sovranazionali orientata alla stabilizzazione del ciclo economico (Chirico, 2014: 59), e che, “come declinazione storicamente determinata del rapporto tra forme dell'economia e forme della democrazia” (D'Albergo, 2005), tale risposta abbia ulteriormente indotto all'emergere di nuove strategie politiche di adeguamento sistemico degli assetti istituzionali nazionali e sovranazionali.

Pertanto, lo scontro tra gli economisti sulla caratterizzazione dell'attuale fase di squilibrio interroga anche i giuristi rispetto al rapporto storico tra *oikos* e *polis*: infatti, gli attuali assetti istituzionali potrebbero assumere un carattere

\* Università degli studi di Sassari.

transitorio ovvero permanente a seconda che lo squilibrio economico si dimostri come congiunturale (paradigma liberista) ovvero strutturale e di tendenza (paradigma marxiano).

## 2. *Espansione dell'economia globale e compressione delle sovranità nazionali*

Peraltro, gli studi sulle trasformazioni istituzionali e costituzionali indotte dal ciclo economico potrebbero venire in aiuto anche al di là del loro ambito, ove si consideri che la storia del costituzionalismo nel periodo capitalistico palesa una certa corrispondenza tra lo squilibrio esistente sul piano del conflitto economico-industriale tra i fattori della produzione (Capitale e Lavoro) e lo squilibrio esistente sul piano del conflitto politico-istituzionale tra principio della libertà economica e principio di uguaglianza politica dei cittadini: in fasi di equilibrio economico, lo squilibrio politico ha infatti teso a ridursi; viceversa, in fasi di squilibrio economico si è aggravato.

Tutta la storia delle costituzioni è, in generale, connotata dalla costante dello sbilanciamento in favore del principio della libertà economica a detrimento del principio di uguaglianza politica dei cittadini (fino all'attuale forma di strapotere di quello che Gattei ha definito *imprenditore globale astratto*, e che, pur con qualche imprecisione, possiamo ridenominare 'finanza internazionale') (2009) e ciò farebbe propendere per il riconoscimento di un carattere tendenziale dello squilibrio del ciclo economico.

Nella globalizzazione, lo sbilanciamento è aggravato dalla fuga della componente economica dei diritti liberali dal controllo democratico del circuito politico - rappresentativo nazionale, il quale è storicamente spinto dal suffragio universale verso l'attuazione di politiche redistributive erosive della rendita. La proprietà, oggi, si è sottratta al perimetro della sovranità nazionale, nel quale era stata confinata durante il Novecento, mentre il sistema politico nazionale è costretto a muoversi entro compatibilità economiche e giuridiche ad esso un tempo estranee, che restringono i margini delle politiche di redistribuzione.

Tra gli elementi essenziali della politica economica della globalizzazione neo-liberista che "ricorrono nei diversi paesi [...] e ne costituiscono il suo minimo comune denominatore"<sup>1</sup> (Figini, 2005: 6-8), il più caratteristico "è il trasferimento progressivo delle decisioni di politica economica da istituzioni democraticamente elette ad istituzioni non democratiche o con un grado in-

<sup>1</sup> Gli altri elementi sono: liberalizzazione del commercio internazionale, finanziarizzazione dell'economia, deregolamentazione del mercato del lavoro, privatizzazione.

sufficiente di democrazia”, che sottrae “uno strumento di politica economica al controllo democratico dei parlamenti” (Figini, 2005: 8).

Il carattere di tendenza dello squilibrio economico, accentuatosi dagli anni 2000 con la smaterializzazione della ricchezza e l'internazionalizzazione delle imprese e dei mercati finanziari, fa propendere per ritenere gli attuali assetti istituzionali non destinati a caducare nel breve periodo, una volta passato l'acme della crisi, atteso che “i governi non hanno ormai la piena disponibilità dello strumento fiscale in quanto sono sottoposti a vincoli di istituzioni sovranazionali (come nel caso del patto di stabilità e di crescita per i paesi della zona Euro) o internazionali (come nel caso delle riforme imposte dal Fondo Monetario Internazionale, FMI, ai paesi in via di sviluppo con problemi di instabilità macroeconomica)” (Figini, 2005: 8).

Nella globalizzazione, “il dominio dell'economia e della finanza speculativa sulla politica e l'impotenza e la subalternità ai mercati dei pubblici poteri sono il prodotto di un'asimmetria strutturale: quella tra il carattere globale delle prima e il carattere prevalentemente locale e statale dei secondi” (Ferrajoli, 2014: 31). I risultati istituzionali sarebbero “equivalenti a quelli che la restrizione del suffragio e lo stato d'assedio producevano nell'800 e la rigidità costituzionale nel '900” e cioè “evitare che i riflessi dell'*égalité* (ed i costi della *fraternité*) si proiettino sulla *liberté*” (Bin, 2007).

### 3. La globalizzazione nel passaggio dalla teologia politica alla teologia economica: il problema della comunità di riconoscimento

Da un punto di vista giuridico, la globalizzazione può essere definita “come un processo d'integrazione mondiale sviluppatosi sul piano economico in assenza di regole all'altezza dei giganteschi problemi ecologici e sociali da esso generati” (Ferrajoli, 2014: 31).

Il nuovo ordine globale o “global polity” *in fieri* ha tratti sostanzialmente neo-medievali, molto diverso da un ordinamento statale, non democratico, ma *accountable*, in cui la procedimentalizzazione e la trasparenza sarebbero un surrogato di legittimazione (Fiori, 2016), e, secondo Cassese, un fattore di avanzamento della democrazia negli Stati che metterebbe “le istituzioni nazionali sotto pressione affinché migliorino la performance democratica” (2013: 115), permettendo di valutare indipendentemente «non solo la performance economica, ma anche quella politica» (Cassese, 2013: 112).

La global polity assume la forma di una tecnocrazia su base plurale, divisa in piani e livelli differenti, sebbene interconnessi, giustificata dalla dimensione globale dei problemi e dall'elevato livello tecnico delle questioni e legittimata

dai diritti procedurali che si presume garantisca. Un sistema che, letto con le lenti del modello westfaliano, si presenta a prima vista caotico, caratterizzato dalla flessibilità e dal dubbio sulla distinguibilità tra pubblico e privato e tra potere normativo e potere amministrativi; un sistema fatto di Stati, organizzazioni internazionali, organi privatistici con funzioni pubbliche, processi di standardizzazione di origine privata che s'impongono ai poteri pubblici.

Nello spazio internazionale, la global polity punta al superamento, piuttosto che alla negazione, del rapporto tra gli Stati, basato sul reciproco riconoscimento e sul diritto internazionale, anche bellico (Fiori, 2016).

Si tratta di un rapido fenomeno di giuridificazione della sfera globale, di un'amministrativizzazione mediante "depoliticizzazione" (Fiori, 2016): il diritto globale è essenzialmente non costituzionale – anzi saremmo di fronte ad una nomo-anarchia globale (Greco, 2004:2-3) sul piano costituzionale (Ferrajoli, 2014:29) –, bensì specificamente amministrativo e che trova nella regolarità del mercato (conseguenza dello strutturale squilibrio del sistema economico) la forma di ordine del mondo globalizzato, superiore all'ordine normativo statale e inter-statale.

In questa fase, dunque, la crisi della sovranità statale non corrisponde a una crisi dello Stato *tout court*, perché, sebbene il sistema capitalistico "per estrarre profitto, o ridurre il suo declino, è stato costretto [...] a prefigurare un ruolo dello Stato contenuto o ridotto" (Nicolosi, 2012:8), esso non è giunto fino a negarlo e anzi ha teso a rafforzarne la funzione storica di imposizione del nuovo ordine naturale: la differenza è che lo Stato, da braccio secolare di una teologia politica che postulava la sua stessa egemonia, oggi esiste in funzione di una "teologia economica" cui è subordinato (Morrone, 2012).

Sebbene non più sussumibile entro il paradigma nazionale-internazionale, l'esistenza della sovranità statale permane, ma si fonda sul necessario rapporto di stabile collaborazione tra organi tecnocratici non elettivi (portatori del requisito sovrano dell'indipendenza da fattori esterni) e organi democratici rappresentativi (portatori del requisito sovrano della effettività nell'esercizio del potere). Questa configurazione duplice della sovranità nega radicalmente il modello interpretativo della sovranità westfaliana, ormai inadeguato a descrivere l'ordinamento globale (Greco, 2004), ma non la sovranità in sé: infatti, se un minimo di ordinamento globale esiste, è lecito supporre che vi sia un minimo di sovranità.

Almeno nell'ambito delle attuali democrazie occidentali, la regolarizzazione dell'esercizio della sovranità, interna ed esterna, non deriva più dal mero riconoscimento reciproco tra componenti della *recognitional community* dei governi nazionali (Hart, 1961). Le politiche dei governi nazionali, infatti, necessitano a loro volta di essere legittimate sul piano della sovranità esterna,

da parte delle tecnocrazie economiche autolegittimatesi interpreti del *sentiment* dei mercati finanziari (sì che, più che di *imprenditore globale astratto*, sarebbe corretto parlare di *sovrano globale astratto*); sul piano della sovranità interna, dai governati, atteso che il postulato dell'identità immediata tra l'azione dello Stato-governo e la volontà dello Stato-comunità, su cui si regge la *fictio* internazionalistica ed il rapporto tra tecnocrazie e governi, non ha più alcuna efficacia dal Novecento.

La crisi della sovranità moderna è, allora, il prodotto della duplicazione delle *constituencies* e delle *recognitional communities* dello Stato (mercati e tecnocrazie da un lato; popoli e governi dall'altro), che, al suo interno, si trasforma in un conflitto insanabile tra governanti e governati, che per un periodo lungo del Novecento fu attenuato con l'integrazione delle masse popolari nel circuito democratico-rappresentativo mediante i partiti politici (come ben si legge nell'art. 49 della Costituzione Italiana): l'adeguamento completo delle politiche nazionali alle strategie economiche tecnocratiche non sarà possibile senza l'eliminazione della legittimazione interna, cioè con la sostituzione della constituency politica – i cittadini –, con quella economica – i mercati – (Ferrara, 2006: 270-271).

#### 4. Dalla κρίσις (crisis) alla στάσις (stasis): le speranze disattese del populismo

È difficile accettare che l'attuale ruolo dello Stato si risolva nel consentire la stabilità dell'instabilità, cioè il mantenimento delle condizioni di squilibrio strutturale del ciclo economico necessarie al permanere dell'espansione dei profitti privati, poiché ciò rappresenta esattamente il contrario dei principi introiettati in secoli di vigenza del modello westfaliano su cui si fondava l'egemonia dello stato moderno. In realtà, potremmo leggere questo processo come un ritorno alle origini del termine *stato*, alla radice “-sta” del verbo greco *histemi* da cui deriva l'antico termine *stasis*, portatore di un doppio e opposto significato: immobilità, stabilità e mantenimento dello *status quo* da un lato; sedizione, rivolta e infine rivolgimento politico dall'altro (Agamben, 2015).

Quando i movimenti populistici rivendicano un ritorno alle origini della democrazia diretta, secondo il principio “una testa, un voto”, ponendosi come “nemici assoluti” (Schmitt, 1961) delle istituzioni della global polity che invece osteggiano tale principio, esprimono un conflitto politico insanabile tra *oikos* e *polis* (la *stasis* greca), a cui difficilmente potranno porre rimedio i tentativi dei giuristi di “democratizzare la democrazia” (Allegretti, 2010), cioè di trovare forme nuove di incremento degli strumenti democratici che superino

la crisi della sovranità completando la democrazia diretta con la democrazia rappresentativa.

Un tentativo nobile, ma destinato a fallire se rimane tutto interno al modello concettuale dello Stato moderno, in cui l'ordine inteso come normalità coincide con la normatività della legge, poiché tale modello ha funzionato fintanto che il perimetro di *oikos* e *polis* è coinciso e la regolarità del mercato è rimasta legata, per non dire subordinata, alla normatività statale.

È quello il modello a cui fanno riferimento “le nostre costituzioni nazionali [che] disegnano tutte un sistema economico di tipo dirigista, basato sulla sopra-ordinazione della politica e degli interessi pubblici all'economia e agli interessi privati” (Ferrajoli, 2014:30), come si evince dagli articoli 41-43 della Costituzione italiana, gli artt. 14-15 della Legge fondamentale tedesca, il capitolo III della Costituzione spagnola, la parte seconda della Costituzione portoghese e gli artt.17 e 18 della costituzione greca.

Del resto, “la sopra-ordinazione di una sfera pubblica eteronoma all'autonomia delle sfere economiche private e la separazione tra le due sfere, confuse nel regime feudale e nel vecchio Stato patrimoniale di ancien regime, rappresentano i tratti caratteristici dello Stato e del diritto moderno” (Ferrajoli, 2014: 31), mentre oggi, invece, “c'è il capovolgimento, prodottosi con la globalizzazione neoliberista, del rapporto tra politica e diritto da un lato ed economia e finanza dall'altro” (Ferrajoli, 2014: 30).

##### 5. *Legale o extralegale? Il ritorno agli interrogativi fondamentali*

I movimenti populistici sostengono che la sovranità possa sprigionare forze ancora inesprese, in un rapporto di complementarità con la democrazia rappresentativa e la democrazia diretta per passare da una partecipazione relegata in atti episodici ai confini dei processi decisionali (voto, libertà civili) a una partecipazione strutturale alle dinamiche di esercizio del potere, funzione di controllo compresa.

Questo ritorno alle sovranità nazionali è generalmente riconosciuto insufficiente di fronte ad una proprietà che si è garantita totalmente lo *ius migrandi*, sottraendosi al perimetro della sovranità nazionale, che è invece rimasto l'ambito territoriale cui è rimasta circoscritta l'applicazione delle leggi statali, tanto che è stata avanzata l'ipotesi del “costituzionalismo globale quale unica risposta razionale all'attuale, catastrofica globalizzazione senza regole: un sistema di limiti e vincoli costituzionali imposti a tutti i poteri, a cominciare dai poteri privati del mercato, a garanzia dei diritti fondamentali e dei beni comuni e vitali di tutti” (Ferrajoli, 2014:32).

Tuttavia, l'idea di una risoluzione del problema della riconnessione della sovranità ai popoli mediante una prospettiva meramente giuridica appare, alla pari dell'ipotesi nazionalistica del populismo, frutto della sottovalutazione dei fattori in gioco, nonché della storia politica dell'Occidente, che, a partire dalla democrazia ateniese, mostra una soluzione più politica che giuridica delle crisi di sovranità indotte dal conflitto tra economia e politica, nelle forme di nuove costituzioni seguenti alla guerra civile ovvero rivoluzionaria (Ferrara, 2010).

Il conflitto politico globale pare, in realtà, ancora oggi non risolvibile in via di mediazione, tanto che non appare esagerata una definizione politica di globalizzazione come "il mondo in guerra" (Agamben, 2015). Il costituzionalismo potrà avervi un ruolo se recupererà il concetto di costituzione come atto rivoluzionario di rottura dell'ordine giuridico prevalente, che "trascende la dimensione della legalità" (Ferrara, 2010:1).

È da chiedersi se questo significhi una rinuncia ad una prospettiva legale di fuoriuscita dalla crisi della sovranità, se non in termini generalissimi discendenti dal principio generale del *vim vi repellere licet*, ovvero se sia il ritorno al significato originario di costituzionalismo come movimento storico.

In ogni caso, difficilmente il solo completamento su base nazionale della democrazia rappresentativa con la democrazia diretta, e financo l'utopica sostituzione, potrebbe restituire sovranità ai popoli nei confronti di processi, come quelli determinati dall'economia, in cui la normalità coincide con la regolarità del mercato al di fuori del perimetro dello stato nazionale. Pertanto, il compito dei giuristi, piuttosto che quello di cercare forme nuove per incrementare gli strumenti democratici, ampliando la sfera delle persone coinvolte effettivamente nelle decisioni pubbliche, dovrebbe essere quello di interrogarsi sull'esistenza o meno di una prospettiva non extra-legale di fuoriuscita dalla crisi della sovranità causata dalla globalizzazione capitalistica.

La discussione riguarda i fondamenti ed il significato proprio di 'costituzionalismo' (Azzariti, 2015) al tempo della 'rivoluzione passiva' globale che "riversa sul Beruf dei costituzionalisti compiti aggravati [...] di attiva partecipazione alla lotta per il diritto" e specificamente per il diritto costituzionale, per "la difesa del valore e dell'essenza del costituzionalismo", "col grado di sviluppo raggiunto con le Costituzioni del secondo dopoguerra" (Ferrara, 2010: 13) e con la consapevolezza che il principio di sovranità popolare su cui esso si fonda "dispiegherà la sua piena e sicura efficacia quando sarà assunto a fondamento dell'ordinamento del mondo globale" (Ferrara, 2006: 276).

Riprendendo i termini dell'introduzione, il vero interrogativo è se esista (nel caso di aderenza alla scuola marxiana dello squilibrio strutturale) ovvero se sia attuale (nel caso di aderenza alla scuola liberista dello squilibrio congiunturale) una prospettiva di risoluzione non extra-legale della crisi della sov-

ranità statale e se tale soluzione abbia un perimetro nazionale ovvero internazionale. Il primo profilo significherebbe che la crisi della sovranità statale è, dunque, assoluta e di conseguenza non risolvibile mediante una regolazione giuridica. Per il secondo profilo, invece, l'interdipendenza sul piano storico delle forme dell'economia e delle forme della politica porterebbe a ritenere tale crisi risolvibile attraverso un intervento regolatorio, anche in termini giuridici, sul ciclo economico: ciò significherebbe rendere possibile una soluzione non extra-legale della crisi della sovranità. Ma solo se – e chi scrive non lo ritiene – dovesse risultare corretta l'analisi liberista sullo squilibrio, solo congiunturale, del ciclo economico.

### *Riferimenti bibliografici*

AGAMBEN, Giorgio (2015). *Stasis. La guerra civile come paradigma politico*. Torino: Bollati-Boringhieri.

AZZARITI, Gaetano (2015). "Ritornare ai fondamenti". *Costituzionalismo.it*, n°1.

ALLEGRETTI, Umberto (2010). "Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia". In Umberto Allegretti, *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*. Firenze: Firenze University Press, pp. 5-45.

BIN, Roberto (2007). "Che cos'è la Costituzione". *Quaderni costituzionali*, n° 1, p. 11-52.

CASSESE, Sabino (2013). *Chi governa il mondo?*, Bologna: il Mulino.

CHIRICO, Domenico (2014). "La crisi finanziaria come 'opportunità' contro la democrazia". *Marx21*, n°3-4, p.59-73.

D'ALBERGO, Salvatore (2005). "Dalla democrazia sociale alla democrazia costituzionale (un percorso della ideologia giuridica)". *Costituzionalismo.it*, n°3.

FERRAJOLI, Luigi (2014). "Costituzionalismo globale. Un mezzo per frenare l'anarchia distruttiva del capitale". In Massimo Loche, Valentino Parlato, *Una crisi mai vista*. Roma: Manifestolibri, p.29-35.

FERRARA, Giovanni Cesare (2006). "La sovranità popolare e le sue forme". In Silvano Labriola, *Valori e principi del regime repubblicano. 1.I. Sovranità e democrazia*. Roma-Bari: Laterza, pp.251-276.

FERRARA, Giovanni Cesare (2010). "Costituzione e rivoluzione. Riflessioni sul Beruf del costituzionalista". *Costituzionalismo.it*, n°2.

FIGINI, Paolo (2005). "La politica economica della globalizzazione". *Sistemaeconomico*, n°2-3, p.3-21.

FIORI, Cosimo Francesco (2016). "Recensione a 'Chi governa il mondo?' di Sabino Cassese". *Pandora*, n°4.

GATTEI, Giorgio (2009). "L'imprenditore globale astratto". In Cretella, Russo, *Corpi e soggetti: figure attuali del mondo sociale*. Bologna: CLUEB.

GRECO, Michele (2004). "La crisi del modello di 'Westfalia' e le ipotesi di gov-

erno del nuovo ordine mondiale: dal diritto positivo delle possibilità al diritto naturale delle necessità”. In Centro Studi Teoria e critica della regolazione sociale, *Sconfina-menti: Regole, reti, confini*. Gargonza: TCRS, in [http://www.lex.unict.it/tcrs/atti/14-16\\_05\\_04/Greco.pdf](http://www.lex.unict.it/tcrs/atti/14-16_05_04/Greco.pdf). Ora in Montanari (2013), *La possibilità impazzita: esodo dalla modernità*. Torino: Giappichelli.

HART, Herbert Lionel Adolphus (1961). *The concept of Law*. London: Oxford University Press.

MORRONE, Andrea (2012). “Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e ‘diritto costituzionale globale’”. *Quaderni costituzionali*, n°4, p.829-853.

NICOLOSI, Nicola (2012). “Ripartiamo dagli economisti classici per fare la sinistra”. In Patta, *Plusvalore d'Italia*. Milano: Punto Rosso, p.5-11.

SCHMITT, Carl (1963). *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*, Berlin: Duncker & Humblot. Tr. It. (2005). *Teoria del Partigiano*. Milano: Adelphi.



LA CONCEPCIÓN DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA  
DE HANS KELSEN (CON ESPECIAL REFERENCIA A LA POLÉMICA  
CON ERIC VOEGELIN)\*

*José Antonio Sendín Mateos\*\**

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Una caracterización de la concepción kelseniana de la democracia. – 2.1. Democracia “formal” o “procedimental”. – 2.2. Democracia representativa. – 2.3. Democracia deliberativa. – 2.4. Democracia liberal. – 2.5. Democracia constitucional. – 3. La polémica entre Kelsen y Voegelin en torno al concepto de representación política. Referencias bibliográficas.

## 1. Introducción

Aunque a KELSEN se le recuerda principalmente por su faceta de teórico del derecho, los estudiosos de la teoría política y de la teoría del derecho constitucional han visto en el autor de la *Teoría pura del Derecho*, ante todo, un firme defensor de la democracia, pues se enfrentó a los partidarios del totalitarismo y el autoritarismo en un contexto histórico y político en el que la defensa de los ideales democráticos se había vuelto impopular.

En mi ponencia me ocuparé de un aspecto singular de la concepción kelseniana de la democracia de KELSEN como democracia representativa o indirecta. Se trata de su oposición frente a ciertas formas de gobierno que, a pesar de su carácter autoritario, no dudan en autodenominarse “democráticas”. Un ejemplo es la doctrina política bolchevique, que KELSEN criticó duramente, denunciando el abuso terminológico que, a su juicio, supone identificar la democracia con la dictadura del proletariado. Pero fue sobre todo con Eric VOEGELIN con quien se enredó en una polémica tan interesante como escasamente conocida, que giró en torno al concepto de representación política. En *The new Science of Politics. An Introduction* (1952) este autor defendía un concepto de representación “existencial”, que consistía en que el gobierno ejerciera un control efectivo sobre la masa del pueblo. Esta idea de representatividad, en la que KELSEN ve una adulteración intolerable

\* Este trabajo se ha desarrollado en el marco de una investigación más amplia para la que he contado con la financiación de la Fundación Miguel Casado San José. Agradezco a Miguel Ángel Rodilla, profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Salamanca, sus acertados consejos.

\*\* Universidad de Salamanca.

del concepto de democracia, está muy alejada de la concepción liberal representada por él.

Antes de referirme a la controversia que se desencadenó entre estos dos autores, me parece pertinente realizar una caracterización de la democracia tal como la concibe KELSEN, a fin de fijar unas coordenadas que permitan introducir la discusión a la que luego me referiré.

## 2. *Una caracterización de la concepción kelseniana de la democracia*

La teoría de la democracia de KELSEN no se puede desligar del contexto histórico y político en el que se desarrolló. En el periodo comprendido entre 1920 y 1930 la democracia se concebía comúnmente en términos “formales”, anteponiendo los aspectos puramente procedimentales – pues se contemplaba como un método para generar, con la participación del cuerpo electoral, las normas que rigen la sociedad – a los aspectos sustantivos, y en particular a los contenidos – v. gr. los derechos fundamentales – que ha de respetar un régimen político para que se pueda considerar democrático. Y como tal, KELSEN entendía una democracia de signo liberal, o lo que en su momento se etiquetaba como “democracia burguesa”.

Los intentos de caracterizar – aunque sea a título aproximativo – la concepción de la democracia de KELSEN han sido escasos e insuficientes, y, en general, se han limitado a adjetivar su concepción como “formal” y “liberal”, sin detenerse a examinar la forma como se combinan ambos componentes. En esta perspectiva, hay que reconocer a Anna PINTORE (2000: 127 y ss.) el mérito de haber intentado “radiografiar” esta teoría y de presentarla como una concepción que, aunque *prima facie* es “procedimental” y concibe la democracia como un método de producción normativa, admite a su vez que ese concepto se puede enriquecer con otros contenidos. Esto le lleva a diferenciar entre definiciones “mínimas” y definiciones “más que mínimas” de la democracia, es decir, conceptos que se circunscriben a su núcleo procedimental y conceptos que cualifican ese núcleo con elementos adicionales (PINTORE, 2000: 133). Si damos por buena esta distinción, parece que el concepto de KELSEN pertenece al segundo grupo. Se trata de una definición de democracia “más que mínima”, que puede adjetivarse como sigue:

(i) Es una democracia “formal” o “procedimental”, pues se contempla como un método para la producción de la norma del orden jurídico.

(ii) Es también una democracia “representativa” o “indirecta”.

(iii) Atendiendo a la forma como se organiza el procedimiento legislativo, nos encontramos ante un concepto de democracia “deliberativa”.

(iv) Los condicionantes sustantivos que están implicados en la idea de democracia de KELSEN hacen pensar que su concepción es “liberal”, aunque como luego explicaré, en un sentido particular.

(v) Finalmente, aunque KELSEN no llegó a elaborar sistemáticamente una teoría de la democracia “constitucional”, en su concepción hay algunos elementos que parecen apuntar en esa dirección.

### 2.1. *Democracia “formal” o “procedimental”*

Para KELSEN la democracia es, ante todo, un método para la producción de normas que consiste en aplicar en la legislación un procedimiento de decisión por mayoría. Esto implica admitir que todos los participantes en el proceso legislativo gozan de la misma capacidad de influir en la formación de la voluntad colectiva. Este rasgo distingue la democracia “formal” o “burguesa” de la democracia “social” o “proletaria”, que busca obtener no solo una participación política igual, sino también una participación alícuota en la distribución de los bienes y ventajas sociales<sup>1</sup>.

KELSEN rechaza la democracia social porque en su concepción la igualdad juega un papel secundario. Más bien es la libertad el valor que la democracia aspira a realizar. Sin embargo, tiene que reconocer que la idea de libertad es difícil de coherencia con la vida social, que implica someterse a normas. Por eso sostiene que para que esa idea sea realizable, ha de experimentar un drástico cambio de significado que la haga compatible con la democracia<sup>2</sup>. Es necesario un tránsito de la libertad natural, como la libertad “de la anarquía” – que se afirma frente a todo intento de imposición heterónoma de normas –, a la libertad social o política, de la que disfrutaran quienes, aun estando sometidos a las leyes, lo están únicamente bajo su propia voluntad y no bajo una voluntad ajena<sup>3</sup>. KELSEN explica que el proceso de transformación de la idea de la libertad consta de dos pasos: (i) en primer lugar se abandona la libertad natural y se sustituye por un nuevo tipo de libertad: la “libertad de la autodeterminación”, que se alcanza cuando un grupo de individuos, de común acuerdo y mediante una decisión unánime, constituyen una comunidad política: un Estado. Mientras que, (ii) en segundo lugar, en las decisiones que se adopten a continuación, es decir, en el desarrollo posterior del sistema jurídico mediante la legislación, hay que aplicar la regla de la mayoría, pues es la única forma de garantizar, si no la libertad de todos – lo

<sup>1</sup> KELSEN, 2006b: 211; 2006c: 30; 2006d: 231.

<sup>2</sup> KELSEN, 1925: 321 y ss.; 1968b: 1730; 1968c: 1748; 1988d: 230; 2006b: 41 y ss.; 2006c: 3 y ss.

<sup>3</sup> KELSEN, 1925: 321; 1988d: 231; 2006b: 41-42; 2006c: 3.

cual solo sería posible en el caso poco probable de que una decisión obtuviera un asentimiento unánime –, sí al menos la del mayor número posible de individuos.

Con esto KELSEN parece afirmar que en una democracia solo gozan de libertad quienes forman parte de la mayoría parlamentaria. Aunque luego matiza que esto no condena a quienes están en minoría – pues tras unos nuevos comicios pueden convertirse en mayoría y conquistar la libertad política<sup>4</sup> –, hay que reconocer que este concepto de libertad es demasiado simple y poco fino, sobre todo si se compara con la concepción rusioniano-kantiana según la cual la ley es la base de la libertad civil no solo para la mayoría que vota a favor de ella, sino también para quienes votaron en contra, quienes justamente por eso deben obedecerla<sup>5</sup>. Así pues, la idea de libertad que maneja KELSEN no encaja con el significado que la teoría política tradicional atribuye a dicho concepto.

## 2.2. *Democracia representativa*

El modelo de democracia de KELSEN se apoya sobre dos pilares: el parlamento como órgano representativo y los partidos políticos como cauce de la representación. Aunque en su opinión la democracia no se puede identificar con el parlamentarismo, no hay duda de que el parlamentarismo es la única vía a través de la cual puede plasmarse la idea de la democracia en las sociedades actuales, pues estas son demasiado complejas para que sea viable una democracia directa. De ahí que KELSEN subraye la importancia de los partidos políticos como instrumentos para articular la representación, y que para él el Estado democrático sea necesariamente un Estado de partidos (2006b: 73), lo que justifica que estos se inserten en los textos constitucionales.

La visión de KELSEN del parlamento como el órgano de representación del pueblo y el protagonismo que concede a los partidos políticos son los

<sup>4</sup> KELSEN, 1988d: 239; 2006b: 49.

<sup>5</sup> Dice ROUSSEAU: “El ciudadano acepta todas las leyes, aun aquellas que han sido aprobadas a pesar suyo, incluso aquellas que le castigan cuando se atreve a violar alguna. La voluntad constante de todos los miembros del Estado es la voluntad general; por ella son ciudadanos y libres. Cuando se propone una ley en una asamblea del pueblo, lo que se le pregunta no es si aprueba la propuesta o si la rechaza, sino si está conforme o no con la voluntad general, que es la suya; cada uno, al dar su voto, da su opinión al respecto, y del cálculo de votos se saca la declaración de la voluntad general. Por tanto, cuando la opinión contraria vence a la mía, eso no demuestra más que yo me había equivocado, y que lo que yo consideraba como voluntad general no lo era. Si mi opinión particular hubiese triunfado, habría hecho algo que no quería; entonces es cuando no hubiese sido libre” (1995: 107).

rasgos determinantes de su idea de la democracia representativa, pero no los únicos. A su vez concurren otros elementos que aquí apenas me limito a reseñar:

(1) La teoría de la democracia de KELSEN también se caracteriza por el rechazo del mandato imperativo<sup>6</sup>, pues en su opinión, en una democracia representativa moderna los diputados no deben estar vinculados por instrucciones provenientes de sus electores. Se sobreentiende, por tanto, que prefiere el mandato representativo.

(2) La defensa de un sistema electoral proporcional con listas cerradas. En 1918 se había introducido en Austria un sistema electoral proporcional. KELSEN era partidario de este sistema, pues permitía integrar políticamente a las minorías y asegurar una representación plural.

(3) El rechazo de una representación profesional. Para KELSEN la propuesta de crear parlamentos integrados por grupos profesiones supone una amenaza para la democracia, pues con ello se pretende suprimir el sistema representativo y sustituir el parlamento por un órgano estamental (2006b: 134) que no representa al pueblo, sino a ciertos gremios o grupos profesionales.

(4) Una propuesta de reforma del parlamentarismo, a fin de potenciar el control de los electores sobre los actos de sus representantes. Para que el control sea eficaz es necesario eliminar o restringir severamente el privilegio de la inmunidad parlamentaria, que para KELSEN es un anacronismo<sup>7</sup>. También propone medidas dirigidas a lograr un mayor acercamiento al ideal de la participación directa, concediendo al pueblo más protagonismo en el desarrollo de las funciones legislativas. Entre estos mecanismos figuran el referéndum legislativo (o constitucional) y la iniciativa popular<sup>8</sup>.

KELSEN se esforzó en desarrollar una teoría de la democracia representativa que fuera capaz de satisfacer esas aspiraciones, a pesar de que era consciente del desapego del que era objeto el sistema parlamentario en la década de 1920. A su modo de ver, esa desconfianza explicaría los ataques que ha sufrido la democracia.

### *2.3. Democracia deliberativa*

KELSEN defiende también una concepción de democracia deliberativa, según la cual el compromiso y el intercambio racional de argumentos son el

<sup>6</sup> KELSEN, 1988b: 88; 2006b: 97; 2006c: 11.

<sup>7</sup> KELSEN, 1925: 355-356; 2006b: 118.

<sup>8</sup> KELSEN, 1925: 356-357; 1988b: 89; 2006b: 114.

motor del avance de la técnica legislativa<sup>9</sup>. Por “compromiso democrático” entiende una transacción en la cual la mayoría y la minoría parlamentarias pactan dejar al margen todo lo que impide llegar a un acuerdo, centrándose exclusivamente en aquello que les une<sup>10</sup>. Implica, por tanto, presuponer que las relaciones entre ambas tienden al equilibrio y a la ponderación de los distintos intereses, evitando los abusos de poder.

La definición kelseniana del compromiso democrático apenas plantea problemas. Es más discutible, sin embargo, la forma como KELSEN entiende que se desarrolla ese proceso, que califica como “dialéctico” o “dialéctico-contradictorio”<sup>11</sup>, y que consiste en un intercambio de discursos y réplicas, argumentaciones y contraargumentaciones, que se alternan a modo de una sucesión dialéctica de tesis y antítesis, de la que surge como síntesis la solución de compromiso que redefine el contenido del sistema jurídico.

Frente a esta visión del proceso legislativo se ha objetado que solo proporciona una descripción “idealista” y alejada de la realidad de los procesos fácticos en los que se da forma a la voluntad jurídica del Estado. Se ha recriminado a KELSEN no tener en cuenta que a menudo las negociaciones políticas esquivan el debate parlamentario y se desarrollan al margen del órgano representativo. Además, en esos encuentros es frecuente servirse de engaños y manipulaciones para convencer a los adversarios (KOLLER, 1982:

<sup>9</sup> En los últimos tiempos la expresión “democracia deliberativa” tiene un contenido más denso que el que ofrece la búsqueda de compromisos y la adopción de decisiones basadas en el intercambio racional de argumentos. HABERMAS (1999: 238-239) propone un modelo de democracia que se apoya sobre “las *condiciones comunicativas* bajo las cuales el proceso político tiene para sí la presunción de producir resultados racionales porque se lleva a cabo en toda su extensión de un modo deliberativo”. Un componente importante de esta política deliberativa está constituido por “aquellos discursos de autocomprensión en los que los participantes desean aclararse acerca de cómo entenderse a sí mismos en cuanto miembros de una determinada nación, [...] de un municipio o de un Estado, [...] acerca [...] de cómo tratar a los demás, de cómo comportarse con las minorías y con los grupos marginales y, en definitiva, acerca de la clase de sociedad en que quieren vivir”. La vía para lograr esa autocomprensión es a través de un *deal* que consiste en un compromiso entre intereses particulares contrapuestos, donde las negociaciones que se llevan a cabo presuponen “una disposición para cooperar, esto es, la voluntad de lograr –respetando las reglas del juego– resultados que puedan ser aceptables para todas las partes aunque sea por diferentes motivos. No obstante, la formación de compromisos no se lleva a cabo en la forma de un discurso racional que neutralice el poder y excluya la acción estratégica. A pesar de ello, la limpieza y equidad de los compromisos se mide por medio de presupuestos y procedimientos que necesitan por su parte de una justificación racional o normativa, es decir, desde el punto de vista de la justicia”. Como enseguida explicaré, la concepción habermasiana difiere de la de KELSEN, para quien el compromiso democrático es resultado de un proceso dialéctico.

<sup>10</sup> KELSEN, 1925: 324; 1968c: 1766-1767; 1988b: 100; 2006b: 147.

<sup>11</sup> KELSEN, 1968c: 1766; 1988b: 100; 2006b: 227.

330), de modo que el resultado de la votación a veces solo refleja aparentemente el debate desarrollado ante la opinión pública.

La descripción del proceso legislativo que ofrece KELSEN se antoja ingenua e idealista sobre todo si se compara con la explicación de su compatriota Joseph SCHUMPETER sobre cuál es el funcionamiento real de los regímenes democráticos. En la polémica que mantienen ambos autores, KELSEN rechaza el punto de vista de SCHUMPETER porque entiende que se aleja del sentido ideal del proceso democrático. En realidad, como bien apunta RUIZ MANERO (1988: 36), SCHUMPETER nunca pretendió otra cosa, pues solo estaba interesado en el funcionamiento efectivo de los procesos políticos. Al calificar a la clase política como una “casta profesional” con intereses propios, que no siempre coinciden con los intereses de sus representados, formula un juicio que hoy muy pocos rechazarían, pero que no encaja fácilmente en el modelo de KELSEN.

Finalmente, no podemos ignorar que la capacidad de influir en las decisiones de la mayoría, que KELSEN parece atribuir en exclusiva a las minorías parlamentarias, cada vez es ejercida con más eficacia por poderes ajenos al parlamento (BAUME, 2012: 60). Los *lobbies*, las asociaciones y plataformas ciudadanas y los grupos sociales de presión despliegan una capacidad de influir sobre las decisiones políticas que a menudo supera a la que ejerce la propia oposición parlamentaria. Pero en cualquier caso, en la medida en que el proceso legislativo se describe como un intercambio dialéctico de argumentos racionales, esas críticas no desactivan su carácter deliberativo.

#### *2.4. Democracia liberal*

A los rasgos de la concepción de la democracia de KELSEN que he señalado hasta ahora hay que añadir uno determinante, que es consecuencia de su adhesión a un ideario liberal-democrático. Wolfgang MANTL ha subrayado que a pesar de las dificultades que se derivan del contexto discursivo de su tiempo y de defender una posición minoritaria favorable a la democracia, KELSEN se mantuvo fiel a un liberalismo cultural y político (1982: 190-191). No obstante, si se examina su enfoque con detenimiento se puede observar algún rasgo característico de una concepción republicana de la democracia.

De acuerdo con la visión de HABERMAS sobre las diferencias entre un modelo liberal y un modelo republicano de democracia (1999: 131 y ss.), el liberalismo se caracteriza por el reconocimiento de derechos políticos subjetivos que confieren la facultad de controlar que el poder se ejerce en

interés de los ciudadanos, a fin de que estos puedan perseguir sus metas dentro de los límites legales. De ahí que desde el liberalismo se defiende que los derechos políticos, que están constitucionalmente protegidos, son inmunes frente a cualquier injerencia de los poderes públicos y en particular del poder legislativo, que encuentra en ellos un límite insuperable y se ve forzado a excluirlos de la discusión parlamentaria. En cambio, en una democracia republicana se fortalecen y magnifican los principios democráticos (HABERMAS, 1999: 135), haciendo que cualquier contenido jurídico, incluidos los derechos fundamentales, sea disponible para el poder legislativo.

Este rasgo de la democracia republicana está presente en la teoría de KELSEN, pues para él cualquier contenido jurídico es susceptible de modificarse en el devenir del proceso legislativo. Sin embargo, dada la importancia que concede a los derechos fundamentales como instrumento para evitar el dominio sin restricciones de la mayoría sobre las minorías, y el papel que reserva a la jurisdicción constitucional como mecanismo para la protección de esos derechos, hay argumentos para caracterizar su concepción como liberal, al menos desde el punto de vista político.

Al examinar la versión del liberalismo a la que se adhiere KELSEN se observan dos cosas: (i) que se circunscribe al ámbito político y no al económico; y (ii) que se aleja del individualismo que caracteriza a algunas versiones del liberalismo y defiende que el Estado puede intervenir para satisfacer necesidades apremiantes, lo que parece apuntar en la dirección de la socialdemocracia.

(i) En opinión de KELSEN la democracia es compatible tanto con el capitalismo como con el socialismo, pues entiende que no hay una conexión esencial entre un sistema político y un sistema económico (1988d: 298). Cuestión diferente es determinar si un sistema económico puede funcionar mejor bajo una democracia o una autocracia. Ante este interrogante, KELSEN se muestra prudente y responde que no disponemos de una experiencia suficiente que permita dar una respuesta científicamente fundada.

KELSEN se enfrenta tanto a la teoría económica marxista, según la cual la democracia solo puede prosperar en una economía socialista (1988d: 299), como a un economista liberal como HAYEK, para quien el capitalismo era el único sistema económico capaz de asegurar el principio del “*rule of law*”, que es primordial para la democracia porque garantiza la libertad. Para KELSEN, en cambio, este principio no se asocia con la libertad, sino con la seguridad jurídica. Replica con acierto que la pretensión del “*rule of law*” es limitar el poder discrecional de los órganos administrativos y judiciales, garantizando cierto grado de predictibilidad en sus decisiones.

(ii) El liberalismo kelseniano es *sui generis* en un segundo sentido. GARCÍA

AMADO habla de un “liberalismo evolutivo”, que se aparta del liberalismo individualista decimonónico y favorece el avance desde una concepción minimalista del Estado a posiciones que hoy llamaríamos socialdemócratas, pues tratan de realizar objetivos de justicia y bienestar sociales (1996:198-199). Esta original concepción del liberalismo se hace explícita en un escrito de 1913 donde KELSEN se manifiesta a favor de desarrollar una nueva tendencia liberal que se apoye en una visión “colectivista” del mundo, y defiende ampliar las funciones estatales a fin de satisfacer necesidades apremiantes y garantizar cierto bienestar (1968a: 1510). Aunque no especifica cuáles pueden ser esas necesidades, esta posición parece sugerir un cierto distanciamiento de la concepción decimonónica del Estado “gendarme” o Estado “mínimo”.

### 2.5. *Democracia constitucional*

Finalmente, en la teoría kelseniana de la democracia hay elementos que, aunque de forma embrionaria y apenas desarrollada, hacen pensar en una concepción de democracia constitucional. No obstante, KELSEN no llegó a integrarlos sistemáticamente en una teoría de la *democracia constitucional*, sino que desarrolló por separado una teoría de la democracia y una teoría de la constitución (PINTORE, 2000: 135). Su modelo de democracia se caracteriza por una tensión entre dos elementos que son difíciles de conciliar: la soberanía popular y los derechos fundamentales, que suponen un límite para aquélla. Aunque KELSEN no ignora esta tensión, no la situó –a diferencia de lo que haría después el constitucionalismo democrático– en el centro de sus reflexiones, y solo se ocupó de ella de forma concisa y poco satisfactoria (PINTORE, 2000: 135-136).

Ahora bien, que la visión de KELSEN sobre la democracia sea ajena a la corriente constitucionalista no quiere decir que su teoría no presente rasgos de una concepción de democracia constitucional. Por el contrario, habría que mencionar al menos tres: (i) el reconocimiento del principio de separación de poderes, a pesar de la actitud titubeante de KELSEN hacia el mismo; (ii) en conexión con la tradición liberal, la protección de los derechos políticos de las minorías y la exigencia de evitar situaciones de abuso por parte de la mayoría; y (iii) la creación de una jurisdicción constitucional como medio para la protección de esos derechos a través de un procedimiento de oficio diseñado con ese fin. Aquí solo me referiré brevemente al primero de ellos.

Aunque hoy nadie duda de que el reconocimiento de la separación de poderes es un rasgo de la democracia constitucional, para la teoría política de comienzos del siglo XX el juicio sobre ese principio no era tan positivo, y

algunos autores lo miraban con recelo. Esta fue también, en principio, la actitud de KELSEN, que sin embargo terminó apreciando las ventajas que ofrecía la separación de poderes para la democracia. En la primera edición de “Vom Wesen und Wert der Demokratie” (1920) KELSEN rechazaba el supuesto carácter democrático de este principio, porque pensaba que su verdadero propósito no era, como había afirmado MONTESQUIEU, establecer una garantía adicional de la libertad, sino asegurar una parcela de poder al monarca, que se reservaba el ejercicio de la potestad ejecutiva y evitaba someterse al control del parlamento y del pueblo (2006c: 15-16). Esta interpretación solo se modificó a partir de la segunda edición de esta obra (1929), donde, como opina OLECHOWSKI (2009: 128), el juicio de KELSEN es más comedido. En efecto, ahora admite que el principio de separación de poderes es útil para la democracia, porque impide la concentración del poder y limita la función del gobierno a la ejecución de las leyes, quedando la función legislativa en manos del parlamento (2006b: 194). La justificación de la separación de poderes por su “utilidad” para la democracia puede parecer insatisfactoria si se contempla desde la óptica del constitucionalismo actual, pero aun así –dado el valor que KELSEN termina concediéndole– aporta un argumento a favor de considerar que su teoría alberga una concepción de democracia constitucional.

### *3. La polémica entre Kelsen y Voegelin sobre el concepto de representación política*

Una vez caracterizada la concepción de KELSEN sobre la democracia, el siguiente paso es explicar la forma como plantea su idea de la democracia representativa, que a su juicio se define por una oposición frente a formas de gobierno autoritarias e incluso dictatoriales, pero que a pesar de ello insisten en autodenominarse “democráticas”. Es en este contexto donde se enmarca la controversia que mantuvo con Eric VOEGELIN.

Un punto que tienen en común estas doctrinas es la afirmación de que representan la única democracia “verdadera”<sup>12</sup>. Un claro ejemplo es la doctrina política bolchevique, que KELSEN critica duramente, denunciando el abuso terminológico – él habla de una “perversión conceptual” (1988d: 214) –

<sup>12</sup> TAMMELO, opina que, dada la pluralidad de doctrinas políticas que aseguran defender una democracia “verdadera”, hemos de preguntarnos por el significado de ese concepto. Él se muestra partidario de un concepto de democracia amplio pero defendible, que de cobertura a un sistema político en el cual “los ciudadanos corrientes ejerzan un grado relativamente elevado de control de sus líderes” (1982: 492).

que supone identificar la democracia con la dictadura del proletariado. Recuerda que MARX y ENGELS pensaban que el proletariado, que estaba unido por una conciencia de clase muy fuerte, formaba la abrumadora mayoría del pueblo, lo que permitía establecer el socialismo por medios democráticos, sin necesidad de recurrir a la revolución (1988c: 185-187). LENIN, en cambio, creía que MARX y ENGELS se equivocaban, y que la revolución era la única vía para realizar el socialismo. Una vez alcanzada esta etapa, cuando el proletariado se convierte en la clase social dominante, la forma política del Estado se puede definir como una democracia “completa” o, según palabras de LENIN, “una inmensa expansión de la democracia” (KELSEN, 1988d: 213), pues es una democracia para los pobres, para la gran mayoría del pueblo, y no para los ricos. KELSEN explica que LENIN trató de aferrarse en vano al ideal democrático una vez transcurrida la etapa revolucionaria, pero la “inmensa expansión de la democracia” de la que hablaba se transformó en todo lo contrario. El bolchevismo se sirvió de un concepto de democracia conscientemente adulterado con el fin de ocultar la realidad de la dictadura del partido comunista<sup>13</sup>.

Según KELSEN, la teoría de la representación que formuló VOEGELIN perseguía conscientemente el objetivo de manipular el concepto de la democracia representativa. Este profesor alemán, que se doctoró en Derecho en la Universidad de Viena bajo la supervisión de KELSEN, se enfrentó a su antiguo maestro en una encarnizada discusión sobre el concepto de representación política. En 1952 VOEGELIN publicó *The new Science of Politics. An Introduction*, donde proponía un “novedoso” modelo de representación que se alejaba de la representación de tipo liberal. KELSEN preparó a modo de respuesta un escrito que terminó en 1954, pero que ha permanecido inédito hasta 2004. Se trata de *A new Science of Politics. Hans Kelsen's Reply to Eric Voegelin's "New Science of Politics"*. Aunque el trabajo no se publicó en su momento, KELSEN incorporó su crítica a la doctrina de la representación voegelineana – en una versión más breve pero igualmente certera – en “Foundations of Democracy” (1955).

VOEGELIN distingue dos tipos de representación: la representación “elemental” y la representación “existencial”. La primera determina la esencia de la democracia que denominamos “representativa”. VOEGELIN también se refiere a ella como representación “constitucional”, pues es organizada por las constituciones democráticas<sup>14</sup>. Él rechaza este concepto, porque piensa que el tipo democrático de representación es meramente formal y tiene un “escaso

<sup>13</sup> KELSEN, 1988a: 82; 1988c: 188 y 192.

<sup>14</sup> KELSEN replica (2006a: 80) que una representación no democrática también debe establecerse a través de la constitución.

valor cognitivo”<sup>15</sup>. Con esto quiere decir que la representación elemental apenas abarca una pequeña parte del complejo fenómeno de la representación política, que aquélla no permite explicar en toda su extensión. Por ejemplo, él sostiene que un gobierno puede ser representativo de la sociedad en su conjunto incluso cuando no ha sido elegido por medios democráticos.

Para VOEGELIN el concepto “elemental” de representación ha de ser sustituido por otro “existencial”<sup>16</sup>, según el cual representan al Estado todos los individuos que actúan como órganos de la comunidad al desempeñar ciertas funciones determinadas por el orden social<sup>17</sup>, con independencia de si el procedimiento de designación es democrático o no. Es más, para VOEGELIN un sistema político puede ser representativo incluso si no permite la libre formación de partidos políticos, o cuando existe un único partido<sup>18</sup>. El mejor ejemplo de aplicación de un modelo existencial de representación es el régimen soviético, pues “no puede haber ninguna duda de que el gobierno soviético representa a la sociedad soviética como sociedad política apta para actuar en la historia” (VOEGELIN, 2006: 51). Para justificar su afirmación, alega que los actos del gobierno soviético “son eficaces en el plano interno en el sentido de que el pueblo obedece las disposiciones gubernamentales” y que “el gobierno soviético puede operar con eficacia una gigantesca maquinaria militar que se alimenta de los recursos humanos y materiales de la sociedad soviética” (VOEGELIN, 2006: 51). Es obvio lo lejos que quedan estas ideas de la noción kelseniana de representación. VOEGELIN entiende este concepto en el sentido del control efectivo que el gobierno soviético ejerce sobre su pueblo<sup>19</sup>. Pero al mismo tiempo tiene que reconocer que “el gobernante representativo de una sociedad articulada no puede representarla en su conjunto sin tener algún tipo de relación con los demás miembros de la sociedad” (VOEGELIN, 2006: 53). Según KELSEN, por “los demás miembros de la sociedad” solo se puede entender el pueblo, de modo que el gobierno soviético, aunque no es democrático, representa al pueblo soviético en sentido “existencial”, pues ejerce un control efectivo sobre él. VOEGELIN no extrae esta consecuencia explícitamente, pero está implícita en su teoría de la

<sup>15</sup> KELSEN, 1988d: 218; 2006a: 82.

<sup>16</sup> KELSEN, 1988d: 218; 2006a: 73.

<sup>17</sup> KELSEN, 1988d: 215; 2006a: 75.

<sup>18</sup> KELSEN, 1988d: 219; 2006a: 84.

<sup>19</sup> KELSEN explica que para VOEGELIN el instrumento de ese control es el orden jurídico estatal. De hecho, la eficacia de la que habla VOEGELIN no es la eficacia del órgano, sino que ha de interpretarse en sentido normativo, como la eficacia de las normas que dicho órgano crea y aplica. En consecuencia, un gobierno es eficaz si las normas que aprueba son eficaces (1988d: 221; 2006a: 90).

representación<sup>20</sup>. En cambio, un demócrata convencido como KELSEN no puede defender un sistema representativo que impide la libre creación de partidos políticos, o en el que solo existe un partido. Denominar “democracia” a un régimen de partido único supone tergiversar el concepto de representación política. En su opinión, la tendencia a perpetrar esta burda metamorfosis conceptual es un rasgo de las ideologías que sustentan regímenes antidemocráticos, como el nacionalsocialismo, el fascismo o el bolchevismo<sup>21</sup>.

Frente a esta concepción, y frente a quienes opinan que el modelo parlamentario de representación política apenas tiene ya nada que ofrecer, KELSEN insiste en que el parlamentarismo es y seguirá siendo la única forma en la que se puede plasmar el ideal democrático<sup>22</sup>, pues supone un compromiso entre la tendencia democrática a la libertad – que se expresa en la aplicación de la regla de la mayoría – y la técnica social de la división del trabajo<sup>23</sup>. De hecho, en su opinión la lucha contra la autocracia que tuvo lugar a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX –una lucha que en el momento que a él le tocó vivir se libraba contra nuevas formas de autocracia– debe interpretarse como una lucha a favor de la democracia y de la instauración del sistema parlamentario como cauce para la realización de la idea de libertad.

#### *Referencias bibliográficas*

BAUME, Sandrine (2012). *Hans Kelsen and the case for Democracy*. Colchester: ECPR Press.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1996). *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Madrid: Marcial Pons.

HABERMAS, Jürgen (1999). “Tres modelos normativos de democracia”. *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós Básica, p. 238-239.

KELSEN, Hans (1925). *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Julius Springer.

— (1968a). “Politische Weltanschauung und Erziehung”. En Klecatsky, Marcic, Schambeck (eds.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkel, Alfred Verdross*, 2. Band. Wien: Europa Verlag, p. 1501-1524.

— (1968b). “Zur Soziologie der Demokratie”. En Klecatsky, Marcic, Schambeck (eds.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkel, Alfred Verdross*, 2. Band. Wien: Europa Verlag, p. 1729-1741.

<sup>20</sup> KELSEN, 1988d: 224; 2006a: 95.

<sup>21</sup> KELSEN, 1988d: 219; 2006a: 85.

<sup>22</sup> KELSEN, 1968c: 1749; 1988b: 86; 2006b: 91.

<sup>23</sup> KELSEN, 1968b: 1731; 1968c: 1750; 1988b: 87.

- (1968c). “Demokratie”. En Klecatsky, Marcic, Schambeck (eds.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2. Band. Wien: Europa Verlag, p. 1743-1776.
- (1988a). “La teoría política del socialismo”. En Ruiz Manero, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, p. 63-84.
- (1988b). “El problema del parlamentarismo”. En Ruiz Manero, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, p. 85-108.
- (1988c). “La teoría política del bolchevismo. Un análisis crítico”. En Ruiz Manero, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, p. 157-206.
- (1988d). “Los fundamentos de la democracia”. En Ruiz Manero, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, p. 207-344.
- (2006a). *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*. Buenos Aires: Katz Editores.
- (2006b). *Esencia y valor de la democracia*. Oviedo: KRK Editores.
- (2006c). “Vom Ween und Wert der Demokratie” (1. Auflage, 1920). En Jestaedt, Lepsius (eds.), *Verteidigung der Demodratie*. Tübingen: Mohr Siebeck, p. 1-33.
- (2006d). “Verteidigung der Demokratie”. En Jestaedt, Lepsius (eds.), *Verteidigung der Demodratie*. Tübingen: Mohr Siebeck, p. 229-237.
- KOLLER, Peter (1982). “Zu einigen Problemen der Rechtfertigung der Demokratie”. En Krawietz, Topitsch, Koller (eds.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Rechtstheorie*, Beiheft 4, Berlin: Duncker & Humblot, p. 319-343.
- MANTL, Wolfgang (1982). “Hans Kelsen und Carl Schmitt”. En Krawietz, Topitsch, Koller (eds.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Rechtstheorie*, Beiheft 4, Berlin: Duncker & Humblot, p. 185-199.
- OLECHOWSKI, Thomas (2009). “Von der „Ideologie“ zur „Realität“ der Demokratie”. En Ehs (ed.), *Hans Kelsen: eine politikwissenschaftliche Einführung*, Baden Baden: Nomos, p. 113-132.
- PINTORE, Anna (2000). “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”. *DOXA*, nº 23, p. 119-144.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (1995). *El contrato social o Principios de derecho político*. Madrid: Tecnos.
- TAMMELO, Ilmar (1982). “Vom Wert und Unwert der Demokratie”. En Krawietz, Topitsch, Koller (eds.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Rechtstheorie*, Beiheft 4, Berlin: Duncker & Humblot, p. 491-499.
- RUIZ MANERO, Juan (1988). “Presentación. Teoría de la democracia y crítica del marxismo en Kelsen”, en Ruiz Manero, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, p. 11-61.
- VOEGELIN, Eric (2006). *La nueva ciencia de la política. Una introducción*. Buenos Aires: Katz Editores.

## IL “FANTASMA” DELLA SOVRANITÀ

*Antonio Gusmai\**

«Nulla è più anarchico del potere, il potere fa praticamente ciò che vuole.  
E ciò che il potere vuole è completamente arbitrario o dettato da sua necessità  
di carattere economico, che sfugge alle logiche razionali»  
(P.P. PASOLINI)

SOMMARIO: 1. Qualche annotazione introduttiva sugli intrecci tra sovranità ed economia. – 2. Il mitologema della sovranità. – 3. L'Europa e le «crisi» non soltanto economiche. – 4. Il potere è “microfisico”. Riflessioni conclusive.

### 1. *Qualche annotazione introduttiva sugli intrecci tra sovranità ed economia*

Prima di arrivare a spendere qualche parola sul dogma della sovranità degli Stati<sup>1</sup>, sembra opportuno fare qualche breve considerazione introduttiva sugli intrecci politico-economici che caratterizzano il fenomeno giuridico sin dai tempi del “neolitico”, ossia da quando “il sorgere dell’agricoltura e della pastorizia” inizia a determinare la “nascita di situazioni sociali antagoniste” (SACCO, 2015: 106 ss.). Un intreccio, quello tra sovranità giuridica ed economia politica, che da secoli “assoggetta” i popoli (FOUCAULT, 2014: 63 ss.).

Ed invero, nell’attuale scenario globale, il mercato sembra abbia acquisito, senza che forse la classe dirigente degli Stati ne sia pienamente consapevole, una fortissima indipendenza da questi ultimi. Se si dovesse, infatti, immaginare una “rivolta” degli Stati nei confronti dei poteri economici regnanti sui mercati, quali di questi “sovrani” – oggi – potrebbe individualmente impedire il loro dominio? La finanza, è questa al momento l’arma vincente del mercato; è eterea, ingovernabile, quasi insensibile dinanzi a possibili confini e muri in ipotesi erigibili dagli Stati nazionali. L’economia finanziaria non dipende totalmente dalla politica istituzionalizzata nei processi democratici, dalla piena e

\* Dottore di ricerca in Diritto pubblico – ant.gusmai@gmail.com. Università degli Studi di Bari.

<sup>1</sup> Di recente, su tale sconfinata tematica è tornata a discutere la dottrina costituzionalistica. Si è infatti svolto a Trento, l’11 e il 12 novembre 2016, il XXXI Convegno annuale nazionale AIC dal titolo “*Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: sovranità – rappresentanza – territorio*”. Si vedano, pertanto, le relazioni di (MORRONE, 2017; BILANCIA, 2017; CHESSA, 2017). Di recente, si vedano, inoltre, anche i contributi di ANGIOLINI (2016) e BOSIO – DELLAVALLE (2016).

“sovrana” autonomia decisionale degli Stati. Venuta meno la possibilità di ricorrere all’uso della forza (evidentemente non è possibile esercitarla nei confronti della “finanza” come sino a pochi decenni fa si faceva nei confronti del “nemico”), sono i soggetti economici privati multi e sovra nazionali a servirsi “forzosamente” degli Stati per legittimare le loro condotte affaristiche<sup>2</sup>. Si tratta, invero, di “giganti privati” che minacciano il “costituzionalismo” moderno, ossia imprese transnazionali che fanno illegittimamente “intrusione [...] nella sfera del diritto costituzionale” (PINELLI, 2016).

La dimensione politica degli Stati, si vuol dire, non è scomparsa, ma persiste. Persiste però non come «sovrana», ma come strumento di legittimazione in un momento storico in cui non appare ancora conveniente per la dimensione economica farne a meno. E tanto, *a fortiori*, se a capo di un Governo e di uno Stato di super potenze come ad es. gli Stati Uniti d’America o la Russia vi è un uomo forte al comando, un weberiano *leader* carismatico (si pensi, oggi, rispettivamente a Donald Trump e Vladimir Putin) capace, come meglio si vedrà a breve, di decidere sullo schmittiano “stato d’eccezione” in diretta rappresentanza (o quasi) dei poteri economici, dunque attraverso molte meno mediazioni democratiche che altrove. Non è detto, infatti, che in tali circostanze a rafforzarsi siano gli Stati. In una economia di mercato globalizzata potrebbero irrobustirsi ancor più le *élite* economiche che, da una tale situazione, facilmente potrebbero trarre giovamento.

Pertanto questo significa che, con molta probabilità, gli Stati non possiedono più la possibilità – se mai l’hanno avuta – di ritornare tradizionalmente sovrani. Di certo oggi le condizioni storico-materiali portano i soggetti economici «antisovrani» ad avere bisogno di governi e leggi che diano attuazione alle loro volontà<sup>3</sup>. Tale condizione, però, non è detto che permanga, non significa cioè che la dimensione economica non possa in futuro emanciparsi dall’organizzazione economico-politica istituzionalizzata negli Stati e farsi essa stessa completamente “politica”. I tempi potrebbero giungere a decretare il tramonto dello Stato per come presumiamo di conoscerlo, una volta che il substrato sociale, definitivamente abbacinato dalla cultura neoliberista, sia magari indotto a credere, senza più alcuno scandalo, nell’inutilità di formali

<sup>2</sup> In merito, però, sembra opportuno rilevare almeno un aspetto: come è stato evidenziato (cfr. SASSEN, 2010), al momento le “infrastrutture” necessarie all’economia globale sono quasi sempre realizzate in sede nazionale. Sono spesso le città, *recte* le grandi metropoli, a dare materialmente linfa a tali processi economici transnazionali.

<sup>3</sup> Sull’influenza esercitata dai soggetti economici nella determinazione delle legislazioni degli Stati, si veda BUSSANI (2010: 94 ss.). Sulle difficoltà di ipotizzare l’esistenza di un ordinamento giuridico nazionale sovranamente “esclusivo”, capace cioè di affermare l’“esclusività” delle proprie valutazioni giuridiche nei confronti di organi sovra e internazionali, si vedano, già, le riflessioni di PINELLI (1995).

provvedimenti normativi delle tradizionali istituzioni rappresentative in ambito economico<sup>4</sup>.

A quel punto, i poteri economici, non avrebbero più alcun interesse a servirsi degli enti istituzionali, e non è detto che una loro opposizione possa ristabilire, con una "decisione sovrana", una gerarchia di ordine prioritario del "politico" sull'"economico", come se entrambi gli elementi potessero oggi perfettamente essere dissociabili e rispondessero a logiche astratte di sopra e sotto ordinazione. Anche solo per eterogenesi dei fini, la reazione istituzionale, in una ipotesi di questo tipo, potrebbe apparire inconcludente, non potendosi neppure obliare che le stesse teorie della sovranità sono inevitabilmente "condizionate alle situazioni storiche che le hanno generate" (MORTATI, 1969).

Sul punto le riflessioni schmittiane sono illuminanti. Difatti, partendo dalla celebre affermazione "sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione", con la quale prende l'abbrivio la sua "teologia politica", sembra opportuno oggi chiedersi se a decidere il "caso critico" siano soltanto gli Stati o se, piuttosto, a crearlo costantemente sia qualcun altro. A leggere attentamente SCHMITT (2013: 38-86, 89-208) appare evidente che, specie a partire dallo Stato liberale, i poteri economici diventano un nuovo "campo di lotta" del "politico". Ed allora, con lucido realismo, egli avverte: "...Può darsi che considerazioni economiche siano più forti di ogni volontà del governo di uno Stato [...]. Ciò che importa è sempre solo il caso di conflitto. Se le controforze economiche [...] sono così forti da determinare da sé sole la decisione sul caso critico, ciò significa che esse sono divenute *la nuova sostanza dell'unità politica*"<sup>5</sup>.

E' vero, ad oggi la sovranità appartiene formalmente ancora agli Stati. E sono essi che nei fatti attuano politiche economiche. Ma questo non deve rassicurare, decretare la vittoria di quanti hanno ancora ragione, a vario titolo, a dire che i poteri degli Stati non si siano estinti a causa della globalizzazione economica<sup>6</sup>. Non sembra invero potersi trascurare che la c.d. globalizzazione altro non sia che una espressione convenzionale utilizzata nell'ambito tradizionale dei poteri, che origina nel pensiero dei commentatori delle istituzioni presenti, che pare essa stessa cioè un concetto ormai quasi cristallizzato nella

<sup>4</sup> Di contrario avviso DE VERGOTTINI, 2014: 5, secondo il quale lo Stato non può essere sostituito "in radice con altre soluzioni organizzative [...]. Lo stato esiste nonostante la sua sempre ricordata *crisi* ed esiste quella forma di potere che si definisce come sovranità nonostante sue cessioni e limitazioni legali o di fatto".

<sup>5</sup> Su Schmitt e la «decisione sovrana», si vedano, poi, le osservazioni di AGAMBEN (2005: 19-76).

<sup>6</sup> Sembra dubitare della persistenza dell'elemento «sovranità statale» soltanto a livello della scienza politica, riconoscendone invece la sua piena vitalità a livello giuridico, TROPER (2010: 131 ss.).

mente di quanti ne criticano gli effetti, ossia una sorta di riflesso di ciò che si intende in vario modo salvare: la politica democratico-costituzionale degli Stati moderni, i cui postulati allignano nell'Ottocento liberale<sup>7</sup>.

La globalizzazione, si vuol dire, come tutti i fenomeni che non sono statici, non sembra poter essere mai del tutto conoscibile, specie se i suoi effetti vengono letti con gli occhiali della dogmatica tradizionale. Potrebbe giungere l'ora di una sua ulteriore trasformazione<sup>8</sup>, di un mondo cioè in cui gli «antisovrani» potrebbero fare tutto da soli, autogestirsi, e staccare la spina che tiene vivi gli Stati ad uno stato – si perdoni il gioco di parole – a tratti apparentemente vegetativo<sup>9</sup>.

Si pensi, ad esempio, alle intenzioni di recente manifestate dagli oligarchi della *Silicon Valley*: i dirigenti ed i fondatori di *Google*, *Facebook*, *Amazon*, *Apple*, ecc. (e i loro finanziatori californiani), di fronte ai limiti imposti, in varia misura, alle loro ricchezze dalle democrazie degli Stati occidentali, stanno pensando di costruirsi un governo su misura, su isole artificiali nello spazio e sotto il mare, ove l'unica regola è il liberismo sfrenato e tutto il potere si risolve in un algoritmo. Patri Friedman, nipote del noto economista liberista Milton Friedman, nel 2008 ha creato, per far ciò, il *Seasteading Institute*, reclutando decine di studiosi che perorino la sua causa. A sentire Friedman e i suoi, la soluzione dei grandi problemi della civiltà è resa impossibile dal sistema politico sclerotizzato e dalle vecchie leggi terrestri. Egli insiste nel definire la democrazia “inadatta” alla creazione di una società completamente liberista, e ciò che più preoccupa è l'adesione a tali idee di molti operatori economici<sup>10</sup>.

Siamo alla “fine delle utopie”, forse ripeterebbe ancora oggi, non a torto, MARCUSE (1970: 9): “oggi qualunque forma nuova di vita sulla terra, qualun-

<sup>7</sup> Ne denuncia il pericolo ZAGREBELSKY (2015: 37), il quale ritiene esistente una “nuova sovranità, la sovranità dei creditori” che sta erodendo le democrazie costituzionali.

<sup>8</sup> Parla di continue trasformazioni della sovranità nell'era della globalizzazione BADIE (2010: 227 ss.), il quale, però, in questo processo, ravvisa una modifica e non una scomparsa della sovranità politica degli Stati che, invece, si pretende più “responsabile”. Sulla necessità di un “sussulto politico” affinché la globalizzazione non segni “la morte del costituzionalismo”, BALDASSARRE (2002: 274 ss.).

<sup>9</sup> Per un'analisi giuridica e politica della c.d. globalizzazione, cfr. almeno, ALLEGRETTI (2002), il quale propone di indicare con il termine “mondializzazione” “un complesso – economico, politico, ambientale, culturale, sociale – in virtù del quale le modalità e il senso anche di fatti per sé puntuali e localizzati vengono condizionati dal riferimento ad una totalità che si estende fino all'intero pianeta”; con l'espressione “globalizzazione”, invece, “*la forma attuale assunta dalla mondializzazione*” (p. 14, corsivo dello scrivente). Sul grado di compatibilità del c.d. diritto globale con il costituzionalismo, si veda MORRONE (2012: 829 ss.).

<sup>10</sup> Su tutto ciò, cfr. <http://www.seasteading.org/2013/06/the-seasteading-institute-june-2013-newsletter>.

que trasformazione dell'ambiente tecnico e naturale è una possibilità reale, che ha il suo proprio luogo nel mondo storico. Noi possiamo fare del mondo un inferno, anzi come sapete siamo sulla strada. Ma possiamo anche farne l'opposto".

Al di là degli scenari paventabili – che a tratti sembrano riecheggiare la «psicostoriografia» narrata da Isaac Asimov nel "Ciclo delle Fondazioni" – non sembra in ogni caso potersi ignorare che "la sovranità giuridica non sempre, anzi quasi mai, corrisponde a un'effettiva sovranità politica, economica e militare" (ZAGREBELSKY – MARCENÒ – PALLANTE, 2014: 59). Lo aveva già compreso il ROMANO (1969: 70, 97) agli inizi del secolo scorso, quando a proposito della possibilità che sia "legittimamente" il "fatto" ad "instaurare" un "ordinamento costituzionale", afferma: "...che uno Stato non possenga il diritto che regoli tutti i momenti della sua vita costituzionale, che di per sé ne sarebbero suscettibili, potrà sembrare, a prima vista, un'affermazione poco giuridica, ma che è però esattissima". Difatti, "la trasformazione del fatto in uno stato giuridico si fonda sulla sua necessità, sulla sua corrispondenza ai bisogni ed alle esigenze sociali". Pertanto, "esistente e, per conseguenza, legittimo è solo quell'ordinamento cui non fa difetto non solo la vita attuale ma altresì la vitalità".

Nel tempo presente, l'affresco che sembra ritrarre la realtà degli Stati nel mondo globale appare invero il seguente: da una parte l'esistenza di pochi *Stati politico-economici* (si pensi, per semplificare molto, a USA, Germania, Cina e Russia) che si caratterizzano per avere ancora una certa influenza nella determinazione delle politiche economiche su scala mondiale. Dall'altra, la sopravvivenza di *Stati politico-amministrativi*, ossia tutti gli altri enti nazionali chiamati a svolgere, nel panorama globale, meri compiti di esecuzione di scelte politico-economiche fatte dai primi<sup>11</sup>.

Gli Stati in cui dunque persiste in un certo senso qualche residuo del tradizionale elemento costitutivo della sovranità, appaiono essere solo quelli "politico-economici", i quali rappresentano pur sempre una piccola ma fortissima oligarchia nello scenario internazionale. Gli altri – quelli definiti come "politico-amministrativi" – sembra invece che svolgano un po' il ruolo che ad oggi rivestono gli enti locali all'interno dello Stato nazionale. Gli Stati c.d. amministrativi, non avendo nei rapporti di forza con gli altri Stati possibilità di influenza determinante, mantengono di facciata una autonomia politica ma, di fatto, non essendo concretamente dotati di soggettività economica propositiva, sembrano destinati solo a garantire ai propri popoli un regime formale di democrazia, soltanto utile a contenere – nel complesso degli squilibri della

<sup>11</sup> Non a caso parte della dottrina, nel qualificare la stessa Unione europea, ha da tempo parlato di "una agenzia amministrativa multifunzionale". Così LINDSETH (1999: 628).

geopolitica internazionale – lo *status quo* delle *élite* egemoniche del Pianeta<sup>12</sup>. Soggetti economici privati, questi, che spesso abilmente lavorano come una “macchina psicotecnica della suggestione di massa”<sup>13</sup> per meglio fare indossare e mantenere agli Stati la “maschera democratica dell’oligarchia” (CANFORA – ZAGREBELSKY, 2014).

Le brevi riflessioni che seguono avranno ad oggetto, nell’era della c.d. postmodernità, la frantumazione e la metamorfosi di un concetto iperbolico quale risulta ancora oggi essere quello di “sovranità”. Più in particolare, “il problema della sovranità” come direbbe KELSEN (1989), verrà affrontato per provare a capire se, nell’odierna Europa dei mercati, al diffuso utilizzo di questo concetto corrisponda una sua perdurante vitalità teorico-critica e progettuale o se, piuttosto, ci troviamo di fronte agli ultimi bagliori di una nozione il cui fuoco ha brillato in tempi ormai lontani.

## 2. Il mitologema della sovranità

Anche in virtù di quanto poco sopra accennato, il concetto di «sovranità» appare essere un concetto molto più politico che giuridico, il quale tende a fissare in sé immagini fortemente connotate da elementi di matrice teologica<sup>14</sup>. Essa, infatti, “può diventare una realtà esclusivistica, totalitaria che, sotto certi aspetti, prende il posto che per millenni era occupato dal sovrano per eccellenza, da Dio, il creatore e il padrone del mondo”. La sovranità, invero, a voler dare un senso preciso alle parole, “per sua natura nega che ci possa essere qualche cosa al di là o al di sopra”, essendo tale espressione storicamente “figlia dell’assolutismo” (ZAGREBELSKY – MARCENÒ – PALLANTE, 2014: 57).

L’uso politico che nel tempo si è fatto di tale termine, ha portato invero ad individuare nel sovrano un soggetto o un fenomeno (tanto “fisico” quanto “giuridico”, come una persona, un’assemblea, un’organizzazione, un atto

<sup>12</sup> Secondo i dati diffusi da *Oxfam* lo scorso gennaio, alla vigilia del Forum economico mondiale di Davos (Rapporto *Oxfam* 2017 “Un’economia per il 99%”), otto uomini possiedono la stessa ricchezza (426 miliardi di dollari) di 3,6 miliardi di persone, circa la metà della popolazione mondiale. Maggiori ragguagli in *www.oxfam.org*.

<sup>13</sup> ...per usare ancora un’incisiva immagine schmittiana (SCHMITT, 2013: 182). Sul ruolo giocato dall’informazione e, in particolare, sulle tecniche divulgative utilizzate “al fine di promuovere una visione politica della società e dei rapporti economici, in cui l’economia diviene lo strumento per mutare e conservare (a seconda delle necessità) equilibri solo formalmente legittimati dal processo elettorale, ma sostanzialmente svuotati di consenso autenticamente democratico”, cfr. PANNACCIULLI (2015: 384 ss.).

<sup>14</sup> Sui molti significati che può assumere il termine «sovranità», si veda GRIMM (2015: 3 ss.).

normativo) “che comanda e non è comandato”, posto cioè al vertice di una gerarchia ordinamentale. Come ha evidenziato RESCIGNO (2014: 4), “sovrano e sovranità sono due parole che chiaramente derivano dal latino *super*”, un avverbio dal quale si sono verosimilmente formati l’aggettivo e il sostantivo *superanus* (“chi sta sopra”). Ma, continua l’A., “da “super” o da “supra” deriva anche “supremo” in cui è presente qualcosa in più del semplice stare al di sopra, e cioè l’idea dello stare al culmine oltre il quale non c’è altro”.

La sua discutibile utilità e la sua persistenza nel linguaggio della pubblicistica moderna e post-moderna – “il mondo non conosce e non ha mai conosciuto un solo sovrano su tutta la superficie terrestre” (RESCIGNO, 2014: 5) – sembra doversi precipuamente attribuire alla costruzione teorica radicale e antitetica di due grandi giuristi del secolo scorso: Hans Kelsen e Carl Schmitt. Infatti, sembra doversi ritenere, gli attuali sviluppi di questo concetto (in senso “condiviso”, “pluralistico”, “assiologico-valoriale”) appaiono pur sempre dei tentativi di superare la (diversa) radicalità che connota il pensiero di questi due autori, notoriamente agli antipodi nei risultati della loro speculazione giuridico-filosofica. Tentativi, come si diceva, e non un riuscito superamento o addirittura abbandono di un elemento che – nonostante alcune denunce di “anti-giuridicità” provenienti da una parte della dottrina (FERRAJOLI, 1997: 43 ss.) – è ancora oggi dalla manualistica ritenuto essere “costitutivo” degli Stati. Oltre che, soprattutto, come pure si vedrà, ancora luminoso e splendente nell’orizzonte culturale comune a molti giuristi<sup>15</sup>.

Se si pensa alla concezione “monista” dell’ordinamento giuridico internazionale pensato da KELSEN e alla durissima critica cui egli ha sottoposto il dogma della sovranità degli Stati – il quale andrebbe “radicalmente rimosso” (1989: 469) –, così come al “concetto limite” schmittiano del potere sovrano “che decide sullo stato di eccezione”, “limite” perché tale definizione non può “applicarsi al caso normale” (SCHMITT, 2013: 33), di queste tesi non possono non apparire ancora debitorie le attuali speculazioni dottrinarie. Invero, con formidabile continuità, così come in passato Kelsen e Schmitt scrivevano, il primo per criticare la teoria “dualista” dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale di TRIEPEL (1913), il secondo per reazione alle ireniche tesi cosmopolitiche del giurista praghese, così ad oggi sembrano tutto sommato reagire alle speculazioni di questi due autori le tesi contemporanee della sovranità, tesi elaborate nell’epoca dell’interdipendenza mondiale degli Stati ingenerata da complessi processi economico-finanziari di portata globale.

In un tale scenario, tra modernità e postmodernità, a seconda che si valuti più o meno favorevolmente la progressiva compressione delle competenze

<sup>15</sup> Sull’originario nesso tra «sovranità» e «Stato», si veda, almeno, MORTATI (1975: 21 ss.) e CRISAFULLI (1970: 63 ss.).

normative degli Stati a favore di istituzioni sovra ed extra nazionali interessate principalmente alla “stabilità” dei mercati in cui “regnano” oligopoli economici transfrontalieri (cfr. CANTARO, 2016), sono sorte per necessità storica dottrine correttive tanto dell’ “estremismo” cosmopolitico kelseniano (con le tesi della c.d. sovranità condivisa tra organi dello Stato e istituzioni sovranazionali, così come di quella della sovranità pluralista), quanto del nazionalismo del “dittatore” schmittiano che sospende l’ordinamento giuridico vigente (o ne fonda uno nuovo) decidendo chi è “amico” e chi è “nemico”, al fine di garantire l’unità e la coesione dello Stato (tesi della sovranità dei principi o dei valori della Costituzione nazionale, con eventuale applicazione dei c.d. “controlimiti”).

Tutte queste dottrine riportate tra parentesi appaiono dunque il prodotto critico e lo sviluppo ulteriore dei due macro-pensieri fondativi. Pensieri che, evidentemente, ancora alimentano e danno sostegno alle tesi contemporanee della sovranità, speculazioni che si insinuano e viaggiano lungo i solchi tracciati nella modernità da queste due raffinatissime grandi narrazioni.

Senza qui poter tornare troppo indietro nel tempo ad indagare i classici del pensiero giuridico moderno che per primi hanno abilmente costruito e ragionato sull’immagine convenzionale di un potere supremo e illimitato dello Stato<sup>16</sup> (basti pensare a Bodin, Hobbes e Rousseau), l’obiettivo del presente lavoro vuole essere assai più modesto e circoscritto: si proverà a capire, guardando alla “parabola della sovranità” (SILVESTRI, 1996), se nelle analisi pubblicistiche ha scientificamente ancora senso continuare a dare per presupposto un concetto come quello di «sovranità», concetto che, nella complessità giuridica del suo campo semantico (interna/esterna; assoluta/condivisa; popolare/istituzionale; soggettiva/oggettiva), probabilmente è teso ai giorni nostri solo a (mal) rassicurare gli osservatori circa la persistenza (solo) formale dei principi liberal-democratici del costituzionalismo moderno.

Accennando ad alcune delle principali correnti di pensiero sviluppatesi intorno alla postmoderna «sovranità», si giungerà a ritenere pleonastico e fuorviante il mantenimento di tale irrealistico concetto nell’armamentario della pubblicistica, avendo forse molto più senso per la scienza giuridica – questa l’idea di fondo – spostare l’attenzione sul solo concetto di “potere” e sulla “microfisica” delle sue relazioni (FOUCAULT, 1977).

<sup>16</sup> Secondo HELLER (1987: 175), “la *summa potestas* in quanto unità universale di decisione è ancora oggi, se si dà il caso (di assenza di regole), *legibus soluta* e rimarrà tale fino a quando non si sarà riusciti a rendere completamente prevedibili gli uomini e la storia”.

### 3. *L'Europa e le «crisi» non soltanto economiche*

Storicamente, la sovranità diventa il punto di riferimento di teorie politiche e giuridiche – tra di loro peraltro assai diverse – nel momento in cui lo Stato moderno si afferma sulla precedente organizzazione medioevale del potere, manifestando l'esigenza di *unificare e concentrare* la frammentazione di quest'ultimo, da una parte “diffuso” tra ceti e stati, e dall'altra, incentrato sulle due grandi coordinate universalistiche del Papato e dell'Impero<sup>17</sup>. Il nascente Stato, insomma, sul piano politico e giuridico, aveva la necessità “concettuologica” di trovare una giustificazione legale a se stesso. Per la sopravvivenza dei nuovi enti territoriali era dunque inevitabile che i teorici del diritto dovessero costantemente sforzarsi di sussumere le “supreme” forze “di fatto” egemoni nella realtà sociale, nell'astratto “supremo potere” legale teorizzato dal diritto<sup>18</sup> (sul punto cfr. MATTEUCCI, 2008: 910).

Detto in termini più precisi, alla crisi della struttura medioevale è corrisposta la crisi della vecchia concezione del potere, dovendo esso assolutizzarsi in un ente – lo Stato moderno – pensato ad usbergo di se stesso come “sovrano”, per difendersi dalle ancora forti resistenze opposte dal particolarismo giuridico medioevale che si voleva così definitivamente sconfiggere<sup>19</sup>. In quest'ultimo, infatti, vigeva una complessità “volgare” che, “sul piano socio-culturale, significa(va) pluralità di valori e, sul piano giuridico, pluralità di tradizioni e di fonti di produzione all'interno di uno stesso ordinamento politico” (GROSSI, 2007: 53) che l'emergente razionalismo giuridico non intendeva più tollerare<sup>20</sup>.

Ora, così come dall'incompiutezza del potere politico medioevale si è passati alla modernità di un macrocosmo unitario – lo Stato moderno appunto – tendente a porsi come struttura globale d'una volontà politica onnicomprensiva, allo stesso modo, attraverso numerose crisi, a partire dalla seconda metà del XX sec. si è andata formando un'Europa *economicamente* sempre più unita attraverso la progressiva erosione di competenze “sovrane”, prima esclusivamente esercitate dagli Stati<sup>21</sup>. A tal proposito, è sufficiente qui ricordare le

<sup>17</sup> Per una ricognizione diacronica del pensiero politico e giuridico sul tema della sovranità, si veda LOUGHLIN (2010).

<sup>18</sup> Sulla forza del “fatto” e l'importanza dell'“effettività” delle categorie giuridiche, si veda, già, ROMANO (1969: 27 ss.).

<sup>19</sup> Basti pensare alla forza persuasiva che storicamente ha avuto questa idea, al punto che, solo qualche decennio fa, la dottrina più autorevole ancora descriveva la “sovranità” come “una somma delle potestà pubbliche dello Stato” (così GIANNINI, 1990).

<sup>20</sup> Sulla evoluzione e sulla crisi della tradizione di pensiero occidentale e razionalista, si veda l'approfondito studio, in prospettiva comparata, di GLENN (2011).

<sup>21</sup> Secondo REPOSO (2015: 8), è proprio “questa irrisolta asimmetria tra sovranità politica e

sorti della politica monetaria, quella politica cioè il cui esercizio era considerato dallo stesso Bodin “la vera prerogativa della sovranità”, come noto oggi demandata alla esclusiva competenza tecnocratica della BCE (in merito, cfr. BUFFONI, 2016); così come, sul versante della c.d. migliore tutela dei diritti fondamentali, si pensi al ruolo giocato dalle Carte e dalle Corti europee (Corte di Giustizia e Corte Edu) al fine di espandere e massimizzare il contenuto “materiale” degli stessi, non più soggetti all’esclusiva interpretazione-applicazione dei giudici nazionali (RUGGERI, 2016: 22 ss.; GUSMAI, 2015). Sicuramente, dunque, un’Europa, la nostra, che si è sviluppata e continua a rimodellarsi mediante “crisi”, come da tempo ha notato uno dei maggiori studiosi della costruzione europea e delle politiche comparate, Yves Meny. A voler raccogliere il suo pensiero, egli osserva che la Comunità prima e l’Unione poi, si sono evolute in una condizione di crisi quasi permanente, che ha sortito nella più gran parte dei casi l’effetto di rafforzare le istituzioni e le politiche europee (MENY, 2004: 819 ss.). Crisi che hanno punteggiato “i sei decenni di vita dell’Unione” (cfr. CASSESE, 2016: 779 ss.), e che hanno investito non solo le pur “strutturali” questioni economiche degli Stati membri, ma, più in generale, la cultura politica e giuridica del vecchio continente.

Vengono in mente, qui, a titolo di esempio, i concetti di “forma di Stato” e di “forma di governo” teorizzati dalla dottrina in relazione allo Stato moderno, e l’inadeguatezza che essi oggi con alta probabilità presentano se volessero rappresentare le “forme” giuridiche assunte dall’Unione europea (sul punto, MEZZETTI, 2014). Sempreché, naturalmente, non si voglia condividere la suggestiva idea di FUKUYAMA (1992) della “fine della storia”, ossia credere che la democrazia liberale, per come conosciuta, rappresenti il punto di arrivo delle ideologie politiche dell’umanità, quasi una forma di governo e di stato “definitiva”, cui sembra dunque inutile apporre ulteriori accorgimenti.

Rimanere ancorati a tali definizioni potrebbe indurre a non comprendere la realtà, ovverosia, nei fatti, a non capire come effettivamente si distribuisce oggi il potere tra le varie istituzioni (“forma di governo”) all’interno di un ordinamento che, se da una parte si è fatto “eurounitario”, dall’altra, in relazione al rapporto tra governanti e governati (“forma di stato”), vede la produzione normativa farsi sempre più cospicua ad opera di “governanti” esterni allo Stato (le istituzioni europee) in sostanziale assenza di legittimazione dei popoli (governati) a cui, per Costituzione, è invece attribuita la “sovranità” di essere padroni del proprio destino attraverso le regole della democrazia.

Come si può facilmente intendere, si aprono qui questioni giuridiche assai complesse che investono in definitiva proprio il “problema della sovranità”,

sovranità economica che vizia l’evoluzione politica, interna ed internazionale, dell’Unione europea, compromessa da una incerta attribuzione dei contenuti autoritari”.

fungendo essa per la dottrina tradizionale, in fondo, ancora da “sistema nervoso centrale” di ogni istituzione politica contemporanea.

È così che allora alla crisi della sovranità statale la dottrina sembra aver reagito sostanzialmente in due modi: *a*) secondo logiche “moderate”, che vedono protagonisti tanto gli Stati quanto le istituzioni europee, presupponendo l’esistenza di una *sovranità condivisa*, ossia distribuita a più livelli istituzionali, nell’ottica di trovare una qualche giustificazione costituzionale al processo di integrazione europea (PATRONI GRIFFI, 2015: 6 ss.; RUGGERI, 2016: 17 ss.). O, ancora, in una prospettiva che tiene conto dei rapporti di forza esistenti ancora più in alto nel panorama internazionale, ad una *sovranità pluralista*, che riconosce anche alla *soft law* prodotta da organizzazioni come il “Comitato di Basilea” o il “*Financial Stability Board*” (nate all’interno del G.10 e del G.20) la capacità di influire sul diritto costituzionale degli Stati (PISANESCHI, 2016). E, in una prospettiva più “radicale”, *b*) quelle logiche che, da una parte sottolineano la necessità di superare definitivamente il problema della sovranità degli Stati, giungendo ad una federazione europea che trova la sua legittimazione in un unico “diritto costituzionale federale” (MANGIAMELI, 2016: 44 ss.), dall’altra, quelle di quanti invitano a non cedere alla tentazione di credere alla morte della sovranità costituzionale degli Stati, in quanto “il *de profundis* per l’uno (lo Stato) e per l’altra (la sovranità), suona alquanto prematuro” (LUCIANI, 2016: 4), essendo in definitiva ancora gli Stati a “decidere” – quantomeno nelle situazioni di emergenza finanziaria, economica e militare – sullo “stato di eccezione” di schmittiana memoria. Invero, si dice, sono pur sempre gli Stati a eseguire, attuare o implementare le decisioni legislative, amministrative o giudiziarie delle istituzioni sovranazionali che, senza tali enti, resterebbero lettera morta. Le stesse organizzazioni internazionali che si presumono capaci di modificare gli assetti economici e i diritti costituzionali degli ordinamenti nazionali sono pur sempre dagli Stati costituite tramite le decisioni di capi di Stato e di governo (sul punto cfr., almeno, seppur in prospettive diverse, BUCCI, 2008: 38-42; DE VERGOTTINI, 2014: 4-12; BARBERIS, 2014: 29).

In questo ginepraio, allora, non deve neppure sorprendere la rigogliosa fioritura dei c.d. “controlimiti” (si pensi ai problematici effetti costituzionali del caso Taricco, così come, nei rapporti internazionali tra Stati, alla decisione della Corte cost., sent. n. 238/2014)<sup>22</sup>. Essi, infatti, “non sono altro che la salvaguardia della sovranità popolare”, in quanto la loro opposizione al diritto esterno non deve essere considerata un’azione a mera difesa di interessi egoi-

<sup>22</sup> Per maggiori approfondimenti su tale complessa tematica, si rinvia, da ultimo, a BERNARDI (2017), volume che raccoglie i contributi di molti autorevoli studiosi di più discipline, confrontatisi sul tema in occasione del Convegno dal titolo “Diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali”, svoltosi nell’Università di Ferrara il 7-8 aprile 2016.

stici nazionali. Piuttosto, i controlimiti opposti dallo Stato, “a uno sguardo più attento si rivelano marcatori della via per una più profonda e meditata unione politica, segnalando, allo stesso tempo, il più ridotto confine cui può giungere un processo di integrazione di tratto essenzialmente economico-finanziario”. Senonché, anche in relazione a quanto disposto dall’art. 4.2. del TUE, sembra non potersi costituzionalmente ammettere l’idea che a decidere in concreto quali debbano essere i “controlimiti”, siano le istituzioni dell’Unione europea. Consentire una loro “europeizzazione”, come sembra volere tale disposizione, rappresenterebbe una “*contradictio in adiecto*”, un “maldestro tentativo di neutralizzazione” degli stessi, un loro “autentico snaturamento” (LUCIANI, 2016: 6 ss.; contra RUGGERI, 2016: 18 ss.).

Tutte queste sommarie – ma si spera in qualche modo sinora chiare – considerazioni, ci accompagnano, in definitiva, verso il fulcro di questa breve riflessione: instillare seri dubbi circa la necessità di continuare ad utilizzare nel diritto pubblico il dogma della «sovranità», quando la realtà storico-materiale sembra, invece, piuttosto essere caratterizzata da una congerie di «poteri microfisici» costantemente in conflitto tra loro, tutt’altro che “assoluti” e “indipendenti” nell’espressione della loro volontà di potenza<sup>23</sup>.

#### 4. Il potere è “microfisico”. Riflessioni conclusive

Alla luce di quanto detto ci si potrebbe, forse senza esagerare, chiedere: la “metamorfosi” della sovranità, quantomeno negli Stati europei, è giunta alla sua fine? E se sì, alla fine della sua “parabola”, la sovranità muore?<sup>24</sup>

Senza alcuna pretesa risolutiva, ma, al contrario, con l’auspicio che su tale cruciale questione possano continuare a far chiarezza le voci più autorevoli della dottrina, a tale domanda sembra potersi rispondere almeno in due modi: uno di senso negativo (il concetto di «sovranità» persiste ancora), l’altro, invece, di senso per così dire “critico”, in quanto, piuttosto che fare riferimento

<sup>23</sup> Inoltre, è appena il caso di ricordare che l’Unione europea è tutt’oggi ancora priva di una specifica qualificazione giuridica. In merito, CANTARO (2003: 29-30), opportunamente l’ha descritta come “una forma di organizzazione del potere politico in costante evoluzione, le cui varie definizioni riflettono “il tentativo di “emancipare” l’Unione, non solo dal paradigma statuale, ma in genere dai classici fondamenti di legittimazione di qualsivoglia comunità politica”. Sul “conflitto” come cardine degli «ordinamenti democratici pluralistici», cfr. AZZARITI (2010: 404 ss.).

<sup>24</sup> Visto che, come acutamente ha rilevato LOUGHLIN (2013: 38), la sovranità, per sopravvivere anche solo come concetto, necessita pur sempre di continuare nella sostanza ad esprimere un principio di unità, in quanto “*it is an expression of illimitability, perpetuity, and indivisibility. Any limit on sovereignty eradicates it, any division of sovereignty destroys it*”.

alla vita biologica di un’immagine artificiale – per decretarne, appunto, “la vita” o “la morte” – ne mette ancor prima in discussione l’esistenza.

Procediamo con ordine.

Nel primo senso (persistenza della sovranità), a guardare l’atteggiamento della quasi totalità dei giuristi (se non proprio di tutti), sembra infatti potersi affermare che la sovranità, nonostante la sua “metamorfosi” (assoluta/condivisa; interna/esterna; popolare/istituzionale; soggettiva/oggettiva; diffusa) e le sue plurime accezioni (sovranità dello Stato; della Costituzione; popolare; delle istituzioni europee; dei mercati; della moneta; della finanza, ecc.) sia tutt’altro che giunta al termine della sua funzionalità.

Anzi, pur di mantenerla in vita, si è persino giunti a sostenere, in perfetta coerenza con la sua matrice teologica, l’esistenza di una “sovranità dei valori” assiologico-oggettiva che, nelle moderne costituzioni positive, non può che trasformarsi in una “sovranità dei diritti fondamentali” in esse contenuta. In sostanza, si argomenta finemente che, alla “caduta della sovranità impenetrabile dello Stato”, non è corrisposta “la rovina dei fondamenti assiologici del costituzionalismo moderno”. Sovrano, sembra voglia dirsi, è il valore costitutivo della “dignità umana” e, pertanto, sovrani sono i principi e i diritti fondamentali della Costituzione (SILVESTRI, 2005; ID., 2015: 62-63).

Cosicché, si potrebbe dire, nonostante “del concetto di sovranità tramandoci dalla tradizione [...] dovrebbe revocarsi in dubbio [...] l’utilità per il diritto costituzionale” (così LUCIANI, 1996: 155), la dottrina (gli stessi Silvestri e Ferrajoli *supra* cit. ne sono molto critici) ancor oggi non sembra in definitiva poter fare a meno di presupporlo nelle analisi giuridiche e, in definitiva, superarne la mitologica portata. E tanto, forse, a cagione del fatto che è lo stesso potere costituente ad averlo trasformato in dato positivo, attribuendo il potere sovrano, in alcune costituzioni moderne, esplicitamente al “popolo” (si pensi, ad es., all’art. 1, comma 2, Cost. italiana; all’art. 1, comma 2, Cost. spagnola; all’art. 3 Cost. francese)<sup>25</sup>.

Resta pur sempre il fatto, però, che se il costituzionalista non voglia rischiare di ritrovarsi nel prossimo futuro a discettare in astratto di poteri che solo di facciata restano prerogativa degli Stati ma che, in realtà, orbitano altrove<sup>26</sup>, se egli, in altre parole, intende continuare ad occuparsi del difficilissi-

<sup>25</sup> Per un’attenta analisi del principio della sovranità popolare nel pensiero della giuspubblicistica italiana (e non solo), così come sulla ricostruzione del dibattito in Assemblea costituente, si veda CARLASSARE (2006).

<sup>26</sup> Già LAVAGNA (1982: 420) avvertiva: «È superfluo aggiungere che alla attribuzione formale della sovranità non corrisponde sempre un concreto esercizio dei supremi poteri da parte del soggetto qualificato sovrano (in particolare, il popolo), il quale non ha talvolta neppure la possibilità di controllare tale esercizio; per cui la sovranità è, in questi casi, apparente o dissimulata».

mo compito di studiare il potere per provare a limitarlo, non potrà non arricchire il suo armamentario della reale conoscenza delle effettive manifestazioni di forza, specie nei casi in cui, come s'è cercato di dire a più riprese, il potere può giacere *aliunde*, al di là dei poteri d'imperio degli Stati, in tutta la sua sotterranea e non sempre visibile potenza<sup>27</sup>.

In fondo, se il costituzionalismo, quantomeno nel suo significato storico-filosofico moderno<sup>28</sup>, nasce in opposizione allo Stato (all'epoca assoluto), non si vede allora perché esso non possa anche vivere oltre tale dimensione, persino al di là delle tradizionali forme di Stato in cui si presuppone esistente il mitologema del sovrano. Garanzia dei diritti e limitazione dei poteri, a ben vedere, sono (e si spera rimangano) funzioni perfettamente esercitabili dagli uomini in qualunque altra forma ipotizzabile di convivenza (anche qui si spera) democratica. Del resto, la stessa Unione europea è composta da Stati costituzionali senza essere uno Stato costituzionale: non è uno Stato tradizionalmente inteso e non ha una Costituzione. Eppure, "la Comunità dispone di quelle competenze di dominio che un tempo erano esclusivamente dello Stato"<sup>29</sup>.

Come intuibile, si aprono qui questioni teoriche assai complesse riguardanti la eventuale separabilità della Costituzione dallo Stato che, in questa sede, non è naturalmente possibile neppure sfiorare. L'esistenza di una stretta e necessaria correlazione tra Stato e Costituzione è, infatti, come noto, un assunto risalente alla dottrina europea del diritto pubblico<sup>30</sup>.

Il secondo tentativo di risposta (quello definito "critico") è negli sviluppi più radicale.

Prendendo per buone le analisi foucaultiane sulla "microfisica del potere" e, in particolare, le critiche serratissime che egli oppone al concetto giuridico di «sovranità», ciò che si propone è l'invito a discutere della possibilità di andare oltre la presupposizione dello stesso, di eliminarlo pro-futuro non solo dal linguaggio normativo, ma anche e soprattutto dalla mente dei giuristi.

Il tema, qui, è quello di sollecitare le riflessioni della pubblicistica ad individuare possibili punti di incontro tra la ricerca filosofica di Foucault e la scienza giuridica. E tanto perché, specie ai costituzionalisti, come noto, è dato il precipuo compito di conoscere il "potere" al fine di individuarne i "limiti".

<sup>27</sup> Come acutamente rileva Foucault, uno degli obiettivi "urgenti, immediati e più importanti di ogni altra cosa è questo: che si riesca a indicare e mostrare, anche quando restano nascosti, tutti gli aspetti del potere politico che, di fatto, controllano il corpo sociale, lo opprimono e lo reprimono". Si veda CHOMSKY – FOUCAULT (2013: 76).

<sup>28</sup> Su cui cfr., almeno, BARBERA (2011: 4-42).

<sup>29</sup> Così GRIMM (1996: 349).

<sup>30</sup> In merito, si rinvia, almeno, ai pregevoli studi di FIORAVANTI (1983) e (2001). Si veda, inoltre, FERRARA (1999: 593 ss.) e (1998: 211 ss.). Da ultimo, poi, AZZARITI (2013: 122 ss.).

Poteri che, costituiti o meno che siano, come si è più volte ripetuto, non sono mai stati "sovrani", non avendo storicamente nessuno di essi mai goduto di una supremazia totale sugli altri, neppure ai tempi del dominio degli "imperi" (cfr. CORTESE, 1990).

In quest'ottica, non si tratta allora tanto di studiare in astratto la sovranità, di continuare a teorizzare dogmi, adeguandoli ai mutamenti della realtà politico-economico-sociale. E non si tratta neppure di sforzarsi di capire se il sovrano è vivo o morto. Piuttosto si tratta di metterne in discussione l'esistenza anche nella prospettiva giuridica, ossia proprio lì dove Foucault ravvisa l'origine fuorviante del tradizionale approccio metodologico al problema del "potere".

Sostiene, infatti, FOUCAULT (1977) che lo statuto del potere in Occidente è stato contratto in una sorta di "schematismo giuridico". Tutto ha inizio nel Medioevo con l'istituzione della monarchia<sup>31</sup> che, una volta "instaurata [...] si è resa accettabile dandosi un ruolo giuridico e negativo, che ha [...] sopravanzato subito. Il sovrano, la legge, l'interdizione, tutto ciò ha costituito un sistema di rappresentazioni del potere che è stato in seguito trasmesso dalle teorie del diritto" agli altri saperi.

È dunque da questo momento che gli studiosi sono rimasti ossessionati "dal personaggio del sovrano", in quanto "queste teorie (sul potere supremo, sulla legge, ecc.) pongono tutte ancora il problema della sovranità". Quel che invece sarebbe necessario fare è costruire "una filosofia politica" che non ruoti "intorno al problema della sovranità" (FOUCAULT, 1977: 15).

Per Foucault, infatti, se si vuole scoprire "la verità" sul potere, la sua "genealogia", bisogna fare quello che non si è ancora fatto: "tagliare la testa al re", ossia abbandonare le astrazioni dogmatico-giuridiche costruite intorno al mito della "sovranità" che "reprime" e occulta artificiosamente ogni altra istanza sociale di dominio. Piuttosto che concepire un potere "sovrano", avverte il filosofo francese, sarebbe meglio che le analisi sul potere si facessero "microfisiche", in quanto il potere "nei fatti attraversa i corpi, produce delle cose, induce del piacere, forma del sapere, produce discorsi". La "concezione puramente giuridica" del potere ignora che esso debba essere realisticamente considerato "come una rete produttiva che passa attraverso tutto il corpo sociale", in quanto "la meccanica del potere" va analizzata "dal basso", nelle "lotte quotidiane", in una "trama storica [...] che renda conto della costituzione dei saperi, dei discorsi, dei campi di oggetti, ecc., senza aver bisogno di riferirsi ad un soggetto che sia trascendente rispetto al campo di avvenimenti

<sup>31</sup> Sul punto sembra convenire anche DE JOUVENEL (1971: 217 ss.). È infatti solo con la monarchia assoluta che la sovranità diviene "l'attributo di una persona fisica", si concentra cioè "in un punto e in condizione di agire direttamente su tutti i punti".

che ricopre, nella sua identità vuota, lungo la storia”. (FOUCAULT, 1977: 11-13). E tanto, nel pensiero di Foucault, sembra valere in riferimento a qualunque soggetto o ente “trascendente” pensato dalla scienza giuridica come sovrano.

Gli stessi “rapporti di potere” e le “analisi” che ne conseguono devono “andare al di là del quadro dello Stato”. E questo perché, malgrado lo Stato mantenga nelle considerazioni del filosofo parresiasta la sua “importanza”, esso, “anche colla sua onnipotenza, anche coi suoi apparati, è ben lungi dal ricoprire tutto il campo reale dei rapporti di potere”. Lo Stato “non può funzionare che sulla base di relazioni di potere preesistenti” in quanto “è sovrastrutturale in rapporto a tutt’una serie di reti di potere che passano attraverso i corpi, la sessualità, la famiglia, gli atteggiamenti, i saperi, le tecniche, ecc., e questi rapporti sono in una relazione di condizionante-condizionato nei confronti di una specie di metapotere che [...] non può realmente aver presa e non può reggersi che nella misura in cui si radica in tutta una serie di rapporti di potere che sono molteplici, indefiniti, e che sono la base di queste grandi forme (gli Stati, appunto) di potere negativo” (FOUCAULT, 1977: 16).

Foucault, insomma, pone al centro della sua analisi del potere la fattualità della “dominazione”, dimostrando altresì come le teorie giuridiche abbiano in realtà veicolato, trasmesso, fatto circolare, rapporti che erano di dominazione e non di sovranità, vale a dire relazioni di potere occultate dall’involucro giuridico della sovranità.

A voler trasporre queste lucide analisi nella realtà giuridica contemporanea, realtà che sembra caratterizzata, come la precedente società medioevale, da una evidente *frantumazione del potere politico* in più livelli ordinamentali e da una influenza, su tali ordinamenti, di poteri oligarchici economico-finanziari, non si vede come si possa continuare a presupporre giuridicamente l’esistenza della sovranità (di qualsivoglia tipologia) senza correre il rischio di cadere in astratte speculazioni che di certo non aiutano a comprendere la realtà<sup>32</sup>.

Peraltro, spezzatosi il nesso fra localizzazione territoriale del potere economico (*Ortung*) e ordinamento giuridico-politico (*Ordnung*), nesso che, come è noto, per Carl Schmitt costituisce il “*Nomos der Erde*”<sup>33</sup>, appare piuttosto

<sup>32</sup> Sulla contemporanea “medievalizzazione” della cultura giuridica europea, si vedano le attente riflessioni di GROSSI (2002, 39 ss.).

<sup>33</sup> Cfr. SCHMITT (1991: 70). Per Schmitt, infatti, come noto, l’*Ordnung* ha inestirpabili radici nell’accidentalità dell’*Ortung*: senza il particolarismo dell’“occupare”, del materiale “prendere posto”, non esiste alcuna possibilità di ordinare politicamente lo spazio, di tracciare confini, di organizzare al loro interno la sicurezza, proiettando all’esterno ciò che è diverso, disomogeneo, ostile. In *Nomos der Erde* Schmitt disegna la metafora della contrapposizione della terra (e del

imbarazzante dover rilevare come gli Stati sopra definiti “politico-amministrativi” continuino ancor oggi ad autorappresentarsi contemporaneamente come fossero *sovrani* – dovendo formalmente rispettare al loro interno i principi della democrazia costituzionale – pur funzionando all’esterno sempre più come delle *agenzie pubbliche locali*, organi periferici sostanzialmente incapaci di esprimere un indirizzo politico indipendente e autonomo da quello voluto dall’ “*antisovrano* timo-tecnocratico”<sup>34</sup> sovranazionale. Istituzioni private inter e sovranazionali, queste ultime, che non costituendo un vero e proprio ordinamento, non consentono neppure un adeguato inquadramento giuridico nell’ambito della classica “contrapposizione-distinzione tra ordinamento generale e ordinamenti particolari”, in un contesto di convivenza di ordinamenti plurimi (cfr. MODUGNO, 1985).

Tali difficoltà sono chiaramente riconosciute dallo stesso KELSEN (1959: 389-390), forse il maggiore teorico “monista” dell’ordinamento giuridico internazionale, quando, ad esempio, nella sua *General Theory of Law and State*, non solo afferma che è soltanto un ordinamento normativo a potersi “presupporre” come “sovrano”, ma anche che, nella realtà, non può esistere “un potere fisico, mero fenomeno naturale, [...] “sovrano” nel vero senso della parola”. E tanto perché, continua il giurista della Scuola di Vienna, “sembra che, attribuita al potere fisico, la “sovranià” potrebbe significare soltanto qualcosa di simile alla proprietà di essere una prima causa”. Una vera e propria “contraddizione in termini” dunque, in quanto, come è logico, “nell’infinita catena di cause ed effetti, cioè nell’ambito della realtà naturale, non vi può essere una causa prima e, pertanto, non vi può essere una sovranità”. In altre parole, per Kelsen la sovranità non è un fenomeno che si addice né alla “carnalità” dei rapporti sociali – non può cioè essere “umana”, della persona fisica – né tantomeno può appartenere alla persona giuridica Stato. E questo perché il fondamento dell’obbligatorietà dell’ordinamento giuridico internazionale – l’A., nella sua visione cosmopolitica, immagina un’organizzazione universale dell’umanità in cui convergono diritto, morale, economia e politica (*civitas maxima* come organizzazione del mondo) – può essere esclusivamente postulato in termini *logico-trascentali* all’interno del sistema normativo internazionale, ovvero sia ipotizzato astrattamente come immagine giuridica del mondo e riflesso dell’unità morale del genere umano.

Anche solo per queste ragioni, l’idea di fare a meno del concetto di sovra-

suo *nomos* discriminatore) allo spazio indistinto e piatto del mare – lo spazio cosmopolitico dominato dalle potenze navali anglosassoni – dove un ordine stabile è impossibile perché non è possibile costruirsi un rifugio, tracciare confini, distinguersi e difendersi. E’ impossibile, in altri termini, l’esercizio della sovranità.

<sup>34</sup> Per usare l’efficace espressione utilizzata da LUCIANI (1996:165).

nità non sembra affatto inconciliabile con i risultati delle analisi foucaultiane sul potere. E tanto, non solo in riferimento alle speculazioni propriamente filosofico-politiche, ma anche in relazione alle argomentazioni finemente costruite dalla dogmatica giuridica. Si tratterebbe, in definitiva, di prendere seriamente in considerazione l'ipotesi di espellere – in radice – ogni presupposto residuo assolutistico dalla dimensione normativo-costituzionale.

Se, infatti, il costituzionalismo moderno non vuole rischiare di perdere la sua funzione originaria, ossia quella di porre limiti al potere per garantire diritti e libertà, occorre che, ancor più di ieri, esso oggi si concentri ad esaminare “non il re nella sua posizione centrale, ma i soggetti nelle loro relazioni reciproche: non la sovranità nel suo edificio unico, ma gli assoggettamenti molteplici che hanno luogo e funzionano all'interno del corpo sociale” (FOUCAULT, 1977:182).

Distinguere il potere in assoluto, relativo, forte, debole, condiviso, ecc., è un modo per occultare le sue concrete ambizioni di dominio e di assoggettamento, i suoi reali obiettivi politici. Per il diritto pubblico, insomma, a rilevare dovrebbero essere i poteri senza alcuna altra fuorviante specificazione. Meno che meno quella di «sovrani».

Ma per far ciò servirebbe un atto onesto ed umile della scienza giuridica: quello di ammettere che la «sovranità», per come da essa partorita e poi nel tempo congeniata, non sia morta semplicemente perché è una grande narrazione mai vissuta nella realtà<sup>35</sup>, un'“ipocrisia”<sup>36</sup>. Ammettere esplicitamente, dunque, che la sua immagine carica di suggestioni, a mo' di un fantasma, in definitiva continui a non morire nella dogmatica giuridica perché, come tutte le cose che non esistono nella concretezza del mondo reale, essa ha pur sempre la possibilità – se conveniente – di ambire all'eternità nelle fantasie della mente umana.

### *Riferimenti bibliografici*

AGAMBEN, Giorgio (2005). *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*. Torino: Einaudi.

ALLEGRETTI, Umberto (2002). *Diritti e Stato nella mondializzazione*. Troina: Città Aperta.

ANGIOLINI, Vittorio (2016). “Sovranità e reciprocità”. *Rivista Lo Stato*. Modena:

<sup>35</sup> Come già evidenziava CONSTANT (1982: 59-66), “nessun potere può qualificarsi “assoluto”; nessuna autorità sulla Terra è “illimitata”, né quella del popolo, né quella degli uomini che si dichiarano suoi rappresentanti”.

<sup>36</sup> Come l'ha definita KRASNER (1999).

Mucchi Editore, fasc. n. 7, p. 11-58.

AZZARITI, Gaetano (2010). *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*. Roma-Bari: Laterza.

AZZARITI, Gaetano (2013). *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*. Roma-Bari: Laterza.

BALDASSARRE, Antonio (2002). *Globalizzazione contro democrazia*. Roma-Bari: Laterza.

BARBERIS, Mauro (2014). “Il custode delle fonti. Lo Stato dopo lo Stato e la sua legalità”. *Rivista Lo Stato*. Modena: Mucchi Editore, fasc. n. 2, p. 11-30.

BADIE, Bertrand (2000). *Il mondo senza sovranità. Gli Stati tra astuzia e responsabilità*. Trieste: Asterios.

BARBERA, Augusto (2011). *Le basi filosofiche del costituzionalismo*. Roma-Bari: Laterza.

BERNARDI, Alessandro (2017). *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*. Napoli: Jovene.

BILANCIA, Francesco (2017). “Sovranità”. *Rivista AIC*, fasc. n. 3.

BOSIO, Andrea – DELLAVALLE Sergio (2016). “Crisi e ridefinizione della sovranità nel contesto plurilivellare”. *Costituzionalismo.it*, fasc. 3, p. 127 ss.

BUCCI, Gaetano (2008). “La sovranità popolare nella trappola delle reti *multilevel*”. *Costituzionalismo.it*, fasc. 1.

BUFFONI, Laura (2016). “La politica della moneta e il soggetto della sovranità: il caso ‘decisivo’”. *Rivista AIC*, fasc. n. 2.

BUSSANI, Mauro (2010). *Il diritto dell’Occidente. Geopolitica delle regole globali*. Torino: Einaudi.

CANFORA, Luciano – ZAGREBELSKY, Gustavo (2014). *La maschera democratica dell’oligarchia. Un dialogo*. Roma-Bari: Laterza.

CANTARO, Antonio (2003). *Europa sovrana. La costituzione dell’Unione tra guerra e diritti*. Bari: Dedalo.

CANTARO, Antonio (2016). “Lo “Stato” europeo. La *governance* dell’Unione come potere economico-governamentale”. *Osservatorio AIC*, fasc. n. 2.

CARLASSARE, Lorenza (2006). “Sovranità popolare e Stato di diritto”. *Costituzionalismo.it*, 15 febbraio.

CASSESE, Sabino (2016). “«L’Europa vive di crisi»”. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. n. 3.

CHESSA, Omar (2017). “Sovranità: temi e problemi di un dibattito giuspubblicistico ancora attuale”. *Rivista AIC*, fasc. n. 3.

CHOMSKY, Noam – FOUCAULT, Michel (2013). *La natura umana. Giustizia contro potere*. Roma: Castelvecchi.

CONSTANT, Benjamin (1982). *Antologia di scritti politici*. Bologna: il Mulino.

CORTESE, Ennio (1990). “Sovranità (Storia)”. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, vol. XLIII, p. 205-224.

CRISAFULLI, Vezio (1970). *Lezioni di Diritto costituzionale, I, Introduzione al Diritto costituzionale italiano*. Padova: Cedam.

DE JOUVENEL, Bertrand (1971). *La sovranità*. Milano: Giuffrè.

- DE VERGOTTINI, Giuseppe (2014). “La persistente sovranità”. *Consulta OnLine*, 3 marzo.
- FERRAJOLI, Luigi (1997). *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*. Roma-Bari: Laterza.
- FERRARA, Gianni (1998). “Costituzione e revisione della costituzione nell’età della globalizzazione”. In *Studi in onore di Giuseppe Guarino*, II. Padova: Cedam.
- FERRARA, Gianni (1999). “L’instaurazione delle costituzioni. Profili di storia costituzionale”. In *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I. Milano: Giuffrè.
- FIORAVANTI, Maurizio (1983). *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*. Torino: Giappichelli.
- FIORAVANTI, Maurizio (2001). *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*. Milano: Giuffrè.
- FOUCAULT, Michel (1977). *Microfisica del potere*. Torino: Einaudi.
- FOUCAULT, Michel (2014). *Poteri e strategie*. Milano-Udine: Mimesis.
- FUKUYAMA, Francis (1992). *La fine della Storia e l’ultimo uomo*. Milano: Rizzoli.
- GIANNINI, Massimo Severo (1990). “Sovranità b) diritto vigente”. In *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, vol. XLIII, p. 225.
- GLENN, H. Patrick (2011). *Tradizioni giuridiche del mondo. La sostenibilità della differenza*. Bologna: il Mulino.
- GRIMM, Dieter (1996). “Una costituzione per l’Europa?”. In G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther, *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi.
- GRIMM, Dieter (2015). “Sovereignty: The Origin and Future of a Political and Legal Concept”. New York: Columbia University Press.
- GROSSI, Paolo (2002). “Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?”. *Quaderni Fiorentini*, I.
- GROSSI, Paolo (2007). *L’ordine giuridico medioevale*. Roma-Bari: Laterza.
- GUSMAI, Antonio (2015). *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*. Bari: Cacucci.
- HELLER, Hermann (1987). “La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale. In ID., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*. Milano: Giuffrè.
- KELSEN, Hans (1959). *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Milano: Edizioni di Comunità.
- KELSEN, Hans (1989). *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*. Milano: Giuffrè.
- KRASNER, Stephen David (1999). *Sovereignty: Organized Hypocrisy*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- LAVAGNA, Carlo (1982). *Istituzioni di Diritto pubblico*, Torino: Utet.
- LINDSETH, Peter (1999). “Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The example of the European Community”. *Columbia law rev.*, 3.
- LOUGHLIN, Martin (2010). *Foundation of Public law*. Oxford: OUP Oxford.
- LOUGHLIN, Martin (2013). “Why Sovereignty?”. In R. Rawlings, P. Leyland, A.L. Young, *Sovereignty and the Law. Domestic, European, and International Perspectives*.

Oxford: Oxford University Press.

LUCIANI, Massimo (1996). "L'antisovrano e la crisi delle costituzioni". *Rivista di diritto costituzionale*, fasc. n. 1, p. 124-188.

LUCIANI, Massimo (2016). "Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale". *Rivista AIC*, n. 2.

MANGIAMELI, Stelio (2016). "Il sistema europeo: dal diritto internazionale al diritto costituzionale e ritorno?". *Diritto e Società*, fasc. 1, p. 11-58.

MARCUSE, Herbert (1970). *La fine dell'utopia*. Roma-Bari: Laterza.

MATTEUCCI, Nicola (2008). "Sovranità". *Il Dizionario di Politica*. Torino: Utet.

MENY, Yves (2004). *La grande hésitation*. In O. Béaud, *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Constitution*. Bruxelles: Bruylant.

MEZZETTI, Luca (2014). *Principi costituzionali e forma dell'Unione e Le istituzioni e la forma di governo dell'Unione*. In P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*. Torino: Giappichelli, capp. III e IV.

MODUGNO, Franco (1985). "Pluralità degli ordinamenti". In *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, vol. XXXIV, p. 4-20.

MORRONE, Andrea (2012). "Teologia economica v. teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e "diritto costituzionale globale" ". *Rivista Quaderni costituzionali*, fasc. n. 4.

MORRONE, Andrea (2017). "Sovranità". *Rivista AIC*, fasc. n. 3.

MORTATI, Costantino (1969). *Istituzioni di Diritto pubblico*. Padova: Cedam, tomo I, p. 99.

MORTATI, Costantino (1975). "Art. 1". In G. Branca, *Commentario alla Costituzione*. Bologna-Roma: Zanichelli-Società editrice del Foro italiano.

PANNACCIULLI, Cecilia (2015). "Saturazione dell'informazione e disinformazione". In G. Ferri, *La democrazia costituzionale tra nuovi diritti e deriva mediale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

PATRONI GRIFFI, Andrea (2015). "L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del Diritto costituzionale europeo". *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna on-line*, gennaio.

PINELLI, Cesare (1995). "Le fonti del diritto nell'epoca dell'internazionalizzazione". *Rivista di Diritto pubblico*, 359 ss.

PINELLI, Cesare (2016). "Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato. Qualche riflessione per i giuristi". *Costituzionalismo.it*, fasc. 1.

PISANESCHI, Andrea (2016). "Costituzione e diritto internazionale". *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. n. 3, 791 ss.

REPOSO, Antonio (2015). "Sovranità". In *Osservatorio della Rivista AIC*, 30 gennaio.

RESCIGNO, Giuseppe Ugo (2014). "Sovranità popolare". *Enciclopedia giuridica Treccani on line*.

ROMANO, Santi (1969). "L'istituzione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione". In ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè.

RUGGERI, Antonio (2016). “Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all’Unione europea e ritorno, ovvero la circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici”. *Federalismi.it*, fasc. n. 11.

SACCO, Rodolfo (2015). *Il diritto muto*. Bologna: il Mulino.

SASSEN, Saskia (2010). *Le città nell’economia globale*. Bologna: il Mulino.

SCHMITT, Carl (1991). *Il nomos della terra*. Milano: Adelphi.

SCHMITT, Carl (2013). *Le categorie del ‘politico’. Saggi di teoria politica*. In G. Miglio, P. Schiera. Bologna: il Mulino.

SILVESTRI, Gaetano (1996). “La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto”. *Rivista di diritto costituzionale*, fasc. n. 1, p. 3-74.

SILVESTRI, Gaetano (2005). *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*. Torino: Giappichelli.

SILVESTRI, Gaetano (2015). “Sovranità vs. diritti fondamentali”. *Questione Giustizia*, fasc. 1, p. 57-63.

TRIEPEL, Heinrich (1913). *Diritto internazionale e diritto interno*. Torino: Utet.

TROPER, Michel (2010). “The survival of sovereignty”. In H. Kalmo, Q. Skinner, *Sovereignty in Fragments. The Past, Present and Future of a Contested Concept*. Cambridge: Cambridge University Press.

ZAGREBELSKY, Gustavo – MARCENÒ, Valeria – PALLANTE, Francesco (2014). *Lineamenti di Diritto costituzionale*. Milano: Le Monnier Università.

ZAGREBELSKY, Gustavo (2015). *Moscacieca*. Roma-Bari: Laterza.

# RAPPRESENTANZA E GOVERNABILITÀ

*Daniele Casanova\**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La circoscrizione come luogo di creazione della rappresentanza politica e la distinzione tra rappresentatività e proporzionalità – 3. Agevolare la stabilità dei governi senza incidere sulla rappresentatività del Parlamento – 4. Una annotazione finale: superare l'idea dell'uguaglianza del voto solo come uguaglianza in entrata – Riferimenti bibliografici.

## *1. Introduzione*

Nell'attuale sistema politico, non solo italiano, si è indubbiamente avviata una fase di frammentazione dell'offerta politica causata dalla crisi dei partiti e dall'emergere di forze politiche anti-sistema che si sono proposte come forze di rottura e hanno trovato un abbondante consenso popolare. Nell'ordinamento italiano questo pluripartitismo (o quanto meno il mancato bipolarismo)<sup>1</sup> ha condotto le forze politiche di maggioranza a dettare regole elettorali, non tanto con funzione di razionalizzare il sistema politico (si pensi ad esempio all'introduzione di un sistema elettorale maggioritario in collegi uninominali), ma piuttosto formule elettorali "iper-maggioritarie", tali da garantire una maggioranza assoluta in capo ad una singola forza politica.

Questa soluzione viene intrapresa, perlomeno in Italia, poiché si sostiene che il dato istituzionale attuale non è in grado di permettere la c.d. governabilità del Paese, intesa, in una forma di governo parlamentare, non solo come assicurazione della permanenza del rapporto fiduciario tra Parlamento e Governo, ma come elemento che permetta al detentore del potere esecutivo di «prendere decisioni» (VOLPI 1982)<sup>2</sup>. Per raggiungere questo obiettivo

\* Università "La Sapienza" di Roma.

<sup>1</sup> Infatti, non solo in Italia, più che di problemi connessi al pluripartitismo, e quindi addebitabili ad un elevato numero di partiti che trovano uno spazio di rappresentanza parlamentare, si vede come problematico il formarsi di tre fazioni politiche piuttosto grandi, in grado di intercettare all'incirca lo stesso numero di consensi. Il problema che è stato evidenziato da una parte della dottrina italiana è che in una situazione politica di questo tipo non esiste una concreta possibilità per una singola forza politica di ottenere una maggioranza assoluta dei seggi all'interno delle due assemblee rappresentative.

<sup>2</sup> In questo senso la governabilità nel nostro sistema è stata erroneamente interpretata dalle forze politiche che l'hanno «intesa come stabilità e durata degli esecutivi anziché come capacità di decidere politiche in grado di governare il Paese e di farne applicazione concreta» (M. VOLPI 2012: 2).

nell'ultimo decennio sono state introdotte nel nostro paese norme elettorali al fine di preconstituire un governo monocolore derivante direttamente "dalle elezioni", che possa trovare nel Parlamento un organo esecutore delle proprie politiche grazie al costante assenso al Governo da parte della "propria" maggioranza parlamentare.

Leggi elettorali con questa impostazione sono già state dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 1 del 2014<sup>3</sup>, e con la successiva sentenza n. 35/2017. La Corte, nella prima delle due sentenze, ha dichiarato illegittima la legge elettorale n. 270 del 2005 che assegnava, alla Camera dei deputati, il 55% dei seggi pari a 340 seggi della composizione complessiva dell'Assemblea, indipendentemente dal risultato elettorale nazionale ottenuto dalla prima forza politica nella nazione. Nella sentenza in parola, il premio di maggioranza previsto alla Camera dei deputati è stato censurato dalla Corte poiché strumento in grado di svilire la rappresentatività dell'Assemblea parlamentare a causa dell'eccessiva alterazione del voto degli elettori (D'ANDREA 2014). Nella seconda sentenza, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del doppio turno tra liste previsto dalla legge n. 52/2015 per l'elezione della Camera dei deputati. La legge prevedeva che il doppio turno si sarebbe dovuto tenere nel caso in cui nessuna forza politica avesse ottenuto il 40% dei voti validi al primo turno, percentuale minima per accedere direttamente al premio di maggioranza che assicurava il 55% dei seggi. Se si fosse tenuto il secondo turno di ballottaggio tra le due liste più votate, alla lista che sarebbe risultata vincitrice sarebbero stati assegnati alla Camera dei deputati, anche in questo caso, il 55% dei seggi. Secondo i giudici della Corte il doppio turno nazionale tra liste, così come congegnato nella legge, si doveva sostanzialmente qualificare alla stregua del premio di maggioranza senza soglia, poiché i due competitori politici potevano aver ottenuto al primo turno anche un'esigua quantità di voti e quindi l'alterazione del voto degli elettori poteva essere potenzialmente elevata.

Nelle motivazioni addotte, la Corte ha posto a fondamento della questione un presunto rapporto, meglio specificato come bilanciamento/equilibrio, tra la rappresentatività dell'Assemblea e le esigenze di stabilità del governo, all'interno di una forma di governo Parlamentare, violato dal premio di mag-

<sup>3</sup> L'ampio dibattito scaturito dalla sentenza non permette di riprodurre qui la bibliografia sul tema. Per una breve analisi si rimanda al dibattito tra costituzionalisti (*Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005*) sulla rivista *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2014, con interventi di: G. AZZARITI, S. BARTOLE, R. BIN, G. BRUNELLI, P. A. CAPOTOSTI, L. CARLASSARE, A. CERRI, M. DOGLIANI, T. F. GIUPPONI, F. LANCHESTER, V. ONIDA, F. RIMOLI, R. ROMBOLI, G. M. SALERNO, F. SORRENTINO, S. STAIANO.

gioranza così come congegnato nella legge 270/2005 e dal doppio turno previsto nella successiva legge n. 52/2015. In questa seconda sentenza la Corte, sempre sul presupposto del bilanciamento tra rappresentanza e stabilità, ha però rigettato la questione di legittimità costituzionale che riguardava il premio di maggioranza che sarebbe stato assegnato alla lista che avesse ottenuto sul piano nazionale almeno il 40% dei voti validamente espressi. Dall'unione delle due decisioni, in particolare dalla differenziazione tra il premio di maggioranza senza soglia e il premio di maggioranza con la soglia per l'accesso, sembrerebbe che per la Corte costituzionale vi sia un limite di ragionevolezza oltre il quale l'alterazione del voto contrasta con il dettato costituzionale, allo stesso modo, però, un'alterazione non eccessiva non viene ritenuta contraria ai principi costituzionali.

Come si cercherà di argomentare in questo *paper* la posizione della Corte non sembra essere pienamente condivisibile, in particolare non sembrerebbe conforme a costituzione lo "svilimento", anche minimo, della rappresentatività e dell'alterazione del voto, al fine di ottenere altri obiettivi, tra i quali si può annoverare appunto, come la Corte costituzionale sembra chiarire, la stabilità del governo.

## *2. La circoscrizione elettorale come luogo di creazione della rappresentanza politica e la distinzione tra rappresentatività e proporzionalità*

Per provare ad argomentare quanto sostenuto è opportuno partire dal concetto della rappresentanza politica parlamentare. La concezione di rappresentanza che qui si vuole proporre, e dalla quale si vuole partire, è la rappresentanza della «scuola pluralista» (CIAURRO-NOCILLA 1987), che scorge nella rappresentanza politica il concretizzarsi di un rapporto rappresentativo tra elettori ed eletti, in modo tale che gli elettori siano realmente rappresentati nel Parlamento. In questa visione pluralistica della rappresentanza si concretizzano e si intrecciano, come naturale conseguenza, la responsabilità e responsabilità degli eletti nei confronti degli elettori (LANCHESTER 1990), che permette di superare l'accezione liberale di rappresentanza come mera preposizione alla carica di un soggetto. Affinché la responsabilità dei rappresentanti possa essere fatta valere deve però esserci un rapporto rappresentativo continuo (CARLASSARE 2001) che trova il proprio momento conclusivo, che si concretizza legislativamente in assenza di mandato imperativo, attraverso «periodiche rielezioni [...] allo scopo di offrire agli elettori il modo di controllare l'operato degli eletti, sia pure con il solo risultato di non confermare nella carica alla fi-

ne del mandato coloro che non avessero corrisposto alla fiducia in essi riposta» (MORTATI 1976: 465)<sup>4</sup>.

La concretezza del rapporto, così come inquadrata, necessita a sua volta di formule elettorali che siano in grado di permettere la costituzione del circuito rappresentativo connesso alla responsabilità dei rappresentanti, in modo tale da evitare che la rappresentanza politica resti, come in passato, un solo fatto teorico ed astratto.

Il sistema di selezione dei candidati è pertanto un elemento essenziale in una democrazia per poter implementare una rappresentatività del Parlamento, e di conseguenza dare attuazione alla principale funzione della sovranità del popolo, che è quella, seppur non l'unica<sup>5</sup>, di determinare la composizione del Parlamento (RUINI 1948, CARLASSARE 2002). A questo scopo, per poter parlare di democraticità del sistema parlamentare, non basta un qualsiasi sistema elettorale, ma risulta essere necessario un complesso di regole elettorali che siano in grado di poter effettivamente produrre un Parlamento rappresentativo: il punto di partenza per costituire un sistema complessivamente democratico è quindi la presenza di un sistema elettorale in grado di produrre un'assemblea che possa dirsi a tutti gli effetti rappresentativa.

Quel che bisogna quindi affrontare è la problematica circa il "quando" è democratica una legislazione elettorale e, solo successivamente, valutare quanto questa esigenza di democraticità può essere anche solo parzialmente sacrificata in ragione della governabilità, in uno Stato caratterizzato dalla forma di governo parlamentare.

Spesso si discute di rappresentatività e di rendimento del sistema elettorale (SPREAFICO 1981), facendo riferimento a *quanto* un sistema elettorale è, e possa essere, distorsivo. Queste indagini pur comportando sempre una comparazione tra sistemi elettorali di diversa natura, vuoi proporzionali, maggioritari o misti, concludono sempre accentuando la distorsione del voto a livello nazionale (BARBERA 2015), non considerando realmente le diversità strutturali del sistema elettorale di partenza.

Il problema ravvisabile in questa impostazione teorica è quello di valutare

<sup>4</sup> Sul punto si vedano H. EULAU, P.D. KARPS 1983: p. 291-323.

<sup>5</sup> L'esercizio della sovranità popolare non si esaurisce infatti nell'espressione del voto per l'elezione parlamentare, ma si inverte anche altrove, in particolare possono ricordarsi il referendum abrogativo, la partecipazione popolare alla revisione costituzionale, il potere di iniziativa legislativa, e la partecipazione – attraverso i partiti – alla determinazione dell'indirizzo politico dello Stato. Sulle varie forme in cui la sovranità popolare può esprimersi si veda L. BASSO 1958: 170-185. Con particolare riguardo alla partecipazione del popolo nei partiti, che concorrono alla determinazione dell'indirizzo politico, si vedano G. FERRARA 1965: p. 285-290; G. AMATO 1962: 102. Con riferimento al *referendum* abrogativo si veda l'elaborazione di E. BETTINELLI, 1975: 313-325.

con indifferenza i collegi o le circoscrizioni nei quali è suddiviso il territorio. Quando si vuole comparare il risultato elettorale nazionale, lo si dovrebbe fare solo laddove entrambe i sistemi in comparazione fossero costituiti in un unico collegio elettorale che ricomprende l'intero territorio nazionale. Solo in questo caso, infatti, il dato nazionale dei voti ottenuti da una forza politica ha un effettivo significato giuridico sui seggi complessivamente ottenuti dalla stessa. In questa teoria sulla distorsione del voto i punti essenziali che vengono utilizzati sono due: a) livello nazionale e b) la disproporzionalità complessiva del sistema elettorale. Il primo criterio viene utilizzato, indifferentemente dal sistema elettorale indagato, nel senso di valutare solamente i voti ottenuti nazionalmente da una forza politica ed i seggi parlamentari complessivi ottenuti dalla stessa. L'esempio che spesso viene proposto in dottrina, ma anche nell'opinione pubblica, è quello delle elezioni politiche in Gran Bretagna, dove, come noto, si è in presenza di un sistema maggioritario classico fondato su collegi elettorali uninominali. In particolare si porta come "caso di scuola" il risultato elettorale del 2005, quando il Partito Laburista a fronte di un risultato elettorale nazionale del 35,2% ottenne 355 seggi alla *House of commons*, pari al 55% del totale dei deputati. Il secondo criterio viene utilizzato in chiave politologica ritenendo che se è generalmente considerata legittima una certa quantità di disproporzione in un dato sistema elettorale, questa quantità deve considerarsi legittima anche negli altri sistemi. Sempre sulla base della comparazione con il sistema elettorale maggioritario inglese, si sostiene che se si considera legittima la disproporzione del 20% tra voti ottenuti e seggi assegnati con il sistema maggioritario, di conseguenza anche uno scarto del 20% ottenuto con un altro sistema elettorale, ad esempio fondato sul premio di maggioranza, debba essere considerato legittimo, poiché la disproporzione tra voti nazionalmente conseguiti e seggi attribuiti è la medesima.

La base dalla quale qui si vuole muovere è, viceversa, quella di concentrarsi sul collegio o sulla circoscrizione elettorale quale luogo "naturale" di formazione del rapporto elettorale, poiché luogo dove i partiti politici presentano i propri candidati. La suddivisione del territorio trova la propria costituzionalizzazione nell'art 56 della Costituzione, dove si prevede un necessario riparto territoriale in circoscrizioni. Il parametro costituzionale però non specifica né la coincidenza della circoscrizione con enti territoriali preesistenti né il numero delle stesse, lasciando quindi alla discrezionalità del legislatore identificare quali e quante debbano essere le ripartizioni territoriali in cui viene suddivisa il territorio statale. Sempre l'art. 56 impone che il numero di seggi assegnati a ogni parte del territorio sia proporzionale alla popolazione residente nella circoscrizione. Questo significa che la Costituzione ha voluto individuare nel territorio in cui è suddiviso lo Stato il luogo in cui si incontrano gli interes-

si di una frazione di società, che poi verranno trasportati, anche grazie «all'appartenenza di un deputato ad un partito» (ZAMPETTI 1965: 93) e alla mediazione *nei e dei* partiti, a livello nazionale, nel luogo, il Parlamento, sede della composizione «del conflitto [degli] interessi contrapposti che si manifestano entro la società pluralista» (AZZARITI 2016) e quindi nel luogo preposto dalla Costituzione alla sintesi delle domande e delle pulsioni sociali (FILIPPETTA 2003).

Da questo punto di vista è quindi la circoscrizione elettorale, o il collegio elettorale nel caso di sistemi elettorali uninominali ad uno turno (per esempio il sistema elettorale inglese) o a due turni (il caso del sistema elettorale francese, che deve essere analizzata e, anticipando l'analisi successiva, è proprio a partire dalla circoscrizione che si possono tentare di stabilire le esigenze di stabilità nel rapporto fiduciario che lega il Governo al Parlamento nella forma di governo parlamentare. La circoscrizione, dunque, come luogo di creazione della rappresentanza in cui valorizzare uno stabile rapporto tra elettori e propri rappresentanti, poiché è l'unico luogo dove i candidati si “presentano” agli elettori<sup>6</sup>.

La rappresentatività deve quindi essere valutata in quel territorio, e non a livello nazionale, pur rimanendo sempre una rappresentanza politica dei cittadini e non una rappresentanza dei territori (MORTATI-MODUGNO-BALDASSARRE-MEZZANOTTE 1991: 441), anche in una fase della democrazia moderna in cui «lo stretto rapporto tra rappresentanza e (suddivisione del) territorio non appare più un fattore determinante» (BETTINELLI 1990: 487). Pur in assenza di un reale e concreto principio di rappresentanza la grande dimensione nazionale necessita di una sua ripartizione che, una volta effettuata, deve essere necessariamente presa in considerazione, intravedendo un rapporto sicuramente non giuridico (o di mandato) tra il collegio elettorale ed il deputato ma considerando che questo è rappresentante «in senso politico, e che questo fatto politico non si [può] ignorare» (M. SIOTTO PINTOR: 113).

In questo senso, garantiscono il rispetto della conformazione plurale e territoriale della rappresentanza quei sistemi circoscrizionali o in collegi che potremmo definire “chiusi”. Questi sono quei sistemi elettorali nei quali il voto viene “contato” nel collegio, e tutt'al più solo quei voti che non hanno prodotto un quoziente all'interno della circoscrizione (i resti) vengono aggregati tra loro in un circuito maggiore, con l'assegnazione a quel livello dei seggi non attribuiti al livello inferiore<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Sul punto F. LANCHESTER 1993: 1129, riconosce che l'analisi dei collegi e delle circoscrizioni in relazione al rapporto rappresentativo è un «problema trascurato dalla dottrina» italiana.

<sup>7</sup> Perciò sarebbero in grado di rispettare la rappresentatività non solo i sistemi che abbiamo definito chiusi in senso stretto, ma anche quei sistemi di calcolo del voto multilivello (dal basso

Diversamente, in quei sistemi in cui la trasformazione dei voti in seggi avviene a livello nazionale, ma il territorio è comunque suddiviso in una pluralità di circoscrizioni, si produce uno «sradicamento territoriale» (BARBERA 2008) che non permette una reale formazione di un rapporto eletti-elettori all'interno della circoscrizione stessa, poiché l'unico dato rilevante è solamente il risultato nazionale delle liste. In questi casi, ben noti al legislatore italiano<sup>8</sup>, la funzione della circoscrizione viene completamente meno. Se i voti vengono "contati" ad un livello diverso da quello dove si presentano i candidati, la volontà dell'elettore all'interno della circoscrizione non è pienamente rispettata né politicamente (sovrarappresentando talune forze politiche in sfavore di altre anche senza il ricorso al premio di maggioranza) né tantomeno numericamente, potendo esserci una discrepanza tra numero di seggi assegnati ad una circoscrizione sulla base della popolazione residente e seggi assegnati alla stessa a seguito delle operazioni elettorali (SPADACINI, 2016).

Da questo punto di vista, potrebbe essere esposta ad irrazionalità la legislazione elettorale che dovesse prevedere un calcolo del voto in un unico collegio nazionale, ma con riparto territoriale dello Stato. Infatti, se il rapporto rappresentativo si instaura nella circoscrizione – luogo in cui i candidati si presentano agli elettori – il voto degli elettori della circoscrizione non può essere manipolato per favorire, complessivamente (*rectius* nazionalmente), una forza politica in sfavore di un'altra.

Questa visione del rapporto rappresentativo non comporta però una coincidenza tra la rappresentatività del Parlamento con il principio di proporzionalità come sostenuto da una parte della dottrina (LAVAGNA 1952, CARLASSARE 2008)<sup>9</sup>. Infatti, se la democraticità di uno Stato è individuabile, anche, nella presenza di un sistema rappresentativo non significa però che questo debba essere proporzionale, ma che per valutare la rappresentatività del sistema si debba far riferimento alla circoscrizione e non al risultato nazionale. Anche in un sistema elettorale maggioritario classico, infatti, pur in presenza

verso l'alto), come per esempio il sistema proporzionale italiano in vigore e sino al 1993 dove, a fronte di un calcolo del voto all'interno delle circoscrizioni, vi era un recupero dei resti a livello nazionale.

<sup>8</sup> La storia dei sistemi elettorali italiani nel periodo costituzionale presenta diversi casi di selezione dei candidati in circoscrizioni ma un calcolo del voto nazionale: è il caso ad esempio delle ultime due leggi elettorali per l'elezione della Camera dei deputati.

<sup>9</sup> Queste le parole di L. CARLASSARE 2008: 1-3: «in materia elettorale, 'maggioritario' assume un significato specifico, contrapposto a 'proporzionale': un sistema che nel tradurre i voti in seggi consente ad una lista di ottenere più seggi di quanti gliene spetterebbero in base al criterio proporzionale, falsando la rappresentanza e travolgendo il senso profondo del governo rappresentativo». Dall'affermazione dell'Autrice emerge una preoccupazione circa la rappresentatività accomunata alla proporzionalità del sistema elettorale.

di un sistema certamente non proporzionale esso è pienamente rappresentativo della determinazione degli elettori. La rappresentatività in tale contesto è assicurata dalla circostanza che ogni collegio è rappresentato dalla volontà della maggioranza – assoluta, relativa o scaturita da un secondo turno – degli elettori che lo compongono. Certamente, per essere rappresentativo, un sistema in collegi plurinominali deve essere strutturato con un sistema proporzionale (in una delle sue varianti), poiché un sistema maggioritario di lista, in cui tutti i seggi assegnati al collegio vengano attribuiti alla prima forza politica, è in contrasto con l'eguaglianza del voto.

Il voto che gli elettori assegnano all'interno del collegio uninominale o della circoscrizione plurinomiale, al fine di produrre una rappresentanza tra eletti e elettori, deve ovviamente essere rispettato, poiché la rappresentatività verrebbe scalfita qualora, per agevolare una forza politica (magari la più vincente "nazionalmente"), non si eleggessero nei collegi coloro che hanno ottenuto più voti, ma quelli della prima forza politica nazionale al fine di garantire o favorire in capo a questa una maggioranza parlamentare (SPADACINI 2014).

In conclusione, quindi, la rappresentatività del Parlamento non coincide con la proporzionalità del sistema elettorale, ma si concretizza quando viene mantenuta la volontà degli elettori all'interno di ognuna delle pluralità di circoscrizioni o collegi elettorali. Questo comporta che tutti i sistemi elettorali, per consentire una corretta formazione della rappresentanza tra eletti ed elettori, devono rispettare i medesimi canoni della rappresentanza politica indipendentemente dal carattere proporzionale o maggioritario del sistema elettorale stesso. La rappresentatività parlamentare, come corollario della sovranità popolare, non può essere quindi intaccata dal perseguimento di altri fini, quali la stabilità del governo, poiché se si incide negativamente sul rapporto elettori-eletti, che si forma all'interno della circoscrizione o del collegio, viene meno la conformazione rappresentativa del Parlamento.

### *3. Agevolare la stabilità dei governi senza incidere sulla rappresentatività del Parlamento*

La rappresentatività dell'Assemblea parlamentare, per come sopra ricostruita, risulta quindi essere rispettata laddove i seggi in palio siano distribuiti nelle circoscrizioni e dove il voto degli elettori venga, di conseguenza, conteggiato in quel contesto.

Quel che bisogna però indagare è come poter implementare nel sistema elettorale anche una funzione di stabilità del Governo senza incidere sulla rappresentanza politica che si instaura tra eletti ed elettori e sulla rappresen-

tività del Parlamento. La questione della stabilità del Governo, che già di per sé potrebbe considerarsi estranea a delle regole (quelle elettorali) che dovrebbero essere funzionali alla sola composizione dell'Assemblea (DE FIORES, 2007), deve essere affrontata perché sembra essere un'esigenza sempre maggiormente richiesta nel contesto politico ed istituzionale dagli stessi attori politici.

A tal proposito, alcuni sistemi elettorali sono in grado di essere rappresentativi ma al contempo sono strutturati in modo tale da agevolare una conformazione stabile del rapporto tra Parlamento e Governo. Il sistema elettorale spagnolo, ad esempio, che potremmo adottare come prototipo di sistema proporzionale razionalizzato, è in grado di essere contemporaneamente rappresentativo (poiché appunto rispetta completamente la volontà dell'elettore circoscrizionale) e allo stesso tempo è in grado di agevolare, non certo legislativamente imporre, la formazione di una maggioranza assoluta (SPADACINI 2014)<sup>10</sup>. La legge elettorale spagnola trova nella Costituzione più di un principio. Quelli che qui interessano sono fondamentalmente due: riparto territoriale per circoscrizioni<sup>11</sup> e elezione proporzionale nelle stesse<sup>12</sup>. Il sistema spagnolo, si è sempre detto, è un sistema in grado di favorire una maggioranza in quanto è presente un forte grado di dis-proporzionalità perlopiù causata dall'elevato numero delle circoscrizioni (50) (CURRERI 2005). Questa disproporzione, a livello nazionale, deve essere rimossa dal dibattito (v. *supra*) poiché appunto nel sistema elettorale spagnolo è completamente assente la "nazionalità" dell'elezione, in favore di una costituzionalizzazione della circoscrizione e del "conteggio" dei voti nella circoscrizione<sup>13</sup>. Questo sistema elettorale ha prodotto in Spagna una certa stabilità del sistema, permettendo ad una

<sup>10</sup> Dato il tema di questo intervento si farà riferimento al solo sistema spagnolo, invero, con ogni probabilità, è possibile riferire le motivazioni specificate nel testo anche ad altri sistemi che garantiscono rappresentanza a fronte di una razionalizzazione in grado di agevolare un certo tasso di stabilità, come ad esempio il sistema maggioritario in collegi uninominali.

<sup>11</sup> Il secondo comma dell'art. 68 della Costituzione spagnola prevede infatti che «*La circunscripción electoral es la provincia. Las poblaciones de Ceuta y Melilla estarán representadas cada una de ellas por un Diputado. La ley distribuirá el número total de Diputados, asignando una representación mínima inicial a cada circunscripción y distribuyendo los demás en proporción a la población*».

<sup>12</sup> Il terzo comma dell'art. 68 della Costituzione spagnola prevede che «*La elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional*».

<sup>13</sup> In realtà non è tanto la costituzionalizzazione della circoscrizione ad essere essenziale per la posizione qui assunta, in quanto è sufficiente che la suddivisione territoriale sia prevista in via ordinaria. Questo permettere di estendere la valutazione dell'esperienza italiana e spagnola (entrambe costituzionalizzate), in via generale ad un qualsiasi ordinamento che preveda, ancorché in via ordinaria, un riparto territoriale del territorio al fine dell'elezione dell'Assemblea rappresentativa nazionale.

singola forza politica di ottenere, tranne in pochi casi, la maggioranza assoluta al *Congreso*. Anche in Spagna però il sistema non è stato in grado di garantire una costante stabilità governativa di un governo monocolore, come lo dimostrano i risultati delle ultime tornate elettorali.

Queste, seppur brevi, considerazioni sulla rappresentanza politica collegata al riparto del territorio nazionale, conducono a ritenere passibili di illegittimità costituzionale quelle leggi che, in ragione della stabilità del Governo, falsano il risultato elettorale ottenuto nel singolo riparto territoriale e di conseguenza manipolano il voto degli elettori. Questo avviene non solamente quando con lo strumento elettorale si cerca di ottenere sempre una maggioranza assoluta monocolore, per esempio con premi di maggioranza senza soglia, ma anche in quei casi di premio di maggioranza che non necessariamente consegna la maggioranza assoluta dell'Assemblea.

Su questo punto le pronunce della Corte costituzionale italiana destano qualche perplessità. Quando la Corte parla di equilibrio tra stabilità e rappresentatività ammette esplicitamente la possibilità di ridurre la rappresentatività dell'Assemblea. Dalla ricostruzione qui proposta, viceversa, non vi è, e non vi deve essere, un equilibrio tra la rappresentatività – si badi non alla proporzionalità – del sistema e inesauste (OLIVITO 2015) ragioni di governabilità.

Questo non significa però non valutare positivamente regimi elettorali che comprendano anche altri obiettivi. Se si vuole un sistema “a governo forte” esistono infatti sistemi elettorali (razionalizzati) che pur non minando il campo dalla rappresentanza politica (in quanto è rispettato il voto nel collegio o nella circoscrizione) hanno lo scopo, raggiungibile pur sempre a seconda del sistema politico, di «influire sui processi di aggregazione politica in modo da accrescere le probabilità che vengano spontaneamente a formarsi maggioranze parlamentari stabili» (PIZZORUSSO 1995: 142).

Questo significa che il miglior modo di dedicare “l'attenzione” al Governo è proprio quello di aprire la strada verso sistemi di elezione che siano razionalizzati, ma pur sempre pienamente rappresentativi. Solo laddove nel loro naturale svolgimento produrranno una maggioranza si potrà parlare di governo monocolore, mentre laddove la divisione sociale è tale da non produrre una maggioranza, vi sarà un governo di coalizione (o di minoranza): l'unico, in quel dato momento storico-politico, in grado di rappresentare la frammentazione parlamentare, che poi non è nient'altro che la frammentazione sociale presente in un certo momento.

Per tali ragioni non sembra potersi ravvisare nell'ordinamento un equilibrio tra *rappresentatività* e *stabilità*. La rappresentanza politica dovrebbe sempre essere il fulcro e la natura del parlamentarismo, di conseguenza la rappresentatività del Parlamento dovrebbe persistere costantemente, in un contesto

di democrazia mediata, senza cedere il passo ad altre esigenze. Non sembra quindi nemmeno essere una questione di dover decidere se uno Stato debba andare verso una democrazia governante (CECCANTI 2013) oppure una democrazia consociativa. La linea di discriminazione infatti è quella di optare tra un sistema che o è democratico o non lo è, poiché la base di una democrazia, pur se governante, è l'esistenza di una Assemblea che deve essere rappresentativa dell'elettorato.

La riorganizzazione della rappresentanza politica, e di conseguenza del circuito democratico, è prodromica alla risoluzione di tutta una serie di criticità a cui va incontro il sistema parlamentare italiano. Lo svilimento dell'Assemblea rappresentativa in favore di altri luoghi di decisione politica, primo tra tutti il Governo, ha comportato anche una svalutazione della capacità decisionale del Parlamento, incapace di essere un luogo di mediazione politica, poiché l'assicurazione della maggioranza ha prodotto uno strapotere del Governo ed è causato anche da un completo allontanamento della classe politica dalla società, dovuto alla mancanza di un sistema elettorale in grado di comporre un rapporto rappresentativo tra eletti ed elettori.

In conclusione, la stabilità del sistema istituzionale non andrebbe costruita a livello legislativo-elettorale, ma andrebbe rintracciata ricostruendo il consenso nel circuito rappresentativo elettori-rappresentanti-partiti politici, in modo tale che possa esserci un'effettiva ricostituzione della democrazia rappresentativa.

#### *4. Una annotazione finale: superare l'idea dell'uguaglianza del voto solo come uguaglianza in entrata*

A conclusione di questa breve valutazione del rapporto intercorrente tra la rappresentatività e la governabilità viene in luce una considerazione circa l'uguaglianza del voto costituzionalmente disciplinata all'art. 48 della Costituzione<sup>14</sup>. L'uguaglianza del voto, perlomeno nella dottrina italiana, ha avuto una sua costruzione teorica che si è sempre basata sulla distinzione dell'uguaglianza in due diverse classificazioni: uguaglianza del voto in entrata ed uguaglianza del voto in uscita. Con la prima si è identificata l'uguaglianza tra gli elettori esclusivamente nel momento in cui questi esprimono il proprio voto. Tale assunto implica che il significato minimo da attribuire al lemma «uguaglianza» ex art. 48 Cost., sia quello per cui a ogni cittadino con capacità elettorale attiva deve essere affidato un solo voto, o comunque un numero di

<sup>14</sup> Il comma 2 dell'art. 48 della Costituzione prevede che «Il voto è personale ed eguale, libero e segreto. Il suo esercizio è dovere civico».

voti eguali tra tutti i cittadini, e che ognuno di questi voti non può assumere un valore diverso sulla base delle qualità soggettive dell'elettore<sup>15</sup>. Se su questa interpretazione dell'eguaglianza del voto sembra esserci un'unanimità nel panorama degli studi in materia elettorale, di più difficile risoluzione è qualificare la portata dell'eguaglianza del voto in uscita. In questa categoria il voto dell'elettore non si limita ad assumere il concetto di «valore numerico del voto», ma acquista il significato di «valore efficiente del voto» (FURLANI 1960: 451), che si materializza come eguaglianza nella manifestazione concreta del risultato elettorale. Questo secondo aspetto è quello che ha caratterizzato gli studi in materia elettorale e prodotto le maggiori frammentazioni nella dottrina giuspubblicistica, suddivisa tra chi esclude che nell'ordinamento vi sia il principio costituzionale dell'eguaglianza del voto in uscita (PALADIN 1965)<sup>16</sup>, e chi invece ha ritenuto, specialmente in passato, che il principio di cui all'art. 48 Cost. debba essere interpretato anche nel senso di garantire un'effettiva eguaglianza del voto al termine della competizione elettorale, connessa poi con la necessità costituzionale dell'adozione di un sistema elettorale proporzionale (LAVAGNA 1952). La posizione assunta dalla dottrina prevalente, conduce però alla legittimazione dei sistemi elettorali distorsivi della rappresentanza politica poiché, non essendoci nella Costituzione una tutela dell'eguaglianza del voto sostanziale, il legislatore ha un'ampia discrezionalità di preferenza nella scelta del sistema elettorale da adottare, sino all'utilizzo di sistemi che alterano l'effettiva volontà degli elettori, come i sistemi con premio di maggioranza.

Questa concezione solo formalistica dell'eguaglianza, che rimane prevalente nella dottrina anche dopo la sentenza n. 1 del 2014 (MORRONE 2014) e la sentenza n. 35 del 2017 (GIUPPONI 2017), parrebbe essere eccessivamente rigida. Si potrebbe, infatti, ricondurre all'art. 48 anche l'eguaglianza in uscita, la sola in grado di poter permettere ai cittadini di essere veramente eguali di-

<sup>15</sup> Su tale significato minimo dell'eguaglianza del voto si veda, per tutti, E. GROSSO 2006: 969-970.

<sup>16</sup> La dottrina sul punto è maggioritaria, tra i molti si vedano: B. CARAVITA-M. LUCIANI 1982: p. 91; T. MARTINES 1984: p. 43; M. LUCIANI 1991. In senso analogo si può vedere anche la costante giurisprudenza della Corte costituzionale che, perlomeno sino alla sentenza n. 1/2014, ha sempre ritenuto che l'eguaglianza del voto ex art. 48 Cost., «non si estende, altresì, al risultato concreto della manifestazione di volontà dell'elettore. Risultato che dipende, invece, 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». (Corte cost. sentenza n. 43/1961 pnt. 2 Cons. in dir.). La linea espressa dalla Corte nella sentenza qui richiamata è stata successivamente ripresa nelle sentenze nn. 6/1963, 60/1963, 96/1968, 39/1973, 429/1995, 107/1996 e 160/1996.

nanzi alla costruzione della rappresentanza politica e della rappresentatività che esprime l'assemblea parlamentare.

Intravedere nello stesso art. 48 un solo limite al non utilizzo di voto plurimo/multiplo o comunque ponderato in partenza sembrerebbe essere una visione limitata dell'eguaglianza, non solo del voto, ma di quell'eguaglianza ben più generale proclamata all'art. 3 della nostra Costituzione. Viceversa, ricondurre, così come la rappresentanza, anche l'eguaglianza del voto alle circoscrizioni o ai collegi permetterebbe di superare l'idea per la quale l'uguaglianza in "uscita", se accolta, avrebbe come suo corollario automatico l'utilizzo necessario di un sistema proporzionale. Se il rapporto rappresentativo si costituisce all'interno di un collegio elettorale, anche l'eguaglianza del voto si deve misurare all'interno di quel riparto territoriale, poiché è lì che gli elettori devono essere eguali ed in grado di poter essere rappresentati egualmente, non solo come capacità astratta, ma come concreta determinazione alla conclusione delle operazioni elettorali. Questo significherebbe ritenere che gli elettori di quel territorio debbano essere sullo stesso piano, nel senso che il voto di quegli elettori deve essere eguale in uscita e quindi che il voto dell'elettore o è in grado di produrre un eletto, oppure non è sufficiente, sommato a quello degli altri elettori, a tale scopo. In un sistema proporzionale eguaglianza del voto significa, quindi, che all'interno della circoscrizione deve esserci un quoziente elettore (uguale per tutti) raggiunto il quale una forza politica ottiene un seggio. Viceversa, l'eguaglianza non permetterebbe di riconoscere la legittimità costituzionale di quei sistemi (premio di maggioranza) dove il voto dell'elettore può produrre una quantità di eletti superiore a quello degli altri elettori, tramite, peraltro, l'utilizzo di un quoziente elettorale diverso per assegnare i seggi alla lista vincitrice della competizione elettorale, rispetto al quoziente utilizzato per assegnare i seggi alle forze politiche "perdenti".

Nei sistemi elettorali fondati sul premio di maggioranza – sia esso un premio che garantisce la formazione di una maggioranza assoluta sia nel caso di premio che non l'assicura – viceversa, i voti degli elettori vengono "pesati" in modo diverso. Alcuni voti, quelli degli elettori che hanno votato la forza politica di maggioranza, assumono un valore maggiore rispetto al voto degli elettori che hanno espresso la propria preferenza per una delle altre forze politiche. Questa manipolazione del voto non avviene invece nei sistemi elettorali maggioritari in collegi uninominali o in quelli proporzionali in collegi plurinominali, dove all'interno del singolo collegio i voti di tutti gli elettori finiscono per contare sempre allo stesso modo. L'uguaglianza "in uscita", a nostro avviso, è dunque riscontrabile anche nei sistemi *plurality* con collegi uninominali poiché anche in questo caso gli elettori sono messi sullo stesso piano: il loro voto, infatti, o è in grado di produrre rappresentanza perché in grado di

eleggere il deputato, oppure non lo è, ma tutti i voti valgono allo stesso modo, e il generale principio *one man-one vote* è del tutto rispettato.

Solo con la riconduzione della rappresentanza all'interno del territorio in cui è suddiviso lo Stato si potrebbe superare la problematica dell'eguaglianza del voto che rimane un punto oscuro del nostro ordinamento, per evitare che essa sia, come nella seconda metà dell'800, un'«eguaglianza dei suffragi, dal legislatore proclamate in principio [ma] non [...] praticate di fatto e che la colpa di ciò cade [...] sul modo con cui si raccolgono e si computano i suffragi» (GENALA 1871: 37).

### *Riferimenti bibliografici*

AA.VV. (2014), “Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005”. *Giurisprudenza costituzionale*, n° 1.

AMATO, Giuliano (1962), “La sovranità popolare nell'ordinamento italiano”. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, p. 102-125.

AZZARITI, Gaetano (2016), *Diritto e conflitti: Lezioni di diritto costituzionale*. Roma.

BARBERA, Augusto (2008), “La rappresentanza politica: un mito in declino?”. *Quaderni costituzionali*, n° 4, p. 853-875.

BARBERA, Augusto (2015), “La nuova legge elettorale e la «forma di governo» parlamentare”. *Quaderni costituzionali*, n° 3, p. 645-650.

BASSO, Lelio (1958), *Il principe senza scettro. Democrazia e sovranità popolare nella Costituzione e nella realtà italiana*. Milano.

BETTINELLI, Ernesto (1975), “Referendum abrogativo e riserva di sovranità”. *Politica del diritto*, 1975.

BETTINELLI, Ernesto (1990), “Elezioni politiche”. *Digesto – Discipline pubblicistiche*, V, Torino, Utet, 1990, p. 489.

CARAVITA, Beniamino-LUCIANI, Massimo (1982), Oltre la democrazia bloccata. Ipotesi sui meccanismi elettorali. *Democrazia e diritto*, n° 6, p. 91-102.

CARLASSARE, Lorenza (2001), “I rapporti controversi, fra democrazia, rappresentanza e responsabilità”. In Carlassare, *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*. Padova: Cedam.

CARLASSARE, Lorenza (2002), “La rappresentanza politica: un concetto complesso”. *Quaderno dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 2002, p. 57-76.

CARLASSARE, Lorenza (2008), “Maggioritario”. *Costituzionalismo.it*,

CECCANTI, Stefano (2013), “I costituzionalisti e le riforme: la legge elettorale”. *Osservatorio AIC*, giugno 2013.

CURRERI, Salvatore (2005), *Partiti e Gruppi parlamentari nell'ordinamento spagnolo*. Firenze: Firenze University Press.

D'ANDREA, Antonio (2014), “La riforma elettorale “imposta” dal giudice costitu-

zionale al sistema politico e l'esigenza di "governabilità" dell'ordinamento". *Giurisprudenza costituzionale*, n° 1, p. 38-45.

DE FIORES, Claudio (2007), "Rappresentanza politica e sistemi elettorali in Italia", *Costituzionalismo.it*, n° 3.

EULAU H, KARPS P.D (1983), "Le componenti della responsabilità". In Fisichella, *La rappresentanza politica*, trad. it. di "The puzzle of representation: Specifying components of responsiveness". Milano, p. 291-323.

FERRARA, Gianni (1965), "Alcune osservazioni su popolo, stato e sovranità nella Costituzione italiana". *Rassegna di diritto pubblico*, n° 2, p. 285-305.

FILIPPETTA, Giuseppe (2003), "Pluralismo e centralità rappresentativa delle assemblee parlamentari". *Giurisprudenza costituzionale*, n° 6, p. 4103-4111.

FURLANI, Silvio (1960), "Elettorato attivo". *Novissimo digesto italiano*. Torino: Utet.

GROSSO, Enrico (2006), "Art. 48". In Bifulco, Celotto, Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, v. I. Torino: UTET, p. 969-980.

GENALA, Francesco (1871), *Della libertà e equivalenza dei suffragi nelle elezioni. Ovvero della proporzionale rappresentanza delle maggioranze e minoranze*. Milano: Valardi.

GIUPPONI, Tommaso (2017), "“Ragionevolezza elettorale” e discrezionalità del legislatore, tra eguaglianza del voto e art. 66 Cost.". *Forumcostituzionale.it*.

LANCHESTER, Fulco (1990), "Sulla responsabilità politica". In Lanchester, *Rappresentanza, responsabilità e tecniche di espressione del suffragio. Nuovi saggi sulle votazioni*. Roma: Bulzoni.

LANCHESTER, Fulco (1993), "Voto, Diritto di: a) Diritto pubblico". *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè.

LAVAGNA, Carlo (1952), "Il sistema elettorale nella costituzione italiana". *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n° 4, p. 848-890.

LUCIANI, Massimo (1991), *Il voto e la democrazia*, Roma: Editori Riuniti.

MARTINES, Temistocle (1984), "Art. 56-58". In Branca, (a cura di) *Commentario alla costituzione*. Bologna: Zanichelli.

MORRONE, Andrea (2014), "L'uguaglianza del voto anche in uscita: falso idolo o principio?". *Giurisprudenza costituzionale*, n° 1, p. 47-53.

MORTATI, Costantino (1976), *Istituzioni di diritto pubblico*. Padova: Cedam, p. 465.

MORTATI Costantino, MODUGNO Franco, BALDASSARRE Antonio, MEZZANOTTE Carlo (1991), *Istituzioni di diritto pubblico II*. Padova: Cedam.

NOCILLA, Damiano - CIAURRO, Luigi (1987), "Rappresentanza politica". *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè.

OLIVITO, Elisa (2015), "Le inesauste ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità". *Costituzionalismo.it*, n° 3.

PALADIN, Livio (1965), *Il principio costituzionale d'eguaglianza*. Milano: Giappichelli.

PIZZORUSSO, Alessandro (1995), "I nuovi sistemi elettorali per la Camera dei Deputati e per il Senato della Repubblica". In Luciani, Volpi, *Riforme elettorali*. Roma: Laterza.

RUINI, Meuccio (1948), "Il parlamento nella nuova costituzione". In AA.VV. *Il centenario del Parlamento: 8 maggio 1848 - 8 maggio 1948*. Milano: Camera dei deputati, p. 399-428.

SIOTTO PINTOR, Manfredi (1912), *Le riforme del regime elettorale e le dottrine della rappresentanza politica e dell'elettorale nel secolo XX*. Roma: Athenaeum.

SPADACINI, Lorenzo (2014), "I limiti alla discrezionalità del legislatore in materia elettorale desumibili dalla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014". *Forum-costituzionale.it*.

SPADACINI, Lorenzo (2016), "L'Italicum di fronte al comma 4 dell'art. 56 Cost. tra radicamento territoriale della rappresentanza e principio di uguaglianza". *Nomos*, n° 2.

SPREAFICO (1981), "Il rendimento dei sistemi elettorali: il caso italiano". *Quaderni costituzionali*, n° 8, p. 489-512.

VOLPI, Mauro (1982), "Ingegneria elettorale e crisi di rappresentatività". *Democrazia e diritto*.

VOLPI, Mauro (2012), "Riforme elettorali e rappresentanza". *Costituzionalismo.it*, n° 1.

ZAMPETTI, Pier Luigi (1965), *Dallo Stato liberale allo Stato dei partiti. La rappresentanza politica*. Milano: Giappichelli.

RAPPRESENTANZA POLITICA E FUNZIONE DI GOVERNO:  
BREVI NOTE SULLE TRASFORMAZIONI  
DEL SISTEMA DELLE FONTI

*Maria Pia Iadicicco\**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Dinamiche istituzionali e riflessi sulla concezione della legge parlamentare. – 3. Il Governo “Signore delle fonti”: riflessioni sulle patologie della produzione normativa, risalendo alle cause, in vista dei rimedi. – 4. Efficienza decisionale v. rappresentanza politica? Per una rinnovata concezione della legge parlamentare dopo il tramonto dei miti liberali. Riferimenti bibliografici.

1. *Introduzione*

Il tema prescelto per questo intervento, nell’ambito di un Convegno di studi dedicato alla sovranità e alla rappresentanza nel costituzionalismo contemporaneo, certamente mal si presta a sintetiche considerazioni.

Le dinamiche che attraversano il quadro costituzionale delle fonti del diritto sono molteplici, pervasive e non sempre convergenti, al punto che in dottrina si interrogano molti sulla stessa tenuta di quel “sistema”<sup>1</sup>. In questa sede non è ovviamente possibile ripercorrere, neppure brevemente, questi processi; eppure non si intende per questo rinunciare ad inquadrare il nostro tema di indagine entro una prospettiva ampia, quella della crisi della sovranità statale e della rappresentanza politica nazionale, per tentare di coglierne almeno alcuni aspetti, quelli che più direttamente o palesemente investono i processi di produzione normativa.

Collocandoci lungo questa traiettoria, potrebbe rivelarsi parziale un’analisi limitata a singole tipologie di atto/fatto fonte del diritto, che, nell’evidenziare specifiche tendenze evolutive di determinati istituti, tralasci le vicendevoli relazioni e “reazioni” tra i vari canali di produzione normativa. L’area entro la quale ci si intende muovere è quindi necessariamente più estesa di quella occupata da ciascuna fonte del diritto, ma comunque essa deve essere circoscritta – per evidenti ragioni di spazio, nonché in ragione del più diretto collegamento con le categorie della sovranità e della rappresentanza politica – ai soli atti normativi primari promananti dal Parlamento e dal Governo.

\* Università degli studi della Campania “L. Vanvitelli”.

<sup>1</sup> La questione è largamente dibattuta, ma v., per tutti, MODUGNO, RUGGERI, PIZZORUSSO, 2012: 3 ss.; 64 ss. 109 ss.

Tale delimitazione è funzionale a mettere in luce alcuni passaggi cruciali dello studio, che è bene anticipare sin d'ora: in primo luogo, va rimarcato che la differente conformazione costituzionale della legge parlamentare e degli atti del Governo aventi forza di legge va ricondotta al carattere democratico-rappresentativo del nostro ordinamento, la cui preservazione non può essere messa in discussione, pena il dissolvimento dei principi politici sulla base dei quali il nostro ordinamento giuridico determina le proprie fonti (così definendo se stesso)<sup>2</sup>. Più specificamente, volendo cogliere l'immagine della rappresentanza politica da un'angolazione specifica, quella dell'atto normativo, del «“prodotto” ultimo attraverso il quale l'apparato governante recepisce e sintetizza le istanze dei governati che è chiamato a rappresentare»<sup>3</sup>, si vuole focalizzare l'attenzione su un profilo specifico, ma centrale, delle trasformazioni in corso nella produzione legislativa – l'espansione del potere normativo del Governo – al fine di comprenderne le ragioni di fondo e le linee di tendenza, senza però rinunciare a individuare e denunciare gli scostamenti dai principi costituzionali di riferimento.

Atteso che la centralità (e la crisi) della legge parlamentare nel sistema delle fonti<sup>4</sup> è il portato, il riflesso, dei principi che conformano il sistema politico-istituzionale (e dunque la perdita centralità altro non sarebbe che uno dei risvolti della loro crisi), è indispensabile identificarne le plurime manifestazioni fenomenologiche e, tra queste, occorre prestare particolare attenzione agli strumenti mediante i quali altri soggetti istituzionali, *in primis* il Governo, influiscono sulla decisione parlamentare, onde verificare se l'uso o il possibile abuso dei medesimi possa ridurre la deliberazione parlamentare ad una mera ratifica di decisioni prese altrove.

In secondo luogo e come già diffusamente riscontrato nella sterminata letteratura costituzionalistica in materia<sup>5</sup>, non si può non evidenziare che le tra-

<sup>2</sup> CRISAFULLI, 1959: 252.

In tal senso si segue la prospettiva di analisi fatta propria da F. BILANCIA, 2000, in quale, nell'inquadrare la crisi *politica* della legge entro la crisi di legittimazione dello Stato rappresentativo, ne individua la ragione ultima nella caduta del principio politico sul quale l'ordinamento costituzionale italiano ha costruito l'intero sistema delle fonti e i criteri di orientamento dell'azione statale complessivamente intesa (*i.e.* dell'indirizzo politico). In tal senso anche DE FIORES, 2001, il cui approfondito studio sulla delegazione legislativa è inquadrato all'interno di una più ampia riflessione sulla crisi delle categorie normative, in larga parte determinata dalla sempre più pervasiva esigenza di adeguamento dei processi di produzione normativa alle esigenze del mercato, della libera circolazione di merci e capitali, al libero espandersi delle forze economiche.

<sup>3</sup> ALBANESI, 2015: 127.

<sup>4</sup> Al riguardo si vedano almeno i contributi raccolti nel volume a cura di MODUGNO, 2000. Sulla necessità di una declinazione al plurale delle crisi della legge, DE FIORES, 2001: 32.

<sup>5</sup> Sui vincoli tra sistema delle fonti, forma di Stato e forma di governo si veda almeno PIZ-

sformazioni che investono l'attività normativa del Parlamento e del Governo rispecchiano un più profondo mutamento del rispettivo ruolo, rivestito da tali organi costituzionali, nell'esercizio della funzione di governo<sup>6</sup>. In quest'ottica, ci si concentrerà prima di tutto sul legame tra funzione legislativa ed attività di governo. Una volta acclarato che tanto la legislazione parlamentare quanto la normazione governativa costituiscono altrettante forme di esercizio della funzione (o attività) di indirizzo politico, si evidenzieranno le ragioni per cui tale connessione non può far venir meno quell'alterità tra Parlamento e Governo nella produzione normativa chiaramente scolpita nella Carta costituzionale (artt. 70, 76, 77).

Al riguardo si osserverà criticamente che laddove nel valutare la relazione tra processi di produzione normativa e funzione di governo venga focalizzata l'attenzione più che sui profili soggettivi-istituzionali – ovvero sulle peculiari caratteristiche degli organi da cui promanano le decisioni politico-normative e sui procedimenti che ad esse conducono – sui profili oggettivi e, in particolare, sui risultati conseguibili attraverso l'attività normativa, in vista del perseguimento dell'efficienza decisionale, si può finire per avallare quella perdita di dialettica istituzionale tra Parlamento e Governo dapprima denunciata. In proposito, è opportuno puntualizzare da subito che con il denotare la problematicità di tale andamento non s'intende affatto negare il rilievo dell'efficienza decisionale, che è una delle componenti essenziali della c.d. governabilità. Come di recente evidenziato anche dal Giudice delle leggi<sup>7</sup> si tratta certamente di un «obiettivo costituzionalmente legittimo» ed, infatti,

ZORUSSO, 1986: 217 ss., il quale comunque precisa che il sistema delle fonti è pure retto da un complesso di regole rispondenti ad esigenze diverse di quelle proprie di una forma di Stato o di governo. Al riguardo, l'illustre A. ritiene infondate le critiche pregiudizialmente sollevate nei riguardi di forme di produzione normativa che non promanano da organi eletti a suffragio universale (234), ma, allo stesso tempo, nel ribadire che negli Stati democratici la «regola di base» debba essere che la funzione legislativa venga assegnata ad Assemblee dotate del massimo possibile di rappresentatività per il fatto di derivare la loro composizione dall'elezione popolare (220), ammonisce sul fatto che ciò può essere considerata una garanzia di democraticità del regime politico soltanto a condizione che tali organi agiscano effettivamente in base ai principi della rappresentanza politica, limitandosi a non tradurre in atti normativi dello Stato delibere prese da soggetti la cui struttura non corrisponde alle esigenze della democrazia, come, nel caso italiano, i partiti politici la cui democraticità interna è tutta da dimostrare, pur esercitando essi un rigido controllo sugli organi elettivi.

<sup>6</sup> Non è qui possibile tracciare neppure i caratteri essenziali di questa funzione e qualificarne la natura. È tuttavia indispensabile rimarcare la distinzione concettuale, nonostante la sovrapposizione terminologica, tra l'attività di *governo* e le *funzioni del Governo* e cioè tra il governo-funzione e il Governo-organo costituzionale, i cui compiti non solo non si esauriscono nell'attività di governo, di cui neppure ha il monopolio.

<sup>7</sup> C. Cost., sent. n. 1/2014; sent. n. 35/2017.

non sembra controvertibile che la carenza di decisioni, o meglio, l'incapacità di fornire risposte adeguate alle numerose domande sociali<sup>8</sup> sollevate in una comunità politica sempre più complessa, così come l'acuirsi delle difficoltà che le istituzioni di governo incontrano nell'elaborazione di decisioni normative<sup>9</sup>, capaci di imprimere una spinta innovativa ad un sistema politico-sociale sovente paralizzato, costituiscano palesi sintomi di una più complessiva difficoltà di governo della cosa pubblica, sicuramente deprecabile, in quanto capace di mettere in pericolo la stessa tenuta di un assetto (che voglia non solo definirsi) democratico.

L'obiettivo precipuo che ci si prefigge con queste brevi note è dunque quello di verificare – con tono necessariamente interlocutorio e consapevole della parzialità dell'indagine<sup>10</sup> – la possibilità, o meglio, la necessità di un'armonica combinazione tra la sempre più pervasiva esigenza di governabilità e le declinanti ragioni della rappresentanza politica.

## 2. Dinamiche istituzionali e riflessi sulla concezione della legge parlamentare

Nell'intraprendere questo percorso è opportuno esplicitare preliminarmente alcune delle ragioni che inducono ad accostare, in questa ricerca, la legislazione parlamentare e la normazione governativa primaria. Sulla scorta di ben più approfonditi studi<sup>11</sup>, si può affermare con plausibile certezza che tale approccio appaia corretto in quanto giustificabile, sul piano teorico, in base a diversi assunti: anzitutto, sarebbe erroneo continuare a qualificare il Governo, sulla scorta della tradizione liberale ottocentesca, come mero organo di esecuzione della volontà sovrana del Parlamento rappresentativo. Il concomitante operare di diversi fenomeni (come il decentramento territoriale, i processi di

<sup>8</sup> Sulla relazione tra (in)governabilità e sovraccarico delle domande G. PASQUINO, 1994. Aspre e condivisibili critiche sulla possibile soluzione a tale stato di cose – tra l'altro spesso mistificato o quanto meno mal compreso – rappresentata dalla riduzione (*rectius*, amputazione) delle domande sociali, dalla compressione della partecipazione politica, dalla disincentivazione delle mobilitazioni sociali, in FERRARA, 1983: 8.

<sup>9</sup> Sulla scarsa efficienza delle istituzioni di governo (ritenuta una delle «antinomie» della II parte della Costituzione), a fronte di molti vincoli garantistici posti nella Carta costituzionale, vi veda anzitutto MORTATI, 1962: 222 ss.

<sup>10</sup> Che non investe, come sarebbe necessario in un'ottica sistematica, le fonti secondarie del Governo e altri atti di incerta natura giuridica ma sostanzialmente assibilabili agli atti normativi (ci si riferisce alle ordinanze di necessità e di urgenza, ai sempre più ricorrenti atti governativi «non formalmente regolamentari» e ai D.P.C.M., che, nel più recente periodo, hanno visto un massiccio incremento.

<sup>11</sup> Cfr. almeno Cartabia, 2006; Piergigli, 2009; Lupo, 2010.

integrazione inter/sovrnazionale e, non da ultimo, fenomeni contingenti come il terrorismo internazionale e l'esplosione della crisi economico-finanziaria) hanno contribuito a potenziare il Governo-istituzione, conferendogli un ruolo centrale nell'esercizio della funzione di governo. Ed ancora, una volta tramontato il mito dell'onnipotenza della legge<sup>12</sup> e superata la finzione della sua concezione quale atto di espressione della volontà generale, tanto la legislazione parlamentare quanto gli atti normativi del Governo possono ritenersi parimenti forme di esercizio (certo non esclusive) della funzione di indirizzo politico, a cui risultano collegate da un rapporto di strumentalità (CARTABIA, 2006: 82).

Assunte queste sintetiche ma fondamentali premesse, pare difficile continuare a sostenere, sulla scorta dell'esperienza tramandata dallo Stato liberale, che l'esercizio della funzione (materialmente) legislativa da parte del Governo debba intendersi come un'indebita interferenza di quest'organo costituzionale nelle competenze spettanti al Parlamento; piuttosto quelle premesse, ove non confutate, dovrebbero spingere a ritenere che l'espansione dell'attività normativa del Governo costituisca il riflesso, sul piano delle fonti, di un mutamento dei rapporti tra esso ed il Parlamento venutosi a palesare in una forma di governo parlamentare, come quella italiana, il cui carattere volutamente elastico, aperto a spostamenti di accento a favore dell'una o dell'altra istituzione, costituisce l'aspetto più qualificante del disegno tracciato in Assemblea costituente<sup>13</sup>. In altre parole, attesa anche l'incidenza di vari "elementi di contesto" in grado di influenzare l'operatività dell'invariato dato normativo-costituzionale sul rapporto fiduciario, si può sostenere che, alla progressiva trasformazione del Governo da braccio esecutivo del Parlamento, a comitato direttivo della maggioranza parlamentare<sup>14</sup> e alla valorizzazione del suo ruolo governante, si sia accompagnato un rafforzamento dei poteri normativi governativi.

Per quanto rileva ai nostri fini, va evidenziato che questa evoluzione degli assetti politico-istituzionali<sup>15</sup>, avviata nell'esperienza costituzionale italiana a partire dagli anni '90, ha contribuito a determinare una significativa trasfor-

<sup>12</sup> Onnipotenza della legge che, in realtà, altro non è che il riflesso dell'onnipotenza dell'autorità politica da cui scaturiscono quelle norme: il Parlamento di uno Stato liberale in cui una sola classe decide, quasi in autonomia sulle proprie sorti ed interessi. SCHMITT, 1928 (1984): 198 ss.

<sup>13</sup> ELIA, 1970: 640. Sull'evoluzione della forma di governo italiana, più recentemente ID., 2003.

<sup>14</sup> Secondo la nota qualificazione di ELIA, 1951.

<sup>15</sup> Questa evoluzione delle dinamiche istituzionali, attesa la (voluta) duttilità del modello di forma di governo parlamentare tracciato nella Carta costituzionale, non può ritenersi propriamente un travalicamento dello stesso, venutosi a realizzare nell'esperienza concreta, quanto piuttosto un suo possibile svolgimento.

mazione della stessa concezione dell'atto legislativo. Nei primi decenni dell'esperienza repubblicana, infatti, l'assetto consociativo del sistema politico spingeva a ricercare il consenso sui contenuti dell'atto legislativo oltre la maggioranza di governo, coinvolgendo le forze politiche di minoranza, escluse dalla compagine governativa in forza della *conventio ad excludendum*. Ciò, se per un verso ha determinato una voluta dissociazione tra indirizzo politico governativo e attività legislativa parlamentare<sup>16</sup>, per altro verso, non ha ostacolato, ma forse favorito, la proliferazione di leggi microsettoriali, prevalentemente approvate in Commissione deliberante, dove, più che tentare di comporre i diversi interessi rappresentati dalle molteplici forze politiche, si è provveduto ad una loro disordinata ed occasionale sommatoria, confluita, per lo più, in leggi di corto respiro (BARBERA, 2015: 305-6).

Successivamente, una volta esaurita l'esperienza dei governi di unità nazionale<sup>17</sup>, soprattutto sul finire degli anni '80, assieme ai grandi mutamenti dello scenario geopolitico, è maturata la convinzione che il baricentro del circuito della decisione politica dovesse risiedere principalmente nel Governo, o meglio, nel *continuum* Governo/maggioranza parlamentare e che una tale trasformazione avrebbe contribuito a rendere più responsabili le istituzioni, più trasparenti i processi decisionali, facendo sì che la legge parlamentare assumesse la più chiara veste di strumento di esplicitazione dell'indirizzo politico governativo (LIPPOLIS, 2010). È in questo scenario che è iniziata a palesarsi una tendenza, ancora oggi particolarmente avvertita nelle politiche della legislazione, ovvero quella di focalizzare l'attenzione più che sul piano della capacità rappresentativa e integrativa degli atti legislativi, su quello dell'efficienza decisionale (SIMONCINI, 2011: 513) e, in particolare, sulla necessità di decidere rapidamente<sup>18</sup>.

In questa direzione si sono mosse le modifiche dei regolamenti parlamentari degli anni '90, volte a rafforzare il ruolo del "Governo in Parlamento" (MANZELLA, 1977)<sup>19</sup> e le riforme delle leggi elettorali a base o effetto maggio-

<sup>16</sup> E, dunque, una differenziazione tra maggioranze per governare e maggioranze per legiferare, una differenziazione ritenuta tanto più necessaria anche per scongiurare i pericoli derivanti dalla segretezza del voto. Cfr. LAVAGNA, *Maggioranze al governo e maggioranze parlamentari*, in *Pol. Dir.*, 1974, 673 ss.

<sup>17</sup> Che sul piano della produzione legislativa parlamentare hanno favorito una proficua collaborazione tra tutte le forze politiche per l'elaborazione di importanti leggi di attuazione della Carta costituzionale

<sup>18</sup> L'esigenza di accelerazione dei processi decisionali spinta dall'economia e dal mercato è fenomeno, del resto, oramai risalente nel tempo; al riguardo si v. già SCHMITT, 1943-44, (1996): 62.

<sup>19</sup> Sulle riforme dei regolamenti parlamentari ID. (a cura di), 2012.

Le innovazioni regolamentari più significative hanno investito le modalità e di espressione

ritario, approvate dopo il referendum abrogativo del 1993, tutte tese ad incoraggiare la formazione di una più definita maggioranza parlamentare a sostegno del Governo.

L'approvazione di queste riforme, certo parziali, non ha però impedito l'ulteriore espansione degli atti governativi aventi forza di legge, la loro trasformazione qualitativa, nonché l'accentuazione degli episodi di fuga dal dibattito parlamentare e, dunque, su questo versante, si è continuato ad avvertire – se non addirittura si è accentuato – lo scollamento tra dato normativo-costituzionale (e riflessione teorica su questo costruita) ed esperienza concreta.

### *3. Il Governo “Signore delle fonti”: riflessioni sulle patologie della produzione normativa, risalendo alle cause, in vista dei rimedi*

Per comprendere tali sviluppi, è ora necessario affiancare alle considerazioni dapprima svolte un'analisi obiettiva della prassi sull'attività normativa del Parlamento e del Governo e ciò non certo per condannare o avallare *a priori* l'andamento della stessa, quanto per tentare di risalire alle cause delle più volte denunciate elusioni o rotture delle regole costituzionali sulla produzione legislativa.

Per svolgere correttamente questa analisi è indispensabile tenere distinti due piani, i due canali di esplicitazione del potere normativo del Governo: da un lato, l'adozione di atti governativi aventi forza di legge, che costituiscono strumenti eccezionali di legislazione; dall'altro, i suoi poteri di influenza sul procedimento legislativo parlamentare.

Ebbene, osservando attentamente l'andamento della più recente prassi<sup>20</sup>, tenuto conto di questi diversi canali di produzione normativa, da valutarsi comunque congiuntamente, si ricava un dato difficilmente confutabile: il netto predominio del Governo nell'attività legislativa, che non è una mera questione quantitativa (o comunque, non solo quella), ma una questione eminentemente qualitativa (e ciò non solo nel limitato senso di scarsa qualità-intellegibilità del prodotto legislativo). Più precisamente, la risultante più significativa deducibile dall'esperienza concreta non è che la maggior parte delle leggi approvate dal

del voto (già anni '80); la programmazione lavori parlamentari; il rafforzamento dell'iniziativa governativa; i tempi di discussione parlamentare.

<sup>20</sup> Ora facilmente ricavabili dai “Rapporti annuali sullo stato della legislazione” redatti dall'Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati e dagli “Appunti del Comitato per la legislazione”, che con cadenza quadrimestrale si soffermano su specifici aspetti della legislazione.

Parlamento derivino da un'iniziativa governativa (il che può ritenersi del tutto fisiologico in una forma di governo parlamentare), quanto piuttosto che il Governo è direttamente autore di un numero considerevole di atti aventi forza di legge (il cui numero supera in alcune legislature quello delle leggi parlamentari a contenuto non vincolato) e che, non di rado, questi atti sono approvati forzando i presupposti ed i limiti costituzionali per la loro adozione. Ed ancora, sul secondo versante, quello dell'incidenza del Governo sul procedimento legislativo parlamentare, se si considera il massiccio ricorso alla questione di fiducia, il suo ricorrente abbinamento a maxi-emendamenti (redatti dal Governo o anche di provenienza parlamentare), la circostanza, molto significativa, che assai spesso la questione di fiducia sia posta anche su disegni di legge di conversione di decreti-legge o leggi di delega, difficilmente si potrà negare il predominio del Governo sul processo decisionale legislativo e la sua capacità di sterilizzazione della dialettica parlamentare<sup>21</sup>, persino nell'ambito di quei procedimenti normativi duali – decretazione d'urgenza e decreto delegato – dove il ruolo del Parlamento si “gioca” o in fase di conversione o di adozione della legge di delega.

Come ben si comprenderà, il problema di fondo sotteso al congiunto operare di tali fenomeni non risiede propriamente nel rafforzamento dei poteri normativi del Governo, quanto nelle modalità di esercizio di questi poteri, e cioè, tanto nel sistematico ricorso ad atti aventi forza di legge, costituzionalmente concepiti come strumenti eccezionali di esercizio della funzione legislativa e nel loro mutamento funzionale, quanto nel ricorrente utilizzo, o meglio, abuso di strumenti capaci di svuotare di senso la discussione parlamentare, la dialettica e il contraddittorio tra le forze politiche. Riprendendo la felice espressione di Marta Cartabia (2011: XIII) si può sostenere che l'aspetto più problematico di queste vicende risieda nella «signoria procedurale del Governo» in Parlamento, nella capacità di questo di manipolare o eludere le regole sulla produzione normativa.

A fronte di questi dati che costituiscono oramai delle costanti, che non si sono ridotte ma addirittura talvolta accentuate nelle c.d. Legislature del Maggioritario, le considerazioni della dottrina costituzionalistica, che unanimemente riconosce il predominio del Governo nella produzione normativa (e lo stato di crisi del sistema delle fonti anche da ciò determinato), tendono a collocarsi su posizioni diametralmente opposte nella valutazione dei rapporti causa-effetto<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Nella sterminata letteratura sui poteri normativi del Governo si vedano, più di recente, gli Atti del Convegno svoltosi presso Università di Pisa il 11-12 gennaio 2016 su *“Governo vs. Parlamento? Evoluzioni del potere di normazione al tempo della crisi economica”*.

<sup>22</sup> Per un'attenta ricostruzione delle principali posizioni della dottrina costituzionalistica, si rinvia a Lupo, 2010: 93 ss.

Secondo alcuni<sup>23</sup> prassi come il ricorso frequente a decreti-legge, a leggi di conversione *omnibus*, a deleghe legislative ampie e ripetute, a maxiemendamenti con questioni fiducia, costituiscono segnali della debolezza del Governo e, più precisamente, di una sua debolezza tanto politica, quanto istituzionale. In altre parole, si sostiene che poiché difettano sia le condizioni politiche per la stabilità e compattezza delle coalizioni governative, sia adeguati strumenti per un fisiologico esercizio della funzione di indirizzo politico, il Governo si troverebbe costretto ad utilizzare, seppur impropriamente, atti normativi eccezionali e strumenti fortemente pervasivi nella discussione parlamentare, gli unici che, *rebus sic stantibus*, gli consentirebbero di superare la lentezza del procedimento legislativo, di arginare le pratiche ostruzionistiche delle minoranze, di far fronte all'anomalia di un bicameralismo perfetto (con due Camere funzionalmente identiche dove talvolta si trovano maggioranze diverse o risicate), di arginare la pressione di micro-interessi che pretendono di trovare tutti soddisfacimento nell'atto legislativo. Di qui si invoca la necessità di riforme istituzionali che, andando a dotare il Governo di strumenti ordinari e adeguati al corretto esercizio della funzione di governo, avrebbero effetti positivi sul sistema delle fonti, in quanto andrebbero a rimuovere le cause principali delle tante patologie che colpiscono la produzione normativa.

In senso diametralmente opposto, altra parte della dottrina<sup>24</sup> sostiene che i fenomeni dapprima richiamati rappresentino prassi incostituzionali e siano indici di certa spregiudicatezza rinvenibile in Governi di qualsiasi colore politico, i quali, per varie ragioni<sup>25</sup>, ritengono conveniente ed opportuno non percorrere la via parlamentare anche quando godono di un solido appoggio della maggioranza, preferendo invece forzare le "regole del gioco", le quali pertanto andrebbero modificate nel senso di un rafforzamento degli argini o, comunque, di un più incisivo ruolo degli organi di garanzia.

A ben vedere e come già accennato, le posizioni qui richiamate e sintetizzate trovano comunque un punto di incontro nella denuncia dello *status quo*, della degenerazione delle regole sulla produzione normativa e nella esigenza di rinnovamento dello stato di cose presenti, nella consapevolezza che sebbene il "cambio di passo" sia più volte invocato dagli stessi attori istituzionali, la conservazione dell'esistente può ritornare utile alle contingenti forze al governo, specie e a maggior ragione se le stesse si agitano in un vertiginoso vuoto programmatico, spinte solo dall'obiettivo della conquista del consenso e del potere (AZZARITI, 2017: 6). In sostanza, la distanza tra due opinioni riportate non si misura sull'alternativa conservazione-rinnovamento, ma sulla strategia

<sup>23</sup> V. almeno, Barbera, 2015: 306; Ceccanti, 2014: 110.

<sup>24</sup> Tra i tanti, cfr. DI COSIMO, 2014.

<sup>25</sup> Non da ultima l'immediata visibilità del loro operato.

del cambiamento, la quale, in estrema sintesi, corre lungo percorsi assai lontani: da un lato, il rafforzamento strutturale e funzionale del Governo, dall'altro, l'irrobustimento dei limiti e dei controlli sul potere normativo dello stesso.

Simili proposte, che muovono dal riscontro di dati empirici ugualmente calzanti, denotano, tuttavia, alcune perplessità di fondo nel momento in cui se ne accentua il carattere escludente o alternativo. In effetti, risponde certamente al vero che anche quei pochi Governi che hanno potuto contare sull'appoggio di una larga maggioranza parlamentare, sono ampiamente ricorsi, per l'attuazione del proprio programma, a decreti-legge e decreti legislativi, approvati sulla base di leggi di delega (ad iniziativa governativa) tanto ampie quanto indeterminate, così come non è mancato da parte dei medesimi uno spregiudicato uso della questione fiducia e dei maxi-emendamenti; ma è altrettanto vero che ciò è in larga parte dipeso dalla disomogeneità delle coalizioni di governo e dalla scarsa tenuta degli accordi tra le forze politiche. E però, allora, non si può neppure far a meno di constatare che in una fase storica, come quella ancora in corso – attesa l'incompiutezza della transizione, molto agognata da alcuni e avviata qualche anno addietro (CECCANTI, VASSALLO, 2004) –, in cui si è puntato a “stimolare” la formazione di una più solida maggioranza parlamentare a sostegno del Governo, le regole costituzionali sulla produzione normativa si sono rivelate più fragili.

Ebbene è proprio questa consapevolezza che può ora consentirci di chiarire il punto nodale del discorso che qui si sta conducendo, portandoci ad approfondire meglio le implicazioni del legame tra fonti del diritto, rappresentanza politica e funzione di governo.

#### *4. Efficienza decisionale v. rappresentanza politica? Per una rinnovata concezione della legge parlamentare dopo il tramonto dei miti liberali*

La premessa da cui si è partiti è che il più incisivo ruolo del Governo in relazione allo svolgimento della attività di governo non può che essersi riversato anche sul piano della produzione normativa. Se questo è lo scenario all'interno del quale si è ritenuto necessario calare qualsiasi considerazione sullo stato (anche<sup>26</sup>) attuale, sulla consistenza e sulle modalità di estrinsecazione di questo potere, complessivamente inteso, abbiamo potuto riscontrare un visibile scollamento tra dato normativo-costituzionale ed esperienza concreta e, secondo alcuni (CARTABIA, 2006: 81), anche tra quest'ultima e la configura-

<sup>26</sup> Nel senso che si tratta di considerazioni abbastanza risalenti nel tempo e non estranee neppure al dibattito svoltosi in Assemblee costituzionale, nonostante i rilievi critici mossi nei riguardi delle scelte ivi compiute, specie riguardo l'assetto della forma di governo parlamentare.

zione concettuale della potestà normativa del Governo. Accanto alle analisi dapprima richiamate svolte dalla migliore dottrina costituzionalistica, e sulla base di alcune convergenze ricavabili dalle stesse quanto alla diagnosi di questo “male” (nonostante la distanza tra i rimedi terapeutici proposti, evidentemente costruiti e dosati su quella che si ritiene essere l’ipotesi causale prevalente della patologia), vogliamo provare a fornire un’ulteriore chiave di lettura, che potremmo esplicitare ricorrendo ad un’altra metafora: il cortocircuito nel sistema delle fonti del diritto, visibilmente rappresentato dal “Governo-Signore delle fonti”, è provocato da una corrente, un movimento, una forza, di più lungo corso che assume carattere sempre più pervasivo riducendo o annullando la resistenza del circuito. Uno dei principali fattori di “stress” dello stesso, che conduce alla sua rottura dopo una costante tensione, può essere rinvenuto nella forza sprigionata dal perseguimento dell’efficienza decisionale, assunto quale valore assorbente e dominante rispetto a qualsiasi altro valore, principio o obiettivo politico-costituzionale. Rimanendo alla metafora e volendo ribadire che la governabilità costituisce senz’altro un obiettivo costituzionalmente legittimo, si può certamente sostenere che l’intero sistema vada in cortocircuito anche se risulta paralizzato, incapace di pervenire ad una decisione. Tuttavia, ciò non toglie che lo scenario dischiuso dal travolgimento, determinato dall’efficacia decisionale, dei fondamenti politici ed ideologici su cui si regge il sistema delle fonti, produca effetti ugualmente devastanti.

In effetti, se si tende a guardare al potere normativo del Governo da un’angolazione che metta a fuoco soltanto l’efficienza decisionale, si potrebbe essere indotti a sostenere la piena fungibilità tra atti normativi governativi e parlamentari, se non addirittura a riconoscere una preferenza per primi in virtù della loro maggiore efficienza operativa e del fatto che una decisione assunta nella sede governativa comporta l’ulteriore vantaggio di essere meno esposta alle pressioni di micro-interessi. Sennonché, un simile ragionamento, costruito prevalentemente in funzione della governabilità (o forse del mero decisionismo), se portato, per questa via, alle sue estreme conseguenze, può rivelare aspetti di stridente contrasto con le ragioni più profonde della rappresentanza politica<sup>27</sup>. La centralità della legge, nella nostra democrazia rappresentativa, costituisce il risvolto sul piano delle fonti di una concezione della

<sup>27</sup> Un concetto, quello di rappresentanza politica (si noti bene: non una delle concezioni), che, in una democrazia costituzionale, non può che ricavarsi anche alla luce di altri principi fondamentali che connotano il sistema. Si è, dunque, ben consapevoli che possano esservi concezioni (meramente) simboliche della rappresentanza, che privilegino, quindi, la situazione rappresentativa, più che il rapporto (NOCILLA, CIAURRO, 1987: 545 ss.) e, rispetto ad esse, non può dirsi che i fenomeni surrichiamati e, soprattutto, l’espansione del potere normativo del Governo si pongano in stridente contrasto.

stessa non solo come atto di indirizzo politico, ma quale espressione massima di un processo di integrazione politica sostanzialmente diverso da quello che può realizzarsi nella sede governativa (ZAGREBELSKY, 1992: 13 ss.). La rappresentazione nella sola sede parlamentare di tutti gli interessi coinvolti nel processo decisionale, la discussione tra quelli contrapposti, la ricerca di una loro sintesi compromissoria (KELSEN, 1925, 195) fanno sì che la legge parlamentare, seppur votata dalla sola maggioranza, possa aspirare a costruire l'interesse generale, che non è più un *a priori* artificiale (come nello Stato liberale monoclasse), ma una faticosa costruzione che deve compiersi nella sede della rappresentanza politica nazionale e che esige un procedimento improntato sul pubblico dibattito. Il Parlamento non è solo luogo di rappresentazione di interessi eterogenei, mediati dai partiti politici, ma possibilità concreta di una loro unità che scaturisce da una composizione discorsiva di punti di vista parziali. E tutto ciò per potersi compiutamente realizzare necessita dell'accettazione da parte di tutte le forze politiche delle procedure a ciò finalizzate e, ancor prima, della fiducia nell'altrui lealtà costituzionale (F. BILANCIA, 2006: 322).

Se si condividono queste considerazioni, evidentemente rifuggendo dal ritenerele desuete per il tempo presente e, invece, senz'altro indispensabili per la tenuta dei fondamenti del sistema, si comprenderanno anche le ragioni che ci inducono a sostenere che il deficit di funzionalità degli assetti di governo, chiaramente percepibile sul piano della produzione legislativa, debba trovare una risposta anzitutto nel recupero dell'essenza del parlamentarismo, secondo la nota concezione kelseniana. Puntare solo sull'efficienza decisionale, attraverso il rafforzamento dei poteri del Governo, può rivelarsi parziale, se non addirittura fuorviante. Anzitutto, come si è già detto, se si insiste solo sull'efficienza decisionale e si considera che legge e atti aventi forza di legge sono parimenti espressione dell'indirizzo politico della maggioranza di governo, se ne dovrebbe ricavare la loro piena fungibilità. In secondo luogo, rafforzare il Governo senza procedere parallelamente a rivitalizzare il ruolo del Parlamento e i relativi processi decisionali, assicurando che in quella sede sia garantita la pubblicità del confronto dialettico, la pubblica discussione e non già la mera visibilità della decisione (BUFFONI, 2016: 3 ss.), equivale ad accettare che l'Assemblea legislativa possa essere ridotta a mera cassa di risonanza, luogo di certificazione di una volontà totalmente formatasi al di fuori di esso.

L'esigenza di porre quanto meno un argine a tale deriva – la quale comunque trae linfa dalla seduttività dei suoi esiti più immediati: la capacità di decidere prontamente, senza intralci e discussioni inconcludenti – trova un esplicito riscontro anche nei più recenti *Rapporti annuali sullo stato della legi-*

*slazione*<sup>28</sup> nei quali si evidenzia che, se fino a qualche tempo fa e soprattutto allo scoppio della crisi economica, si è posto l'accento sulla necessità delle istituzioni rappresentative di decidere rapidamente, per rispondere alla sfida della «democrazia decidente», oggi si pone fortemente un problema di trasparenza dei processi decisionali, a garanzia dell'effettiva democraticità della decisione, compromessa anche dallo sbilanciamento a favore delle sedi endogovernative rispetto a quella parlamentare. Anche se la principale soluzione ivi patrocinata, soprattutto nell'ultimo Rapporto, ruota attorno all'affiancamento al tradizionale circuito elezione-rappresentanza di ulteriori forme di coinvolgimento dei portatori di interessi<sup>29</sup> e di nuove modalità di interlocuzione con i medesimi, il richiamo all'esigenza di maggiore democraticità e legittimazione delle decisioni legislative non può che essere accolto con grande favore. Una «possibile occasione per il potenziamento del lavoro parlamentare», come si legge sempre in quel Rapporto, è offerta anche dalla circostanza che, oggi più di ieri, il Parlamento è sollecitato ad intervenire su temi fortemente divisivi, particolarmente controversi sul piano etico, scientifico e, non di meno, giuridico; proprio riguardo alle questioni «eticamente controverse» (ma ovviamente non limitatamente a queste, atteso l'intimo legame tra legislazione, sfera dei diritti, delle libertà e dei doveri) si pone anzitutto un'esigenza di recupero del ruolo della legge parlamentare<sup>30</sup> – talvolta volutamente assente o elusiva, talaltra troppo rigida, escludente, ideologicamente ed eticamente connotata – e si avverte altresì l'ineludibilità e la necessità del confronto parlamentare, della dialettica tra plurimi punti di vista, della ricerca del possibile compromesso.

Non di meno, e tornando alle dinamiche istituzionali della forma di governo, la necessità di puntare l'attenzione non solo sull'efficienza decisionale, sulla dotazione da parte del Governo degli strumenti che gli consentano di realizzare il proprio programma, ma anche sul Parlamento e sui relativi procedimenti decisionali nasce da un'ulteriore considerazione: la ricorrente elusione delle regole sulla produzione normativa non può certo imputarsi ad abusi del solo Governo (LUPO, 2010: 99 s.), ma è frutto anche e non di meno di una corresponsabilità dell'istituzione parlamentare, apparsa incapace di reagire

<sup>28</sup> Rapporto 2014, Nota di Sintesi «Decidere in tempi di crisi: celerità, volatilità e legittimazione delle norme tra esecutivi ed Assemblee»; Rapporto 2015-2016, Nota di Sintesi «Le politiche legislative tra Stato e Regioni nella prospettiva europea e comparata».

<sup>29</sup> Rispetto alle quali si possono nutrire non pochi dubbi sulla effettiva capacità di fornire ulteriori garanzie di democraticità, atteso che il «coinvolgimento dei portatori di interessi» (formula a dir poco «magica») potrebbe ulteriormente acuire l'opacità dei processi decisionali e disincentivare, anziché favorire la *accountability*.

<sup>30</sup> La cui carenza e indeterminatezza non può essere supplita dall'attivismo giudiziario con conseguente trasfigurazione del ruolo precipuo dei giudici e delle Corti, comprese quelle chiamate a giudicare le violazioni della Carte dei diritti.

alle trasformazioni in corso, ripensando le proprie regole strutturali e decisionali, per renderle più coerenti alla spinta maggioritaria impressa nel sistema, ma comunque capaci di preservare il ruolo costituzionale delle minoranze, e più rispondenti alle sfide del tempo presente. Non sembra lontano dalla realtà vedere in questo atteggiamento del Parlamento un'acquiescenza "utilitaristica" al consolidarsi di prassi sì abusive, ma che sono tornate utili a tutte le variabili maggioranze parlamentari.

Va anche detto, però, che se ai problemi qui sollevati si tendono a fornire risposte poste in chiave fortemente dicotomica ed escludente – Governo forte *v.* Parlamento debole; Parlamento forte *v.* Governo debole – si rischia di perdere di vista la grande complessità delle questioni trattate, rispetto alle quali le patologie delle fonti del diritto si rivelano come la sola punta di un *iceberg*. La consapevolezza di tale complessità induce invece a risalire dalla crisi delle fonti e della legge in particolare, alla crisi del Parlamento rappresentativo, che è, ancor prima, crisi del rappresentato (LUCIANI, 2001: 117), dipendente in larga parte dall'atrofizzazione dei partiti politici e del loro fondamentale ruolo di mediazione e sintesi di interessi e bisogni sociali. Proprio questo indebolimento, facendo saltare quel canale di collegamento tra politica nazionale e politica parlamentare, che consentiva di non appiattare quest'ultima sull'indirizzo politico del Governo (FERRARA, 1973), ha ulteriormente contribuito a puntare sul rapporto diretto (nel senso di non mediato) corpo elettorale-Governo, sollecitando un rafforzamento dello stesso in termini di stabilità ed efficienza decisionale. Ma, procedendo su questo fronte e in senso unidirezionale, ci sembra si sia anche contribuito ad alimentare un antiparlamentarismo da sempre latente e mai del tutto sopito (BARBERA, 2015: 297) e a favorire, forse anche inconsapevolmente, l'implosione dell'antipolitica e l'avanzamento del populismo.

Se questi sono i vecchi e i nuovi affanni della vita democratica (o meglio, solo alcuni di essi), è chiaro che persino l'elaborazione di qualsiasi riforma istituzionale potrebbe rivelarsi parziale e non del tutto risolutiva. È questa una consapevolezza necessaria che però di certo non può indurre ad accettare lo *status quo*, in attesa di tempi migliori a venire... Una risposta al caos delle fonti, alla crisi della legge, alla signoria procedurale del Governo nei processi legislativi, può provenire anche da attente e calibrate riforme istituzionali, che debbono però puntare a valorizzare la funzione rappresentativa del Parlamento, a favorire la dialettica e il confronto parlamentare, a recuperare la centralità di questa Istituzione<sup>31</sup>, ma in senso rinnovato rispetto al passato. In quest'ottica

<sup>31</sup> Agli obiettivi suddetti non rispondeva, ad avviso di chi scrive, l'ampio disegno di revisione costituzionale, proposto dal Governo, approvato (con modifiche) dal Parlamento e respinto all'esito del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016. Come si può leggere nella Relazio-

non si potrà assumere a termine di riferimento il parlamentarismo proprio di uno Stato monoclasse, artificialmente costruito sulla coincidenza tra rappresentanti e rappresentati, ma, in termini conformi ad una democrazia pluralista e alla luce del reale contesto in cui questa istituzione è chiamata ad operare, si dovrà concepire l'Assemblea parlamentare sia come luogo in cui trovano rappresentazione gli interessi plurali di una comunità politica, sia come possibilità e necessità di pervenire all'unità della decisione politica, una decisione che, per non rinnegare la complessità sociale, deve formarsi attraverso il confronto e il pubblico dibattito. Detto diversamente, in uno scenario come quello attuale, attraversato da tante spinte disgregatrici che solo nei principi costituzionali possono (*rectius*: debbono) trovare il momento dell'unità, non si può pretendere che il Parlamento abbia il monopolio dell'elaborazione delle politiche pubbliche, ma solo, più realisticamente, che esso sia il luogo di discussione di scelte politiche sostenute prevalentemente dall'istituzione-Governo, ma non per questo sottratte ad un momento di confronto con altre opzioni alternative.

E quanto precede non sembra meno importante laddove, ancora più realisticamente, si tenga conto che oggi gli spazi delle decisioni politiche nazionali sono sempre più ridotti e condizionati da fattori "altri", che contribuiscono ancor di più ad appiattare le opzioni percorribili. Se pertanto, non si vuole giungere al paradosso di concentrare al massimo nel Governo il minimo potere disponibile (LUCIANI, 2015), uno degli obiettivi su cui puntare per recupe-

ne di accompagnamento del progetto di legge costituzionale le modifiche ivi previste erano finalizzate prioritariamente a «rafforzare l'efficienza dei processi decisionali e di attuazione delle politiche pubbliche nelle quali si sostanzia l'indirizzo politico, al fine di favorire la stabilità dell'azione di governo e quella rapidità e incisività delle decisioni che costituiscono la premessa indispensabile per agire con successo nel contesto della competizione globale». Trattasi, com'è evidente, di una lettura partigiana dell'ultimo tentativo di ampia riforma della Carta costituzionale del '48 e poco conta, oggi, che essa sia conforme all'esito del referendum costituzionale, essendo chiaramente impossibile identificare una sola ragione nella vittoria del "No". Né si intendono avanzare considerazioni al riguardo; pur riconoscendone l'utilità, si ritiene che al momento ogni valutazione su quella vicenda specifica, lungi dal fornire spunti per una nuova riflessione sulle forme e sui contenuti di un rinnovato progetto di revisione costituzionale, acuirebbe la frattura che, non da oggi, contrappone diverse visioni del revisionismo costituzionale.

Piuttosto ci si limita a richiamare quanto già sostenuto in altra sede e cioè che, per quanto concerne le modifiche che avrebbero interessato le fonti normative primarie, esse, ad un'attenta e sistematica analisi, condotta anche alla luce della nuova legge elettorale per la sola Camera dei deputati n. 52/2015, potevano ritenersi solo parzialmente apprezzabili (l'esplicitazione di ulteriori limiti alla decretazione d'urgenza); del tutto indeterminate quanto ai possibili esiti (procedimento legislativo con voto a data certa); probabilmente incapaci di pervenire alla semplificazione dei processi decisionali parlamentari (nuovi procedimenti legislativi) o decisamente criticabili (mancata modifica dell'art. 76 Cost. e, soprattutto, assenza di una esplicita preclusione della possibilità di combinare voto a data certa, presentazione di maxi-emendamenti e posizione della questione di fiducia).

rare un maggiore spazio a favore della politica nazionale, è quello di fare del Parlamento un reale luogo di discussione e di legittimazione delle decisioni politiche; il che significa necessità di rafforzare al suo interno i canali di formazione della volontà politica, secondo una logica non meramente efficientistica, funzionale solo alla capacità di decisione, ma attenta a preservare la capacità rappresentativa dell'istituzione parlamentare.

### *Riferimenti bibliografici*

AA.VV. (2016). "Governo *vs.* Parlamento? Evoluzioni del potere di normazione al tempo della crisi economica". *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3.

ALBANESI, Enrico (2015). "Circuito della rappresentanza politica e qualità della legislazione, tra ruolo della tecnica e torsioni della forma di governo". In Morelli (cur), *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*. Milano: Giuffrè, p. 127-138.

AZZARITI, Gaetano (2017). "Mediazione politica e compromesso parlamentare". *Costituzionalismo.it*, n. 2, p. 1-11.

BARBERA, Augusto (2015). "Costituzione della Repubblica italiana". *Enciclopedia del Diritto*. Annali, VIII, Milano: Giuffrè.

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

BILANCIA, Francesco (2006). "La legge e l'interesse generale: un paradigma per un'etica costituzionale". In Chieffi (cur), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, elites al potere*. Torino: Giappichelli, p. 313-334.

BUFFONI, Laura (2016). "La rappresentazione del Parlamento". *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3.

CARTABIA, Marta (2006). "Legislazione e funzione di governo". *Rivista di diritto costituzionale*, p. 50-95.

CARTABIA, Marta (2011). "Il Governo «Signore delle fonti?»". In Aa.Vv., *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*. Torino: Giappichelli, p. IX-XIII.

CECCANTI, Stefano (2014). "Decreti obesi e crisi economica, ovvero la vittoria strisciante dell'assemblearismo". *Quaderni costituzionali*, p. 109-112.

CECCANTI, Stefano; VASSALLO, Salvatore (cur.) (2004). *Come chiudere la transizione. Cambiamento, apprendimento e adattamento nel sistema politico italiano*. Bologna: il Mulino.

CRISAFULLI, Vezio (1959). Atto normativo. *Enciclopedia del Diritto*. IV. Milano: Giuffrè, p. 238-260.

DE FIORES, Claudio (2001). *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Padova: Cedam.

DI COSIMO, Giovanni (2014). *Chi comanda in Italia: Governo e Parlamento negli ultimi venti anni*. Milano: FrancoAngeli.

- ELIA, Leopoldo (1951). "Il governo come comitato direttivo del Parlamento". *Civitas*, n° 4
- ELIA, Leopoldo (1970). "Governo (forme di)". *Enciclopedia del Diritto*. XIX. Milano: Giuffrè, p. 634-675.
- ELIA, Leopoldo (2003). "L'evoluzione della forma di governo". Relazione tenuta al Convegno organizzato dall'Accademia nazionale dei Lincei, Roma il 14 e 15 luglio 2003. *Astrid-online.it*, p. 1-9.
- FERRARA, Gianni (1973). *Il governo di coalizione*. Milano: Giuffrè.
- FERRARA, Gianni (1983). "Riforma del parlamento e produzione delle leggi: alcune proposte". *Democrazia e diritto*. n. 3, p. 7-18.
- KELSEN, Hans (1925), *Il problema del parlamentarismo*. Ora in Id. (1982), *Il primato del Parlamento*. Milano: Giuffrè, 1982.
- LAVAGNA, Carlo (1974). "Maggioranza al governo e maggioranze parlamentari". *Politica del diritto*, p. 673-697.
- LIPPOLIS, Vincenzo (2010). "La centralità del Governo nel sistema politico. Le specificità del caso italiano". *Il Filangieri. Quaderno 2010*, p. 6-32.
- LUCIANI, Massimo (2001). "Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato". In Zanon, Biondi (cur.), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza politica*. Milano: Giuffrè, p. 109-117.
- LUCIANI, Massimo (2015), "La massima concentrazione del minimo potere. Governo ed attività di governo nelle democrazie contemporanee". *Teoria politica*, p. 113-134.
- LUPO, Nicola (2010). "Il ruolo normativo del Governo". *Il Filangieri. Quaderno 2010*, p. 81-134.
- MANZELLA, Andrea (1977). "Il Governo in Parlamento". In Ristuccia (cur.), *L'istituzione governo: analisi e prospettive*. Milano: Edizioni di Comunità, p. 87-111
- MODUGNO, Franco (cur) (2000). *Trasformazioni della funzione legislativa. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*. Milano: Giuffrè.
- MODUGNO, Franco; RUGGERI, Antonio; PIZZORUSSO, Alessandro (2012). "È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?". In Siclari (cur.), *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Atti del Convegno, Roma, Università di "Roma Tre", 27-28 novembre 2008. Napoli: Editoriale scientifica, p. 3 ss.; 64 ss.; 109 ss.
- MORTATI, Costantino (1962). "Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)". *Enciclopedia del Diritto*. XI. Milano: Giuffrè.
- NOCILLA, Damiano; CIAURRO, Luigi (1987). "Rappresentanza politica". *Enciclopedia del diritto*. XXXVIII, p. 543-609.
- PASQUINO, Gianfranco (1994). "Governabilità". *Enciclopedia delle Scienze sociali*. Vol. IV Roma: Treccani.
- PIERGIGLI, Valeria, (2009). *Le regole della produzione normativa*. Torino: Giappichelli.
- PIZZORUSSO, Alessandro (1983). "Sistema delle fonti, forma di Stato e di governo". *Quaderni costituzionali*, p. 217-235.
- SCHMITT, Carl (1928). *Dottrina della costituzione*. (1984). Milano: Giuffrè.
- SCHMITT, Carl (1943-44). *La condizione della scienza giuridica europea*. (1996). Milano: Giuffrè.
- SIMONCINI, Andrea (2011). "Il potere legislativo del Governo tra forma di gover-

no e forma di stato". In Aa.Vv., *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*. Torino: Giappichelli, p. 509-527.

ZAGREBELSKY, Gustavo (1992). *Manuale di diritto costituzionale*. Vol. I: Il sistema delle fonti del diritto. Torino: UTET.

## RIFLESSIONI IN TEMA DI MULTICULTURALISMO E RAPPRESENTANZA POLITICA

*Costanza Nardocci\**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La risposta liberale: l'allargamento dei diritti politici ai nati in Italia. – 3. La rappresentanza politica della minoranza e l'esperienza italiana. – 3.1. Prospettive in chiave comparata: i diritti di autogoverno tra cessioni di sovranità e rischi per i diritti fondamentali? – 4. Conclusioni.

### *1. Introduzione*

Esiste un nesso molto forte tra la caratterizzazione ontologica della società e la nozione giuridica di rappresentanza politica. Una rappresentanza politica che, proprio perché immaginata specchio della prima (N. ZANON, 1991, che riprende H. FENICHEL PITKIN, 1967), dovrebbe rifletterne e riprodurre all'esterno tutta la sua problematicità.

È allora, anzitutto, nella relazione biunivoca e fattuale tra conformazione del rappresentato e rappresentanza politica che si scorge la connessione tra multiculturalismo – qui inteso quale mero dato della coesistenza di individui e gruppi di diversa estrazione etnica ovvero culturale e non come dottrina (V. ANGIOLINI, 2015) –, partecipazione alla vita pubblica e accesso alle assemblee elettive.

Una connessione resa, poi, più complessa dal rapporto, giuridicamente determinato, intercorrente tra appartenenza alla comunità politica – mediata, sul piano nazionale, da una concezione “etnica” di cittadinanza, che privilegia i legami di sangue – e rappresentanza politica, che delimita la cerchia dei cittadini a coloro che condividano una comunanza etnico-culturale.

A tenere insieme multiculturalismo e rappresentanza politica si colloca, tuttavia, anche una seconda ragione, che guarda alla funzionalizzazione dell'istituto della rappresentanza politica in chiave integrazionista – in accordo con quegli studiosi che pongono l'accento sui benefici di politiche “multiculturali” nella direzione della preservazione dell'unità politica e istituzionale dello Stato (B. PAREKH, 2006) –, nella prospettiva, cioè, della gestione della diversità etnico-culturale. Invero, l'accesso agli organi decisionali e, più in generale, la partecipazione alla vita pubblica concorrono, insieme a strategie di tipo antidiscriminatorio, al contenimento e alla mitigazione della conflittualità

\* Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale. Università degli Studi di Milano.

endo-societaria, valorizzando la sede parlamentare quale luogo di sintesi e di composizione dei contrasti.

Il multiculturalismo induce, inoltre, a interrogarsi sui rapporti tra comunità intermedie e Stato – e qui risiede il collegamento con il concetto di sovranità statale –, nella forma dell'opportunità e della convenienza di riconoscere, alle prime, non soltanto meccanismi di rappresentanza, bensì, talvolta, vere e proprie forme di autogoverno a garanzia di una pacifica convivenza all'interno del secondo; questione forse non attuale nell'ordinamento nazionale, ma di sicuro peso altrove (si pensi, a titolo di esempio, al Canada, agli Stati Uniti d'America, su cui K. BIRD, T. SAALFEDL, A.M. WUST, 2011).

Della tutela antidiscriminatoria, i meccanismi di integrazione che agiscono a livello della rappresentanza politica – e, in alcuni casi, anche della sovranità – ne ripetono la struttura bipartita, distinguendosi tra strumenti dalle ricadute individuali e “di gruppo”, in accordo con quell'approccio che poggia sulla ritenuta duplicità di oggetto del fenomeno discriminatorio incardinata sulla dualità individuo/gruppo (C. NARDOCCI, 2016).

Anche in relazione ai rapporti tra multiculturalismo e rappresentanza politica – come già sul versante dell'eguaglianza e della non discriminazione – è possibile, quindi, differenziare a seconda che gli effetti sulla seconda si producano in dipendenza dalla dimensione individuale ovvero collettiva dello strumento di tutela. In entrambe le ipotesi, si tratterà di verificare come tali fenomeni si rapportano con l'istituto della rappresentanza politica tradizionalmente inteso.

L'analisi che segue intende approcciare entrambe le questioni più sopra accennate attraverso uno studio, da un lato, dei tentativi di ripensamento delle relazioni tra cittadinanza e rappresentanza politica, tramite l'abbandono della prospettiva “etnica” in favore di un approccio incardinato sul criterio dello *ius soli* che operi a livello del singolo individuo; dall'altro, dell'insieme di problematiche che circondano le istanze di tutela differenziata rivendicate dalle minoranze etniche, che muovono dalla richiesta di modalità specifiche di rappresentanza politica, che assicurino la presenza di loro appartenenti all'interno delle assemblee elettive, sino a veri e propri diritti di autogoverno.

## *2. La risposta liberale: l'allargamento dei diritti politici ai nati in Italia*

Si è detto, in apertura, che la nozione di cittadinanza disegna un'appartenenza alla comunità politica essenzialmente di tipo etnico, realizzando una perfetta sintonia tra elementi etnici e politici sul modello dello Stato-nazione ottocentesco.

In questo senso, la rappresentanza politica condivide con la cittadinanza la centralità assegnata ad elementi legati alla discendenza “di sangue” a discapito di fattori territoriali (la residenza), con la conseguente delimitazione dell’esercizio dei diritti politici e, in particolare, di elettorato attivo e passivo, ai c.d. *nationals* (K. FAULKS, 2000; A.D. SMITH, 1996).

La rottura, provocata da un contesto di riferimento sempre più marcata-mente multiculturale e multi-etnico, tra comunità politica e società in senso lato ha però progressivamente accentuato la linea di divisione tra chi è cittadino e, dunque, partecipa delle determinazioni della comunità politica di appartenenza, e chi, pur risiedendo entro il territorio dello Stato ovvero essendovi nato, si ritrova sprovvisto del c.d. diritto di *membership* (H. ARENDT, 1951).

Ciò che, quindi, sottopone a tensione il concetto di rappresentanza politica sono le ripercussioni che la trasformazione della società in una pluralità di comunità eterogenee dal punto di vista etnico, linguistico, culturale, ha prodotto sulla tenuta del concetto di cittadinanza.

Non a caso, le ricadute che sul piano della rappresentanza politica si ricollegano al fenomeno del multiculturalismo derivano principalmente dall’esigenza, avvertita da più parti, di ripensare i criteri individuali di attribuzione della cittadinanza, favorendone un allargamento che faccia del luogo di nascita e non della discendenza la *ratio* dell’appartenenza. Si tratta, in altri termini, del necessario superamento di quell’impostazione che intende la cittadinanza quale presupposto della titolarità di diritti – la c.d. cittadinanza come diritto di avere diritti – e che fenomeni quali il declino dello Stato-nazione, l’acuirsi dei fenomeni migratori e della globalizzazione hanno reso particolarmente problematica.

Alla luce di quanto precede, le interferenze che simile auspicio aggiornamento della normativa in materia di cittadinanza produce sull’istituto della rappresentanza politica appaiono quanto mai evidenti in considerazione del dibattito sull’estensione dei diritti politici anche ai nati in Italia, che non necessariamente condividono con gli attuali cittadini analoga provenienza etnica; un’estensione che avrà ripercussioni, pertanto, sulla conformazione del rapporto di rappresentanza sia dal lato della cerchia dei rappresentati che da quello, emanazione della prima, dei rappresentanti. È, in altri termini, la crisi del concetto di cittadinanza, che si vorrebbe trascendente le appartenenze etniche per elevarsi a mero indicatore di affiliazione politica alla comunità, a reagire con l’istituto della rappresentanza politica, riaprendo così la questione della determinazione di “di chi fa parte del demo” (L. CARLASSARRE, 2007).

In questo quadro, spunti in favore dell’avallo di una concezione di cittadinanza che si distanzi dalla mera appartenenza di “sangue” sono stati offerti, anzitutto, dalla giurisprudenza costituzionale, che, ragionando di doveri costi-

tuzionali di solidarietà, ha valorizzato l'appartenenza alla comunità politica, imperniandola non tanto su una comunanza di tipo etnico-nazionale tra "cittadini", quanto piuttosto su un elemento territoriale, dato dalla scelta individuale del luogo di residenza.

In questa direzione, muovono le sentenze n. 172 del 1999 (su cui E. GROSSO, 1999) e, più di recente, n. 119 del 2015 (S. PENASA, 2015; A. RAUTI, 2015; G. MONACO, 2015; C. NARDOCCI, 2015), in tema di servizio civile volontario, in cui il Giudice costituzionale riferisce di una comunità che «accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 della Costituzione, là dove, parlando di diritti inviolabili dell'uomo e richiedendo l'adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto [...] dal legame stretto di cittadinanza»; una comunità, ancora, descritta come «più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto». Se, dunque, la comunità a cui allude la Corte non è etnica, ma civica e fondata sulla libera scelta del luogo di residenza – e, si aggiunga, spesso involontaria poiché prodotto della nascita sul territorio dello Stato –, e, a sua volta, l'appartenenza alla comunità è mediata dal concetto di cittadinanza, allora è la stessa nozione di cittadinanza in senso giuridico, imperniata sul criterio dello *ius sanguinis*, a porsi in tensione con questa nuova interpretazione dell'idea di appartenenza.

L'esigenza di un ripensamento dei criteri attributivi della cittadinanza non è, poi, rimasta al di fuori delle aule parlamentari, come testimonia il testo unico, approvato alla Camera, di riforma della legge n. 91 del 1992, *Nuove norme sulla cittadinanza*.

Il testo innova la normativa vigente svincolando lo *status* di cittadino dal criterio dello *ius sanguinis* e aprendo, viceversa, a due nuove forme di acquisto della cittadinanza da parte del minore di età: una fattispecie di acquisto per così dire per nascita, ispirata al principio di uno *ius soli* "soft" o "temperato", in favore di minori figli di genitori residenti da almeno 8 anni in Italia e da almeno 2 in possesso di permesso di soggiorno di lungo periodo; una seconda, riservata al minore straniero, che sia nato in Italia oppure che vi abbia fatto ingresso entro il compimento del dodicesimo anno di età, e che abbia frequentato regolarmente per almeno cinque anni nel territorio nazionale uno o più cicli presso istituti appartenenti al sistema nazionale di istruzione o percorsi di istruzione e formazione professionale triennali o quadriennali idonei al conseguimento di una qualifica professionale (c.d. *ius culturae*).

Al di là delle criticità di cui non può darsi compiutamente conto in questa sede – e che attengono principalmente all'irragionevole disparità di trattamento realizzata dalla proposta in commento che subordina alle condizioni eco-

nomiche dei genitori l'acquisto della cittadinanza da parte del minore –, basti qui soltanto sottolineare come giurisprudenza costituzionale e legislatore paiono concordi nel favorire un ripensamento delle interazioni tra rappresentanza politica e cittadinanza, che lasci sullo sfondo la connotazione identitaria di quest'ultima per valorizzarne la valenza di vincolo politico e di solidarietà sociale tra gli appartenenti alla comunità.

### *3. La rappresentanza politica della minoranza e l'esperienza italiana*

Un secondo piano di indagine da cui guardare alle relazioni tra rappresentanza politica e multiculturalismo è quello che si sviluppa intorno al tema della rappresentanza politica delle minoranze etniche.

Uno dei prodotti della trasformazione della società in una realtà composta fatta di gruppi differenziati su base etnica, linguistica e, in sintesi, culturale, è costituito, infatti, dalla polarizzazione di centri di interessi localistici ovvero particolari che lamentano l'inadeguatezza delle strutture tradizionali di rappresentanza politica, opponendovi istanze di tutela che passino attraverso forme di autonomia, personale ovvero territoriale.

Si badi che il problema non riguarda necessariamente il non cittadino e, anzi, al contrario, il tema della rappresentanza politica in rapporto al fenomeno minoritario, almeno in Italia, investe anzitutto coloro che, membri della comunità politica, rivendicano forme di tutela collettiva, che superano la dimensione individuale di partecipazione alla vita pubblica. Per inciso, discorso di tipo diverso è quello che copre i casi in cui, trattandosi di gruppi minoritari di non cittadini, l'ostacolo a partecipare alla vita pubblica concerne solo di riflesso la minoranza, essendo i suoi membri già spesso esclusi su base individuale dall'esercizio dei diritti politici.

Il tema s'inserisce, quindi, nel più ampio dibattito sulle modalità di tutela dei gruppi minoritari sul territorio dello Stato, che, lungi dal confinarsi alla sola prospettiva dell'eguaglianza e della non discriminazione, attrae a sé anche quello, più ristretto, dell'opportunità di conferire diritti speciali, sino a vere e proprie forme di autogoverno, ai primi, in deroga all'eguaglianza formale.

Tra questi, l'ingresso di forme di rappresentanza politica dei gruppi minoritari, oltre a sollevare a priori interrogativi sulla stessa configurabilità giuridica di un diritto collettivo di cui sia titolare il gruppo ma non i suoi membri (su cui C. JOPKE S. LUKES, 1999) – tanto promossa dai teorici multiculturali quanto avversata dall'approccio liberal-individualista della tradizione giuridica occidentale (il riferimento è a J. RAWLS, 1971, e R. DWORKIN, 1977) –, espone a forti tensioni la tenuta del concetto giuridico classico di rappresentanza politica.

Rappresentanza politica del “gruppo” è locuzione a tutta prima ossimorica; la rappresentanza politica è, come noto, generale e indifferente alle appartenenze individuali, così come il rappresentante agisce senza vincolo di mandato e rappresenta la nazione, non invece interessi corporativi o comunitari. A questo si aggiungano i timori, espressi da quella parte della dottrina, che ritiene “questi ‘pezzi’ di società”, in particolare le minoranze di nuovo corso, poco disponibili a “essere riassorbit[i] in sintesi unitarie”, come impone la rappresentanza nazionale (N. ZANON, 2007).

E, tuttavia, il multiculturalismo nella sua dimensione collettiva, attenta cioè alle ricadute di un’attenzione che va spostandosi dall’individuo al gruppo, pone sfide ineludibili che interessano da vicino anche la fisionomia del concetto di rappresentanza politica, stretto tra esigenze di coesione sociale e di tutela delle diversità. Sotto questo profilo, l’ordinamento italiano e alcune esperienze comparate offrono spunti importanti, consentendo anzitutto di distinguere tra ipotesi in cui la rappresentanza politica minoritaria non si traduce in forme di autonomia territoriale – limitandosi a incidere sul diritto elettorale – e casi in cui, viceversa, la titolarità di diritti speciali di autonomia in capo al gruppo, passando per la rappresentanza politica in senso stretto, va oltre sconfinando nell’autogoverno.

Il modello costituzionale di tutela minoritaria poggia, come noto, sull’art. 6 Cost. e sulla sua legge di attuazione – l. n. 482 del 1999 (V. PIERGIGLI, 2000; E. PALICI DI SUNI PRAT, 1999, 3152; E. MALFATTI, 2001) – che, nell’attenuare e superare la distinzione tra minoranze storiche riconosciute e non, avallata dalla più risalente giurisprudenza costituzionale, attraverso la previsione di un elenco di gruppi linguistici destinatari di misure di protezione, ha ammorbidito le disparità di trattamento tra i gruppi minoritari lasciando, però, intatta l’opzione della differenziazione dei meccanismi di salvaguardia in ossequio alla multiformità del fenomeno minoritario.

Simile impostazione – espressiva di una concezione polivalente dell’egualianza come diversità e di un’interpretazione dell’art. 6 Cost. incardinata sul principio della gradazione delle tutele attraverso la delineazione di “regimi diversi di tutela modellati sulle condizioni peculiari di ciascuna minoranza” (S. BARTOLE, 1975) –, si rinviene anche sotto il profilo più specifico della rappresentanza politica di livello locale e, soprattutto per quanto qui interessa, nazionale, che conosce meccanismi istituzionalizzati preferibilmente in favore delle minoranze storiche di confine.

Basti qui anteporre all’analisi successiva, che, accanto a modalità di tutela rimesse alle scelte discrezionali delle formazioni politico-partitiche usualmente preordinate alla creazione di partiti “etnici”, “di raccolta” su base territoriale, lo strumentario giuridico, incardinato sui meccanismi elettorali, ha dimostrato

di piegarsi in dipendenza del principio, proporzionale (tramite la deroga alle soglie di sbarramento) o maggioritario (attraverso operazioni di *gerrymandering*), accolto dal sistema elettorale nazionale (F. PALERMO, J. WOELK, 2011).

In questa sede, ci si soffermerà brevemente su alcuni profili che hanno contraddistinto il modello italiano, sulla declinazione del concetto di rappresentanza politica delle minoranze tracciata dalla giurisprudenza costituzionale in rapporto alla nozione classica di rappresentanza, sino alle novità proposte dalla legge elettorale n. 52 del 2016 (c.d. *Italicum*) e dalla riforma costituzionale.

Come anticipato, accanto a diritti di autonomia territoriale e personale accordati alle minoranze di confine su cui qui non ci si sofferma, forme di rappresentanza politica tese al rafforzamento della componente minoritaria non sono sconosciute al sistema giuridico nazionale che ha visto tali strumenti mutare ed evolversi a partire dalle leggi n. 276 e n. 277 del 1993, che, abbandonando il proporzionale puro rendevano quanto mai complesso garantire una rappresentanza anche ai gruppi minoritari.

In particolare, quel sistema elettorale, ancorché avesse fatto proprio un ritaglio dei collegi uninominali funzionale a garantire la rappresentanza delle minoranze c.d. storiche nei territori a loro alta densità abitativa, non aveva, viceversa, introdotto alcuno strumento volto a ridurre l'impatto del correttivo della soglia di sbarramento del 4% su base nazionale per la quota proporzionale.

Nel solco di questa impostazione, si inserisce la prima importante pronuncia del Giudice costituzionale (n. 438/1993), – vicenda che ha avuto un'eco, con esito analogo, fino a Strasburgo (*Silvius Magnago e Südtiroler Volkspartei c. Italia*) – in cui, pur dichiarando inammissibile la questione di costituzionalità delle norme della legge elettorale per la Camera dei Deputati che non derogavano alla regola della clausola di sbarramento in favore delle minoranze linguistiche delle regioni di confine, la Corte, con una decisione monito, ha, però ricompreso, per la prima volta (S. BARTOLE, 1994), nell'ambito di tutela dell'art 6 Cost. anche “il diritto all'elezione politica”, nel senso – si legge in motivazione – che alle minoranze “è costituzionalmente garantito il diritto di esprimere in condizioni di effettiva parità la propria rappresentanza politica”.

Tale costruzione della rappresentanza politica, che non è generale ma “propria” delle minoranze linguistiche nella misura in cui si fa espressione di interessi localistici della minoranza (L. CARLASSARRE, 2007) e che, tuttavia, la Corte non sviluppa “con riguardo al coordinamento fra le innovazioni richieste e i principi propri della nostra rappresentanza politica” (S. BARTOLE), ritorna in una decisione successiva (356/1998, su cui T. E. FROSINI, 1998), ri-

guardante la disciplina della Regione autonoma Trentino-Alto Adige per l'elezione del Consiglio regionale.

La questione di costituzionalità riguardava qui quelle norme che, nell'introdurre una soglia elettorale pari al 5% e al 2,8 % per accedere alla ripartizione dei seggi, rispettivamente, nei collegi elettorali di Trento e di Bolzano, pregiudicava di fatto l'accesso all'assemblea elettiva della minoranza ladina in violazione dello Statuto, nonché degli artt. 2, 3, 6, 48 e 49 Cost.

In questa pronuncia, ben più significativamente che nella precedente, la Corte, nel sanzionare la legge elettorale regionale, sostiene un'idea di rappresentanza politica "del gruppo", che si distanzia nettamente dalla concezione contemporanea di rappresentanza improntata sul criterio della universalità (art. 67 Cost.). Si legge, infatti, che "[i]l sistema proporzionale per la elezione del Consiglio regionale è [...] imposto dallo statuto [...] quale strumento di migliore garanzia per le minoranze linguistiche, giacché consente loro di poter esprimere una rappresentanza che può rispecchiare la consistenza e l'adesione al gruppo, sulla base di una libera e spontanea aggregazione dei suoi componenti" e che, allo stesso tempo e lungi dall'introdurre forme di rappresentanza "garantita" (R. TONIATTI, 1995), esso "non tollera l'introduzione di elementi che escludano, o rendano più difficoltosa, la rappresentanza dei gruppi linguistici [...] che intendano proporsi nella competizione elettorale in quanto tali". L'enfasi sulla dimensione comunitaria e non, invece, generale della rappresentanza politica è chiara in quei passaggi della motivazione in cui la Corte precisa che quella delle minoranze è una rappresentanza volta a garantire "ai gruppi linguistici di esprimersi *anche in quanto tali*", istituendo un vincolo tra elettore ed eletto dato dall'appartenenza "etnica" al gruppo.

L'avallo di simile approccio, che abbandona sullo sfondo il paradigma della neutralità e dell'unità della rappresentanza classica sulla scia di una deriva etnicistica (S. CECCANTI, 1998) e comunitarista, non era, però, stato condiviso dalle due precedenti sentenze della Corte sulla minoranza ladina. Si tratta delle decisioni n. 233 del 1994, dichiarativa dell'incostituzionalità della delibera legislativa della Regione Trentino-Alto Adige che, al fine di consentire la rappresentanza delle popolazioni ladine della provincia di Trento nel Consiglio regionale e provinciale, prevedeva che il candidato con la più alta cifra individuale di preferenze ottenute nel comprensorio ladino della Val di Fassa prendesse il posto del candidato che, sulla base della graduatoria delle cifre individuali, avrebbe dovuto essere l'ultimo degli eletti della lista; e n. 261 del 1995 in cui la Corte ha ritenuto non fondata la questione di costituzionalità che investiva le norme statutarie per l'elezione di Sindaco, Consiglio e Giunta del Comune di Bolzano, nella parte in cui non prevedevano meccanismi di rappresentanza garantita in favore della minoranza ladina. Due pronunce in cui la

Corte, prendendo le mosse dalla distinzione tra forme di rappresentanza politica garantita – tramite una “rappresentanza proporzionale” ispirata al principio della c.d. “proporzionale etnica” (Corte cost. 289/1987) – e assicurata e, cioè, “della necessaria presenza negli organi collegiali pubblici delle minoranze linguistiche”, ha valorizzato il doveroso bilanciamento tra tutela costituzionale delle minoranze linguistiche *ex art. 6 Cost.* e rispetto del diritto alla parità di trattamento tra cittadini e di eguaglianza nel voto, giungendo, però, ad escludere la soccombenza dei secondi in favore della prima.

Le criticità del modello “etnico” di rappresentanza politica delineato nel 1998, sotto il profilo della sua rottura con la configurazione classica del rapporto di rappresentanza, non vengono meno nemmeno dal raffronto con la giurisprudenza costituzionale in tema di rappresentanza politica femminile, dove la Corte non si è mai spinta, per ovvie ragioni, a contraddire il principio di unità della rappresentanza politica (M. D’AMICO, 2008, cfr. Corte cost. 49/2003). E, certamente, rispetto alle esigenze di adeguata rappresentanza politica di entrambi i sessi nelle assemblee elettive non si pongono, come invece accade nel caso della rappresentanza politica “di gruppo”, problemi di preservazione dell’universalità della rappresentanza, che non si vede “infiltrata” da interessi corporativi lesivi del principio costituzionale del libero mandato e di rappresentanza della Nazione. E, inverò, “le donne non costituiscono una categoria di interessi particolari, ma rappresentano uno dei modi di essere del genere umano” (M. D’AMICO, 2008).

Piuttosto, verrebbe, invece, da chiedersi come il multiculturalismo, nell’accezione proposta in apertura, possa rapportarsi con la strutturazione classica della relazione tra rappresentato e rappresentante e se, in fondo, la tutela delle minoranze, almeno di quelle “autoctone” (G. DE VERGOTTINI, 1995; In materia e per un’analisi delle elaborazioni dottrinali che si sono sviluppate nel tentativo di assegnare una definizione al concetto di minoranza, si vedano, tra i molti, L. WIRTH, 1945; J.A. LAPONCE, 1960; F. CAPOTORTI, 1979 e 1985; A. PIZZORUSSO, 1993 e 1976), destinatarie di diritti di autonomia territoriale, debba necessariamente “implic[are...] la sua proiezione a livello della rappresentanza statale generale” (S. BARTOLE). Una risposta affermativa al quesito non esaurirebbe, però, il problema sollecitato dalla “presenza di un assai più ricco e variegato pluralismo culturale e linguistico” (Corte cost. 88/2011), che rende il fenomeno minoritario ben più vasto e complesso di quello immaginato dal Costituente nel forgiare l’art. 6 Cost.; e, tuttavia, anche a voler introdurre o conservare strumenti che favoriscano la rappresentanza politica dei gruppi, si staglia sullo sfondo l’esigenza imprescindibile di preservare l’unità e il funzionamento dell’ordinamento giuridico.

Detto altrimenti, “un conto è utilizzare le suggestioni del multiculturali-

smo [...] per correggere alcune rigidità della nozione ‘neutra’ di cittadino [...], altro è [...] ‘superarla’ [...], considerando come meramente secondarie e soccombenti le garanzie di funzionalità complessiva dell’ordinamento” (S. CEC-CANTI, 1998).

Si tratta, quindi, di interrogarsi sulla tenuta della concezione liberale di rappresentanza politica di fronte alle “crepe’ della rappresentanza generale” (L. CARLASSARRE, 2007) e, ancora, sugli strumenti da fare agire per incanalare le rivendicazioni minoritarie su binari che ne favoriscano l’assorbimento entro il tessuto sociale prima che queste si spostino a livello della rappresentanza politica. Un’integrazione che passi dall’estensione dei diritti politici e dei corrispondenti doveri, potrebbe forse, almeno per le c.d. minoranze “nuove”, favorire un rimescolamento e un confronto tra istanze differenziate sul modello della democrazia deliberativa (J. HABERMAS, 1998) da situare all’interno dei partiti politici, valorizzando il loro ruolo di comunità intermedia nel processo più che quello del gruppo etnico.

Ritornando a considerazioni di diritto positivo e guardando all’evoluzione del sistema elettorale nazionale, merita sottolineare come dal 2005 in avanti il legislatore abbia sempre incluso forme di protezione minoritaria a garanzia del diritto alla rappresentanza politica delle minoranze “storiche”.

Nella legge n. 270 del 2005 è stata, così, prevista, per la Camera, l’esenzione dal rispetto della regola delle soglie di sbarramento su base nazionale per quelle liste rappresentative di minoranze, presentate “in una delle circoscrizioni comprese in regioni il cui statuto speciale prevede una particolare tutela di tali minoranze linguistiche” (art. 12), mentre per il Senato si è conservato il regime previgente (F. GUELLA, 2015; per ulteriori approfondimenti, L. PANZERI, 2016), che, come già detto, poggiava su una costruzione dei collegi uninominali favorevole all’emersione di eletti appartenenti a tali minoranze.

Meccanismi protettivi delle istanze collettive minoritarie si rinvenivano anche nel c.d. *Italicum*, come di consueto riservate alle minoranze linguistiche c.d. riconosciute. Si manteneva l’esenzione dalla regola della soglia di sbarramento per le Regioni a Statuto speciale che prevedono meccanismi particolarmente protettivi per le minoranze linguistiche e si assicurava una delimitazione dei collegi, nelle zone in cui fossero presenti minoranze linguistiche riconosciute che tenesse “conto dell’esigenza di agevolare la loro inclusione nel minor numero possibile di collegi”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> In modo più marcato della precedente, la legge elettorale vigente prevede la costituzione in Friuli Venezia Giulia di un collegio uninominale specificatamente volto a “favorire l’accesso alla rappresentanza dei candidati che siano espressione della minoranza linguistica slovena, ai sensi dell’articolo 26 della legge 23 febbraio 2001, n. 38” e mantiene l’insieme dei meccanismi già previsti dal c.d. *Italicum* in relazione alle altre minoranze linguistiche riconosciute.

Da ultimo, e forse a conferma dell'attualità anche del tema, la riforma costituzionale contiene un riferimento interessante alla questione minoritaria, laddove rimette alla potestà legislativa regionale la competenza in materia di "rappresentanza delle minoranze linguistiche", con una formulazione che lascia, però, adito a qualche perplessità non soltanto quanto alla natura e al livello, regionale o nazionale, della rappresentanza, ma anche in relazione alla cerchia di gruppi a cui intende fare riferimento. Non è chiaro, così, se "minoranze" fossero solo quelle riconosciute ovvero anche quelle contemplate dalla legge n. 482 del 1999. Proprio su quest'ultimo punto, volutamente o per distrazione lasciato "indietro" dagli estensori della riforma, si svilupperanno le problematiche con cui anche il nostro ordinamento sarà tenuto a confrontarsi; problematiche che renderanno quanto mai urgente interrogarsi su come gestire le richieste di partecipazione alla vita pubblica avanzate dalle minoranze c.d. "volontarie", anzitutto nella forma della rappresentanza politica.

*3.1. Prospettive in chiave comparata: i diritti di autogoverno tra cessioni di sovranità e rischi per i diritti fondamentali?*

La frizione con la rappresentazione classica del rapporto di rappresentanza politica e con il concetto di sovranità è, poi, massima in quei contesti ordinamentali in cui le istanze minoritarie si sono tradotte nel riconoscimento di veri e propri diritti di autogoverno. Invero, la partecipazione alla vita pubblica del gruppo minoritario passa non soltanto dalla rappresentanza all'interno degli organi decisionali, nazionali e locali (c.d. *having a say*), ma, talvolta, anche dalla concessione di forme di autonomia territoriale (c.d. *having control*).

Uno spazio, quello assegnato alla tutela differenziata del gruppo tramite il ritaglio di forme di autonomia territoriale, che, interponendo tra lo Stato e l'individuo la comunità intermedia che "governa", può entrare in collisione con il concetto di sovranità statale e finanche riprodurre in tutta la sua complessità il conflitto tra diritti individuali e di gruppo, come dimostrano efficacemente alcuni esempi offerti dall'esperienza comparata. E, infatti, "il concetto di autonomia, nell'ambito della tutela minoritaria, implica necessariamente il riconoscimento della dimensione collettiva in quanto attribuisce dei diritti 'speciali' a una collettività di persone in quanto tale" (F. PALERMO, J. WOELK, 2007).

Al di là delle forme specifiche delle rivendicazioni autonomistiche delle minoranze nella prospettiva del diritto internazionale dei diritti umani, interessa qui appuntare l'attenzione sulle criticità che vi si accompagnano dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali.

In questo senso, spunti interessanti sono offerti, anzitutto, dalla giurispru-

denza d'oltreoceano e da quella del Comitato delle Nazioni Unite sui diritti umani.

Il delicato equilibrio tra tutela del gruppo – tramite la concessione di diritti di autogoverno a entità sovrane all'interno dello Stato e la corrispondente retrocessione del potere statale da interferenze nel governo della comunità – e protezione dei diritti individuali è al centro del noto caso, risolto dalla Corte Suprema USA, *Santa Clara Pueblo v. Martinez* (sentenza del 15 maggio 1978, con nota di C.L. STETSON, 1980).

Il caso riguardava le pretese avanzate da una donna, appartenente alla comunità tribale, e dalla figlia, avuta da un matrimonio con un non membro della riserva, che lamentavano la costituzionalità di un'ordinanza disposta dal governo della riserva che negava l'appartenenza della seconda alla comunità.

Il tema di fondo era, dunque, quello di verificare l'ammissibilità o meno di un'ingerenza dello Stato federale nell'autogoverno della riserva, nella misura in cui questo si riverberava negativamente sul diritto delle ricorrenti al rispetto del principio di eguaglianza davanti alla legge.

Ebbene, in quell'occasione, la Corte Suprema, sulla scorta di quell'interpretazione che qualifica le riserve alla stregua di nazioni quasi-sovrane “which, by government structure, culture, and source of sovereignty are in many ways foreign to the constitutional institutions of the Federal and State Governments”, ha riconosciuto precedenza all'interesse della comunità a non conoscere ingerenze da parte dello Stato federale nel suo diritto di conservarsi come entità culturalmente e politicamente distinte. Le regole sulla c.d. *membership* alla riserva, ad avviso della Corte Suprema e fintanto che il Congresso non estenda i suoi ambiti di intervento oltre la materia penale, costituendo “a mechanism of social [...] self-definition” ed essendo fondamentali per la sopravvivenza della riserva come entità culturale ed economica, non possono essere oggetto di declaratorie di incostituzionalità da parte di un organo giurisdizionale dello Stato federale (per un approfondimento, in generale, sul problematico riconoscimento di diritti di autogoverno alle comunità indiane entro l'ordinamento statunitense, F. POMMERSHEIM, 2009).

La tendenza a privilegiare l'autogoverno, considerando recessiva la tutela dei diritti individuali degli appartenenti alla comunità, trova riscontri anche nel sistema di diritto internazionale dei diritti umani, come testimoniano alcune pronunce del Comitato ONU sui diritti umani in relazione all'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici (su cui, D. MCGOLDRICK, 1991).

In *Lovelace c. Canada* (n. 24/1977), ad esempio, la perdita della ricorrente dei benefici e privilegi accordati agli appartenenti alla riserva, quale conseguenza del suo matrimonio con un non indiano – regola, viceversa, non imposta qualora ad unirsi in matrimonio sia un uomo – non è stata ritenuta lesiva

del principio di eguaglianza di genere (sulle problematiche connesse all'intreccio tra tutela dell'eguaglianza di genere e protezione del gruppo minoritario, J. BARKER, 2006; M. WENDY, 1990; E.L. KROSENBRINK-GELISSEN, 1991, 1982), limitandosi il Comitato a ragionare sulla dedotta lesione del diritto della ricorrente a godere della propria cultura, insieme agli appartenenti della comunità di origine.

Ancora più netta è l'impostazione di *Kitok c. Svezia* (n. 197/1985), in cui, di fronte alla perdita dello *status* di appartenente alla comunità Sami del ricorrente e dell'impossibilità quale conseguenza di portare avanti la propria attività di allevatore di renne, il Comitato ha sacrificato il diritto individuale in ragione del fatto che la limitazione di tale attività era rivolta alla preservazione dell'identità culturale della comunità.

Se, dunque, la concessione di diritti di autogoverno può generare il rischio di un arretramento nella tutela dei diritti individuali degli appartenenti a tali comunità ristrette per effetto della rinuncia dello Stato centrale a sindacare sul merito delle scelte normative adottate dalla prima, l'esperienza comparata continua a offrire numerosi esempi di compromessi tra Stato centrale e gruppi minoritari ispirati alla logica dell'autogoverno. Si pensi al Canada e alla vicenda del Quebec (su cui T. GROPPi, 2006; G. ROLLA 2000), al Belgio, all'Ungheria, ai Paesi Bassi e alla stessa Svizzera, dove il riconoscimento dell'autonomia poggia sul compromesso tra Stato centrale e minoranze nell'esigenza di garantire adeguata protezione a queste ultime (C. CASONATO, 2007).

Infine, non meno degne di considerazione in questa sede, perché alternative o cumulabili all'autogoverno, sono le modalità di coinvolgimento delle minoranze tramite la loro partecipazione ad organismi consultivi.

#### 4. Conclusioni

Alla luce dell'analisi che precede, il collegamento di cui in apertura tra multiculturalismo e rappresentanza politica appare ineludibile, così come il suo rapporto con la c.d. crisi del rappresentato, da alcuni autori interpretata quale prima ragione della più ampia crisi della rappresentanza politica (M. LUCIANI, 2007).

In questo senso, si sostiene, "lo smarrimento del senso del legame sociale; la volatilità dei ruoli sociali, tutto rende problematica la stessa identificazione del soggetto da rappresentare. Il difficile, insomma, è comprendere 'chi' e 'cosa' viene rappresentato, una volta che lo si rappresenta, perché la stessa identità del demos è labile"; un'identità, verrebbe da dire, che rischia di frammen-

tarsi ulteriormente di fronte al rafforzamento di pretese collettive di rappresentanza politica, che impongono, a loro volta, valutazioni sulla meritevolezza di simili rivendicazioni.

E, tuttavia, di fronte a un quadro tanto composito e a una società in transizione, si condivide la lettura offerta da quella dottrina che ribadisce come la crisi del rappresentato, finisca con il “rafforza[re] – paradossalmente – la necessità della rappresentanza, poiché, nello sfaldamento del rappresentato, la sede parlamentare diventa il luogo in cui si tenta, in qualche modo, di ridurre ad unità i dispersi brandelli di un pluralismo troppo disarticolato” (M. LUCIANI, 2007).

In definitiva – e in accordo con quegli studiosi che pongono l’accento sui benefici di politiche “multiculturali” nella direzione della preservazione dell’unità politica e istituzionale dello Stato (B. PAREKH, 2006) – l’auspicio è che, ancorché “[p]erduta la pretesa di rappresentare nella sua interezza una società troppo complessa, la rappresentanza p[ossa] almeno servire a darle una forma politica. Che il sistema delle istituzioni debba dotarsi di un tronco rappresentativo, dunque, è vero oggi quanto (e più di) ieri” (M. LUCIANI, 2007).

Il multiculturalismo quindi non annienta le esigenze di rappresentanza, ma rende quanto mai necessarie basi istituzionali solide per respingere quei conflitti che inevitabilmente il confronto tra diversi, individui o gruppi che siano, spesso, porta con sé.

### *Riferimenti bibliografici*

ANGIOLINI Vittorio (2015), *Diritto costituzionale e società multiculturali*, in *Rivista AIC*, p. 1 e ss.

ARENDT Hannah (1951), *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino.

BARTOLE Sergio (1975), “Profili della condizione della minoranza linguistica slovena nell’ordinamento italiano”, in AA.VV., *Studi in onore di Manlio Udina*, Giuffrè, Milano, p. 333 e ss.

BARTOLE Sergio (1994), “Ancora un caso di “inquietante inammissibilità”, in *Giur. cost.*, 1994, p. 424 ss.

BARTOLE Sergio (1994), in *Giur. cost.*, 1994, p. 4095 e ss.

BIRD Karen, SAALFEDL Thomas, WUST Andreas M. (2011), *The political representation of immigrants and minorities: Voters, parties and parliaments in liberal democracies*, Routledge, New York.

CAPOTORTI Francesco (1979), *Study on the persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, United Nations, New York.

CAPOTORTI Francesco, *Minorities*, in R. BERNHARDT (a cura di) (1985), *Encyclopedia of Public International Law*, Macalister-Smith Publications, Amsterdam, p. 385 e ss.

CARLASSARRE Lorenza (2007), "Problemi attuali della rappresentanza politica", in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, p. 21 e ss.

CASONATO Carlo (1998), *Minoranze etniche e rappresentanza politica: i modelli statunitense e canadese*, Università degli Studi di Trento, Quaderni Dipartimento Scienze giuridiche.

D'AMICO Marilisa (2011), *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, Giappichelli, Torino.

D'AMICO Marilisa (ed. 2008 e 2016), *I diritti contesi*, FrancoAngeli, Milano.

DE VERGOTTINI Giuseppe (1995), *Verso una nuova definizione del concetto di minoranza*, in *Regione e governo locale*, p. 9 e ss.

DWORKIN Ronald (1977), *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge.

FAULKS Keith (2000), *Citizenship*, Routledge, Londra.

T.E. FROSINI (1998), *Il diritto elettorale della minoranza linguistica ladina*, in *Giur. cost.*, p. 2754 e ss.

GROPPI Tania (2006), *Canada*, Il Mulino, Bologna.

GROSSO Enrico (1999), *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi. Spunti di riflessione verso possibili nuove concezioni della cittadinanza*, in *Giur. cost.*, 1705 ss.

GUELLA Flavio (2015), "Le garanzie per le minoranze linguistiche nel sistema elettorale c.d. Italicum", in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, p. 1 e ss.

HABERMAS Jürgen (1998), *Between facts and norms. Contribution to a discursive theory of law and democracy*, Cambridge University Press.

JOPPKE Christian, LUKES Steven (a cura di) (1999), *Multicultural Questions*, Oxford University Press, Oxford.

LAPONCE Jean A. (1960), *The Protection of minorities*, University of California Press, Oakland.

LUCIANI Massimo (2007), *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in ZANON Nicolò, BIONDI Francesca (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, p. 117 e ss.

MALFATTI Elena (2001), *La legge di tutela delle minoranze linguistiche: le prospettive ed i problemi ancora aperti*, in *Rivista di diritto costituzionale*, p. 109 e ss.

MCGOLDRICK Dominic (1991), *Canadian Indians, Cultural Rights and the Human Rights Committee*, in *International and Comparative Law Quarterly*, p. 658 e ss.

MONACO Giuseppe (2015), *L'istituzione del servizio civile universale e la sua apertura allo straniero regolarmente soggiornante in Italia*, in *Rivista AIC*, p. 1 e ss.

NARDOCCI Costanza (2016), *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Collana "Sovranità, Federalismo, Diritti", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

NARDOCCI Costanza (2015), *Corte costituzionale n. 119 del 2015: quando l'integrazione degli "altri" passa dai doveri*, in *Quaderni costituzionali*, p. 1003 e ss.

PALERMO Francesco, WOELK Jens (2011), *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Cedam, Padova.

PALICI DI SUNI PRAT Elisabetta (1999), *La disciplina di tutela delle minoranze linguistiche tra Corte e legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, p. 3152 e ss.

PANZERI Lino (2016), *La tutela dei diritti linguistici nella Repubblica delle autonomie*, Giuffrè, Milano.

PAREKH Bhikhu (2006), *Rethinking Multiculturalism: Liberalism and cultural diversity*, Palgrave MacMillan, Londra.

PENASA Simone (2015), *Verso una "cittadinanza costituzionale"? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario*, in *Rivista AIC*, p. 1 e ss.

PIERGIGLI Valeria (2000), *La legge 15 dicembre 1999, n. 482, ("Norme in materia di tutela delle minoranze linguistiche storiche") ovvero dall'agnosticismo al riconoscimento*, in *Rassegna Parlamentare*, p. 623 e ss.

PIERGIGLI Valeria (2001), *Lingue minoritarie e identità culturali*, Giuffrè, Milano.

PITKIN Hanna Fenichel (1972), *The Concept of Representation*, University of California Press.

PIZZORUSSO Alessandro (1993), *Minoranze e maggioranze*, Einaudi, Torino.

PIZZORUSSO Alessandro (1967), *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Giuffrè, Milano.

PIZZORUSSO Alessandro (1976), *Minoranze*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. XXVI, p. 527 e ss.

POMMERSHEIM Frank, *Broken Landscape, Indians, Indian Tribes, and the Constitution*, Oxford University Press, 2009.

RAUTI Alessio (2015), *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n. 119/2015*, in *Rivista AIC*, p. 1 e ss.

RAWLS John (1971), *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge.

ROLLA Giancarlo (a cura di) (2000), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada. Tra universalità e diversità culturale*, Giuffrè, Milano.

SMITH Anthony D., *Nations and Nationalism in a Global Era*, Blackwell Publishers, Oxford, 1996.

STETSON C.L. (1980), *Tribal Sovereignty: Santa Clara Pueblo v. Martinez: Tribal Sovereignty 146 Years Later*, in *American Indian Law Review*, 139 ss.

ZANON Nicolò (1991), *Il libero mandato parlamentare*, Giuffrè, Milano.

ZANON Nicolò (2007), "Il divieto di mandato imperativo e la rappresentanza nazionale: autopsia di due concetti", in ZANON Nicolò, BIONDI Francesca (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, p. 131 e ss.

WIRTH Louis (1945), *The Problem of Minority Groups*, in R. LINTON (a cura di), *The Science of Man in the World Crisis*, Columbia University Press, New York, p. 347 e ss.

# EL PROCESO DE DISCIPLINA FISCAL EUROPEA Y LA TENDENCIA CENTRALIZADORA ESTATAL

*Ana Isabel Melado Lirola\**

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La constitucionalización de la regla del equilibrio presupuestario y la centralización Europea. – 3. La constitucionalización del principio de equilibrio presupuestario: tiempo de ajustes y la tendencia centralista. – 4. Conclusiones. – 5. Referencias bibliográficas.

## 1. *Introducción*

El compromiso de los países de la zona euro con la moneda común se ha venido materializando en el *principio de estabilidad presupuestaria*. Dicho principio se ha consagrado, progresivamente, a través de diversas fuentes de Derecho Europeo y de los Estados miembros, lo que ha tenido una eficacia simbólica indudable para la moneda común, los mercados y los acreedores privados.

Sin embargo, los efectos de la incorporación del *principio de estabilidad presupuestaria* en la conformación del Derecho público de los Estados miembros, especialmente en el caso español del Estado de las Autonomías<sup>1</sup>, es una cuestión que está aún por dilucidar, habida cuenta del horizonte que se plantea hasta el año 2020 (MEDINA GUERRERO, 2011: 31).

En este trabajo queremos tratar el impacto de la crisis económica en el *canon de constitucionalidad* (BALAGUER CALLEJÓN, 2013), cómo puede afectar a la Constitución territorial española y al desarrollo e implementación del Estado social. Describir y analizar de forma objetiva la realidad de esta transformación es un ejercicio inabordable dado el calado y la transversalidad de la misma, pero sí podemos realizar una aproximación, a partir de la que extraer algunas conclusiones acerca de la incorporación en el Derecho europeo y en el ordenamiento jurídico español de un reforzado *principio de estabilidad presupuestaria* – regla jurídica y no obligación política – para resolver *el freno al endeudamiento* que alcanza a todas las Administraciones públicas e, inexorablemente, a la institución presupuestaria, lo que la deja seriamente dañada en su potencial transformador (MELADO LIROLA,

\* Universidad de Almería

<sup>1</sup> Con anterioridad al estallido de la crisis, el marco normativo regulador de los límites de déficit y deuda apenas era debatido en el plano político o académico, salvo para denunciar las restricciones que entrañaba para la autonomía financiera de las CC.AA.

2013). Y es ahora, en tiempos de crisis, cuando están aflorando antiguos problemas de *financiación autonómica* relacionados con la institución presupuestaria que ya se venían advirtiendo por la Doctrina (MONTILLA MARTOS, 2017: 227) y la Jurisprudencia constitucional (MEDINA GUERRERO, 2011: 45) desde hace tiempo.

## 2. La constitucionalización de la regla del equilibrio presupuestario y la centralización Europea

Desde Europa se han impulsado una serie de medidas de acción, en torno al compromiso de reducir la deuda y el déficit público, que afectan a cuestiones estructurales de la Unión monetaria. La intensidad de la crisis económica ha sido la justificación para reforzar la eficacia del *principio de estabilidad presupuestaria o solidez financiera*, sobre cuya exigencia podríán albergarse dudas en 2007, pero lejos de disminuir o flexibilizar su eficacia, la regla del *equilibrio presupuestario* ha terminado por consolidarse, sobre todo, a partir del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza<sup>2</sup> de la Unión Económica y Monetaria (en adelante, TECG), firmado en Bruselas el 2 de marzo de 2012. Pero recordemos antes de describir este fenómeno, muy esquemáticamente, la secuencia normativa relativa a la disciplina fiscal.

En este sentido, gracias a la revisión del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), de 25 de marzo de 2011, por el que se establece un *mecanismo de estabilidad* para los Estados miembros, se pone fin a la genérica y estricta prohibición de *bail-out*<sup>3</sup> (art. 136 del TFUE), sobre la que se había, parcialmente, articulado la disciplina fiscal de los Estados de la zona euro (art. 125.1 del TFUE, 2007). Dicha reforma se acompañó del *Mecanismo de Ayudas Financieras* creado por el Tratado Constitutivo del Mecanismo

<sup>2</sup> En esta ocasión, sí se siguió la vía del art. 93 CE: Ley Orgánica 3/2012, de 25 de julio (BOE de 26 de julio de 2012).

<sup>3</sup> Vinculación de todo el sector público con la cláusula de “*no bail out*”. Así se desprende de la Ley orgánica y del código presupuestario de la Unión Europea, recogiendo la valoración de la *Stabilitätsgemeinschaft* realizada por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Cada Administración debe asumir su responsabilidad por incumplimiento sin que pueda cómodamente trasladarse a la Hacienda superior. Se trata de una corresponsabilidad directa de cada una de las Administraciones, que deben acostumbrarse a vivir sin el paraguas o el airbag del Estado y debe interpretarse conforme al criterio de lealtad institucional en el ejercicio de las competencias, recogido en numerosas sentencias del Tribunal Constitucional, valorando el impacto de las propias actuaciones. Si el freno al endeudamiento se impone en el Derecho Constitucional europeo, su aplicación real se juega en buena medida – aunque no sólo – en la encrucijada de la descentralización territorial interna.

Europeo de Estabilidad<sup>4</sup> (MEDE), firmado en Bruselas el 2 de febrero de 2012. Sin embargo, el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG) da un paso más en el proceso de integración monetaria al endurecer para los Estados signatarios el límite de déficit presupuestario previsto en el Derecho europeo concretamente el art. 3.1 del TECG señala que los Estados signatarios *«además de sus obligaciones en virtud del Derecho de la Unión Europea y sin perjuicio de ellas», asumen las siguientes: a) equilibrio o superávit presupuestario, entendiendo que esto se respeta «si el saldo estructural anual de las administraciones públicas alcanza el objetivo nacional específico a medio plazo, definido en el PEC revisado, con un límite inferior de déficit estructural del 0,5% del producto interior bruto a precios de mercado»; aunque puede llegar al 1% «cuando la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto a precios de mercado esté muy por debajo del 60% y los riesgos para la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas sean bajos» [d)]. Asimismo, se comprometen a establecer un «mecanismo corrector», que se activará automáticamente «en el caso de que se observen desviaciones significativas del objetivo a medio plazo o de la senda de ajuste hacia dicho objetivo» [(e)].*

Paralelamente, el TECG amplía los mecanismos de control y garantía de los límites de déficit para asegurar su cumplimiento. En efecto, de acuerdo con el art. 3.2 del TECG: los Estados signatarios se comprometen a incorporar *la regla del equilibrio presupuestario «al Derecho nacional a más tardar un año después de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales»*<sup>5</sup>. En este sentido, la virtualidad jurídica de esta obligación viene garantizada al atribuir el Tratado al TJUE la competencia para resolver los posibles incumplimientos que le planteen la Comisión o cualquier Parte Contratante. Su resolución *«será vinculante para las partes en el procedimiento, que adoptarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia en el plazo que decida dicho Tribunal»* (art. 8.1 del TECG). Y en la hipótesis de que no se lleven a efecto tales medidas, podrá solicitarse al TJUE la imposición de sanciones pecuniarias (art. 8.2 del TECG).

Si bien, en un primer momento, la tendencia a trasladar a la Constitución la observancia de las reglas fiscales europeas obedeció a razones políticas más

<sup>4</sup> Tratado firmado el 2 de febrero de 2012, que sería ratificado por España el 21 de junio de 2012 tras la correspondiente autorización de las Cortes prevista en el artículo 94.1 CE (BOE de 4 de octubre de 2012). Sin embargo, a la vista de la erosión que entraña en la soberanía presupuestaria de los Estados, quizá habría sido más acertado seguir el procedimiento del artículo 93 CE.

<sup>5</sup> Concretamente, son las disposiciones del art. 3.1 TECG las que deben ser constitucionalizadas.

o menos espontáneas según los casos (Reforma de la Ley Fundamental del Bonn en 2009; Reforma del art. 135 de la CE de 2011), a raíz del TCEG se ha venido a institucionalizar jurídicamente *la obligación de dicha constitucionalización*. Parece evidente que la firma del TCEG ha supuesto la transformación de mayor calado que ha experimentado la Unión Europea desde la firma del Tratado de Maastricht. Puesto que, en esta ocasión, se ha querido que la *disciplina fiscal* no se limite al marco normativo europeo, sino que se lleve explícitamente a las normas jurídicas internas de mayor rango (FABBRINI, 2013), a modo de *copy paste*. Se configura, de esta manera, una bien articulada y reforzada *obligación jurídica* de llevar las exigencias del artículo 3.1 del TCEG a la Constitución formal o, en su defecto, a una norma que tenga fuerza vinculante para el *legislador presupuestario*. Lo que en sentido estricto, sólo puede asegurarse si dicha norma opera como *canon de constitucionalidad* de las leyes.

La crisis financiera, de esta manera, ha terminado condicionando el poder constituyente de los Estados miembros de la zona euro (JOSÉ MENÉNDEZ, 2012: 42). Por cuanto, aquellos Estados abocados a recibir el apoyo financiero europeo – para eludir los riesgos de *default* – no tenían, prácticamente, otra alternativa posible que la ratificación del TCEG, que se presentó como una condición *sine qua non* para recibir los fondos del MEDE<sup>6</sup>. La traslación al *canon de constitucionalidad* interno del artículo 3.1 del TCEG apenas deja margen de maniobra a las Constituciones y a las leyes. Los Estados se limitan a trasladar las reglas de disciplina fiscal al Ordenamiento jurídico interno.

Por consiguiente, desde la firma del Tratado se podía advertir que la misma conllevaba la Reforma constitucional o, en el caso de España que ya la había reformado previamente, la consolidación de un reforzado principio de *estabilidad presupuestaria* que controlara jurídicamente al legislador presupuestario. Lo que se traduce, en términos de Derecho público, en que cuando las normas de disciplina fiscal entran en juego, dicha prohibición se aplica con preferencia y frente a las demás normas en conflicto normativo. Ésta es la vuelta de tuerca provocada por el TCEG, ya que el freno al endeudamiento y déficit público no sólo tiene una finalidad impeditiva, como toda prohibición, sino impositiva (GARCÍA ROCA y MÁTINEZ LAGO, 2014: 3). Es una norma de principios que irradia su eficacia y con prioridad a todas las Administraciones públicas.

<sup>6</sup> A este respecto se afirma lo siguiente en el Preámbulo del TCEG “*la concesión de asistencia financiera en el marco de los nuevos programas en virtud del Mecanismo Europeo de Estabilidad estará condicionada, a partir del 1 de marzo de 2013, a la ratificación del presente Tratado por la Parte Contratante de que se trate y, tras la expiración del periodo de transposición a que se refiere el artículo 3, apartado 2, del presente Tratado al cumplimiento de los requisitos de dicho artículo*”.

Este fenómeno nos permite visualizar que las definiciones clásicas de *supremacía constitucional* y *primacía del Derecho comunitario* son hoy poco realistas. El Derecho público precisa de la construcción de nuevas categorías normativas que permitan explicar la realidad de este fenómeno, en el que una parte capital de la dirección de la economía se ha ido hacia arriba en una *up stream* vaciando las facultades constitucionales clásicas de los gobiernos y parlamentos nacionales (GARCÍA ROCA y MÁRTINEZ LAGO, 2014: 3). La monitorización de la economía es evidente, y de la soberanía, también. Las decisiones europeas de disciplina fiscal actúan a modo de parámetro de validez de las de nuestro ordenamiento, al completo, alcanzando hasta a la institución presupuestaria y, por consiguiente, a la esencia de la democracia representativa (CANO BUESO, 2001: 381).

### 3. La constitucionalización de la regla del equilibrio presupuestario: tiempo de los ajustes y la tendencia centralista

Estamos en condiciones de afirmar que centralización de poderes en el seno de la Unión ha supuesto un impacto indudable en la *Constitución económica* de los Estados miembros (MÁRTINEZ ALARCÓN, 2013: 165); impacto, si cabe, aún mayor en los *Estados políticamente descentralizados* como es el caso de España (GARCÍA ROCA y MÁRTINEZ LAGO, 2013: 31), en el que la disciplina fiscal afecta a los diferentes niveles de autogobierno, central, autonómico y local (RAFFIOTTA, 2013: 165). Por lo que la recepción interna de los compromisos financieros europeos de *estabilidad presupuestaria* nos sitúa ante un campo de inseguridades (GIUPPONI, 2014: 51), especialmente, teniendo en cuenta que, con mayor o menor fundamento, la máxima responsabilidad del incumplimiento de la disciplina presupuestaria se ha imputado a los niveles de gobierno autonómicos que son en esencia, Administraciones de gasto (CUENCA, 2012).

Como es conocido, con anterioridad a la firma del TCEG se reformó el artículo 135 de la CE (GARCÍA ESCUDERO, LÓPEZ AGUILAR, MEDINA GUIERRERO y RIDAURA MÁRTINEZ, 2012), el 26 de agosto de 2011, y con ello se reforzaron los topes de endeudamiento al configurarse éstos explícitos y obligatorios. En este sentido, el artículo 135 de la CE introdujo los siguientes principios:

- La consagración del principio de *estabilidad presupuestaria*.
- La prohibición de la deuda pública y del déficit.
- El reenvío a la Unión y a la Ley orgánica para determinar los valores de referencia.
- La necesidad de autorización por Ley para emitir deuda pública.

- La preferencia del pago de la deuda y en lo relativo al procedimiento presupuestario la prohibición de enmienda de dichos créditos.
- Ciertas excepciones en casos de emergencia, recesión o catástrofes.
- Una reserva constitucional y habilitación expresa a una Ley orgánica.
- Mandato a las Comunidades Autónomas para que adapten su ordenamiento al principio de estabilidad presupuestaria.

Pero la *disciplina fiscal europea* ya desplegaba su potencial transformador en las relaciones intergubernamentales internas, poco tiempo antes de que se acometiera la Reforma constitucional. Así quedó patente cuando el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse en la STC 134/2011, de 20 de julio de 2011, sobre la competencia del Estado -en base al artículo 149.1, apartados 13 y 14 de la CE- para frenar e imponer topes máximos al gasto público y acomodar la actividad financiera de las Comunidades Autónomas a las medidas de dirección estatal para alcanzar los objetivos de estabilidad presupuestaria.

Esta sentencia es la primera en la que se recoge que la *estabilidad presupuestaria* se erige en el nuevo *canon de constitucionalidad*. Por primera vez, el Tribunal Constitucional legitimó, algo impensable en el esquema normativo de lo que se venía entendiendo hasta entonces por el *bloque de la constitucionalidad*: el establecimiento por parte del Poder central de límites presupuestarios a las Autonomías, al margen de la estructura competencial establecida en los Estatutos de Autonomía. No obstante, aún en la STC 134/2011 no se hacía ninguna referencia a los verdaderos títulos competenciales sustentadores de la intervención del Estado en materia de estabilidad presupuestaria. Poco tiempo después en la STC 157/2011, de 18 de octubre de 2011, ya declaraba abiertamente el anclaje competencial del Estado conectado con la tarea asignada al Legislador orgánico en las competencias del artículo 135 CE.

Sin duda, poco antes de la Reforma constitucional ya se advertía la dinámica fiscal que, con posterioridad, recogería el TCEG, esto es, el *esquema centralizador de las políticas presupuestarias*, tanto a nivel europeo como estatal, al dotar de legitimidad al poder central y reconocerle un margen de maniobra del que carecían en la conformación inicial del Estado políticamente descentralizado. En resumidas cuentas, a fin de asegurar el cumplimiento de la disciplina presupuestaria en todas las líneas de la Administración pública, la LO 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en adelante, LOEPSF), de 27 de abril, ha provisto al Estado de la capacidad decisoria para repartir los objetivos de déficit y deuda entre todos los niveles de gobierno, así como de importantes atribuciones supervisoras y sancionadoras para restituir la disciplina, en caso de incumplimiento de los objetivos por parte de las CC.AA. Pero la LO 2/2012 – o, para ser más

exactos, sus reformas – no ciñe su regulación a los *límites de déficit y deuda pública* derivados de la normativa europea y constitucional (las consignadas en el art. 3.1 del TCEG), sino que extiende la posición jerárquica del Estado sobre las CC.AA. a ámbitos no cubiertos expresamente por la Reforma del art. 135 CE (MEDINA GUERRERO, 2013).

El límite de déficit estructural (3% en el PEC, 0,5% en el TCEG, 0,4% en la LOEPSF) supone en términos de contabilidad presupuestaria: equilibrio o superávit. Pero la dificultad deviene, en tanto que éste es un *concepto jurídico indeterminado*, una noción muy discrecional, lo que dificulta enormemente su control (RODRÍGUEZ BEREIJO, 2013: 25). La ley lo define como “un déficit ajustado del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales”. Pero ¿quién determina y controla eso? ¿Cumpliremos el tope fijado legalmente en 2020, ahora que debemos estar por un 6,5% del PIB? (GARCÍA ROCA y MÁTINEZ LAGO, 2014: 4).

Como omisiones relevantes de la LOEPSF cabe anotar el silencio respecto de la manera en la que proceder con la distribución del límite de déficit entre el Estado y las Comunidades Autónomas – como pedía regular la letra a) del artículo 135.2 de la CE – y, por consiguiente, la ausencia de regulación sobre la metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural – señalado en la letra b) del mismo precepto –, lo cual se traduce en un incumplimiento formal de las previsiones exigidas por la Constitución (GARCÍA ROCA y MÁTINEZ LAGO, 2014: 4).

No es ocioso señalar que *el déficit estructural* deberá ser estimado, ya que no es una variable económica que pueda observarse sin más. Otro tanto sucede con lo que sea la *deuda pública*<sup>7</sup>, dada la amplitud de formas y títulos que la misma presenta y que no pueden reflejarse en la Constitución ni en la ley de desarrollo. ¿Las incertidumbres pueden violar el principio de taxatividad de las prohibiciones, incluidas las constitucionales? Nos parece que el juicio jurídico y presupuestario es demasiado técnico para posibilitar un control político adecuado de los Gobiernos. Esta crisis, si nada lo impide, consolidará la ya advertida sensación de *gobernanza sin gobierno* y, por extensión *sin responsabilidad*. Justificado en el circuito cerrado de decisiones impuestas por un complejo entramado institucional y técnico impulsado desde Europa.

Por otra parte, la fijación de los objetivos globales que dimanen de las

<sup>7</sup> En relación con el límite del volumen de deuda pública y la autorización estatal, la LOEPSF distribuye el tope del 60% del PIB nacional en términos nominales a razón de un 44% para la Administración central, el 13% para las Comunidades Autónomas y el 3% para las Entidades Locales. Además, cada Comunidad Autónoma no debe sobrepasar el 13% de su PIB regional.

reglas numéricas se realiza por el Ministerio de Hacienda y la propuesta gubernamental debe ser convalidada por el Congreso y el Senado y llevan aparejadas un régimen de *sanciones y medidas de ejecución forzosa*. La LOEPSF contiene todo un capítulo dedicado a las facultades de control, distinguiendo varios tipos de medidas – preventivas, correctivas y coercitivas – que trasladan el procedimiento de intervención europea a la intervención interna --. Sin embargo, pese a las apariencias, ambas situaciones no creemos que sean suficientemente homogéneas y aquí pueden empezar los problemas del “copy paste” de la regulación europea. Aunque el procedimiento establecido en la Ley pueda parecer bastante lógico en el papel, está por constatar su eficacia en la práctica. La aplicación de las medidas preventivas depende, como es lógico, de toda una actividad previa de seguimiento y evaluación de los datos de ejecución de los Presupuestos, por lo que la realización de ajustes en el gasto público de las distintas Administraciones deviene en el primer mecanismo para garantizar que al cierre del ejercicio se de cumplimiento al objetivo de estabilidad.

Si todo lo anterior no fuera suficiente, entrarían en juego las medidas de *cumplimiento forzoso*. Estamos ante facultades extremas, huérfanas de uso en el ámbito autonómico (hay algún antecedente en el local), representando no un control sobre los actos sino sobre los órganos mismos de las Comunidades Autónomas, pudiendo llevar a la desaparición del autogobierno. La Ley orgánica reproduce las previsiones del artículo 155 CE sin añadir nada más que los trámites procedimentales – que ya están en la Constitución –, no especificando ni las medidas que pueden adoptarse ni quienes serán las personas responsables. La secuencia será: requerimiento del Gobierno, autorización del Senado por mayoría absoluta y adopción de las “medidas necesarias” sin que se indiquen cuáles serán éstas, salvo dar instrucciones a todas las autoridades de la Comunidad Autónoma. Esa ambigüedad es lógica en la Constitución, pero no en una Ley orgánica de desarrollo que cumple una función constitucional.

Podemos afirmar que éstas han sido las cuestiones más relevantes sobre las que se albergaban serias dudas de constitucionalidad, por cuanto inciden en la médula de la Constitución territorial. Al disponer de la fuente exclusiva de financiación de algunas Comunidades Autónomas, el gobierno central obtiene un control efectivo sobre el nivel de gasto e incluso sobre prioridades políticas de gasto de las Comunidades Autónomas acogidas al Fondo de Liquidez Autonómica. La LOEPSF cumple, en este sentido, una función constitucional tal (CUENCA y RUIZ ALMENDRAL, 2016), que desplaza en caso de conflicto a otras leyes, incluidos los Estatutos de Autonomía, con la finalidad de hacer efectivos los principios constitucionales y compromisos europeos. Las dudas de constitucionalidad eran considerables pero el Tribunal

Constitucional las zanjó en la STC 215/2014, de 18 de diciembre (GARCÍA ROCA y MÁTINEZ LAGO, 2015), al considerar la LOEPSF conforme a la Constitución en todos sus términos.

#### 4. Conclusiones

Asistimos a la conformación de un *Derecho constitucional económico europeo*, recogido fuera de los Tratados Constitutivos de la Unión Europea y disciplinado a través de Tratados Internacionales, relaciones intergubernamentales o instrumentos de *Soft Law*. El compromiso con la *disciplina fiscal* y la incorporación del principio de *sostenibilidad financiera* a la Constitución sin reformar la Constitución territorial y, sin adecuar la austeridad a las dimensiones de nuestro Estado social hacen de la Reforma del 2011 (PÉREZ MIRAS, 2013), una Reforma *in fieri*. Inacabada por naturaleza que trasladaba al plano de la dinámica política cuestiones que deben estar meridianamente aclaradas en la Constitución, sobre todo, teniendo en cuenta las incertidumbres que pesan sobre la posible vulneración de las reglas fiscales y sus consecuencias.

Por todo lo anterior creemos que el sistema de competencias como principio de actuación del Estado descentralizado debe ser pactado de nuevo y ajustarse al nuevo paradigma, teniendo en cuenta los mecanismos de compensación y solidaridad interterritorial ajustado a unas competencias previamente clarificadas. Así como la regulación y ordenación de las prestaciones y servicios públicos que proveen las Comunidades Autónomas que por definición son Administraciones de gasto.

Sectores tan esenciales como la sanidad y la educación y, en general, todos los del Estado social que afectan a todas las Comunidades autónomas y, por extensión, a todo el país. Es conveniente poner en claro con la Reforma de la Constitución los mecanismos para alcanzar una racionalidad en el gasto y en la calidad del servicio prestado de la institución territorial de que se trate. Si no se acomete un debate y, consecuentemente, la Reforma constitucional en este sentido se cerrará la puerta inexplicablemente a la Reforma constitucional como Fuente del Derecho, lo que supone una desvalorización del procedimiento constitucional de reforma.

Por otra parte, entendemos que si la *eficiencia del gasto* debe ser la primera pauta del equilibrio -dada la vinculación de todo el sector público con la cláusula de *no bail out*- deben potenciarse los mecanismos de responsabilidad política (ampliar las facultades de la Comisión de Presupuestos del Congreso, poner en marcha las Oficinas de Control Presupuestario, implementar anualmente las memorias de impacto económico

de las leyes). La transparencia y rendición de cuentas “*accountability*” debe ser la cultura política y jurídica interiorizada por todos los niveles de autogobierno como prácticas autoconscientes. Tomemos en serio los derechos y el dinero, los primeros porque son el fundamento de la democracia y el segundo porque no es inagotable.

### 5. Referencias bibliográficas

ÁLCAREZ CONDE, Enrique (2011). Encuesta sobre la reforma constitucional, *REDC 93*, septiembre-diciembre.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (2013). Una interpretación constitucional de la crisis económica. *Revista de Derecho constitucional Europeo*, n.º. 19.

CÁMARA VILLAR, Gregorio (2011). *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 93, septiembre-diciembre.

CANO BUESO, Juan (2001). En torno a las transformaciones de la representación política. *Boletín mexicano de Derecho Comparado*.

CARRERAS, Francesc (2011). Encuesta sobre la reforma constitucional, *REDC 93*, septiembre-diciembre.

CUENCA, Alain (2012). Estabilidad presupuestaria y endeudamiento autonómico en la crisis, *Cuadernos de Derecho Público*, 38, septiembre-diciembre.

CUENCA, Alain y RUIZ ALMENDRAL, Violeta (2016). Estabilidad presupuestaria y autonomía financiera: Comentario al endeudamiento y coerción estatal en la Ley Orgánica de estabilidad Presupuestaria y sostenibilidad financiera. *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º. 23.

FABBRINI, Federico (2013). *The Fiscal Compact, the “Golden Rule” and the Paradox of European Federalism*, Boston College International & Comparative Law Review 1.

GARCÍA ESCUDERO, Pilar, LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, MEDINA GUIERRERO, Manuel y RIDAURA MÁRTINEZ, María Josefa (2012). *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29.

GARCÍA ROCA, Francisco Javier y MÁTINEZ LAGO, Miguel Ángel (2013). *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Civitas/Thomson.

GARCÍA ROCA, Francisco Javier y MÁTINEZ LAGO, Miguel Ángel (2014). El impacto de la crisis económica en nuestras dos constituciones, *Documentación Administrativa: Nueva Época*.

GARCÍA ROCA, Francisco Javier y MÁTINEZ LAGO, Miguel Ángel (2015). La repentina constitucionalidad de la Ley de estabilidad presupuestaria según la STC 215/2014, de 18 de diciembre. *Cívitas. Revista Española de Derecho Europeo*, n.º. 54.

GIUPPONI, Tommaso (2014.) Il principio costituzionale dell’equilibrio di bilancio e la sua attuazione», *Quaderni costituzionali*, XXXIV, n.1.

JOSÉ MENÉNDEZ, Agustín (2012). La mutación constitucional de la Unión

Europea, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 96.

MÁRTINEZ ALARCÓN, María Luz (2013). La estabilidad presupuestaria en el marco de la globalización, en *Constitución y globalización. Transformaciones del Estado constitucional*, Colección Actas Fundación Giménez Abad, Zaragoza.

MARTINEZ ALARCÓN, María Luz (2013). La estabilidad presupuestaria en el marco de la globalización, en “Constitución y globalización. Transformaciones del Estado constitucional”, Colección Actas Fundación Giménez Abad, Zaragoza.

MEDINA GUERRERO, Manuel (2011). CCAA. Y crisis económica: la eficiencia económica y política del Estado Autonómico en el actual contexto de crisis. En Cuadernos Manuel Giménez Abad.

MEDINA GUERRERO, Manuel (2013). El Estado Autonómico en tiempos de disciplina fiscal, *REDC*, núm. 98.

MEDINA GUERRERO, Manuel (2013). El Estado Autonómico en tiempos de disciplina fiscal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, mayo-agosto.

MELADO LIROLA, Ana Isabel (2013). La Reforma del artículo 135 de la Constitución: la transformación del papel del Presupuesto como instrumento principal de dirección política en un modelo híbrido de gobernanza, en Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española. LÓPEZ GARRIDO Y MARTINEZ ALARCÓN Coord. Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

MONTILLA MARTOS, José Antonio (2017). La financiación autonómica en la Reforma constitucional. Repensar la Constitución: ideas para una reforma de la Constitución de 1978, en *Reforma y Comunicación dialógica*. Parte primera / coord. T. FREIXES SANJUÁN Y J. C. GAVARA DE CARA.

PÉREZ MIRAS, Antonio (2013). La reforma del art. 135 y la constitucionalización de la Unión Europea en Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española. LÓPEZ GARRIDO Y MARTINEZ ALARCÓN Coord. Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

PÉREZ ROYO, Javier (2011). Encuesta sobre la reforma constitucional, *REDC* 93, septiembre-diciembre.

PÉREZ ROYO, Javier (2013). Por qué en España no se reforma la Constitución, en Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El artículo 135 de la Constitución española. LÓPEZ GARRIDO Y MARTINEZ ALARCÓN Coord. Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

PÉREZ ROYO, Javier (2014). La Reforma Imposible, *Gaceta sindical: reflexión y debate*, núm.23

RAFFIOTTA, Edoardo (2013). *Il governo multilivello dell'economia*, Bologna University Press.

RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro (2013). Las reformas necesarias para España. La Constitución y la articulación territorial del Estado Español. *Cuadernos de Pensamiento Político*, FAES, n.º. 40.



EL PROYECTO BEPS DE LA OCDE:  
¿UNA AMENAZA A LA SOBERANÍA O UNA OPORTUNIDAD?

*José Miguel Martín Rodríguez\**

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. ¿Qué situación provoca el nacimiento de la iniciativa BEPS? – 3. ¿Qué soluciones propone BEPS? – ¿Cómo se ha desarrollado la iniciativa BEPS? ¿No existían alternativas? – Bibliografía.

1. *Introducción*

El sistema de fiscalidad internacional se ha demostrado incapaz de dar respuesta a la progresiva integración de las economías y los mercados nacionales y las múltiples posibilidades de planificación fiscal que esta interconexión permite. Los sistemas tributarios nacionales, con las herramientas existentes hasta ahora no podían dar respuesta a los medios que permitían a estas grandes empresas erosionar las bases imponibles nacionales y trasladar sus beneficios a jurisdicciones de baja o nula tributación, en adelante BEPS, de acuerdo a sus siglas en inglés (*Base Erosion and Profit Shifting*). Alcanzar el objetivo teórico de un sistema tributario, que es lograr que los beneficios tributen allí donde se generan se ha convertido en una verdadera quimera

No obstante hemos tenido que esperar hasta una larga crisis económica y de déficit público (y deuda) para que los Estados que perdían recaudación por estos medios hayan destapado al gran público una situación que era conocida por todos los estudiosos de la fiscalidad internacional: las grandes multinacionales y en general cualquier empresa de una cierta envergadura emplea estrategias de planificación fiscal agresiva que le permiten reducir su tributación a niveles mínimos.

Hoy, tras tres años de intenso trabajo en el seno de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo) tenemos sobre la mesa un conjunto de medidas para combatir estos problemas que ponen en peligro la sostenibilidad del Estado de bienestar. La OCDE impulsó esta iniciativa que a principios del año 2013 en que publicó el primer documento en denunciar abiertamente estas prácticas: *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*.

\* Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

Pocos meses después proponía un plan de 15 medidas que suponen un giro copernicano en la visión de la fiscalidad internacional y que pretenden poner coto al empleo de estas técnicas elusivas por parte de las multinacionales: el *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*.

A día de hoy ya están publicados todos los informes finales del Proyecto BEPS y estas acciones deben comenzar a implementarse por los Estados que, en principio, han participado en su creación. Una de las características más destacadas de este proyecto, como no podía ser de otra manera, es su vocación de universalidad. De nada sirve que solo adopten estas medidas un grupo de Estados, pues las multinacionales seguirían encontrando caldo de cultivo en otros.

Al margen del contenido de este plan de acción, que describiremos brevemente, en este trabajo pretendemos analizar la legitimidad de una organización internacional como la OCDE; integrada apenas por 35 países, para canalizar una iniciativa de este calado. ¿Ha usurpado la OCDE la soberanía de los Estados? ¿Ha sido un instrumento para alcanzar consensos que de otro modo hubieran resultado imposibles?

Esta comunicación se estructura de forma sintética en una serie de preguntas cuyas respuestas nos ofrecerán el cuerpo y el propio desenlace del trabajo.

- ¿Qué situación provoca el nacimiento de la iniciativa BEPS?
- ¿Qué soluciones propone BEPS?
- ¿Cómo se ha desarrollado la iniciativa?
- ¿No existían alternativas?

Hemos elegido este formato teniendo presente que su destino inicial es una breve presentación oral, a salvo de su posterior desarrollo para una eventual publicación. Del mismo modo, dada la complejidad técnica de algunas cuestiones propias de la fiscalidad internacional vamos a tratar de explicar los conceptos más importantes y eludir largas disquisiciones teóricas.

## 2. ¿Qué situación provoca el nacimiento de la iniciativa BEPS?

Al margen de algunos números que expondremos a continuación, la situación que ha dado lugar a la iniciativa BEPS se puede resumir en la siguiente frase:

«We're not accusing you of being illegal, we are accusing you of being immoral». (no les estamos acusando de una actuación ilegal, les estamos acusando una actuación inmoral)

Esta frase fue pronunciada por la presidenta del *Public Accounts Committee*

del Parlamento Británico Margaret Hodge dirigiéndose a Matt Brittin, director de operaciones de Google en el Norte de Europa durante la comparecencia en que este defendía la legalidad de las operaciones realizadas para minimizar la tributación<sup>1</sup>.

Como vemos el Reino Unido fue uno de los primeros Estados en poner en marcha iniciativas para poner en evidencia estas prácticas de las multinacionales, especialmente porque como se pudo corroborar antes y después de estas comparecencias, las cifras de tributación efectiva en el Reino Unido estaban siendo mínimas. Veamos algunos ejemplos aberrantes:

- Starbucks apenas había tributado 8,6 millones de libras sobre sus beneficios en el Reino Unido en los últimos 14 años con cifras de ventas de 3.000 millones de libras<sup>2</sup>.

- Google en el año 2012 igualmente apenas alcanzó los 30 millones de libras sobre una cifra de negocio teórica de 5.000 millones de libras (que en la práctica eran apenas 500 millones dado que Google UK no era en último término más que un comisionista<sup>3</sup>.

- Facebook fue también tildado de “disingenuous and immoral” (falso e inmorale) por eludir impuestos en Reino Unido al tributar únicamente 238.000 libras por unos ingresos de 175 millones de libras en el año 2012<sup>4</sup>.

En este punto es necesario distinguir tres conceptos importantes, en ocasiones difícilmente separables. Por un lado el de evasión fiscal (*tax evasion* o *tax fraud*, en inglés), que consiste *grosso modo* en la ocultación de operaciones a las Administraciones tributarias nacionales. Estas conductas, conocidas comúnmente como fraude fiscal pueden desembocar incluso en responsabilidad penal en nuestro sistema. Por otro lado tenemos la elusión fiscal (*tax avoidance*, en inglés) que mediante el empleo del ordenamiento, utilizando de forma forzada herramientas o aprovechando la descoordinación entre los sistemas tributarios nacionales, consigue minimizar la tributación. No hay ocultamiento, pero a todas luces se emplea la normativa tributaria de una forma torticera, podría ser el equivalente al genérico fraude de ley, en

<sup>1</sup> Concretamente el director de operaciones de Google llegó a aducir que: «Like any company you play by the rules [and] manage costs efficiently to offer fair value to shareholders» (Como cualquier empresa una juega con las reglas y gestiona los costes de manera eficiente para ofrecer el mayor valor al accionista). Véase: «Amazon, Google and Starbucks accused of diverting UK profits», *The Guardian*, 12 de noviembre 2012.

<sup>2</sup> «Starbucks ‘paid just £8.6m UK tax in 14 years’», *BBC News*, 16 de octubre de 2012.

<sup>3</sup> «Google pays £21.6m tax in UK, where revenues are \$5.6bn», *Financial Times*, 24 de julio de 2014.

<sup>4</sup> «Facebook accused of taking UK for a ride over taxes», *The Guardian*, 10 de octubre de 2012.

nuestra normativa tributaria el conflicto en la aplicación de la norma. La separación entre evasión y elusión es aparentemente clara pero incluso el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea confunde estos términos en ocasiones (Sanz Gómez, 2010).

Finalmente existe la planificación fiscal, que es el ejercicio del derecho de opción de emplear, dentro de las alternativas lógicas del ordenamiento tributario, aquella solución que permite una menor tributación. La línea que separa la elusión fiscal de la planificación fiscal legítima en ocasiones es tan delgada que en los últimos años se ha acuñado el término de planificación fiscal agresiva para hacer referencia a las prácticas más comunes de las multinacionales, pues no siempre es posible calificar las conductas como de elusión fiscal (que en principio generan la posibilidad por parte de la Administración a exigir que la operación tribute conforme a la norma eludida).

En la fiscalidad internacional las multinacionales se han convertido en maestras de esta planificación fiscal agresiva, en pocas ocasiones podremos quizás acusarlas de elusión fiscal. Al final todo este conflicto se resume en un conjunto de conductas que hasta este estallido de BEPS eran conocidas por los expertos en fiscalidad internacional pero que hoy día ya son criticadas en cualquier foro. La crisis económica y las medidas fiscales, que han incidido especialmente sobre las rentas medias, han configurado un escenario público mucho más proclive a denunciar esta situación. No obstante, siendo francos, la facturación de estas grandes multinacionales no se ha visto realmente afectado por estos escándalos. ¿Estamos anestesiados frente el poder de estos monopolios?

La duda que nos debe asaltar es dónde van a parar entonces los beneficios de estas multinacionales que apenas tributan, ¿se canalizan en reinversiones en su propio negocio?, ¿en dividendos?

La realidad de las cifras demuestra que los paraísos fiscales son su destino final. Las cifras de Inversión Extranjera Directa (IED) así lo indican. En el año 2010, por ejemplo, el FMI y la OCDE manejaban unas cifras de IED en Barbados, Bermudas e Islas Vírgenes (5,11% de la IED mundial) superior a la recibida por Alemania (4,77%) o Japón (3,76%). No solo eso, a su vez la inversión en otros Estados también se canaliza a través de estos países. Por poner un ejemplo en este mismo año Las Islas Vírgenes Británicas fueron el segundo mayor inversor del mundo en China (14%), solo después de Hong Kong (45%) y con más del triple de inversión que Estados Unidos. (4%). Por poner cifras de otro Estado, Chipre (28%), las Isla Vírgenes Británicas (12%) y Bermudas (7%) fueron los tres mayores inversores en Rusia.

No solo estos pequeños Estados concentran el flujo de capitales en el

mundo, el problema es que en el seno de la propia Unión Europea Estados miembros tan consolidados como Irlanda, Países Bajos o Luxemburgo están también en la lista, no de paraísos fiscales (caracterizados por la ocultación de patrimonios y operaciones de forma opaca, sin intercambio de información) pero sí de grandes actores de este juego de la elusión fiscal.

En el caso de Luxemburgo otra comunicación se ocupará de denunciar la práctica de los *Tax Rulings*, acuerdos preferentes tributarios a las multinacionales. Irlanda y los Países Bajos son copartícipes de una de las estrategias de elusión más comunes (y efectivas) en el mundo: *Double Irish with a Dutch Sandwich*. La estructura es compleja, pero básicamente permite trasladar desde dos empresas irlandesas, una de ellas gestionada desde un paraíso fiscal (Islas Caimán o Bermudas son las preferidas), empleando como conducto una sociedad holandesa, la mayoría de los beneficios, no solo de la operativa de las multinacionales en Europea, sino incluso de Estados Unidos.

Por poner sobre la mesa un último dato, en las Islas Caimán se encuentra la llamada *Ugland House*, un pequeño edificio de oficinas de cuatro plantas donde hay registradas más de 20.000 empresas. Barack Obama llegó a decir de ella: «Now, that's either the biggest building or the biggest tax scam on record». (Es el mayo edificio del mundo o la mayor estafa tributaria conocida). Sin duda, la solución era la b)

Los números, insistimos, son aberrantes, por lo que tiene cierta lógica que una vez conocidos por los ciudadanos estos se alcen exigiendo una mayor justicia en la distribución de la carga tributaria, pensemos que las estimaciones del impacto de las prácticas denunciadas por BEPS en la recaudación tributaria de los Estados puede superar los 250.000 millones de dólares anuales. Pero, ¿realmente los Estados desconocían estas prácticas?

Por supuesto que no, de hecho como denuncia la doctrina, los mismos gobiernos que ahora pretenden gravar de forma más onerosa la actividad de las multinacionales no han cesado de ofrecerles beneficios tributarios (Carbajo Vasco, 2015). Se confirma así que no solo estamos ante un problema de planificación fiscal agresiva de las multinacionales, sino también, principalmente, de competencia fiscal desleal entre los Estados.

Las multinacionales, por su capacidad para deslocalizar segmentos concretos de la actividad, trasladar recursos entre las diferentes filiales o establecimientos permanentes y, en definitiva, aprovechar todos y cada uno de los instrumentos de la planificación fiscal (precios de transferencia, subcapitalización, etc.) son especialmente sensibles a la oferta de incentivos fiscales (Kiegebeld, 2006). No obstante, el verdadero problema, al margen de la creación de regímenes preferenciales concretos es que estos Estados, proclives a la existencia de esta competencia fiscal, no aplican con especial rigor

las normas anti-elusión para frenar el empleo ventajoso de las estructuras jurídicas internacionales. Si no todos lo hacen con la misma intensidad o, simplemente, se sitúan a diferentes lados del campo, se crea el escenario ideal para una competencia fiscal desleal entre Estados y para una libertina planificación fiscal agresiva (Martín Rodríguez, 2013).

### 3. ¿Qué soluciones propone BEPS?

Aquí entramos quizás en la parte más técnica de la presentación por lo que seremos lo más breves posibles. Todo empieza con la publicación por parte de la OCDE, a principios de 2013, del documento, ya citado, en que se denuncian abiertamente las prácticas que provocan la erosión de bases y el traslado de beneficios, evitando que los beneficios tributen allí donde se generan: *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*. Antes de finalizar el año 2013, ya con el respaldo expreso del G-20 tras su reunión en San Petersburgo del 5-6 de septiembre de 2013, publicó el documento clave *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, en que se propone un plan de 15 medidas para atajar estas prácticas y cambiar, de una forma u otra, el paradigma de la fiscalidad internacional, centrado hasta entonces en evitar la doble imposición y no en obstaculizar estas prácticas de planificación fiscal agresiva “legales, pero inmorales”.

El trabajo en torno a estas 15 acciones se ha dividido en dos fases principales, una primera etapa hasta el 16 de septiembre de 2014 en que la OCDE hizo público un primer grupo de informes no finales con recomendaciones sobre cómo hacer frente a este problema de forma coordinada. Posteriormente a finales del año 2015 se han publicado los informes finales, incluyendo también el resto de acciones.

- Acción 1: hacer frente a los desafíos fiscales que plantea la economía digital
- Acción 2: neutralizar los efectos de los dispositivos híbridos
- Acción 3: reforzar las normas sobre transparencia fiscal internacional
- Acción 4: limitar la erosión de la base imponible vía deducción de intereses y otros pagos financieros
- Acción 5: incrementar la eficiencia de las medidas para contrarrestar las prácticas fiscales perjudiciales, teniendo cuenta la transparencia y la sustantividad
- Acción 6: impedir el abuso de los convenios para evitar la doble imposición (CDI)

- Acción 7: impedir la evitación deliberada de la condición de establecimiento permanente
- Acciones 8 a 10: garantizar que los resultados en materia de precios de transferencia tengan correspondencia con la creación de valor (lo que incluye medidas relativas a intangibles, riesgos y capital, y otras operaciones de alto riesgo)
- Acción 11: establecer métodos para la recopilación y análisis de datos sobre erosión de la base imponible, traslado de beneficios y medidas para abordar esta cuestión
- Acción 12: requerir a los contribuyentes que comuniquen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva
- Acción 13: nuevo análisis de la documentación sobre precios de transferencia.
- Acción 14: hacer más efectivos los mecanismos para la resolución de controversias (procedimientos amistosos)
- Acción 15: desarrollar un instrumento multilateral para la aplicación de las medidas desarrolladas.

En la práctica estas medidas pueden agruparse en seis grupos.

- Economía digital: pretende hacer frente a los retos que supone esta nueva manera de hacer negocios para la fiscalidad internacional. Aunque las conclusiones de esta acción son vagas y sus resultados débiles, su objetivo no era crear un sistema independiente de tributación para este grupo de actividades, sino realmente adaptar algunos elementos a las particularidades de este sector ante los riesgos especiales de deslocalización que facilita. Al final los objetivos se contienen en otras acciones (establecimiento permanente, precios de transferencia, intangibles, etc.) por lo que su contenido autónomo ha perdido relevancia.
- Instrumentos híbridos: La característica principal de estas estructuras financiera es la posibilidad de conseguir múltiples deducciones derivadas de un mismo gasto o deducciones en una jurisdicción que no se corresponden con tributación en ninguna otra. Además se proponen cambios para asegurar que los beneficios a estas entidades solo se otorguen bajo determinadas condiciones, evitando duplicidades. Existen avances al implantar estas medidas en el Modelo de Convenio de la OCDE y haberse acogido ya por varios Estados en su normativa interna.
- Prácticas fiscales perjudiciales: El objetivo es limitar los regímenes fiscales preferenciales que pretenden atraer actividades sin que exista un negocio real (sustancia) y exigir a su vez mayor transparencia de los acuerdos particulares que se puedan concluir los Estados (*tax rulings*). Los avances en

este campo parecen significativos al estar extendiéndose un teórico intercambio de estos *rulings* aunque la normativa tiene serias carencias.

- Precios de transferencia – Este es en nuestra opinión el principal caballo de batalla de la fiscalidad internacional y del propio BEPS, especialmente ante la difícil valoración de los intangibles (*know how*). Se pretende adaptar la valoración de los mismos en cada Estado a la cadena de creación de valor de los mismos en función de las acciones relevantes (*nexus approach*) y no de los meros contratos que los localizan en los Estados con mejor tratamiento fiscal. Del mismo modo se pretende mejorar la documentación relativa a la valoración de los mismos con un importante hito, el informe país por país (*Country by Country*) en el cual las multinacionales deberán informar de la localización de los beneficios en cada Estado, comunicando los ingresos, beneficios e impuestos pagados en todas las jurisdicciones en las que operan, así como algunas otras medidas indicativas de su actividad económica. Esto permitirá a las administraciones tributarias comprender en mayor medida, y gracias a ello controlar y afrontar de forma más eficiente, las conductas tipo BEPS.

- Abuso de los convenios para evitar la doble imposición: La amplia red de CDI existente en el mundo facilita el empleo de los mismos para minimizar la tributación especialmente a través del empleo de terceros Estados para acceder a la condición de beneficiario de los beneficios previstos en estos CDI (tributación reducida en la fuente de algunas rentas). El modelo de CDI ya está adaptando ampliando las medidas que permiten excluir a las empresas que pretendan acceder a los beneficios de los CDI por esta vía.

- Desarrollo de un instrumento multilateral para la implementación de estas medidas: Esta es la iniciativa más ambiciosa, al pretender aglutinar en un único Convenio al que accederían todos los Estados firmantes, las principales medidas acordadas en BEPS. La adopción de este instrumento multilateral modificaría simultáneamente todos los CDI bilaterales de los países firmantes, por lo que la implementación de BEPS sería mucho más rápida y eficiente.

A día de hoy ya están publicados todos los informes finales del Proyecto BEPS y estas acciones deben comenzar a implementarse por los Estados que, en principio, han participado en su creación. No obstante, no debemos olvidar que estas acciones no dejan de ser *soft law*, pero incluso dentro de dicha categoría tienen diferente alcance (CARBAJO VASCO, 2016), desde estándares mínimos, enfoques comunes a mejores prácticas. Solo los primeros, (acciones 5, 6, 13 y 14) obligan a los Estados de la OCDE a implantarlos en su ordenamiento.

La propia Unión Europea ha adaptado ya alguna de las propuestas a su

normativa interna, siendo incluso España pionera en la inclusión de algunas de ellas en su normativa interna (CÁMARA BARROSO, 2016). No obstante, como indicábamos en la introducción, al margen de su contenido, lo que nos plantea dudas es la legitimidad de la OCDE; integrada apenas por 35 países, para canalizar una iniciativa de este calado.

#### 4. *¿Cómo se ha desarrollado la iniciativa BEPS? ¿No existían alternativas?*

En principio la OCDE está integrada solo por 35 países, una lista entre la cual se encuentran los Estados miembros más importantes de la UE, Estados Unidos, o Japón. Como vimos anteriormente son ellos y no otros los principales perjudicados, en teoría por este conjunto de prácticas elusivas. Faltan, sin embargo actores de la economía internacional de la relevancia de China, India, Brasil o Rusia no están integrados en ella.

La legitimidad aparente de esta organización para proponer medidas que aglutinen a todos los Estados, único modo en que realmente se pueden combatir estas prácticas, parece inicialmente débil. Pensemos que si varios Estados importantes se quedan fuera de estos acuerdos pueden seguir sirviendo de refugio de un modo u otro de estos beneficios; o peor aún, los demás Estados pueden adoptar represalias comerciales y legales que pueden dar al traste con el comercio internacional tal y como hoy lo conocemos.

Ante esta situación lo cierto es que en el seno de la OCDE se han formado grupos de trabajo para cada una de las acciones abiertas también a Estados no participantes. Este hecho no solo ha permitido la incorporación a los acuerdos finales de todos Estados integrantes en el G-20, que de manera explícita apoyaban la propuesta, sino de otros 40 Estados. Entre ellos una docena de Estados en vías de desarrollo que han participado en las reuniones a más alto nivel del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE. Incluso se han organizado reuniones regionales en África, Asia o Latinoamérica.

De hecho, el consenso internacional alcanzando en torno a BEPS es amplio, lo cual a priori parece un éxito si tenemos presente que de su implantación global depende realmente su éxito.

Pensemos que las alternativas que hasta ahora se habían manejado en el ámbito de la fiscalidad internacional no eran nada halagüeñas. Por un lado Estados Unidos, habituado a actuar mediante medidas unilaterales como el acuerdo FATCA que ha impulsado el intercambio de información de cuentas bancarias de sus ciudadanos con el resto del mundo bajo amenaza de retener un 30% en todos los pagos con destino a dichos Estados. Lo que no había logrado la Unión Europea mediante sus interminables negociaciones (el

secreto bancario en Austria por ejemplo se aplica respecto a los Estados miembros aún hasta 2017, pero no a Estados Unidos) lo había conseguido una nación extranjera mediante la amenaza de represalias. ¿Es este unilateralismo el único medio de avanzar en la fiscalidad internacional? Estados Unidos parece amenazar con nuevo desplante tras el que realizó a la anterior gran iniciativa sobre paraísos fiscales de la OCDE (Informe de la OCDE: Harmful tax competition: an emerging global issue, París, 1998) al haber aprobado un nuevo modelo de CDI cuando se estaban culminando los trabajos en el seno del proyecto BEPS que acoge solo parcialmente algunos de las propuestas pero ignora frontalmente otras.

La otra solución es la Unión Europea, en cuyo seno, no lo olvidemos, están algunos de los Estados que más han contribuido a llegar a esta situación en la cual los beneficios se distribuyen de forma muy diferente a como son generados. Legitimados por el ejercicio de las libertades de circulación, si un solo Estado miembro actúa de forma laxa frente a estas prácticas, actuará como ventana abierta que hará escapar todos los esfuerzos de los restantes Estados.

El trabajo más difícil ya está hecho, encontrar puntos en común para reformar la forma en que las multinacionales se relacionan con el mundo, debiendo hacerlo de forma más transparente y ofreciendo información sobre el importe final de su tributación en aquellos Estados en los que operan. Aunque por desgracia la opinión pública parece más indignada que los consumidores las multinacionales parecen asumir este nuevo rol en la economía global.

El empleo de la OCDE, con el innegable apoyo del G-20, se ha demostrado como la mejor alternativa para acabar con estas prácticas ante la inexistencia de otros foros equivalente. La pelota está ahora en el tejado de los Estados que deben implementarlas de forma coordinada o, de nuevo, existirán diferencias entre Estados que serán aprovechadas por los nuevos “amos del mundo”, las multinacionales. La opción es clara, o competición, o cooperación.

### *Bibliografía*

CALDERÓN CARRERO, J. M. y PUYOL MARTINEZ-FERRANDO, A. “El Paquete UE de Transparencia Fiscal 2015: nuevas medidas del Plan “EU-BEPS” en el horizonte”, *Centro de Estudios EY*, Marzo 2015.

CÁMARA BARROSO, M.C., “Normativa doméstica y era post-BEPS: ¿hacia dónde vamos?”, “?”, *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, n.º. 15, 2016, págs. 21-28.

CARBAJO VASCO, D. “El Plan de Acción de la Iniciativa BEPS. Una perspectiva empresarial”, *Crónica Tributaria*, núm. 154, 2015, págs. 49-67.

- “Reflexiones ciertamente escépticas acerca del post-BEPS”, *Documentos – Instituto de Estudios Fiscales*, nº 15, 2016, págs. 29-36.

JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D. J. “Evaluando BEPS: ¿es necesario un cambio de paradigma en la fiscalidad internacional?”, *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, nº 15, 2016, págs. 81-90.

KIEKEBELD, B. J., *Harmful tax competition in the European Union*, Wolters Kluwer, Rotterdam, 2006.

MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J.M., “El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (“BEPS”): ¿el final, el principio del final o el final del principio?”, *Quincena Fiscal*, núm. 1, 2014, BIB 2014\267.

MARTÍN RODRÍGUEZ, J.M. (2013), *Competencia fiscal e imposición indirecta en la Unión Europea*, CEF, Madrid.

OECD (2013), *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, OECD Publishing, Paris.

OECD (2014), *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, OECD Publishing, Paris.

PEDROSA LÓPEZ, J. C., “El plan de acción BEPS de la OCDE: pasado, presente y futuro”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 2, 2015, págs. 689-706

RAMOS PRIETO, J. (coord.), *Erosión de la base imponible y traslado de beneficios estudios sobre el Plan BEPS de la OCDE : comentarios a las acciones 1, 2, 5, 6, 8, 13 y 15*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

SANZ GÓMEZ, R. (2010), *Las cláusulas anti-abuso específicas tributarias frente a las libertades de circulación de la Unión Europea*, Bosch Fiscalidad, Barcelona.

# LA QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE SOBERANÍA ANTE EL PARADIGMA DE LA GLOBALIZACIÓN: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO MERCANTIL

*Miguel Martínez Muñoz\**

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Origen del Derecho Mercantil: El *Ius Mercatorum*. – 3. El Derecho Mercantil en la Edad Moderna. – 4. La Codificación mercantil. – 5. El paradigma de la globalización. – 6. El Derecho de la Unión Europea. – 7. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

## 1. Introducción

El Derecho Mercantil se encuentra ligado por razones históricas con la evolución del Estado y del principio de soberanía. En este sentido, se aprecia cierto paralelismo entre la configuración del Derecho Mercantil y la formación del Estado moderno, toda vez que desde la Baja Edad Media se ha venido produciendo un paulatino proceso de constitución de esta disciplina jurídica a la sombra del principio de soberanía estatal.

Así, será en los siglos XVI a XVIII cuando tenga lugar la objetivación y, sobre todo, la estatalización del Derecho Mercantil, de tal suerte que el Estado reivindicará el monopolio de la función legislativa, pasando el *Ius Mercatorum* a formar parte del Derecho estatal. Fundamentalmente esta evolución afectará al sistema de fuentes y hará que las normas mercantiles dejen de tener una base consuetudinaria, es decir, que la costumbre mercantil o los usos de comercio dejarán de ser la fuente principal de esta rama del Ordenamiento y se verán desplazados por la Ley emanada de la soberanía estatal. La progresiva estatalización iniciada culminará en el siglo XIX con la Codificación, proceso en el que el Estado llevará a su máxima expresión el monopolio de la función legislativa y delimitará positivamente la materia mercantil, construyendo así un Derecho privado especial. Así, según PETIT, “un acusado proceso de “juridificación” acabó entonces con el *ius mercatorum* y engendró el naciente Derecho mercantil. El saber comercial mutó en *código*, la disciplina doméstica se hizo economía política y la religión pasó a ser, olvidada su vocación ordenante, simple y llana cuestión de libertad: una opción individual” (2016: 35).

No obstante, a pesar de este proceso histórico, podemos considerar que

\* Universidad Pontificia Comillas.

desde hace unos años se viene presenciando la quiebra del principio de soberanía, asistida fundamentalmente en el ámbito del Derecho Mercantil por el fenómeno de la globalización. En efecto, el paradigma de la globalización ha dado lugar al nacimiento de una nueva *Lex Mercatoria* que excede el ámbito de la soberanía estatal, creando a este respecto regulaciones de índole regional o mundial. El progresivo proceso de integración europea en el que España está inmerso desde el año 1986 ha traído como consecuencia importantes cambios en la legislación mercantil, los cuales reflejan una tendencia hacia la unificación de esta disciplina jurídica tanto a nivel mundial como comunitario.

Actualmente, el Derecho Mercantil es un *Derecho del mercado* y, en tanto al mercado, como institución central de la regulación mercantil, merece los caracteres de único, globalizado y sujeto a la libre competencia, se puede (y se debe) considerar que ha traspasado los límites de la soberanía estatal, instaurándose consecuentemente un Derecho Mercantil de corte global que supone la constatación del fin del principio de soberanía.

## 2. Origen del Derecho Mercantil: el *Ius Mercatorum*

Se puede situar el origen del Derecho Mercantil en la Baja Edad Media (siglo XII aproximadamente) cuando se pasa de una economía agraria y feudal a otra urbana y comercial. En este contexto, se configura un *Ius Mercatorum* como Derecho autónomo o *ius proprium* y distinto del Derecho Común, en la medida en que aquél nació del tráfico mismo y para satisfacer necesidades específicas que no podía o no sabía satisfacer el *Ius Commune* (URÍA-MENÉNDEZ, 2006: 31; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1971: 1 y ss.). Así, el Derecho Común prescinde de regular toda práctica de comercio, salvo ciertos temas de seguros, cambios y compañías, y deja la misma en manos de cada uno de los distintos oficios y gremios, los cuáles van estableciendo sus propias normas a partir de la costumbre mercantil observada en cada lugar.

Los rasgos que permiten configurar el Derecho Mercantil en esta primera etapa son varios. En primer lugar, el Derecho Mercantil es un *Derecho corporativo*, es decir, un Derecho creado por los comerciantes, agrupados en corporaciones, para regular las cuestiones comerciales que acontecían en su práctica profesional. En segundo lugar, es un *Derecho usual*, toda vez que la fuente principal de creación de este cuerpo normativo es la costumbre mercantil, formada a través de los distintos usos de comercio (ALFARO ÁGUILA-REAL, 1993: 3 y ss.). En tercer término, constituye un *Derecho de aplicación autónoma*, en la medida en que se crean en el seno de las

corporaciones o Consulados unos tribunales específicos que configuran la jurisdicción consular, encargada de administrar justicia según los usos de comercio. En definitiva, el Derecho Mercantil constituye un *Derecho sustancialmente uniforme* a pesar de su origen conexo a las distintas corporaciones y gremios (y aparentemente disperso), toda vez que existían relaciones fluidas entre las ciudades, ferias y mercados y el tan importante tráfico mercantil, especialmente marítimo (JIMÉNEZ DE PARGA, 1978: 315 y ss.).

Las normas mercantiles o, más bien en aquella época, los usos de comercio, se recogieron por escrito en los Estatutos de los gremios y corporaciones y, en ocasiones, también en las Ordenanzas de las ciudades, las cuales recogían preceptos reguladores del comercio (PETIT, 2016: 39 y ss.). La manifestación más acusada de este proceso histórico medieval se encuentra en el llamado Derecho estatutario italiano, en la medida en que ciertas ciudades italianas se configuraron como centros comerciales de primer orden y plasmaron por escritos sus usos comerciales, proceso que se extendió a Francia, Alemania y los Países Bajos (URÍA-MENÉNDEZ, 2006: 32; VISENTINI, 2009: 594-595). En el caso español, destacan las aportaciones de Valencia y, especialmente de Barcelona, donde se produjo el Libro del Consulado del Mar, que adquirió una relevancia notable en las plazas españolas y extranjeras por su recopilación de los usos marítimos medievales y contribuyó fuertemente al desarrollo del Derecho Mercantil. Igualmente, tuvieron un papel muy importante las Ordenanzas de Burgos, Bilbao y Sevilla (IGLESIA FERREIRÓS, 1997: 109 y ss.).

### 3. *El Derecho Mercantil en la Edad Moderna*

Durante los siglos XVI a XVIII, el Derecho Mercantil iniciará un doble proceso de objetivación y, en lo que más nos interesa, de estatalización.

Por lo que respecta al proceso de objetivación, el mismo consiste en que el Derecho Mercantil no se va a aplicar en función de si la persona que interviene merece la calificación de comerciante, sino, antes bien, si tiene lugar un “acto de comercio” en el tráfico jurídico, con independencia de quiénes sean los sujetos que lo realicen, comerciantes o no. Esta objetivación produce la expansión del Derecho Mercantil, lo cual resulta acorde con el incremento de la actividad empresarial, aplicándose dicho ordenamiento jurídico a todos aquellos actos con trascendencia mercantil.

Sin embargo, la evolución que más interesa a nuestro trabajo es la estatalización experimentada por el Derecho Mercantil durante la Edad Moderna, momento histórico en el que el Estado reivindica para sí el

monopolio de la función legislativa, pasando el Derecho Mercantil a formar parte del Derecho estatal (URÍA-MENÉNDEZ, 2006: 33; VISENTINI, 2009: 596-597). En este sentido, el Derecho Mercantil deja de ser dictado por las corporaciones y gremios y pasa a ser regulado directamente por el poder central, dictándose a tales efectos las Ordenanzas estatales y no así las emanadas de las ciudades o Consulados. La estatalización produce un cambio radical en el sistema de fuentes, de tal suerte que acontece el tránsito del uso de comercio a la ley (GIBERT, 1963: 1 y ss.). En este sentido, el Derecho Mercantil abandona su carácter de Derecho usual y se convierte en un Derecho legislativo al adquirir la ley el rango de fuente primera, quedando relegada la costumbre mercantil a un segundo plano.

Un ejemplo de la fuerte estatalización del Derecho Mercantil lo encontramos en la Francia de Luis XIV, cuando el Estado del Rey Sol emite dos célebres Ordenanzas: la del Comercio terrestre de 1673 y la de la Marina de 1681, las cuales tendrán una fuerte influencia en la codificación mercantil posterior. En la misma línea, en España se dan las Ordenanzas de Bilbao de 1737, que tuvieron una relevante influencia tanto en España como en la América española hasta la entrada en vigor del Código de Comercio de 1829 (ARROYO MARTÍNEZ, 2000: 25 y ss.).

En nuestro país, los siglos XVII y XVIII serán claves para la formación del moderno Derecho Mercantil estatal, pues, además de perfeccionarse muchas instituciones mercantiles, surgirán otras nuevas, tales como las sociedades anónimas o por acciones (HIERRO ANIBARRO, 1998), la Bolsa y los negocios bancarios (Banco de San Carlos o el Real Giro). Así, señala PETIT “del gobierno civil y político al gobierno económico; de la *iurisdictio* a la *oeconomia*. La realeza ilustrada recorrió la parábola que separaba, hasta finalmente unir las, ambas posibilidades de ejercicio legítimo del poder (...) Se trataba – en expresión de José Moñino, conde de Floridablanca – de desplegar aquel *gobierno activo* que provocó una intensa intervención del poder en el espacio, antes autónomo, del *ius mercatorum*” (2016: 163).

#### 4. La Codificación mercantil

El proceso de estatalización progresiva del Derecho Mercantil culmina en el siglo XIX con el Código de Comercio de 1829, elaborado por Pedro Sáinz de Andino y sustituido en 1885 por el Código de Comercio que se encuentra aún vigente en la actualidad, si bien la normativa mercantil sectorial y especial posterior ha ido derogando gran parte de su contenido (ROJO, 1991: 475 y ss. y SÁENZ DE SANTAMARÍA GÓMEZ-MAMPASO, 2011: 469 y ss.). A este

respecto, señala URÍA-MENÉNDEZ que la codificación “se presenta como un instrumento de la unidad nacional y responde al ideal de transformar la razón en ley escrita e igual para todos” (2006: 34). En idéntico sentido, pone de manifiesto GALGANO: “el Derecho mercantil experimenta una doble transformación: era derecho de clase y se convierte en derecho del Estado, era derecho universal y se convierte en derecho nacional” (1981: 68) (VISENTINI, 2009: 597 y ss.). De esta forma, el Código de Comercio aglutina todas las normas mercantiles del momento y constituye la máxima expresión del Derecho Mercantil estatal legislativo.

De la misma manera, la objetivación iniciada en la etapa histórica anterior se consolida con el Código de Comercio de 1885, que establece el sistema de acto de comercio para decidir acerca de la aplicación de las normas mercantiles codificadas. En general, no será necesaria la intervención de un comerciante, si bien el Código traiciona con frecuencia esa aparente concepción objetiva al exigir la participación de un comerciante en muchos contratos como requisito indispensable para que puedan ser calificados como mercantiles (URÍA-MENÉNDEZ, 2006: 36).

Por otro lado, llama la atención que el Código de Comercio español (1829 y 1885) llegue antes en el tiempo que el Código Civil (1889), encontrándose la explicación de esta circunstancia en el retraso producido por el problema foral que impide que sea la codificación civil la que abra el camino, tal y como ocurre en el caso francés, donde el Código Civil de 1804 precede al mercantil de 1807. El caso español es único y ya en 1829 se promulgó un Código de Comercio basado mayoritariamente en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 pero, también, en el Derecho de Castilla, ofreciendo una regulación amplísima de ciertas materias y, ciertamente, pobre de otras como la contratación mercantil, fruto sin duda del retraso de la codificación civil (PETIT, 2016: 350 y ss. y MOTOS GUIRAO-BLANCO CAMPAÑA, 1991: 11 y ss.). En 1885 llegó el relevo de la mano del nuevo Código, el cual se compone de cuatro libros: “De los comerciantes y del comercio en general”; “De los contratos especiales del comercio”; “Del comercio marítimo”; y “De la suspensión de pagos, de las quiebras y de las prescripciones”. En total, 955 artículos que han llegado hasta nuestro días y que siguen siendo de aplicación a pesar de las leyes especiales dictadas en los últimos años.

En la actualidad existe un Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, el cual persigue aglutinar la mayor parte del Derecho Mercantil en un texto único, iniciativa que se ha visto paralizada en los últimos tiempos por los problemas políticos en nuestro país pero que, antes de la celebración de las últimas primeras elecciones, se encontraba en tramitación parlamentaria. Habrá que esperar a ver qué le deparan los nuevos tiempos a esta propuesta.

### 5. *El paradigma de la globalización*

Las revoluciones industriales y las transformaciones económicas han conformado el paradigma de la globalización, el cual ha influido en el Derecho Mercantil de una forma bastante notable (VISENTINI, 2009: 601 y ss.). Quizá se trata de la rama del ordenamiento jurídico que más exposición tiene a la globalización, toda vez que la economía actual es global y los negocios entre comerciantes y particulares se realizan sin limitaciones ni fronteras de ninguna clase. En efecto, el Derecho Mercantil ha evolucionado desde un *Ius Mercatorum* usual y local hacia un Derecho estatal y objetivo y, hoy en día, dicha disciplina jurídica constituye un Derecho de mercado global que supone la constatación del fin del principio de soberanía en la materia mercantil.

Se puede decir sin ningún género de duda que el antiguo *Ius Mercatorum* ha dado paso a una *Lex Mercatoria* supranacional, en la que las disputas mercantiles no se dirimen en los tribunales de ningún Estado sino, antes bien, en las Cortes Arbitrales internacionales de creciente importancia y prestigio. El principio universal de autonomía de la voluntad ha permitido la proliferación de convenios internacionales en diferentes asuntos de Derecho Mercantil así como en la expansión de las condiciones generales y de los contratos tipo preparados por profesionales del comercio exterior (URÍA-MENÉNDEZ, 2006: 37). Igualmente, adquiere gran trascendencia la creación continuada de nuevos instrumentos jurídicos con una vocación permanente hacia el tráfico internacional. Piénsese, por ejemplo, en las aplicaciones *Fintech* o tecnologías aplicadas a las finanzas, tales como *apps* de pago o plataformas de compensación *on-line*. Por otro lado, destacan las emisiones de valores o instrumentos de deuda por parte de las sociedades de capital como forma de obtención de financiación, pudiendo ser adquiridos estos títulos por sujetos internacionales.

Sin embargo, a pesar de la quiebra del principio de soberanía por el paradigma de la globalización, se observa en los trabajos realizados por distintos comités y organismos internacionales que el Derecho Mercantil supranacional sigue estando fuertemente basado en usos y costumbres mercantiles, siendo deseable a este respecto su fijación y unificación. Es decir, a pesar de que el Derecho Mercantil traspasa toda clase de fronteras de Estados soberanos y rompe con el principio de territorialidad de las normas, existen instituciones internacionales privadas e intergubernamentales que tratan de codificar, en cierta manera, ese Derecho Mercantil globalizado (OLIVENCIA, 1981: 753 y ss.).

## 6. *El Derecho de la Unión Europea*

Uno de los elementos esenciales de globalización en el caso del Derecho Mercantil español es el ingreso de nuestro país en la Comunidad Económica Europea (hoy Unión Europea) en 1986. A partir de ese momento, España, de forma paulatina, ha ido cediendo soberanía en lo que respecta a la regulación de ciertas materias por parte de las Instituciones europeas, las cuáles han establecido de manera uniforme una serie de Reglamentos y Directivas que son de aplicación en todos los Estados miembros. Así, prácticamente la totalidad de las materias que son objeto de regulación por parte del Derecho Mercantil se han visto afectadas por el Derecho de la UE. Analicemos algunos ejemplos:

a) Derecho de la competencia: La normativa europea de competencia se contiene fundamentalmente en los arts. 101 a 109 TFUE y afecta a dos tipos de sujetos. De un lado, a las sociedades mercantiles de todos los Estados miembros, las cuáles no pueden realizar prácticas colusorias ni ejercer un abuso de posición dominante, existiendo normas sobre el control de operaciones de concentración económica (Reglamentos (CE) núm. 1/2003 y núm. 139/2004). De otro lado, a los propios Estados miembros de la UE, quiénes están sujetos a normas de prohibición y control de ayudas de Estado, es decir, concesión de ayudas procedentes de fondos públicos a empresas concretas.

b) Derecho de la propiedad industrial: La protección europea de las marcas y patentes refleja igualmente la quiebra del principio de territorialidad en la regulación estatal de estos derechos inmateriales. Con respecto a las marcas, además de las numerosas Directivas y Reglamentos que han influido en la legislación nacional, se prevé un procedimiento de concesión de una marca comunitaria, ahora denominada marca de la Unión Europea (Reglamento (UE) núm. 2015/2424), para que se pueda obtener protección en todo el territorio de la UE mediante una única solicitud, el pago de una sola tasa y la inscripción en un Registro especial que produce efectos en todos los Estados miembros. Igualmente, en el ámbito de las patentes existen diferentes iniciativas europeas para la concesión de una patente comunitaria en el ámbito de toda la UE (PEINADO GRACIA, 2016: 239 y ss.).

Igualmente, en el ámbito de la propiedad industrial destacan las diversas iniciativas internacionales llevadas a cabo desde hace décadas por el indudable valor económico de las marcas y patentes. En efecto, los derechos de propiedad industrial constituyen un elemento de Derecho Mercantil de corte globalizado que quiebra el principio de soberanía estatal pues, con independencia del lugar de procedencia de dichos derechos, los mismos

pueden ser utilizados por particulares de cualquier parte del mundo en la medida en que el mercado es global, debiendo dispensarse una protección a nivel supranacional. Por ello, un ejemplo de esta protección lo constituye el Convenio de la Unión Internacional para la protección de la Propiedad Industrial, de 20 de marzo de 1883, conocido de forma generalizada como Unión de París y del que España es parte desde 1974.

c) Derecho de las sociedades de capital: El Derecho Societario también ha sido objeto de armonización a través de diversas Directivas con distinto alcance (VARGAS VASSEROT, 2004: 305 y ss.). En primer lugar, la regulación, comunitaria primero y europea después, se ha centrado en la introducción de algunas obligaciones mínimas comunes a todas las sociedades de capital de los distintos Estados miembros. Así, dicha regulación abarca ámbitos como la protección de los intereses de los accionistas; el ejercicio de determinados derechos de los accionistas en sociedades cotizadas; las normas sobre OPAs para las sociedades anónimas; la comunicación de información sobre las sucursales; las fusiones y escisiones; las normas mínimas relativas a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada; la información financiera y la contabilidad; el acceso más rápido y sencillo a la información sobre las sociedades y algunos requisitos de divulgación impuestos a las sociedades.

Por otro lado, para evitar que las operaciones transfronterizas de las sociedades se vean obstaculizadas por las distintas legislaciones nacionales en el ámbito del Derecho de sociedades, se han adoptado desde la UE diversos instrumentos legislativos a fin de facilitar las fusiones transfronterizas, así como el ejercicio transfronterizo de ciertos derechos por parte de los accionistas de las sociedades que cotizan en bolsa (GARCIMARTÍN ALFÉREZ, 2009: 25 y ss.). De nuevo, la globalización y el desarrollo económico permiten y fomentan la creación de grandes grupos empresariales internacionales a los que son de aplicación varias legislaciones mercantiles al mismo tiempo, debiendo por tanto armonizarse, en la medida de lo posible, el Derecho Mercantil.

Por último, el Derecho de la UE regula ciertas entidades jurídicas de índole societaria y permite que cualquier ciudadano de cualquier Estado miembro pueda constituir una de ellas, rigiéndose por una única legislación societaria y pudiendo actuar en todo el territorio de la UE. Quizás sea ésta la muestra más relevante de la quiebra del principio de soberanía por el paradigma de la globalización, toda vez que se sortean las dificultades derivadas de la aplicación de varias legislaciones mercantiles a través de la constitución de una entidad “supranacional” con presencia y posibilidad de actuación en todos los Estados miembros, rigiéndose directamente esta

entidad jurídica por el Derecho Mercantil de la UE y no por las diferentes normativas nacionales. A este respecto, el Derecho de la UE ofrece la posibilidad de constitución de sociedades anónimas europeas; sociedades cooperativas europeas; agrupaciones europeas de interés económico y sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada.

d) Derecho concursal: En los últimos años, la UE ha puesto en marcha una iniciativa para lograr un marco común europeo en materia de insolvencia con el objetivo de favorecer la reestructuración empresarial y dotar de una auténtica segunda oportunidad al deudor persona física que deviene insolvente (PULGAR EZQUERRA, 2015: 253 y ss.). El origen de esta iniciativa se encuentra en el incumplimiento por la mayoría de los Estados miembros de la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial. De esta forma, al haberse constatado que el contenido de la referida Recomendación no ha sido observado completamente y dado que la disparidad de los regímenes de insolvencia en la UE genera imprevisibilidad para las inversiones transfronterizas, las Instituciones europeas han decidido intervenir y crear un marco común como instrumentos necesario.

Una de las primeras medidas adoptadas ha sido el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos de insolvencia, el cual pretende regular los procedimientos concursales transfronterizos, es decir, los concursos de acreedores de aquellos grupos empresariales con presencia en más de un Estado miembro con el fin de que los mismos se desarrollen de forma eficiente, no alterando la insolvencia el buen funcionamiento del mercado interior. Por ello, este acto jurídico de la UE incluye disposiciones que regulan la competencia para la apertura de procedimientos de insolvencia; normas relativas al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales dictadas en dichos procedimientos; disposiciones relativas a la ley aplicable a los procedimientos de insolvencia y, por último, normas sobre la coordinación de los procedimientos de insolvencia relativos a un mismo deudor o a varios miembros de un mismo grupo de sociedades.

## *7. Conclusiones*

El Derecho Mercantil se encuentra completamente desligado de sus orígenes y, como hemos mantenido, actualmente se encuentra configurado como un Derecho del mercado. Así, en tanto el mercado ha evolucionado hacia formas internacionales y globalizadas, fruto sin duda del desarrollo

económico y de las revoluciones industriales y digitales, el Derecho Mercantil se ha visto afectado igualmente por dichos acontecimientos históricos y ha tenido que adaptarse, distanciándose en consecuencia de las legislaciones estatales que encorsetaban la disciplina a un territorio determinado.

En la actualidad puede afirmarse que el paradigma de la globalización supone la quiebra del principio de soberanía, al menos en lo que al Derecho Mercantil se refiere. Los distintos convenios internacionales, la creación de nuevos instrumentos jurídicos y la iniciativa de la Unión Europea, entre otros, vienen configurando un Derecho Mercantil global en el que es necesario que se superen los límites fronterizos y se planteen regulaciones internacionales e, incluso, mundiales, para solucionar las dificultades transnacionales que pueden llegar a surgir, repercutiendo todo ello en una mejora de la eficiencia de los mercados.

### *Referencias bibliográficas*

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (1993). “El papel de los usos en el Código de Comercio (notas para una reinterpretación del art. 2 CCo)”. En *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, vol. 2. Santander: Universidad de Cantabria, p. 3-22.

ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio (2000). “La aportación de las ordenanzas del consulado de Bilbao al desarrollo del Derecho Marítimo”. *Anuario de Derecho Marítimo*, nº 17, p. 25-81.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (1971). “Notas sobre el origen del Derecho mercantil”. En *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, vol. 1. Madrid: Tecnos, p. 1-44.

GALGANO, Francesco (1981). *Historia del Derecho mercantil*. Barcelona: Laia.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco (2009). “Traslado del domicilio social: Delimitación de los supuestos y régimen aplicable”. En *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo II. Cizur Menor: Civitas, p. 25-49.

GIBERT, Rafael (1963). “Fuentes del Derecho mercantil en Castilla (1494-1828)”. *Boletín de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Granada*, nº 18-19, p. 1-19.

HIERRO ANIBARRO, Santiago (1998). *El origen de la sociedad anónima en España*. Madrid: Tecnos.

IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino (1997). “El Libro del Consulado del Mar”. En *Del ius mercatorum al derecho mercantil: III Seminario de Historia del Derecho Privado, Sitges, 28-30 de mayo de 1992*. Madrid: Marcial Pons, p. 109-142.

JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael (1978). “Condicionamientos históricos del derecho mercantil en la fase inicial de su formación”. En *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Madrid: Civitas, p. 315-336.

MOTOS GUIRAO, Miguel/BLANCO CAMPAÑA, Jesús (1991). “Proceso histórico de

formación del Código de Comercio”. En *Centenario del Código de Comercio*, vol. 2. Madrid: Ministerio de Justicia, p. 11-104.

OLIVENCIA, Manuel (1981). “La comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional (UNCITRAL): balance de un decenio (1968-1977)”. En *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*. Madrid: Edersa, p. 753-782.

PEINADO GRACIA, Juan Ignacio (2016). “Derecho Industrial (I). Las innovaciones”. En *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. 1. Cizur Menor: Civitas, p. 239-268.

PETTIT, Carlos. (2016). *Historia del Derecho Mercantil*. Madrid: Marcial Pons.

PULGAR EZQUERRA, Juana (2015). “El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español”. En *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III, p. 253-268.

ROJO, Ángel (1991). La Codificación mercantil española. En *Centenario del Código de Comercio*. México: Universidad Autónoma de México, p. 474-515.

SÁENZ DE SANTAMARÍA GÓMEZ-MAMPASO, Blanca (2011). “Codificación y formación de los Códigos Civil, Criminal y Mercantil”. En *Cortes y Constitución de Cádiz: 200 años*, vol. 2. Madrid: Espasa, p. 469-481.

URÍA, Rodrigo/MENÉNDEZ, Aurelio (2006). “El Derecho Mercantil”. En *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I. Cizur Menor: Civitas, p. 25-48.

VARGAS VASSEROT, Carlos (2004). “El derecho de sociedades comunitario y la jurisprudencia del TJCE en la interpretación de las Directivas de Sociedades”. *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 22, p. 305-334.

VISENTINI, Gustavo (2009). “Le nuove frontiere del Diritto Commerciale nella crisi economica”. *Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, vol. 84, nº 5, p. 593-605.

LA DESCONEXIÓN DEL PROBLEMA DE LOS CONFLICTOS  
DE LEYES DEL PRINCIPIO DE SOBERANÍA  
EN LA CONSTRUCCIÓN DE F.K. VON SAVIGNY

*José Ignacio Paredes Pérez\**

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La fundamentación del problema de la colisión: el Derecho común general. – 2.1. Derecho romano actual y conflicto de leyes. – 2.2. Concepción dualista. – 3. El principio de la comunidad de Derecho: las instituciones jurídicas normales. – 4. El principio de libertad de los Estados: las instituciones jurídicas anómalas. – 5. Ámbitos excluidos del Derecho común actual: las instituciones jurídicas desconocidas. – 6. Referencias bibliográficas.

1. *Introducción*

1. La razón de que se vea en Savigny no solo el punto de referencia obligado en toda historia del Derecho internacional privado (DIPr), sino también el verdadero fundador de los sistemas modernos<sup>1</sup>, se debe a que tuvo la virtud de desplazar el eje de su construcción hacia la relación jurídica y su naturaleza<sup>2</sup>, desconectando el objeto del DIPr de los conflictos de soberanías legislativas<sup>3</sup>. A partir de estas coordenadas, el objeto principal de este trabajo es ofrecer un estudio de la naturaleza y la fundamentación del Sistema que construye el autor alemán sobre el problema de la colisión de leyes<sup>4</sup>. En nuestra opinión, es habitual la tendencia errónea a identificar su noción de la comunidad de Derecho con el Derecho común general cuando, en puridad, existe una discordancia entre sus respectivos ámbitos materiales. El Derecho común general constituye el eje medular del DIPr savignyano, donde tienden a oponerse, en atención a la naturaleza de las instituciones jurídicas, el principio de la comu-

\* Profesor de Derecho internacional privado de la Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE.

<sup>1</sup> AGUILAR NAVARRO (1976: 244).

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO (1991: 40-41).

<sup>3</sup> Sobre la incidencia del principio de soberanía en el DIPr, véase GONZÁLEZ CAMPOS (1977: 227-376), y LAGARDE (1986: 29-126).

<sup>4</sup> Cuestión distinta son los derroteros por los que ha incurrido la evolución del paradigma bilateral tras su cristalización en los sistemas estatales de DIPr. Son numerosos los estudios sobre este tema. En España destacamos los trabajos de GONZÁLEZ CAMPOS (1996: 5249-5269) y ESPINAR VICENTE (1998: 71-92). En Italia, los estudios de VITTA (1979: 26-85) y PICONE (1999: 35-64).

nidad de Derecho y el principio de libertad de los Estados. Ahora bien, que su Sistema sea una variable dependiente de la naturaleza jurídica normal o anómala de cada institución, no por ello pierde su naturaleza internacionalista. En el caso de las instituciones jurídicas normales, el Derecho común desplaza a las soluciones contenidas en las normas de estatales y convencionales de DIPr que se apartan de la comunidad de Derecho. En el caso de las instituciones anómalas, reconociéndolas su condición de leyes rigurosamente imperativas.

## *2. La fundamentación del problema de la colisión: el Derecho común general*

### *2.1. Derecho romano actual y conflicto de leyes*

2. Savigny distingue dos tipos de colisión entre leyes territoriales contradictorias. El conflicto que se produce dentro de un Estado entre legislaciones particulares que mantienen una relación de subordinación y el conflicto que se produce entre legislaciones territoriales de distintos Estados, o dentro de un mismo Estado, que no guardan ningún lazo de dependencia<sup>5</sup>. El problema de la colisión, señala el autor<sup>6</sup>, no reviste ningún inconveniente cuando se trata dentro de un Estado entre legislaciones subordinadas una a otras, al resolverse a través del principio de primacía. Esta solución, en cambio, la considera inaplicable cuando tiene lugar entre leyes independientes de distintos Estados, o dentro de un mismo Estado. La inexistencia del lazo de subordinación entre las leyes en conflicto impide en estos casos la identidad de razón exigida para poder resolver el problema a través de un Derecho superior<sup>7</sup>. En este sentido, Savigny admite que ambas clases de colisiones podrían quedar resueltas por la legislación general de cada territorio, si bien considera que esta suerte de DIPr autónomo no llegaría a verificarse de una manera completa, habiéndose abandonado las cuestiones más importantes al dominio de la ciencia<sup>8</sup>. Es en este punto donde critica las posiciones internacionalistas publicistas (U. Huber y J. Story), que resuelven los conflictos de leyes a través del principio de la independencia de los Estados (soberanía territorial)<sup>9</sup>, deduciéndolo del Derecho internacional Público (DIPú). Les reprocha la arbitrariedad con la que rompen la continuidad y unidad de ideas que aún permanecen vivas en el

<sup>5</sup> SAVIGNY (2005: 1334-1335).

<sup>6</sup> *Id.* (2005: 1335).

<sup>7</sup> *Id.* (2005: 1338).

<sup>8</sup> *Id.* (2005: 1336).

<sup>9</sup> Sobre las doctrinas estatutarias francesa y holandesa, GONZÁLEZ CAMPOS (1996: 5239); ESPINAR VICENTE (2012: 17-20).

Derecho moderno, tal como se reciben del Derecho romano. Indudablemente, con esta idea se estaba refiriendo a la existencia de un Derecho común general entre los pueblos en la solución de los conflictos entre leyes de distintos Estados, y la existencia de un Derecho común local en los conflictos de leyes internos, como acontece con respecto al dominio del Derecho común alemán<sup>10</sup>.

3. En efecto, para entender el fundamento del Sistema de Savigny es indispensable volver al significado de la locución que da título a su tratado: *Sistema del Derecho romano actual*. En términos generales, su objetivo es aclarar el lazo vivo que liga el presente con el pasado, lo que en su aplicación particular al Derecho romano lleva a identificar qué queda de él en el conjunto del Derecho moderno. Por ello se limita al estudio de las instituciones de origen romano, excluidas las de raíz germánica; a seguirlas en su desenvolvimiento sucesivo<sup>11</sup>. Este mismo enfoque lo proyecta en el estudio de los conflictos de leyes<sup>12</sup>. Por ser menos visible que en otros ámbitos, señala el autor<sup>13</sup>, no se ha de caer en el error de no avistar la influencia del Derecho romano sobre este problema. Critica la impericia de los autores modernos y la jurisprudencia por no haber visto esa influencia cuando gran parte de sus doctrinas estaban fundadas en las decisiones de los jurisconsultos romanos<sup>14</sup>. Más adelante advierte de que el hecho de que para los romanos resultara desconocido o extraño el problema de la colisión entre leyes territoriales entre Estados independientes no significa que no hubieran pensado o no se hubieran ocupado de estas cuestiones. Busca en las fuentes del Derecho romano la justificación y el desenvolvimiento de los principios en los que descansa su construcción, si bien el propósito del autor con las decisiones romanas no es tanto el de fijar reglas completas sobre el problema sobre la colisión de los diferentes Derechos territoriales, como encontrar puntos que pueden servir de guía en la solución del problema considerado<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> SAVIGNY (2005: 1338).

<sup>11</sup> LOUSSOUARN y BOUREL (1999: p. 86).

<sup>12</sup> Destacando la similitud en la explicación del Derecho común general con el Derecho común alemán, BARTIN (1930: 156-157); PARRA-ARANGUREN (1994: 153).

<sup>13</sup> SAVIGNY (2005: 1326-1327).

<sup>14</sup> *Id.* (2005: 1327).

<sup>15</sup> SAVIGNY (2005: 1360). Encuentra así el enlace íntimo existente en el Derecho romano entre la jurisdicción y la ley aplicable, la distinción de la persona con el acto, la concurrencia de los foros de competencia judicial internacional y la aplicación de un solo Derecho, la significación del *origo* en la determinación de la jurisdicción y el Derecho personal del latino y el peregrino, la aplicación a un acto jurídico de un Derecho distinto al Derecho personal de las partes y al de la ciudad del juez, la extensión de la ley romana con el propósito de la protección de una categoría de personas, la sumisión voluntaria al dominio de un Derecho, etc.

Así las cosas, Savigny halla el fundamento de su Sistema a través de un enfoque que en nada difiere del que preconizaba el Derecho romano justinianeo en la constatación de la costumbre general, es decir, tratando el Derecho (privado) de gentes como una especie de fuente jurídica, como lo fue entre los romanos tras dejar de ser un Derecho vigente<sup>16</sup>. Para el autor, la divergencia entre los Derechos privados de los pueblos, en los que estuvo o seguía vigente el Derecho romano, no debe esconder la existencia de una civilización de caracteres afines, conformada sobre la base de la herencia romana y canónica. La mayor parte de las instituciones jurídicas existían en el Derecho de todos los pueblos, aunque fuera bajo otra forma<sup>17</sup>, forjando el sustrato material del Derecho de gentes. El error, a nuestro juicio, ha sido el tratar de asimilar o identificar de forma exclusiva esta base material con el asiento de la comunidad de Derecho. El resultado de esta interpretación no es desdeñable, en la medida en que afecta al corazón del propio Sistema del autor alemán, alterando su propia naturaleza. La naturaleza sería entonces doble: internacional en el ámbito dominado por la comunidad de Derecho y estatal en el dominado por el elemento nacional. En cambio, si consideramos la adscripción del sustrato material al Derecho privado de gentes, incluyendo el ámbito de signo romano dentro y fuera de la comunidad de Derecho, se infiere la naturaleza completamente internacionalista de su Sistema.

## 2.2. *Concepción dualista*

4. Savigny se muestra particularmente crítico con el dogmatismo y el pensamiento abstracto del racionalismo jurídico ilustrado. Le repugna la idea de un Derecho absoluto o universal<sup>18</sup>, deducido de principios *a priori*, que todos los pueblos pueden adoptar sustituyendo al suyo propio. Ese planteamiento, que refiere el Derecho a la universalidad de las cosas, tiene para el maestro alemán el escollo de desconocer la dignidad de su vocación, el desenvolvimiento de los Derechos en los diferentes pueblos. El Derecho constituye por naturaleza una unidad orgánica gestada en un proceso histórico. Esta es la razón más profunda de que no identifique al Derecho común con el que crea el Estado y que vea en este Ordenamiento el reconocimiento de lo existente o

<sup>16</sup> FRANCESKAKIS (1960: 130).

<sup>17</sup> SAVIGNY (2005: 11).

<sup>18</sup> No han faltado autores que ven en el Derecho natural el fundamento del paradigma bilateral, como CALVO CARAVACA (2005: 1339). La prueba palmaria de su rechazo al Derecho natural en el ámbito del conflicto de leyes se encuentra cuando se refiere en términos despectivo a la solución que propone H. Groccio en la determinación de la ley aplicable al contrato por correspondencia (SAVIGNY: 2005: 1439).

encontrado<sup>19</sup>. Este es un dato destacable, pues con el rechazo de la identificación entre Derecho y Estado consigue la desconexión estatal en el problema de la colisión<sup>20</sup>. La idea de la desconexión es importante puesto que, en el ámbito dominado por la comunidad de Derecho, el problema de la colisión permanece al margen de la actuación del legislador estatal, pero al mismo tiempo se construye en torno a la idea de la existencia de los Estados. Así pues, la concepción organicista sobre el Estado y el Derecho marca dentro de la construcción del autor alemán el devenir de las relaciones entre el fenómeno estatal y el conflicto de leyes<sup>21</sup>.

5. El planteamiento de Savigny, anclado en la vinculación jurídica directa del DIPr con el Derecho privado de gentes, nos pone en conexión con su posición dualista. En efecto, partidario de la unidad orgánica del Orden jurídico, no rechaza la posibilidad de que un Derecho distinto al particular de cada Estado pueda ofrecer la solución al problema del conflicto de leyes. Lo mismo que el Estado no es un elemento constitutivo en los Derechos de los pueblos, la ausencia de una autoridad supraestatal que haga visible el Derecho privado de gentes y asegure su autoridad, no ha de constituir un elemento del que quepa inferir la negación de su carácter jurídico, sino más bien su carácter imperfecto<sup>22</sup>. El Derecho privado de gentes es ante todo un Ordenamiento de naturaleza primitiva, que se encuentra al comienzo de una evolución que el Derecho particular de cada Estado ha superado<sup>23</sup>. Esta imperfección la suple el autor viendo al Estado no como un fin en sí mismo, sino como un medio para conseguir, mediante la invocación de un Derecho consuetudinario general, el reconocimiento de un Derecho verdaderamente internacional. Esto explica que el Derecho común puede reconocerse en la construcción del jurista alemán, tanto en una norma estatal como en un tratado internacional<sup>24</sup>. Por

<sup>19</sup> *Id.* (2005: 16).

<sup>20</sup> BUCHER (1994-1995: 210-211).

<sup>21</sup> A cerca de la repercusión en el problema de la colisión de la concepción organicista del autor sobre el Derecho y el Estado PAREDES (2016: 4-6). Savigny no identifica el Derecho común actual con el que crea el Estado, pero tampoco puede prescindir de él al necesitar sus dos vertientes: el Estado-Pueblo, como instrumento para el reconocimiento de ese Derecho; y el Estado como tal, como instrumento para proteger a los individuos, garantizando su cumplimiento. Por ello, su paradigma bilateral contrasta con el paradigma estatal propio del DIPr del siglo XIX y XX, donde el problema de la colisión tampoco se ha entendido de una forma aislada respecto al Estado, si bien, a diferencia de la doctrina del autor, ostentando siempre el monopolio de la creación.

<sup>22</sup> MIAJA DE LA MUELA (1985: 166).

<sup>23</sup> SAVIGNY (2005: 11).

<sup>24</sup> Para esclarecer este asunto SAVIGNY (2005: 1454) se refiere al Derecho prusiano como expresión del Derecho común actual sobre la quiebra, y base de los tratados internacionales concluidos en esta materia, consignando el principio de que no puede haber más que una sola

otra parte, que sea un Derecho imperfecto tampoco significa que esté desprovisto de juridicidad, pues Savigny no identifica el Derecho de gentes como una rama de la moral ni de la cortesía internacional sino, de la misma manera que los Derechos particulares, como un orden compuesto de principios de obligada observancia<sup>25</sup>.

6. Sentado lo anterior, el Derecho común permite a Savigny encontrar el fundamento a su reflexión teórica sobre la regulación de los conflictos de leyes, desvinculando el DIPr del DIPú, de los conflictos de competencia entre legislaciones, para situarlo al servicio de la lógica del Derecho privado<sup>26</sup>. Con esta desconexión consigue evitar el recurso a nociones como la *comitas* (Huber), la *comity* (Story) o la *courtoisie* (Foelix y Vareilles-Sommières), con las que no había posibilidad de encontrar el fundamento de la obligación internacional a la aplicación del Derecho extranjero<sup>27</sup>. Este último aspecto deja ver igualmente su concepción analítica<sup>28</sup>. En efecto, como se ha señalado, la recepción del Derecho de gentes savignyano en nada difiere de la constatación de la costumbre en el Derecho romano justiniano. El retorno a las fuentes romanas y medievales permite afirmar la equivalencia del enfoque de Savigny con el que preconiza la estatutaria italiana. La idea de una comunidad jurídica común a los pueblos se halla presente también entre los juristas de la Edad Media en el marco del *Ius commune* de la Europa cristiana<sup>29</sup>. El autor reconoce el Derecho de gentes por vía del Derecho consuetudinario general merced a una comunidad de ideas existente entre las naciones que toma por base el sustrato material romano y cristiano<sup>30</sup>. Este enfoque implica que la comunidad de Derecho sea un *prius* del que depende siempre la existencia del Derecho de gentes. Ahora bien, que éste encuentre el fundamento en la comunidad de Derecho no significa que compartan el mismo sustrato material, pues el Derecho de gentes desborda el ámbito de la comunidad jurídica. Concretamente, la ausencia de analogía entre el sustrato material de la comunidad de Derecho y el Derecho de gentes está ligada con el origen y el contenido de este último, que en líneas generales se corresponde con la concepción organicista del autor

quiebra abierta en el domicilio del deudor.

<sup>25</sup> En particular, el reconocimiento del Derecho de gentes, como Derecho superior a los Derechos particulares, lo justifica en los principios del Derecho romano justiniano sobre las fuentes del Derecho: derecho consuetudinario, científico y legislativo – véase a este respecto PAREDES (2016: 45-46).

<sup>26</sup> GONZÁLEZ CAMPOS (1996: 5257).

<sup>27</sup> MICHAELS (2005: 14).

<sup>28</sup> A cerca de la repercusión en el problema de la colisión del enfoque analítico del autor, PAREDES (2016: 9-12).

<sup>29</sup> HALPERIN (1999: 66).

<sup>30</sup> SAVIGNY (2005: 16).

ante el Derecho positivo<sup>31</sup>. En su naturaleza y contenido, como cualquier Derecho positivo, el Derecho de gentes encuentra dos elementos: uno general, cuyo origen se halla en la naturaleza común de la humanidad; y otro particular, que nace de la naturaleza especial y de la peculiaridad de cada pueblo<sup>32</sup>. El autor alemán halla en la costumbre general la existencia de estos dos principios que poseen los caracteres de un verdadero Derecho de gentes, limitando la acción del Estado en la solución al problema de la colisión. El elemento general se identifica con el ámbito dominado por la comunidad de Derecho<sup>33</sup>, mientras que el elemento particular con el ámbito reservado a los fines propios de cada Estado<sup>34</sup>. Fuera, en un círculo concéntrico externo, se encontraría el núcleo de instituciones jurídicas desconocidas que no forman parte del Derecho de gentes, bien por quedar abandonadas por exigencia de la *natura* (la esclavitud y la poligamia), bien simplemente por ser desconocidas en el espacio geo-jurídico de la comunidad de Derecho (el contrato de prenda en el Derecho prusiano). El conjunto de estas instituciones constituye el objeto de los que sería realmente el DIPr particular de cada Estado<sup>35</sup>.

### 3. *El principio de la comunidad de Derecho: las instituciones jurídicas normales*

7. Como hemos señalado antes, Savigny observa la tendencia constante del Derecho en la solución de los conflictos de leyes, de forma similar al desenvolvimiento de los Derechos de cada pueblo tras la recepción del *Corpus iuris civile*. La adopción de la legislación justiniana supuso en la mayor parte de los pueblos de Europa la convivencia del Derecho común junto a los respectivos Derechos particulares, favoreciendo con el tiempo al nacimiento de un derecho consuetudinario que modificaría la legislación general<sup>36</sup>. La formación de un Derecho consuetudinario general, una comunidad de convicciones

<sup>31</sup> *Id.* (2005: 23-26).

<sup>32</sup> *Id.* (2005: 24).

<sup>33</sup> *Id.* (2005: 1338).

<sup>34</sup> *Id.* (2005: 1341). A través de este enfoque privatista el autor alemán consigue la conciliación de los mismos principios que fundamenta, desde una perspectiva muy distinta, la concepción iuspublicista de Mancini. Con el elemento general, formula la igualdad de tratamientos de los extranjeros y el deber de aplicación del Derecho de otros Estados; con el elemento particular, el ámbito reservado a las leyes que son el resultado local y característico de cada país. Al respecto de la incidencia de la doctrina de la nacionalidad de Mancini en el conflicto de leyes, véase VITTA (1979: 45-47).

<sup>35</sup> Sobre las diferencias entre las instituciones anómalas y las desconocidas, conformando estas últimas el DIPr autónomo o particular, PAREDES (2016, 56-59).

<sup>36</sup> ANCEL (2008: 172).

e ideas, dando lugar a la transformación del Derecho romano legislativo<sup>37</sup>. El ámbito de los conflictos de leyes es también conocedor de un progresivo desenvolvimiento del derecho consuetudinario cuya completa inteligencia nos ofrece la subsistencia del espíritu del *Ius gentium* romano, reflejado en la tendencia constante del Derecho actual a regular de una manera uniforme o común en los pueblos los problemas que se presentan en este ámbito<sup>38</sup>. Para llegar a la completa inteligencia de este desenvolvimiento es preciso volver a su origen, al de las antiguas fuentes del Derecho. En este punto, no se ha de confundir el Derecho consuetudinario común, heredero del *Ius gentium* en el problema de la colisión, con la legislación positiva justiniana<sup>39</sup>, como Derecho común en Europa. Ni tampoco el fondo jurídico común en el que se forja el derecho consuetudinario en el conflicto de leyes con el sustrato material de la comunidad de Derecho<sup>40</sup>.

8. El desenvolvimiento del derecho consuetudinario se encuentra siempre incorporado con el derecho científico, como parte esencial y constitutiva del nuevo Derecho de gentes<sup>41</sup>. Con base en una concepción constitutiva y organicista de la realidad jurídica, Savigny verifica la juridicidad de los principios que conforman la comunidad de Derecho, entendida como mero reconocimiento del Derecho consuetudinario general, que en ocasiones terminan consagrados por vía convencional a través de tratados internacionales<sup>42</sup>. Por esta razón el jurista alemán ve en los tratados internacionales sobre la quiebra no una nueva y arbitraria invención sino la expresión de esta comunidad de Derecho que tiende a aumentarse, consignándose en otros textos de origen internacional<sup>43</sup>. En suma, encuentra, desde la recepción del Derecho justiniano hasta sus días, el reconocimiento de una regulación uniforme para la solución de los conflictos de leyes<sup>44</sup>, cuyo sustrato material lo conforman las instituciones romanas naturales que han logrado conservar la pureza de sus principios a través de los tiempos<sup>45</sup>.

9. A través del principio de la comunidad de Derecho, Savigny no solo

<sup>37</sup> En este proceso lento y progresivo advierte también de la incidencia del Derecho canónico modificando o completando las instituciones del Derecho romano, SAVIGNY (2005: 37).

<sup>38</sup> Apuntando la comunidad de Derecho como fundamento de la extraterritorialidad de leyes y decisiones en la estatutaria italiana, MEIJERS (1934: 629-630).

<sup>39</sup> SAVIGNY (2005: 31-32).

<sup>40</sup> FRANCESCAKIS (1960: 133); MEIJERS (1934: 627).

<sup>41</sup> SAVIGNY (2005: 1376).

<sup>42</sup> *Id.* (2005: 1338-1339).

<sup>43</sup> *Id.* (2005: 1455).

<sup>44</sup> A esta misma idea se refiere MEIJERS (1934: 630), hallando el fundamento de la estatutaria italiana aplicación de leyes extranjeras. También RIGAUX (1980: 127).

<sup>45</sup> Sobre el ámbito material y espacial de la comunidad de Derecho, PAREDES (2016, 46-50).

asegura la uniformidad<sup>46</sup>, también logra la desconexión del DIPú. En su Sistema la solución al problema de la colisión ya no se ve como un conflicto de competencia entre legislaciones, ni de límites de soberanías legislativas<sup>47</sup>. Con el reconocimiento de la comunidad de Derecho por vía del derecho consuetudinario consigue situar el objeto del DIPr al servicio de la lógica del Derecho común actual, es decir, en el marco del Derecho privado<sup>48</sup>. El rasgo particular de su método es la consideración de las leyes, pero no en sus relaciones con las soberanías de las que emanan, sino en sus relaciones con las personas. Con este enfoque privatista, la comunidad de Derecho deviene entonces un principio inconciliable e incompatible con las nociones de *comitas gentium* y de *reciprocam utilitatem*, propias de concepciones, como la estatutaria holandesa, que asociaban el problema de la colisión a un conflicto de soberanías legislativas<sup>49</sup>. La comunidad jurídica entre Estados civilizados se compone solamente de principios de Derecho privado<sup>50</sup>, productos del desenvolvimiento jurídico: principio de igualdad entre la ley del foro y la ley extranjera, principio del Derecho personal, principio de la sede de la relación jurídica, principio de conservación de los derechos adquiridos y principio de reconocimiento mutuo de decisiones. De conformidad con ellos, en el Sistema de Savigny no hay espacio para preguntar si un Estado tiene un interés legítimo en que se aplique su ley en el extranjero, solo para la búsqueda del asiento natural de la relación jurídica<sup>51</sup>. En el ámbito dominado por la comunidad de Derecho, el autor alemán logra forjar una construcción geométrica del problema en consideración, buscando su solubilidad a través de la intersección de dos planos. El plano definido por la comunidad de Derecho (instituciones romanas naturales de Derecho normal) y el plano definido por el Derecho privado (relación jurídica universal y orgánica). Con independencia del estadio en que se halle el Derecho de gentes (Derecho consuetudinario general o Derecho común legislativo – estatal y tratado internacional –), siguiendo el valor práctico de las

<sup>46</sup> MAYER (1991: 55).

<sup>47</sup> PATOCCHI (1985: 208); ANCEL (2008: 181-183).

<sup>48</sup> DOMÍNGUEZ LOZANO (1994: 118).

<sup>49</sup> ESPINAR VICENTE (1997: 49-50).

<sup>50</sup> MEIJERS (1934: 626).

<sup>51</sup> BATIFFOL y LAGARDE (1983: 399). Precisamente, el enfoque privatista explica la exclusión de la comunidad jurídica savignyana de aquellos principios que se asientan en normas de Derecho público, a pesar de que por el desenvolvimiento jurídico se les pueda reconocer como universales. Lo que sucede, por ejemplo, con el principio *lex fori regit processum*. Por mucho que se trate de una regla universalmente admitida, excluye cualquier posibilidad de intercambio entre los Estados en razón del carácter de Derecho público de las normas del procedimiento. La aplicación de estas normas enerva la búsqueda de la sede al estar sustentadas en el principio de territorialidad.

reglas del Derecho romano sobre las fuentes del Derecho, sus soluciones prevalecen siempre sobre el DIPr de los Derechos particulares en virtud del carácter de la norma de conflicto bilateral como norma de Derecho estricto o riguroso<sup>52</sup>. En la fase del derecho consuetudinario encontramos una doble similitud con lo que acontece, en la actualidad, en las relaciones entre el Derecho europeo y el DIPr nacional de los Estados miembros<sup>53</sup>. La diferencia se encuentra en la lógica del fundamento. En el autor alemán, tratándose de instituciones de Derecho normal, el DIPr común responde siempre a una lógica de Derecho romano privado (*aequitas* o *naturalis ratio*). A diferencia del DIPr europeo, cuyas normas obedecen a una lógica de integración; esto es, responden a una *necessitas* extraña al Derecho propiamente dicho (*ius singulare*), como es asegurar el correcto funcionamiento del mercado interior.

10. En suma, en el ámbito dominado por la comunidad de Derecho, el método de Savigny eclipsa completamente al Derecho del foro en la reglamentación del supuesto. La comunidad jurídica monopoliza el foco de atención, delimitando el radio de acción a todo su espacio geo-jurídico. El estudio previo de la determinación del foro no es una cuestión prioritaria, por no decir irrelevante, en el marco de la comunidad de Derecho. No resulta necesaria esta operación para saber si la respuesta tiene visos de operatividad práctica, puesto que la existencia de una comunidad de principios generales y el fondo jurídico común (instituciones naturales de Derecho normal) asegura la unidad internacional de la relación jurídica, y con ello la uniformidad en las soluciones. De este modo, con Savigny se perfila la idea de una comunidad jurídica internacional de orden privado, que nace y se desarrolla bajo la acción del tráfico internacional desmarcada de la concepción publicista<sup>54</sup>, que con el tiempo se desconectará del DIPr hasta conformar la comunidad jurídica universal del género humano<sup>55</sup>. Por otra parte, la comunidad jurídica permite la

<sup>52</sup> SAVIGNY (2005: 1338).

<sup>53</sup> Por una parte, el reconocimiento del Derecho consuetudinario general simboliza en el ámbito de los conflictos de leyes una suerte de cesión de competencias de los Estados a favor del Derecho de gentes, del que deriva un principio de cooperación leal, similar al que establece el art. 4.3 TUE, obligando a las autoridades a cumplir y respetar, desde la órbita de sus respectivos sistemas estatales, los principios estructurales que derivan de la comunidad de Derecho. Por otra parte, al encontrarse también el Derecho común legislativo en una ley estatal □ como era el caso, a juicio del autor, de la ley prusiana sobre la quiebra □, ésta relega a un segundo plano, no solo a la solución conflictual prevista en el DIPr particular, sino también al Derecho de producción convencional apartado de esa comunidad de Derecho. Del mismo modo que las disposiciones estatales de DIPr dictadas para la transposición de las directivas son de aplicación preferente respecto del DIPr de producción estatal y convencional.

<sup>54</sup> ARMINJON (1928: 460).

<sup>55</sup> JITTA (1890: 58). YNTEMA (1959: 3).

aplicación de la ley extranjera en el foro, como tal Derecho, desmarcándose de la doctrina anglosajona de los *vested rights*, que considera que no es la ley extranjera lo que aplican, sino los derechos adquiridos a su amparo. Por último, posibilita también la separación de las posiciones mantenidas por autores coetáneos, como C.G. von Wächter, que partieron también de la comunidad de Derecho y la relación jurídica, pero al tener como objeto solo la solución de conflictos interprovinciales, encerraron sus construcciones en posiciones marcadamente particularistas<sup>56</sup>.

#### 4. *El principio de libertad de los Estados: las instituciones jurídicas anómalas*

11. Otras instituciones escapan a la comunidad de ideas y convicciones como sucede cada vez que contienen, en la terminología de Savigny<sup>57</sup>, el elemento particular o nacional. En Roma, las instituciones que manifiestan el elemento particular se corresponde con el *Ius singulare*, al que daban por base una *utilitas* o una *necessitas* diferente del Derecho. El autor identifica el *ius singulare* con el Derecho que surge de la voluntad del legislador por un motivo peculiar de cada pueblo, aunque su origen puede ser también consuetudinario. Por tener un origen extraño al dominio del propio Derecho, las denomina Derecho anormal, en contraposición a las instituciones del Derecho normal (*ius o aequitas*) -como hemos visto, las que componen el sustrato material de la comunidad de Derecho-. Un dato importante es que la regulación de las instituciones de Derecho anormal se realiza a través de leyes absolutas, que se caracterizan, frente a las leyes supletorias, por mandar necesaria e invariablemente, sin dejar espacio alguno para la voluntad individual. Ahora bien, como explica el autor<sup>58</sup>, no existe una correspondencia absoluta entre las dos categorías (Derecho anormal-Derecho absoluto), pues existen instituciones de Derecho normal reguladas por leyes absolutas, como ocurre con las leyes que restringen la capacidad de obrar por causa de la edad. De esta manera se advierte en el Sistema de Savigny la diferencia entre el orden público interno y el orden público internacional. El primero lo conforman las leyes rigurosas o absolutas de Derecho normal. El segundo lo integran las leyes absolutas de Derecho anormal. Pero como apunta el autor, sería un error atribuir a todas las leyes absolutas el carácter de ser internacionalmente imperativas, de ser excepciones al principio de la comunidad de Derecho. En este sentido, existe una clase de leyes absolutas cuyo único motivo y fin entra dentro del dominio

<sup>56</sup> ESPINAR VICENTE (1997: 42).

<sup>57</sup> SAVIGNY (2005: 24-25 y 28).

<sup>58</sup> *Id.* (2005: 26-30).

del Derecho abstractamente concebido, teniendo por objeto instituciones que sirven para garantizar el ejercicio de los derechos en interés de los titulares<sup>59</sup>. Como advierte el autor, no hay razón alguna para colocar estas leyes entre los casos excepcionales, y las colisiones a que dan lugar pueden regularse perfectamente según el principio de la más libre comunidad de Derecho, pues nunca vacilará un Estado en permitir en su territorio la aplicación de una ley extranjera de esta especie<sup>60</sup>. Con ello está dejando bien clara la idea de que en los distintos ordenamientos las normas sobre el particular, aunque con contenidos y formulaciones dispares, suelen garantizar un mínimo de justicia en la formación y el desarrollo de las relaciones jurídicas, de manera que en la dimensión internacional tales normas son sustituibles, permitiendo la aplicación de cualquier ordenamiento al que se remita la norma de conflicto bilateral *–ad ex.*, la prescripción<sup>61</sup>. En cambio, existe otra clase de leyes que tienen su origen fuera del dominio del Derecho propiamente dicho (Derecho anormal) y conforman, por esta razón, el orden público internacional. Las leyes rigurosamente imperativas, como conceptualiza el autor a esta categoría, tienen la virtud de corresponderse exclusivamente con el *Ius singulare* (Derecho anormal)<sup>62</sup>, es decir, responden a un elemento extraño al propio Derecho al no estar hechas en interés de las personas titulares de los derechos abstractamente considerados<sup>63</sup>.

12. De este modo, si en el plano interno el Derecho anormal es al Derecho normal como la excepción a la regla<sup>64</sup>, podría colegirse lo mismo en el plano de los conflictos de leyes: el elemento nacional es la excepción a la comunidad de Derecho. Dicha pugna entre lo internacional y lo nacional podría llevar a

<sup>59</sup> *Ad ex.*, las leyes que restringen la capacidad de obrar por causa de la edad, las que regulan las formas de la transmisión de la propiedad por simple contrato o por tradición, las que regulan la validez de los contratos, etc.

<sup>60</sup> SAVIGNY (2005: 1341).

<sup>61</sup> *Id.* (2005: 1340).

<sup>62</sup> *Id.* (2005: 1340).

<sup>63</sup> *Id.* (2005: 1340-1341). Esta característica la reciben en su Sistema las leyes de Derecho privado que tienen por base la moral fuera del dominio del Derecho (*boni moris*), correspondiéndose normalmente con las instituciones pertenecientes al Derecho de la familia aplicado (divorcio, prohibición de liberalidades entre esposos, etc.). También las leyes de Derecho privado que tienen por objetivo un interés general o público (*publica utilitas*), ya revistan un carácter político, de policía o de economía política (leyes que restringen la adquisición de la propiedad a los judíos, etc.). Por último, las leyes que pueden constituir una ventaja (*beneficium*) o un perjuicio para una cierta clase (menores, mujeres, etc.), lo que acontece, por lo general, cuando la ley del foro establece una prohibición, un *privilegium* o un perjuicio a una clase determinada de personas, aplicable a todas las relaciones jurídicas que se hallen comprendidas en su esfera de eficacia.

<sup>64</sup> *Id.* (2005: 29).

identificar exclusivamente el Derecho de gentes con la comunidad de Derecho, dejando fuera el ámbito dominado por el elemento particular, lo que abriría dos cauces en la justificación de la naturaleza del Sistema del autor alemán. De un lado, la naturaleza internacional para el área dominada por la comunidad de Derecho, y, de otro, la naturaleza estatal para el ámbito externo. Sin embargo, no es esta, a nuestro juicio, la deriva de su Sistema por los siguientes motivos. En primer lugar, por la visión dualista del autor en torno al Derecho común general, mediatizada por su concepción organicista sobre la naturaleza y origen del contenido de las fuentes del Derecho. Como hemos visto antes, allí donde resalta el elemento internacional, tomando por base el Derecho consuetudinario general, nos aparece también el elemento particular como una manifestación inmediata y directa. Considerada la creación del Derecho en los diferentes pueblos bajo este punto de vista, los dos elementos no difieren en nada, obran como dos fuerzas idénticas<sup>65</sup>. En segundo lugar, el área dominada por el elemento particular mediatiza la solución conflictual, imponiendo que el asunto será juzgado exclusivamente con arreglo a la *lex fori*<sup>66</sup>. Dicha restricción no casa bien con una hipotética naturaleza estatal del área dominada por el elemento nacional, como si de una forma de competencia compartida se tratara, pues, en tal caso, en lugar de una solución impuesta desde arriba, los legisladores tendrían la libertad de ofrecer la solución conflictual que considerasen más oportuna. En tercer lugar, la indeterminación del elemento nacional o particular no lo integran los legisladores nacionales de acuerdo con una calificación *ex lege fori*. El contenido esencial del elemento particular lo proporciona de manera autónoma su naturaleza internacional, la que dirá si las propiedades de la institución nacional casan con las condiciones de aplicación de la excepción, y que puedan, por lo tanto, quedar subsumidas en ella. Cuestión distinta es la concreción de la institución nacional en sí, es decir, la determinación de si se trata de una ley absoluta de Derecho normal o anormal. La solución a esta cuestión pasa por el análisis de la intención del legislador estatal<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> SAVIGNY (2005: 25). Guardando las distancias, encontramos aquí una similitud con los límites a las libertades comunitarias en el ámbito de la UE. El reconocimiento de la comunidad jurídica supone una pérdida de competencia de los Estados donde se halla vigente el Derecho común, desplazando la solución prevista en los respectivos sistemas particulares de DIPr. El principio de comunidad jurídica únicamente encuentra una restricción en aquellos ámbitos dominados por el elemento particular. Igual que la dualidad del orden público frente a las libertades comunitarias, el elemento particular del sistema de Savigny constituye una excepción revisitando el carácter nacional en lo que se refiere a la fuente de valores protegidos, pero internacional en cuanto a los límites materiales y procesales que impone la valoración estatal.

<sup>66</sup> *Id.* (2005: 1383).

<sup>67</sup> SAVIGNY (2005: 1340). En este punto encontramos también una similitud con el DIPr

13. Así las cosas, a diferencia del ámbito circunscrito al principio de la comunidad jurídica, el área dominado por las leyes rigurosamente imperativas es objeto de un tratamiento diferenciado, en la medida en que al no ser sustituibles o intercambiables entre los Estados, su aplicación enerva la búsqueda de la sede de la relación jurídica. El Sistema del autor alemán resuelve el problema de la colisión ante este tipo de instituciones a través de una suerte de unilateralismo parcial<sup>68</sup>, obligando al juez, siempre que reúnan las propiedades que el Derecho común general reconoce a las leyes rigurosamente imperativas, la aplicación de la *lex fori* a las relaciones jurídicas que se hallen comprendidas en su esfera de aplicación. De este modo, el elemento particular permite a Savigny conciliar desde un planteamiento privatista la comunidad de Derecho y la soberanía territorial, despojando a esta última de las ataduras en las que se veía atrapada la doctrina estatutaria holandesa. En contra de lo que se ha defendido<sup>69</sup>, en estos ámbitos dominados por un interés estatal que demanda la aplicación directa de la *lex fori*, no se trata de admitir una ley extranjera por un criterio de reciprocidad, ni tampoco del interés porque se aplique en el extranjero la ley nacional (*comitas gentium y de reciprocam utilitatem*).

europeo y, en particular, con la acción de las leyes de policía en el art. 9 RRI. Del mismo modo que en el Sistema de Savigny, el art. 9.1 RRI es la vía que permite la entrada, desde la perspectiva de las fuentes, a la aplicación de leyes de policía de naturaleza estatal. Si en el Sistema del autor alemán el espacio dominado por instituciones reguladas por leyes absolutas de Derecho anormal (*ius singulare*) no restringe la aplicación de la *lex fori*, igualmente en relación con las leyes de policía se establece que las disposiciones del RRI no restringen la aplicación de las leyes de policía del foro (art. 9.2 RRI). Por otra parte, existe una similitud también en relación con la definición autónoma y la identificación de este tipo de normas. Como acabamos de ver, en su Sistema las leyes internacionalmente imperativas se corresponden exclusivamente con las leyes absolutas de Derecho anormal (*ius singulare*), sean de naturaleza pública o privada, cuyo objetivo sea la protección de un interés estatal, la realización de un fin moral o religioso, o la protección/perjuicio de una determinada clase. Por su parte, el art. 9.1 RRI define también de manera autónoma que se entiende por ley de policía exigiendo su aplicación a las situaciones comprendidas dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato. Finalmente, en la valoración del carácter de ley de policía, como en el Sistema del autor, en el DIPr europeo le corresponde al juez nacional, teniendo en cuenta no solo los términos exactos de la ley sino también su configuración general y el conjunto de circunstancias en las que se promulgó con la finalidad de proteger un interés considerado esencial.

<sup>68</sup> Como se ve no es nueva la idea que subyace en la doctrina de FRANCESKAKIS (1966: 1-18). Como bien señala GONZÁLEZ CAMPOS (2000: 368), ya estaba presente en la construcción teórica de Savigny.

<sup>69</sup> BUREAU y MUIR-WATT (2014: 343).

5. *ámbitos excluidos del Derecho común actual: las instituciones jurídicas desconocidas*

14. Al analizar el sustrato material de la comunidad de Derecho, decíamos que Savigny infiere del fondo jurídico común del Derecho de gentes una presunción de naturalidad en relación con las instituciones no romanas análogas o similares, que se rompe siempre en presencia de instituciones desconocidas. Históricamente esta categoría se identifica con las instituciones de origen romano enteramente abandonadas en el Derecho actual por exigencias de la *natura*<sup>70</sup>. Es habitual en la doctrina la tendencia a asimilar las instituciones desconocidas con las instituciones anómalas, constituyendo ambas la excepción a la comunidad de Derecho<sup>71</sup>, si bien consideramos poco afortunada tal asimilación. Esta confusión se presta, en nuestra opinión, porque las dos categorías suscitan los mismos problemas prácticos. En efecto, el mismo problema ofrece que cualquiera de los ordenamientos conectados con la relación jurídica prohíba o no admita la institución en atención a su carácter *ius singulare* (por ejemplo, el divorcio), o a su consideración como no natural (poligamia). En ambos casos, que se trate de una institución jurídica anómala o de una institución no natural, la pretensión litigiosa siempre queda enervada prevaleciendo las previsiones de la *lex fori* de forma inmediata. Sin embargo, la analogía aparente entre estas dos categorías se rompe a nivel de reconocimiento. Por ejemplo, en materia de matrimonio, Savigny no admite en ningún caso el reconocimiento de una institución no natural, como la poligamia<sup>72</sup>. En cambio, admite el reconocimiento de instituciones *ius singulare*, como el reconocimiento de un matrimonio civil en un país que solo admite la celebración en forma religiosa<sup>73</sup>. El elemento que rompe la aparente analogía entre estas dos categorías en el Sistema de Savigny se encuentra en el Derecho de gentes. Como hemos visto antes, a las instituciones de Derecho anormal (*ius singulare*) las califica como excepciones al principio de la comunidad de Derecho, sin que, por ello, queden fuera del Derecho común. Todo lo contrario de lo que sucede con las instituciones desconocidas, que caen fuera del Derecho de

<sup>70</sup> SAVIGNY (2015: 32).

<sup>71</sup> Manteniendo esta asimilación, YANGUAS MESSÍA (1971:365).

<sup>72</sup> SAVIGNY (2015: 1341).

<sup>73</sup> *Id.* (2015: 1484). En efecto, el autor aprueba que no se reconozca como válido el celebrado en el extranjero en forma civil por los habitantes de un país cuyo ordenamiento solamente admite la forma canónica. La ausencia de una comunidad de Derecho en este caso impide el juego regulador de la *regla locus regit actum*. Pero no impide, señala el autor, el reconocimiento del matrimonio civil entre dos extranjeros que vienen a establecerse a ese país. A pesar de su carácter rigurosamente imperativo, la ley del foro no sería aplicable a este supuesto, al quedar fuera de su esfera de eficacia.

gentes, *ergo* de su Sistema. Cuando el autor alemán califica como innatural a una institución desconocida, excluyéndola del mismo Sistema, es por su contrariedad con el mismo Derecho común, es decir, por estar fundada en un motivo inmoral dentro del dominio del propio Derecho □*ad ex.*, la poligamia□. Este dato la distingue de las instituciones de Derecho anormal (*ius singulare*) cuya naturalidad nunca cuestiona, sino el elemento nacional que les sitúa fuera de la comunidad de Derecho □*ad ex.*, el divorcio□.

15. La ausencia de analogía entre las instituciones desconocidas y las instituciones jurídicas anómalas en su doctrina es aún más palpable cuando adscribe a la primera categoría ciertas instituciones cuyo especial atributo no es la falta de naturalidad propiamente dicha, sino el hecho de no encontrar una identidad o una analogía con las existentes en el Derecho de gentes. Savigny distingue dos supuestos dentro de este fenómeno. De un lado, los casos en que el desenvolvimiento del Derecho crea una institución nueva, extraña al Derecho romano. De otro lado, los casos en que el desenvolvimiento altera la pureza de una institución de origen romano dándole una base enteramente nueva. Ejemplos del primer tipo de instituciones desconocidas los encontramos en su obra a propósito de los derechos reales, cuando trata de las instituciones de raíz germánica, como los feudos y las sustituciones<sup>74</sup>. Igualmente, cuando se refiere a la concesión por el Derecho prusiano de un derecho real con una acción *in rem* al locatario, al colono y a todos los que en virtud de un título semejante son detentadores de la cosa de otro, contra el tercer poseedor, suponiendo que les hubiera sido entregado el bien<sup>75</sup>. Por otra parte, en el ámbito de las obligaciones el autor se refiere a la letra de cambio<sup>76</sup>, donde advierte que no debe compararse el caso del deudor incapaz por una ley rigurosamente imperativa, de cuando se trate de una institución desconocida, ya en el lugar del domicilio, ya en el del contrato. En semejante situación, el librador, el endosante y el aceptante están válidamente obligados, suponiendo que en general tengan la capacidad de obrar. Sin embargo, aunque subsista la obligación personal constituida por la letra, el problema es que al tratarse de una institución desconocida, sería imposible el ejercicio de la acción judicial. En definitiva, todos estos supuestos exhiben la rigidez del Sistema del jurista alemán viendo a las instituciones desconocidas como una imperfección que el libre desenvolvimiento del Derecho se encargaría de corregir<sup>77</sup>.

Un ejemplo del segundo tipo de instituciones desconocidas lo encontramos también en el ámbito de los derechos reales, cuando trata del derecho de

<sup>74</sup> SAVIGNY (2015: 1413).

<sup>75</sup> *Id* (2015: 1409-1410).

<sup>76</sup> *Id* (2015: 1392).

<sup>77</sup> *Id* (2015: 1342).

prenda<sup>78</sup>. Refiriéndose a los desenvolvimientos más importantes que presentaba esta institución en los Derechos germánicos, Savigny advierte de la diferencia entre los Estados alemanes que admitían el derecho de prenda de los romanos y los que dieron a este derecho una base enteramente nueva. Utiliza como ejemplo al Derecho prusiano, cuya legislación, a diferencia del Derecho romano, no admitía que un simple contrato pudiera constituir un derecho de prenda como derecho real, sino que éste resultaba únicamente en los inmuebles de la inscripción en el registro de hipotecas, o de la tradición en los muebles. De este modo, cuando en un país regido por el Derecho romano se constituye a través de contrato una prenda sobre un mueble y más tarde se traslada a Prusia, la duda es si continuará subsistiendo el derecho real, pudiéndose reclamar judicialmente dicho mueble contra el poseedor, ya sea el deudor mismo o un tercero, o enajenarlo el acreedor de llegar a ser poseedor por una circunstancia accidental y sin tradición. La respuesta del autor es negativa, en la medida en la que no se trata aquí de un solo y único derecho de prenda que se adquiere de diferente modo según los países, tal como sería la propiedad que en todas partes es reconocida. A su juicio, el derecho de prenda constituido por simple contrato y el que solo puede serlo por tradición son dos instituciones enteramente diversas. Únicamente tienen en común el nombre y la generalidad de su objeto, por lo que el acreedor que pretenda ejercitar la acción invocaría una institución que no reconoce el derecho prusiano.

16. Así las cosas, el problema de las instituciones desconocidas muestra el único espacio en su doctrina donde el DIPr tiene una naturaleza estatal, por lo tanto, en el que existe un vínculo estrecho entre el DIPr y el Estado. Dicha vinculación estatal se agota en su construcción con este tipo de problemas en contraste con la disociación que se produce ante las instituciones jurídicas normales y anómalas. La naturaleza del problema de la colisión ante estas dos clases de instituciones es siempre internacionalista. Por el contrario, como decimos, la única correlación existente en su doctrina entre el DIPr y el Estado se presenta siempre ante instituciones desconocidas, bien sea por su naturaleza no natural, al transgredir un fin en el dominio del propio Derecho, bien sea por no existir una institución análoga en el Derecho de gentes. En ambos casos, al no concurrir aquí la naturaleza internacionalista, los legisladores estatales son libres entonces para organizar la respuesta en el problema de la colisión<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> *Id* (2015: 1411-1413).

<sup>79</sup> Savigny no ofrece ninguna solución a este asunto. Su silencio conduce al mismo callejón sin salida al que se vio abocado Bartin pero desde una posición nacionalista. El autor francés muestra en su respuesta la misma hostilidad que Savigny frente a la institución desconocida extranjera con la diferencia de que en la doctrina del jurista alemán el marco en el que se pro-

## 6. Referencias bibliográficas

- AGUILAR NAVARRO, M. (1976), *Derecho internacional privado, volumen I, Tomo I, Introducción y fuentes*, 4ª ed., Madrid, Servicio de publicaciones UCM..
- ANCEL, B. (2008), *Histoire du Droit international privé. Plan de cours polycopié*, París, Université Pantheon-Assas. .
- ARMINJON, P. (1928), "L'objet et la méthode du droit international privé", *R. des C.*, t. 21, 1928.
- BARTIN E. (1930), *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, t. I, Paris, Éditions Domat-Montchrestien.
- BATIFFOL, H., y LAGARDE, P. (1983), *Traité de Droit international privé*, t. I, 8ª ed., París, LGDJ.
- BUCHER, A. (1994-1995), "Vers l'adoption de la méthode des intérêts?. Réflexions à la lumière des codifications récentes in droit international privé", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, pp. 209-237.
- BUREAU, D., y MUIR-WATT, H. (2014), *Droit international privé. Partie générale*, t. I, 3ª ed., París, PUF.
- CALVO CARAVACA, A.L. (2005), "La norma de conflicto del siglo XXI", en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Edifer, pp. 1335-1374.
- DOMÍNGUEZ LOZANO, P. (1994), "Las concepciones publicista y privatista del objeto del derecho internacional privado en la doctrina europea: reconstrucción histórica", *Revista Española de Derecho Internacional*, n° 1, pp. 99-135.
- ESPINAR VICENTE, J.M. (1997), *Ensayos sobre teoría general de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas.
- ESPINAR VICENTE, J.M. (2012), "El Derecho Internacional privado en los umbrales de un nuevo cambio. Historia, doctrina y praxis", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n° 30, pp. 9-46.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y SÁNCHEZ LORENZO, S. (1991), *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas.
- FRANCESSAKIS, PH. (1960), "Droit naturel et Droit international privé", *Mélanges offerts à Jacques Maury*, vol. I, París, pp. 113-152.
- FRANCESSAKIS, PH. (1966), "Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois", *Rev. crit. dr. int. pr.*, pp. 1-18.
- GONZALEZ CAMPOS, J.D. (1977), "Les liens entre la compétence judiciaire et le compétence législative en droit international privé", *R. des C.*, t. 156, pp. 227-376.
- GONZALEZ CAMPOS, J.D. (1996), "El paradigma de la norma de conflicto bilateral", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IGLESIAS PRADA, J.L. (coord.), Madrid, Civitas, pp. 5239-5270.
- GONZALEZ CAMPOS, J.D. (2000), "Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation", *R. des C.*, t. 287, pp. 9-426.

duce es el del Derecho de gentes de tradición romanista, mientras que en la de Bartin es el Derecho privado francés – BARTIN (1930: 112-113).

- HALPERIN, J.L. (1999), *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, París, PUF.
- JITTA, J. (1890)., *La méthode du droit international privé*, The Hage, Belinfante.
- LAGARDE, P., (1986) "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", *R des C.*, t. 196, pp. 9-238.
- LIPSTEIN, K. (2014), "The General Principles of Private International Law", en *Collection of essays*, FEUESTEIN, P., y MANSEL, H.P. (ed.), Tübingen, Mohr Siebeck.
- LOUSSOUARN, Y., y BOUREL, P. (1999), *Droit international privé*, 6<sup>a</sup> ed., París, Dalloz.
- MAYER, P. (1991), *Droit international privé*, 4<sup>a</sup> ed., París, Montchrestien.
- MEIJERS, E.M., (1934), "L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age", *R. des C.*, t. 49, pp. 543-686.
- MIAJA DE LA MUELA, A. (1985), *Derecho internacional privado I. Introducción y parte general*, 9<sup>a</sup> ed., Madrid, Atlas.
- MICHAELS, R. (2005), "Globalizing Savigny?. The State in Savigny's private international law and the challenge of europeanization and globalization", *Duke Law Legal Studies*, n° 74, pp. 1-28.
- PAREDES PÉREZ, J.I. (2016), *La perspectiva del reconocimiento en el paradigma multilateral de F.K. von Savigny*, Granada, Comares.
- PARRA ARANGUREN, G. (1994), "El Sistema de Derecho Romano Actual de Federico Carlos de Savigny y sus antecedentes doctrinarios en Alemania", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello*, n° 49, pp. 128-225.
- PATOCCHI, P.M. (1985), *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel (de quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe)*, Genève, Librairie de l'Université Georg & Cie.
- PICONE, P. (1999), "Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en Droit international privé", *R. des C.*, t. 276, pp. 9-296.
- RIGAUX, F. (1980), "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale", *R. des C.*, t. 213, pp. 9-407.
- SAVIGNY, F.K. VON (2005), *Sistema de Derecho romano actual*, MONEREO PÉREZ, J.L. (ed.), Granada, Comares.
- VITTA, E. (1979), "Cours général de droit international privé", *R. des C.*, t. 162, pp. 9-244.
- YANGUAS MESSÍA, J., DE (1971), *Derecho internacional privado. Parte general*, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, Reus.
- YNTEMA, H.E. (1959), "Les objectifs du Droit international privé", *Rev. crit. dr. int. pr.*, n° 1, pp. 1-29.

LA SOVRANITÀ ALIMENTARE NEI PROCESSI  
DI INTEGRAZIONE EUROPEA:  
IL CASO DEGLI OGM

G. Ragone, B. Vimercati\*

SOMMARIO: 1. La sovranità alimentare: verso una riconcettualizzazione della sovranità? – 2. Sovranità alimentare e diritto alimentare nell’Unione europea. – 3. Sovranità e potere decisionale nella regolamentazione dei prodotti geneticamente modificati. – 3.1. La frammentazione della *governance* in materia di OGM. – 3.2. Il ruolo degli organi dotati di competenze tecnico-scientifiche. – 4. Conclusioni. – Riferimenti bibliografici.

1. *La sovranità alimentare: verso una riconcettualizzazione della sovranità?*

In un recente scritto, Roberto Bin affermava che “il termine sovranità è un termine profondamente incrostato di ideologie, di aspettative” al punto da diventare “una parola pericolosa” e, sotto il profilo giuridico, un termine “assai poco preciso” (BIN, 2013: 369). Tale premessa non preclude però, come emerge dalle parole dell’Autore, la possibilità di ricondurre la ‘sovranità’ ad un *quid* profondamente connesso alla detenzione del ‘potere’ e non preclude altresì la possibilità di aggiungere come allo sgretolamento della sovranità non segua una scomparsa del potere, bensì il trasferimento dello stesso da una sede ad un’altra o da un soggetto ad un altro.

Un interessante ambito di verifica della relazione tra sgretolamento della sovranità e distribuzione del potere è quello della cd. sovranità alimentare. Tale concetto rimanda alla battaglia politica dei popoli per la rivendicazione di spazi di autonomia nella definizione delle politiche agricole e alimentari nonché dei propri modelli di produzione e di consumo. Differente dalla sicurezza alimentare (*food security*), che è considerata più di un semplicistico concetto tecnico, e al contempo differente dal diritto al cibo, che è ritenuto più di un mero concetto giuridico, la sovranità alimentare è essenzialmente ricondotta in dottrina all’ambito politico<sup>1</sup>. Essa è stata oggetto di una molteplicità di ten-

\* I paragrafi 1 e 2 sono stati redatti dalla dott.ssa Vimercati; i paragrafi 3, 3.1. e 3.2. dalla dott.ssa Ragone, mentre le conclusioni sono frutto della riflessione condivisa delle autrici. Università degli Studi di Milano.

<sup>1</sup> “*While food security is more of technical concept, and the right to food a legal one, food sovereignty is essentially a political concept*” (WINDFUHR, JONSEN, 2005).

tativi definitivi che hanno acuito la complessità di pervenire ad una definizione unitaria in cui convergano le numerose sfumature che colorano questo concetto, le quali contribuiscono a rendere arduo lo sforzo non solo definitorio ma anche di delimitazione dei contenuti e delle implicazioni concrete della sovranità alimentare<sup>2</sup>.

Quel che è certo è l'origine storica dell'utilizzo dell'espressione in parola. Con il fine di scardinare l'assunto per cui il cibo rappresenta una merce assimilabile alle altre, dagli anni '70 in poi si sono costituiti alcuni movimenti sociali, primo tra tutti il movimento di La Via Campesina. Tali movimenti si sono investiti della precipua *mission* di difendere l'agricoltura sostenibile non intensiva e su piccola scala, quale strumento per la promozione della giustizia sociale e della dignità umana, messe sotto scacco da un sistema agricolo dominato da un sistema capitalistico e neoliberale in cui l'evolversi delle dinamiche del settore agroalimentare discendono dall'imperialismo delle multinazionali<sup>3</sup>. Il concetto di sovranità alimentare è nato proprio nel corso della Conferenza internazionale del movimento, svoltasi in Messico nel 1996, e ha trovato una più completa definizione nel decennio successivo in occasione della redazione della Dichiarazione di Nyéléni (2007).

La sovranità alimentare, si legge nel testo della Dichiarazione, "è il diritto dei popoli ad alimenti nutritivi e culturalmente adeguati, accessibili, prodotti in forma sostenibile ed ecologica, ed anche il diritto di poter decidere il proprio sistema alimentare e produttivo. Questo pone coloro che producono, distribuiscono e consumano alimenti nel cuore dei sistemi e delle politiche alimentari e al di sopra delle esigenze dei mercati e delle imprese. (...) La sovranità alimentare dà priorità all'economia ed ai mercati locali e nazionali, attribuendo il potere ai contadini, all'agricoltura familiare, alla pesca e all'allevamento tradizionali e colloca la produzione, distribuzione e consumo di alimenti, sulla base di una sostenibilità ambientale, sociale ed economica. (...) Essa garantisce che i diritti di accesso e gestione delle nostre terre, dei nostri territori, della nostra acqua, delle nostre sementi, del nostro bestiame e della biodiversità, siano in mano di coloro che producono gli alimenti. La sovranità alimentare implica delle nuove relazioni sociali libere da oppressioni e disuguaglianze fra uomini e donne, popoli, razze, classi sociali e generazioni"<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. in questo senso PATEL (2009).

<sup>3</sup> Si faccia riferimento, a tal fine, ai numerosi contributi che trattano i fenomeni del *land grabbing* e del *water grabbing*, i quali consistono in pratiche di acquisizione o di esercizio di potere su terreni e fonti d'acqua da parte di multinazionali così come da parte di governi stranieri: BORRAS, HALL, SCOONES, WHITE, WOLFORD (2011); RULLI, SAVIORI, D'ODORICO (2013); DE SCHUTTER (2011).

<sup>4</sup> La Via Campesina, Declaration of Food Sovereignty, 1996: "*the right of each nation to*

Il riconoscimento del cibo quale bene non suscettibile di essere equiparato alle altre merci sostiene questo progetto di smantellamento del monopolio del neoliberalismo nel settore agroalimentare ovverosia il tentativo di porre un argine alla crescita macroscopica del potere delle multinazionali, sensibili alle logiche del profitto e portatrici di interessi economici che non trovano consonanza con l'esigenza di una equa distribuzione delle risorse né, tanto meno, con la garanzia di una quota minima di partecipazione ai beni vitali anche per coloro che non dispongano dei mezzi necessari al proprio sostentamento.

Questo progetto politico si declina, al fine di trovare una concreta implementazione, nel riconoscimento di una serie di diritti e in una distribuzione maggiormente inclusiva delle decisioni politiche<sup>5</sup>, elementi che concorrono a definire la fisionomia stessa della sovranità: *"This transformation necessarily involves the redistribution of all kinds of resources, including power"* (DESMA-RAIS, 2015: 158).

Nello specifico, essa implica: una diversa distribuzione delle risorse pubbliche e dei finanziamenti sì da incentivare le piccole attività agricole; una revisione della regolamentazione in materia di proprietà intellettuale e in materia di biodiversità, realizzando una produzione agricola sostenibile che non danneggi irrimediabilmente le risorse naturali; la definizione di politiche commerciali orientate a ridurre la fame e la povertà e una modifica di quelle politiche che hanno sottovalutato l'importanza delle specifiche esigenze determinate dalle peculiarità di ogni territorio. Per quel che concerne più direttamente il tema che qui ci interessa, dalla affermazione della sovranità alimentare discendono il diritto dei consumatori di decidere quali alimenti consumare e da chi e come questi debbano essere prodotti; il diritto dei singoli Stati di difendersi da importazioni agricole e alimentari attraverso la realizzazione di controlli sulla produzione interna e la facoltà di imporre un sistema di tassazione sulle importazioni che vada a vantaggio del contenimento dei costi di produzione e di distribuzione e, infine, la partecipazione dei produttori nella definizione delle politiche e della regolamentazione in campo agroalimentare<sup>6</sup>.

La sovranità alimentare ha finora attecchito solo a livello internazionale<sup>7</sup>

*maintain and develop their own capacity to produce foods that are crucial to national and community food security, respecting cultural diversity and diversity of production methods".*

<sup>5</sup> Cfr. PATEL: *"Via Campesina's position was that a discussion of internal political arrangements was a necessary part of the substance of food security. Indeed, food sovereignty was declared a logical precondition for the existence of food security"* (2009).

<sup>6</sup> Cfr. SCHIAVONI (2014).

<sup>7</sup> Si veda in questo senso la modifica che è stata apportata nel 2009 al Comitato per la Sicurezza Alimentare Mondiale. Il Comitato, istituito nel 1974 quale organo intergovernativo e di tipo tecnico, incaricato di coordinare e monitorare le politiche sulla sicurezza alimentare, ha assunto i tratti di un vero e proprio organismo autonomo. Tale autonomia consente al Comitato

ovvero in contesti politico-territoriali in cui la fame e la povertà vengono utilizzati come “strumento di oppressione delle minoranze etniche e delle popolazioni indigene” in un “sistema di consolidamento delle ingiustizie sociali” (RINELLA, 2015: 15)<sup>8</sup>. Grazie anche alla spinta inferta dal movimento La Via Campesina, la sovranità alimentare è stata codificata in alcune Carte costituzionali di Paesi sudamericani e, in particolare, in quelle di Bolivia<sup>9</sup>, Ecuador<sup>10</sup> e Venezuela<sup>11</sup>; benché il preminente obiettivo di una simile codificazione fosse quello di conferire a tale principio una maggiore effettività e cogenza, ad oggi la sua traduzione in azioni concrete da parte dei legislatori e dei *policy makers*, essendo rimasta incompiuta, non sembra sia stata capace di sortire gli effetti auspicati<sup>12</sup>, complice la pressione esercitata dai gruppi di potere economici

di svolgere la funzione di forum inclusivo di dibattito in materia agro alimentare, grazie al coinvolgimento nella sua attività non solo dei Governi e delle istituzioni internazionali, ma anche di istituti di ricerca, soggetti del settore privato e società civile. In dottrina si veda, *ex multis*, DUNCAN, 2015.

<sup>8</sup> Vedi altresì GIUNTA, VITALE (2013).

<sup>9</sup> Nella Costituzione boliviana (2009), il riferimento esplicito alla sovranità alimentare si trova negli artt. 255; 309; 405.

<sup>10</sup> Nella Costituzione dell'Ecuador (2008), il termine sovranità alimentare si ripete per più di quattordici volte nel testo; tra le numerose disposizioni che ad essa fanno riferimento si veda in particolare l'art. 13, secondo cui “Lo Stato Ecuatoriano promuoverà la sovranità alimentare”. Degno di nota è altresì il fatto che tale Carta costituzionale dedichi alla sovranità alimentare un intero capitolo, il Capitolo III, rubricato ‘Sovranità alimentare’.

<sup>11</sup> Il Venezuela è stato il primo Stato (1999) a costituzionalizzare la sovranità alimentare dedicandole gli artt. 305, 306 e 307. Si veda, nello specifico l'art. 305, nel quale viene anche offerta una definizione di sovranità alimentare: “Lo Stato promuove l'agricoltura sostenibile come base strategica dello sviluppo rurale integrale al fine di garantire la sicurezza alimentare della popolazione; intesa come la disponibilità sufficiente e stabile di alimenti nell'ambito nazionale e l'accesso adeguato e permanente a questi da parte del pubblico consumatore. La sicurezza alimentare deve essere raggiunta sviluppando e privilegiando la produzione agricola e l'allevamento interni (...). La produzione di alimenti è di interesse nazionale e fondamentale per lo sviluppo economico e sociale della Nazione. A tal fine, lo Stato detta le misure di ordine finanziario, commerciale, di trasferimento di tecnologia, possesso della terra, infrastrutture, abilitazione di manodopera ed altre necessarie per raggiungere livelli strategici di autosufficienza. Inoltre, promuove le azioni nell'interesse dell'economia nazionale ed internazionale per compensare gli svantaggi derivati dall'attività agricola. Lo Stato protegge gli insediamenti e le comunità di pescatori artigianali, così come i loro luoghi di calata delle reti da pesca in acque continentali ed in quelli prossimi alla linea di costa indicati dalla legge”.

<sup>12</sup> Come affermano GIUNTA, VITALE (2013: 81): “I problemi (...) arrivano nel momento in cui tali principi devono essere tradotti in quadro legislativo, e tradotti nella loro implementazione. Realizzarne la portata avrebbe significato sollevare ed affrontare nell'agenda politica ed istituzionale la discussione intorno alle relazioni di potere che presiedono al controllo sociale del sistema alimentare. Ciò emerge nel processo che porta alla formulazione della *Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria* (Lorsa), approvata nel 2009. La scarsa capacità delibe-

che continuano a mantenere il controllo su gran parte della filiera agroalimentare.

Nonostante la ancora debole incidenza di tale principio, che dipende anche dal contesto storico e culturale in cui esso ha avuto origine, il dibattito sudamericano ha il pregio di mettere in luce talune criticità che non sono estranee al contesto europeo e allo studio del diritto alimentare nell'ambito dell'Unione europea.

## 2. Sovranità alimentare e diritto alimentare nell'Unione europea

La produzione alimentare, la commercializzazione e il consumo di alimenti hanno assunto una posizione di rilievo nella regolamentazione di matrice europea a partire dagli anni '70, quando la liberalizzazione degli scambi nel mercato europeo, favorita dalla libera circolazione delle merci, ha sollevato in termini problematici il tema della necessità di un apparato di regole comuni<sup>13</sup>. L'entrata in vigore di direttive comunitarie volte a stabilire regole comuni tra gli Stati membri ha talvolta incontrato la resistenza degli Stati stessi che si vedevano spogliati di una "prerogativa essenziale" (AIMERITO, 2016)<sup>14</sup> della propria sovranità. Essi, infatti, facendo aggio sulla tutela della salute, sono spesso intervenuti con provvedimenti limitativi della circolazione e della commercializzazione delle merci entro i propri confini, mettendo così alla prova la volontà di creare un apparato normativo capace di assicurare la sicurezza alimentare in maniera univoca e uniforme all'interno del mercato europeo.

Tali difficoltà non sono state però di ostacolo alla crescente attenzione che le istituzioni europee hanno dedicato alla regolamentazione alimentare, la quale ha condotto nel 2002 alla adozione del Regolamento (CE) n. 178/2002 'Principi e requisiti generali della legislazione alimentare, istituzione dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare e indicazione di procedure nel campo della sicurezza alimentare'. Il regolamento, che "può essere ascritto a quella tendenza di utilizzare e valorizzare gli strumenti della centralizzazione regolativa per garantire l'unità istituzionale dell'Europa sul piano del diritto" (GERMANÒ, RAGIONIERI, ROOK BASILE, 2014: 15), risponde infatti

rativa e di mobilitazione delle organizzazioni contadine ed indigene sposta i rapporti di forza a favore dei potenti attori economici che detengono il controllo monopolistico sulle filiere agroalimentari e che spingono verso il ridimensionamento della portata del mandato costituzionale".

<sup>13</sup> Per un *excursus* sulla nascita di una politica europea nel settore alimentare si rimanda a RIZZOLI (2008).

<sup>14</sup> In questi termini si veda anche COSTANZO (2016: 24).

all'esigenza di uniformare la regolamentazione in materia, elevando il diritto alimentare da disciplina di settore ad un vero e proprio sistema di legislazione alimentare. Questo apparato normativo interseca molteplici ed eterogenei piani che fondono la tutela del bene cibo con altri diritti e interessi tra i quali il diritto alla salute, i diritti dei consumatori, il diritto all'iniziativa economica e alla proprietà privata così come, infine, il diritto ambientale. Nel contemperamento di questi diritti con la tutela della libera circolazione delle merci, pilastro dell'Unione europea, si costruisce un sistema di commistione e compenetrazione di materie e di competenze (competenze dell'Ue e competenze degli Stati membri) oltre che di soggetti di diversa natura. È con il regolamento n. 178 del 2002 che si istituisce, infatti, l'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA), un'agenzia dell'Unione europea di regolazione che fornisce – in materia di rischi alimentari – consulenze scientifiche indipendenti, destinate a confluire nella legislazione e nelle *policies* europee<sup>15</sup>.

Questi, seppur brevi, accenni alla regolamentazione alimentare europea consentono di rilevare le problematiche convergenti nel sistema *multilevel* europeo e nei paesi sudamericani. Il riferimento è, nello specifico, a due elementi di criticità: il moltiplicarsi dei decisori e il basso tasso di democraticità che li caratterizza. Se i paesi sudamericani rivendicano margini di autonomia nella regolamentazione del diritto alimentare rispetto a soggetti esterni che erodono spazi di sovranità popolare (multinazionali o organismi internazionali), analogamente in ambito europeo, la dislocazione dei poteri fuori dai confini nazionali o verso attori di natura diversa dai tradizionali decisori politici nazionali, sottratti ai vincoli della rappresentanza politica, investe più livelli.

In primo luogo, in un sistema di *governance* multilivello quale quello delineato dal processo di integrazione europea, si pone il problema della scelta tra centri di potere politico nazionali e sovranazionali. In secondo luogo, in un'epoca dominata dal fenomeno della globalizzazione (intesa qui come ampliamento delle dimensioni del mercato), la stessa Unione europea può dirsi paradossalmente vittima di un'erosione della sovranità ad opera del mercato internazionale e delle sue regole e dinamiche, le quali, con un effetto a cascata, toccano anche la sovranità dei singoli Stati membri. Infine, in presenza di scelte complesse come quelle che afferiscono al settore agroalimentare, con sempre maggior frequenza il decisore politico delega alcuni aspetti della regolamentazione al decisore tecnico, soggetto però spesso privo di una chiara legittimazione democratica.

<sup>15</sup> In dottrina si veda GABBI (2008); CASSESE (2002).

### 3. Sovranità e potere decisionale nella regolamentazione dei prodotti geneticamente modificati

Pur rientrando nelle “prerogative essenziali della sovranità”, il potere di regolamentare la materia alimentare, nell’ambito dell’Unione europea, non è più da tempo riservato ai soli Stati membri ma viene esercitato da diversi soggetti (per lo più sovranazionali), tra i quali anche organi, agenzie e comitati dotati di competenze tecnico-scientifiche. Tale stato di cose può essere facilmente constatato se si osserva “il microsistema di fonti inerente il regime giuridico degli OGM” (COSTANZO, 2016: 5), ossia di quegli organismi il cui materiale genetico è stato modificato in modo diverso da quanto si verifichi in natura con l’accoppiamento o la ricombinazione genetica naturale<sup>16</sup>. Prima di approfondire il coinvolgimento dell’*expertise* scientifica nei procedimenti decisionali che riguardano i prodotti geneticamente modificati, è utile accennare ai livelli di governo coinvolti nella materia *de qua*.

#### 3.1. La frammentazione della governance in materia di OGM

Se in generale “la sicurezza alimentare ... rappresenta un significativo *case study* nell’attuale sistema di *multilevel governance*” (VENTURI, 2008: 15) e nel processo d’integrazione dell’Unione europea, “è soprattutto, però, il trattamento da riservare agli OGM che costituisce il *punctum crucis* di diverse relazioni dialettiche tra il livello locale e il livello globale” (COSTANZO, 2016: 4)<sup>17</sup>.

Tralasciando il piano del diritto internazionale, che pur sta assumendo crescente rilevanza<sup>18</sup>, non v’è dubbio che il livello di governo maggiormente coinvolto nella determinazione dello statuto giuridico degli OGM sia quello comunitario, mentre ai legislatori statali (e sub-statali) spetta un ruolo residuale. L’Unione europea, infatti, seppur tramite procedure che prevedono la partecipazione degli Stati membri, si è fatta “carico di tutti i molteplici profili degli OGM (dalla ricerca, alla commercializzazione, passando per la produzione)” (TRUCCO, 2016: 48). Questo assetto è stato in larga parte definito dall’approvazione, tra il 2001 e il 2003, di una serie di normative comunitarie che hanno rivoluzionato il quadro generale della disciplina europea dei prodotti transgenici: la direttiva 18/2001/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all’emissione deliberata nell’ambiente di OGM, parzialmente

<sup>16</sup> Cfr. art. 2 della Direttiva 2001/18/CE.

<sup>17</sup> Cfr. sul punto PORPORA (2015).

<sup>18</sup> Per un approfondimento a riguardo, cfr. TARLI BARBIERI (2016). L’Autore non manca, peraltro, di sottolineare come, “quanto al livello internazionale, le fonti in materia di sicurezza e qualità degli alimenti soffrono tuttora di carente sistematicità”.

modificata dalla direttiva n. 2015/412, il già citato regolamento CE n. 178/2002 che – come si è detto – ha istituito l’Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA), e il regolamento CE n. 1829/2003 che ha introdotto una procedura unica di autorizzazione per gli OGM utilizzati come alimenti o mangimi.

Proprio quello delle procedure di autorizzazione è uno degli aspetti giuridici più delicati dell’argomento che si sta trattando. In conformità al vigente quadro normativo, affinché un prodotto geneticamente modificato ottenga il *nulla osta* all’immissione in commercio nell’Unione europea, deve essere sottoposto ad una procedura di valutazione scientifica compiuta dall’EFSA. Sulla base dell’opinione espressa da quest’ultima, la Commissione europea e il Comitato permanente per la catena alimentare e la salute degli animali (SCFCAH) decidono se autorizzarlo oppure no<sup>19</sup>.

Una volta che il prodotto GM abbia ottenuto l’autorizzazione dell’Europa, ai singoli Stati membri rimane un margine di scelta esiguo<sup>20</sup>. Quanto alla possibilità di limitarne o vietarne la coltivazione, grazie all’emanazione della direttiva n. 2015/412 del Parlamento europeo e del Consiglio<sup>21</sup>, essi godono di una

<sup>19</sup> Come si legge nel Considerando 2) della direttiva (UE) 2015/412 dell’11 marzo 2015: “L’obiettivo di tale procedura di autorizzazione è garantire un elevato livello di tutela della vita e della salute umana, della salute e del benessere degli animali, dell’ambiente e degli interessi dei consumatori, assicurando al contempo l’efficace funzionamento del mercato interno”.

<sup>20</sup> Per quanto poi concerne il caso italiano, la residua competenza legislativa in materia di OGM (ed in particolare in materia di coesistenza tra colture transgeniche, convenzionali e biologiche) è da tempo contesa tra lo Stato centrale e il livello regionale. Come sostiene TARLI BARBIERI: “il livello nazionale è poi sempre più condizionato dalle scelte dell’Unione europea, fino ad incidere perfino sull’assetto costituzionale della ripartizione delle competenze legislative e delle funzioni amministrative fra Stato e autonomie territoriali. In effetti, anche la competenza regionale in materia di agricoltura ha risentito di questa evoluzione normativa, oltre che dei titoli di competenza statale che anche la giurisprudenza costituzionale ha interpretato in senso estensivo: così, ad esempio, la sentenza n. 116/2006 ha ricondotto alla legislazione regionale la disciplina delle modalità di attuazione del principio di coesistenza tra le forme di agricoltura transgenica, convenzionale e biologica (nonché le connesse disposizioni sulla coltivazione a fini produttivi), mentre il principio di coesistenza è stato ritenuto indisponibile per le Regioni, in quanto ricondotto alla tutela dell’ambiente e quindi alla competenza statale di cui all’art. 117, 2° comma, lett. s), Cost. e ad un principio fondamentale in materia di tutela della salute. Così [...] è rilevante una pluralità di titoli competenziali statali come quelli relativi alla salute, al paesaggio, all’ambiente, alle attività economiche, alla sicurezza pubblica: alcune di queste materie sono affidate alla competenza residuale delle Regioni, altre alla funzione concorrente, altre infine sono riservate allo Stato; da qui la constatazione della inadeguatezza del sistema italiano di gestione delle politiche interne della sicurezza e l’auspicio di un intervento di riordino anche della disciplina costituzionale” (2016: 193).

<sup>21</sup> Per un’analisi della Direttiva e del percorso che ne ha condotto all’emanazione, si permetta di rimandare a RAGONE (2015).

discreta libertà. Diversamente da quanto accadeva in passato, è ora loro consentito proibire la coltura di determinati organismi geneticamente modificati sul proprio territorio, a condizione che simili limitazioni siano conformi al diritto UE, siano rispettose dei principi di proporzionalità e non discriminazione e siano basate su fattori connessi a obiettivi di politica ambientale, pianificazione urbana e territoriale, uso del suolo, impatto socio-economico, esigenza di evitare la presenza di OGM in altri prodotti o per ragioni di ordine pubblico<sup>22</sup>. Quanto, invece, alla possibilità di restringere o proibire l'uso degli OGM autorizzati all'interno dei propri confini, essa è al momento esclusa. Il 22 aprile 2015, la Commissione europea ha presentato una proposta di emendamento del Regolamento CE n. 1829/2003, che suggeriva un'apertura a riguardo<sup>23</sup>. Tuttavia la proposta è stata seccamente rigettata dalla Commissione Agricoltura del Parlamento europeo, dalla Commissione Ambiente e, infine, il 28 ottobre 2015, dal Parlamento europeo in sessione plenaria. La maggioranza dei votanti ha reputato che concedere agli Stati il potere di proibire l'uso di OGM autorizzati comporti il rischio che arbitrari divieti nazionali distorcano la concorrenza sul mercato unico e mettano a repentaglio la produzione alimentare dell'Unione in settori fortemente dipendenti dalle importazioni di mangimi GM. Come è stato osservato in dottrina, se sul fronte della coltivazione gli Stati hanno possibilità di scelta, su quello della commercializzazione l'Unione non "tradisce la sua vocazione mercantilistica, imponendo l'apertura di tutte le frontiere in nome del mercato" (COSTANZO, 2016: 5).

### 3.2. *Il ruolo degli organi dotati di competenze tecnico-scientifiche*

Il fenomeno dello sgretolamento della potestà regolamentare in materia di OGM non ha visto solo un'attrazione verticale di tale potere – dal livello nazionale a quello sovranazionale –, ma altresì una sua distribuzione orizzontale tra decisori politici e soggetti dotati di competenze tecniche. La letteratura giuridica italiana ed internazionale<sup>24</sup> ha messo in luce come, nella maggior parte degli ambiti legislativi di sua competenza, l'UE si sia dotata di un robusto apparato amministrativo composto da una serie di organismi (comitati e agen-

<sup>22</sup> In vero l'emanazione della Direttiva n. 2005/412 non ha mutato l'approccio prudenziale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nell'attribuire tale spazio di scelta agli Stati membri. Dimostrazione ne è la recente pronuncia CGUE, sez. III, sent. 13 settembre 2017, causa C-111/16, nella quale la Corte ha chiarito che misure nazionali che vietino la coltivazione di OGM autorizzati "non possono essere validamente motivate con un approccio puramente ipotetico del rischio, fondato su semplici supposizioni non ancora accertate scientificamente".

<sup>23</sup> Per un approfondimento sul punto, cfr. RAGONE (2016).

<sup>24</sup> *Ex plurimis*, cfr. CUNIBERTI (2015); CRISCUOLO (1999); DELLA CANANEA (1990); DOGAN (1997); EVERSON, MONDA, VOS (2014).

zie), i quali, a seconda dei casi, forniscono pareri tecnici alla Commissione o influiscono, anche semplicemente *de facto*, con le loro opinioni sulla regolamentazione di nevralgici settori normativi. Come si è accennato, il fenomeno interessa l'ambito degli OGM<sup>25</sup>, ove l'EFSA rappresenta il principale dei *risk advisors* con cui i *risk managers* europei devono interfacciarsi.

Le ragioni di un simile coinvolgimento di tecnocrati e scienziati sono da rinvenirsi nella circostanza che, pur in un ambito scientificamente controverso come quello degli OGM, gli organi decisionali devono poter contare su di una base scientifica seria ed autorevole. Se non potessero farlo, essi non sarebbero “nella condizione di adottare in maniera consapevole le decisioni sull'accettabilità dei rischi” (RINELLA, PUNGITORE, 2015: 194-195) legati all'autorizzazione di varietà GM, i quali implicano complessi ed eterogenei interrogativi di natura biologica ed ambientale. Si tratta, tra l'altro, di stabilire quali effetti ogni singolo prodotto geneticamente mutato possa avere sulla salute umana ed animale, nonché sull'ambiente (in termini di mantenimento della biodiversità e di tutela della sostenibilità agricola)<sup>26</sup>.

Pur così chiarite le ragioni del ricorso a ‘EU-level scientific experts’ nell'ambito delle autorizzazioni dei prodotti GM, il protagonismo ad essi, nella pratica, attribuito non può essere esentato da alcune critiche. Due, in particolare, sono i profili problematici che si ritengono degni di riflessione: la mancanza di responsabilità di politica che connota le scelte in materia e l'eccessiva deferenza verso le opinioni espresse dall'EFSA<sup>27</sup>.

Quanto al primo punto, va premesso che – in linea teorica – gli Stati membri sarebbero coinvolti nelle procedure di autorizzazione degli OGM poiché il Comitato SCFCAH è composto da rappresentanti degli stessi. Tuttavia, le diverse posizioni politiche dei singoli Stati in tema di prodotti geneticamente modificati hanno sino ad ora sempre impedito il raggiungimento della maggioranza qualificata richiesta per esprimere un voto. Per la stessa ragione, neppure il Consiglio è mai stato in grado di superare la posizione assunta

<sup>25</sup> Sul tema, cfr. CHRISTIANSEN, POLAK (2009).

<sup>26</sup> Come si legge in COSTANZO (2016: 7), al di là della valutazione sulle singole qualità di prodotti GM, la comunità scientifica è divisa circa l'opportunità in generale di ricorrere all'impiego di OGM. Chi ne sconsiglia l'utilizzo fa riferimento a “rischi legati ad una propagazione incontrollata dei geni transgenici [...], ad una mutazione genetica in senso peggiorativo, ad interazioni con l'ambiente nel senso di una loro ‘presa di possesso’ a danno di varietà indigene”, e così via. Sul fronte opposto, viceversa, s'invocano gli effetti positivi dell’ “aumento della produttività agricola, del miglioramento qualitativo del valore nutritivo degli alimenti, della razionalizzazione stessa delle allocazioni territoriali delle colture anche con la riabilitazione di territori danneggiati o desertificati, dell'abbassamento della necessità di ricorrere a fitofarmaci” etc.

<sup>27</sup> Per una disamina più approfondita delle problematiche enunciate, si rimanda a CHRISTIANSEN, POLAK, (2009: 5).

dalla Commissione. Il risultato è che, di fatto, a decidere se una determinata varietà possa essere coltivata, commercializzata e consumata nei paesi dell'Unione è la Commissione, un'istituzione composta da membri non eletti, né rappresentanti degli interessi dei singoli Stati, la quale si basa precipuamente sulle opinioni espresse da un organo tecnico: l'EFSA<sup>28</sup>.

Proprio la considerazione in cui sono tenute tali opinioni rappresenta il secondo aspetto critico. Sebbene formalmente la Commissione debba solo tenere "conto del parere dell'Autorità"<sup>29</sup>, in pratica le è impossibile andare contro l'indicazione da quest'ultima espressa. Stando alla giurisprudenza europea<sup>30</sup>, la Commissione potrebbe deviare da quanto affermato dall'EFSA solo sulla base di una valutazione scientifica contraria. Tuttavia, evidentemente essa manca delle competenze necessarie a contraddire l'Agenzia<sup>31</sup>. *Sic rebus stantibus*, non stupisce che ogni singola autorizzazione concessa dalla Commissione abbia pienamente rispecchiato quanto espresso dall'EFSA. Come acutamente rilevato in dottrina, "this suggests that not the Commission, but rather EFSA itself may in a sense be seen as the de facto risk manager" (CHRISTIANSEN, POLAK, 2009: 9).

La crescente valorizzazione delle opinioni tecnico-scientifiche espresse dall'EFSA sembrerebbe coinvolgere anche l'ambito del contenzioso giudiziario. Si prenda ad esempio il caso *Land Oberösterreich e Austria v. Commissione*, che ha avuto origine dalla decisione di una regione austriaca di creare una *GMO-free zone*, vietando sul proprio territorio la coltivazione di sementi contenenti OGM, quand'anche autorizzati a seguito del parere positivo dell'EFSA<sup>32</sup>. A corredo della comunicazione alla Commissione della propria intenzione, il Land aveva allegato una relazione tecnico-scientifica, nota come "relazione Müller"<sup>33</sup>, nella quale si sosteneva che la coltivazione transgenica recasse danni al territorio e minasse la possibilità di mantenere colture tradi-

<sup>28</sup> CHRISTIANSEN, POLAK (2009: 7).

<sup>29</sup> Cfr. art. 7 del Regolamento 1829/2003.

<sup>30</sup> Cfr. il caso T-13/99 *Pfizer Animal Health SA v. Consiglio dell'Unione Europea*, Tribunale di primo grado, 2002.

<sup>31</sup> Così CHRISTIANSEN, POLAK (2009: 8).

<sup>32</sup> La regione austriaca aveva reputato di poter fruire della facoltà offerta dalla clausola di salvaguardia ex art. 23 della direttiva 2001/18/CE. Ai sensi di quest'articolo, uno Stato membro può limitare o vietare temporaneamente l'uso o la vendita sul proprio territorio di un OGM autorizzato qualora, sulla base di nuove informazioni divenute disponibili dopo la data d'autorizzazione del prodotto e che riguardino la valutazione di rischi ambientali, esso reputi che l'organismo in questione comporti rischi per la salute umana o per l'ambiente. In tale evenienza, lo Stato è tenuto dare immediata comunicazione della misura adottata alla Commissione.

<sup>33</sup> Il testo della relazione '*GVO-freie Bewirtschaftungsgebiete: Konzeption und Analyse von Szenarien und Umsetzungsschritten*' è disponibile al seguente link: [http://www.keine-gentechnik.de/bibliothek/zonen/studien/mueller\\_gvo\\_frei\\_bewirtschaftung\\_020428.pdf](http://www.keine-gentechnik.de/bibliothek/zonen/studien/mueller_gvo_frei_bewirtschaftung_020428.pdf).

zionali. Per giudicare se si trattasse di decisione legittima oppure di una dissimulata restrizione del commercio tra Stati o di un ostacolo al buon funzionamento del mercato interno, la Commissione doveva valutare l'attendibilità scientifica della relazione austriaca e, pertanto, si è rivolta nuovamente all'EFSA. Quest'ultima ha escluso che il documento adducesse nuove evidenze scientifiche o mostrasse particolari rischi ambientali a danno del territorio tali da supportare l'esigenza di vietare le coltivazioni GM. Conseguentemente la Commissione ha sancito l'illegittimità dell'iniziativa austriaca e tale esito è stato in seguito confermato dal Tribunale di I grado della Comunità Europea nel 2005 e dalla Corte di Giustizia nel 2007.

Anche in quest'ultimo caso nodale è stato il ruolo dell'EFSA, le cui opinioni sono state non solo il fondamento delle misure cui il Land intendeva derogare, bensì anche del giudizio dei giudici comunitari, la cui cognizione pare essersi fermata all'incontrovertibilità del parere reso dall'organo scientifico comunitario<sup>34</sup>.

#### 4. Conclusioni

Se la sovranità, come affermava GIANNINI (1990), è il luogo del potere, il luogo della decisione politica, non vi è dubbio sul fatto che da alcuni decenni si stia assistendo ad un fenomeno di smembramento della sovranità che agisce su più livelli (internazionale, nazionale ed europeo). Uno sgretolamento che non comporta il venir meno della sovranità stessa ma che implica la traslazione del potere da un soggetto ad un altro<sup>35</sup>.

Questo smembramento della sovranità è spesso al centro di critiche – non sempre prive di fondamento – soprattutto con riferimento alle problematiche scaturenti dalla perdita di sovranità da parte degli Stati sovrani in costanza dei processi di integrazione europea. Nell'ambito della cd. sovranità alimentare, esso si accompagna non solo alla critica per la cessione di potere a favore di altri ordinamenti giuridico-politici ma anche rispetto allo slittamento delle dinamiche di potere in capo a soggetti terzi per i quali l'esercizio del potere è svincolato da forme di controllo (si pensi al mercato).

Al di là delle mere logiche anti-globalizzazione e anti-neoliberismo a partire dalle quali generalmente ci si avvicina al tema della sovranità alimentare, in questa sede – guardando al *favor* che la sovranità esprime verso un approccio alle problematiche alimentari non solo in chiave squisitamente economico/di mercato – si è in grado di ammettere una connotazione positiva di questa frammenta-

<sup>34</sup> Così VENTURI (2008: 66).

<sup>35</sup> Sul punto si rimanda alle osservazioni di BIN (2013).

zione dei centri di potere a condizione, però, che essa sia rispettosa di due fondamentali principi: il principio di sussidiarietà e il principio di democraticità.

A suggerire l'opportunità della valorizzazione di questi due principi nella regolamentazione della materia alimentare è, *in primis*, la storia del diritto dei secoli che vanno dall'età tardo medioevale all'inizio dell'era moderna.

Come ricostruisce Francesco AIMERITO in un'interessante analisi storico-giuridica, “uno sguardo ai secoli del consolidamento ... della nostra civiltà giuridica ci presenta l'ambito degli alimenti e dell'alimentazione come caratterizzato da un'abbondante attività di produzione normativa” (2016: 34). Quest'ultima, pur sviluppata all'interno di un contesto pluriordinamentale (con l'interazione tra fonti di diversa natura e origine), proveniva in larga parte dagli organi di livello locale, secondo quella declinazione particolare del principio di sussidiarietà che si definisce ‘principio di prossimità’<sup>36</sup>.

L'argomento storicistico, in questo caso, non può facilmente essere tacciato di anacronismo. Oggi, come nei secoli passati, la necessità che le scelte normative di fondo vengano prese all'interno degli Stati in cui si sviluppa la filiera agroalimentare si giustifica in virtù dell'impegno che, nella regolamentazione del diritto del cibo, viene profuso dagli ordinamenti per la “la protezione dei singoli consociati e delle comunità d'appartenenza da aggressioni esterne e da pericoli interni” (AIMERITO, 2016: 24)<sup>37</sup>. Inoltre, l'apporto e l'afflato positivo insito in una ponderata ed equa distribuzione dei centri di decisione politica – nella quale non si trascuri il coinvolgimento del livello di governo più prossimo al cittadino – non riguarda solo il problema della ‘sicurezza’ alimentare. Il bene cibo, pietra angolare del diritto agroalimentare, possiede infatti una molteplicità di sensi e di anime che non attengono solo a profili fisiologici, biologici ed economici. Il cibo concorre alla definizione dell'identità di un gruppo sociale, di un popolo, essendo connesso ad una serie di usi, di costumi, di tradizioni e di connotazioni storico-culturali e finanche religiose che determinano la vita di una comunità. Il cibo, come affermava Weber, è “*l'un des moyens de produire une fraternité religieuse, voire, en certains cas, ethnique et politique*” (WEBER, 1995: 185)<sup>38</sup>.

Se si desidera quindi affrontare le tematiche alimentari secondo un ap-

<sup>36</sup> Per un contributo sulla relazione tra sussidiarietà e prossimità, cfr. FLICK (2010).

<sup>37</sup> AIMERITO elenca, tra i possibili ‘fattori nemici esterni’ da cui difendere i consociati, l'introduzione di prodotti nocivi o di contagi esogeni; mentre esplicita, tra i pericoli interni, quelli igienico-sanitari – tra cui la mancanza di salubrità dei luoghi e delle merci - e quelli di ordine pubblico/economico e sociale – che possono derivare da un esercizio disordinato delle attività di circolazione, approvvigionamento e distribuzione del cibo (2016: 24).

<sup>38</sup> In argomento si veda altresì MORRONE (2016). Sia consentito, infine, un rimando a VI-MERCATI (2016).

proccio olistico, non si può soprassedere su questa poliedrica dimensione del bene che ne costituisce l'oggetto. E di nuovo, il principio di sussidiarietà, inteso nella sua accezione di prossimità, si dimostra fondamentale in questi campi. Con il che non si mette in discussione l'imprescindibilità che la sede di alcune scelte sia rinvenuta nei più alti livelli capaci di garantire una azione congiunta e coordinata, *a fortiori* laddove la regolamentazione impatti su fattori che invocano per natura l'ampliamento dei confini della tutela (si pensi alle problematiche connesse alla tutela della salute, le problematiche ambientali, quelle afferenti alla scarsità delle risorse etc). Il livello internazionale ed il livello europeo possono in questi casi fornire gli strumenti maggiormente adeguati per dare copertura a più efficaci garanzie per il cittadino e per il consumatore. Se questo è vero, è però altrettanto vero che il diritto alimentare deve poter tornare un terreno di dibattito e di scelta nel quale siano coinvolte anche 'sovranità minori'. Il paradosso della globalizzazione è che più ampie, più condivise e più comuni diventano alcune problematiche, più si rafforza l'esigenza di far sì che la localizzazione non venga elusa<sup>39</sup>. Una localizzazione che chiama in causa la distribuzione del potere regolamentare; l'ambito locale, infatti, non è solo il luogo dove si può acquisire consapevolezza delle esigenze concrete che richiedono tutela ma è anche il luogo in cui si rende agevole una dimensione partecipata del processo di decisione normativa e politica.

È sempre la storia ad insegnarci come i processi di produzione normativa agroalimentare dei secoli che vanno dal XII al XVIII, "pur evidentemente al di fuori d'una moderna logica democratica" (AIMERITO, 2016: 32), erano spesso caratterizzati da una forte dimensione partecipativa; erano cioè volti "a consentire l'instaurarsi di un contraddittorio fra organi promananti e consociati destinatari della norma in funzione della composizione d'eventuali conflitti d'interesse" (AIMERITO, 2016: 32).

L'attuazione del principio di sussidiarietà in ambito alimentare e una redistribuzione della sovranità diventano quindi strumentali ad un coinvolgimento più o meno diretto di soggetti portatori di interessi nella definizione delle politiche alimentari (siano essi i produttori o i consumatori). Senza giungere ad una eccessiva frammentazione dei centri decisionali e senza voler spingere verso forme non funzionali di democrazia diretta, alcuni strumenti di democrazia partecipativa possono però diventare declinazione concreta della sovranità alimentare. L'apporto di coloro che sono implicati nelle attività della filiera

<sup>39</sup> Ferrajoli sottolinea uno dei principali rischi della globalizzazione: "Nell'età della globalizzazione il futuro di ciascun paese (...) dipende sempre meno dalla politica interna e sempre più da decisioni esterne, assunte in sedi politiche sovranazionali o da poteri economici globali, sottratti sia ai vincoli della rappresentanza politica che ai limiti e ai controlli propri dello stato di diritto" (FERRAJOLI, 2002: 331).

agroalimentare, sia in sede di elaborazione della regolamentazione sia in sede di valutazione successiva della normativa sia, infine, in occasione della costituzione di tavoli di lavoro in cui si mettano a tema le rilevanti questioni su cui deve intervenire il decisore politico, rappresentano possibili strumenti di concertazione attraverso i quali si agevola il decisore ultimo che deve rimanere il decisore politico-istituzionale.

Un simile coinvolgimento, infine, oltre ad avere un impatto immediato rispetto alla produzione legislativa, getta le basi per la realizzazione di un immediato effetto di responsabilizzazione dell'intero tessuto sociale. Esso aiuta a favorire il recupero di una dimensione non solo di diritti ma anche di solidarietà<sup>40</sup> e contribuisce altresì ad implementare un'assunzione di responsabilità da parte dello Stato e delle istituzioni pubbliche, oltre che della comunità umana e di ogni suo membro, muovendo dall'assunto per cui "non vi è contrapposizione tra individuo e società ma appartenenza solidale del primo alla seconda" (OPPO, 2002: 833).

L'opportunità di favorire il coinvolgimento del maggior numero di *stake holders* conduce a contemplare anche l'intervento di soggetti portatori di *expertise* tecnico-scientifica. In questo, come in molti altri campi, i rappresentanti politici e gli organi di governo dei diversi livelli "si sono dovuti dotare di strutture di consulenza specialistica (commissioni e comitati di esperti, consulenti tecnici e periti)" (TALLACHINI, 2005:174). A tali organi, come si è avuto modo di vedere nel caso dell'EFSA, si chiede di offrire cognizioni tecnico-scientifiche che fungano da base per scelte giuridico-normative; il che ha sollevato e continua a sollevare accese discussioni circa il tasso di democraticità delle decisioni '*science-based*' che ne discendono<sup>41</sup>.

Pur non essendo questa la sede per trattare approfonditamente tale profilo di problematicità, preme tuttavia qui sottolineare come la tensione ideale – e non solo – alla massima trasparenza e democraticità dei processi normativi è particolarmente necessaria in un ambito, come quello della legislazione e della sicurezza alimentare, ove le opinioni degli scienziati non sono affatto univoche<sup>42</sup>. Certamente la voce della scienza non è una voce che si esprime in ma-

<sup>40</sup> Cfr. HABERMAS (2013).

<sup>41</sup> Come si legge in LIBERATORE, FUNTOWICZ, la principale di tali questioni è: "*What is the role of participatory processes in decision-making related to science and technology and in any other area where knowledge and expert advice play an important role?*" (2003: 146). La letteratura sul tema è vastissima; per fonti più dettagliate, cfr. TALLACHINI (2005).

<sup>42</sup> Se ci si riferisce, in particolare, alla questione degli OGM, per avere una ricognizione dei principali dubbi della scienza si veda, *ex plurimis*, ZUCCATO, FANELLI (2004). Nel 2002 l'OMS è intervenuta nella discussione sugli OGM redigendo un documento attraverso il quale è stata data risposta alle 20 domande più frequenti sull'argomento: ([http://www.who.int/foodsafety/publications/biotech/en/20questions\\_en.pdf?ua=1](http://www.who.int/foodsafety/publications/biotech/en/20questions_en.pdf?ua=1)).

niera democratica, almeno non secondo i paradigmi di democraticità che si richiedono alle scelte politiche. Ciò non di meno, nell'ambito delle decisioni che implicano e si fondano su valutazioni scientifiche, il succedaneo della democrazia è la trasparenza e, altresì, la possibilità di un confronto tra le molteplici voci scientifiche che possono supportare il decisore politico. Come autorevolmente affermato in dottrina, “la scienza connessa a, e implicata in, scelte pubbliche (*policy-related science*) deve essere concettualmente distinta e deve avere finalità diverse sia dalla scienza pura, che quella applicata. ... La scienza destinata a scelte pubbliche ... deve contribuire alla definizione di questioni che, dovendo trovare applicazione sociale, sono legate a valutazioni ampie ed esigono in ultima istanza una scelta politica anche laddove si presentino come problemi scientifico-tecnici” (TALLACHINI, 2005: 174-175).

### *Riferimenti bibliografici*

AIMERITO, Francesco (2016). “Spunti sulla sicurezza alimentare in prospettiva storico-giuridica”. In Costanzo, *Organismi geneticamente modificati. Una prospettiva giuridica*. Genova: Genova University Press, p. 20-32.

BORRAS, Saturnino M.JR., HALL, Ruth, SCOONES, Ian, WHITE, Ben, WOLFORD Wendy (2011). “Towards a better understanding of global land grabbing: an editorial introduction”. *The Journal of Peasant Studies*, p. 209-216.

BIN, Roberto (2013). “La sovranità nazionale e la sua erosione”. In Pugiotto, *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*. Napoli: Jovene, p. 369-381.

CASSESE, Sabino (2002), *Per un'autorità nazionale della sicurezza alimentare*. Milano: Il Sole24ore.

CERRINA FERONI, Ginevra, FROSINI, Tommaso E., MEZZETTI, Luca, PETRILLO, Pier Luigi (a cura di) (2106), *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, Cesifin online.

CHRISTIANSEN, Thomas, POLAK, Josine (2009), “Comitology between political decision-making and technocratic governance: regulating GMOs in the European Union”. *Eipascope*, n° 1, p. 5-11;

COSTANZO, Pasquale (2016), “Biotecnologie, militanze e diritti fondamentali”. In Costanzo, *Organismi geneticamente modificati. Una prospettiva giuridica*. Genova: Genova University Press, p. 2-11.

Quest'autorevole contributo – per vero tendente ad escludere l'effettiva pericolosità (quanto meno per la salute umana) delle coltivazioni transgeniche – non ha, in ogni caso, sopito il dibattito. Basti pensare che il 26 ottobre 2015 è apparso su *Il Sole 24 Ore* un appello firmato da 19 scienziati italiani, significativamente intitolato ‘Ogm: la scienza non è divisa’, i quali hanno avvertito la necessità di prendere posizione in favore della liberalizzazione delle colture transgeniche, affermando che “la decisione politica di vietare gli Ogm in Italia [...] è stata presa perché si è succubi di pregiudizi ideologici e di alcune lobby economiche”.

CRISCUOLO, Pasquale (1999), "La comitologia: problemi teorici e vantaggi pratici". *La Comunità internazionale*, p. 737-752

CUNIBERTI, Marco (2015), "L'organizzazione del governo tra tecnica e politica". <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2015/11/Cuniberti.pdf>.

DELLA CANANEA, Giacinto (1990), "Cooperazione e integrazione nel sistema amministrativo delle Comunità europee: la questione della comitologia". *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, p. 655-702

DE SCHUTTER Olivier (2011). "How not to think of land-grabbing: three critiques of large-scale investments in farmland". *The Journal of Peasant Studies* p. 249-279.

DESMARAIS, Annette A. (2015). "The gift of food sovereignty". *Canadian Food Studies*, p. 154-163.

DOGAN, Rhys (1997), "Comitology: little procedures with big implication". *West European Politics*, p. 31-60.

DUNCAN, Jessica (2015). *Global Food Security Governance: Civil Society Engagement in the Reformed Committee on World Food Security*. New York: Routledge.

EVERSON, Michelle, MONDA, Cosimo, VOS, Ellen (2014), *European agencies in between institutions and member states*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.

FERRAJOLI, Luigi (2002). "Diritti fondamentali e democrazia costituzionale". *Analisi e diritto*, p. 331-350.

FLICK, Giovanni M. (2010). "Sussidiarietà e principio di prossimità, quali modelli per uscire dalla crisi?". In <http://www.arel.it/wp-content/uploads/2010/07/Conversazioni-CRISI.pdf>.

GABBI, Simone (2008). "L'Autorità europea per la sicurezza alimentare: controllo giurisdizionale da parte delle Corti comunitarie". *Rivista di diritto alimentare*, p. 1-17.

GERMANÒ, Alberto, RAGIONIERI, Maria Pia, ROOK BASILE, Eva (2014). *Diritto agroalimentare. Le regole del mercato degli alimenti e dell'informazione alimentare*. Torino: Giappichelli.

GIANNINI, Massimo Severo (1990). "Sovranità". *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, p. 205-224.

GIUNTA, Isabella, VITALE, Annamaria (2013). "Politiche e pratiche di sovranità alimentare". *Agriregionieuropa*, p. 81-95.

HABERMAS, Jürgen (2013). "La democrazia, la solidarietà e la crisi europea". In Europa. Bologna: Istituto De Gasperi.

LIBERATORE, Angela, FUNTOWICZ, Silvio (2003). "Democratising" expertise, "expertising" democracy: What does this mean, and why bother?. *Science and Public Policy*, p. 146-150.

MORRONE, Andrea (2016), "Ipotesi per un diritto costituzionale dell'alimentazione". In AA.VV., *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*. Firenze: Cesifin, p. 31-40.

OPPO, Giorgio (2002). "Declino del soggetto e ascesa della persona". *Rivista di diritto civile*, p. 819-833.

PATEL, Rajeev (2009). "What does food sovereignty look like?". *The Journal of Peasant Studies*, vol. 36, n° 3, p. 663-706.

PORPORA, Mariasole (2015), "Gli OGM e la frammentazione della governance nel

settore alimentare". *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, p. 1661-1696.

RAGONE, Giada (2015), "La disciplina degli OGM tra Unione Europea e Stati nazionali: a chi spetta il diritto all'ultima parola su questioni scientifiche controverse?". *Biolaw Journal*, n° 1, p. 115-130.

RAGONE, Giada (2016). "L'Italia e la questione OGM alla luce della recente normativa UE". In AA. VV., *Ambiente, Energia, Alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*. Firenze: Cesifin, p. 381-391.

RINELLA, Angelo, PUNGITORE, Concetta (2015), *Organismi geneticamente modificati. Profili di diritto comparato ed europeo*. Bologna: Filodiritto.

RINELLA, Angelo (2015). "Food Sovereignty". *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, p. 15-36.

RIZZOLI, Sebastiano (2008). *I principi generali del diritto alimentare nella legislazione e giurisprudenza comunitarie*. Roma: Aracne.

RULLI, Maria Cristina, SAVIORI, Antonio, D'ODORICO, Paolo (2013). "Global land and water grabbing", *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, p. 892-897.

SCHIAVONI, Cristina (2014). "Competing Sovereignties in the Political Construction of Food Sovereignty", *Food Sovereignty: a critical dialogue, Colloquium Paper*, p. 1-22.

TALLACHINI, Mariachiara (2005). "Scienza e democrazia. La scienza destinata a scelte pubbliche". In Guatelli, *Scienza e opinione pubblica*. Firenze: Firenze University Press, p. 173-218.

TARLI BARBIERI, Giovanni (2016). "Sicurezza alimentare e tutela della salute". In AA. VV., *Ambiente, Energia, Alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*. Firenze: Cesifin, p. 193-207.

TRUCCO Lara (2016). "OGM: profili di diritto internazionale e comparato". In Costanzo, *Organismi geneticamente modificati. Una prospettiva giuridica*. Genova: Genova University Press, p. 35-78.

VENTURI, Alessandro (2008), *Analisi del rischio e sicurezza alimentare. I fondamenti, le controversie, la regulation*. Milano: Aracne.

VIMERCATI, Benedetta (2016). "Il diritto ai beni vitali". In [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).

ZUCCATO, Ettore, FANELLI, Roberto (2004). "Processo ai cibi OGM". *Le Scienze*, p. 58-65.

WEBER, Max (1995). *Économie et société*. Paris: Plon.

WINDFUHR, Michael, JONSEN Jennie (2005). *Food Sovereignty: Towards Democracy in Localised Food Systems*. ITDG Publishing, The Schumacher Centre for Technology and Development, Bourton Hall.

## CRISI POLACCA E PARADOSSI DELLO STATO DI DIRITTO: VERSO UN NUOVO “ASSASSINIO SULL’ORIENT EXPRESS”?

*Antonella Galletti\**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La crisi costituzionale polacca. – 3. L’intervento dell’Europa e il nuovo quadro giuridico: la procedura “pre-art. 7”. – 4. La legittimità giuridica della comunicazione 2014. – 5. Conclusioni. Riferimenti bibliografici.

### 1. *Introduzione*

Lo Stato di diritto è la spina dorsale di ogni democrazia costituzionale moderna<sup>1</sup>. È uno dei principi fondanti che discendono dalle tradizioni costituzionali comuni di tutti gli Stati membri dell’UE e, in quanto tale, è uno dei valori principali su cui si fonda l’Unione, così come richiamato dall’art. 2 TUE<sup>2</sup>, nonché dall’art. 21 TUE<sup>3</sup>, dal Preambolo dello stesso Trattato<sup>4</sup> e da quello della Carta di Nizza<sup>5</sup>. È anche per questi motivi che l’art. 49 TUE<sup>6</sup> subordina l’adesione all’UE al rispetto dello Stato di diritto.

\* Università “Kore” di Enna.

<sup>1</sup> [http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:caa88841-aa1e-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0006.01/DOC\\_1&format=PDF](http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:caa88841-aa1e-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0006.01/DOC_1&format=PDF)

<sup>2</sup> Art. 2 TUE: “L’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini”.

<sup>3</sup> Art. 21.1 TUE: “L’azione dell’Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l’allargamento e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale”.

<sup>4</sup> Preambolo del Trattato di Lisbona: “ISPIRANDOSI alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell’Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza e dello Stato di diritto. [...] CONFERMANDO il proprio attaccamento ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali nonché dello stato di diritto ...”.

<sup>5</sup> Preambolo della Carta di Nizza: “[...] Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l’Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà; l’Unione si basa sui principi di democrazia e dello stato di diritto. Essa pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell’Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia ...”.

Il principio dello Stato di diritto è diventato progressivamente il modello organizzativo predominante del diritto costituzionale moderno e delle organizzazioni internazionali (compresi ONU e Consiglio d'Europa) per disciplinare l'esercizio dei pubblici poteri. Esso garantisce che tutti i pubblici poteri agiscano entro i limiti fissati dalla legge, rispettando i valori della democrazia e i diritti fondamentali, e sotto il controllo di un giudice indipendente e imparziale<sup>7</sup>.

All'interno dell'UE lo Stato di diritto ha particolare rilevanza. Non soltanto il suo rispetto è condizione *sine qua non* per la tutela di tutti i valori, ma esso costituisce anche il presupposto per la difesa dei diritti e degli obblighi che derivano dai trattati e dal diritto internazionale.

Fatte queste premesse, quello che emerge oggi è una divaricazione, non solo fisiologica ma anche patologica, intervenuta tra il modello non semplicemente teorico, ma giuridico e costituzionale – tradotto appunto in norme di diritto positivo di rango costituzionale – dello Stato di diritto, e la realtà. È un contrasto che riguarda la crisi dello Stato di diritto: una crisi che si manifesta sia nel diritto interno delle nostre democrazie, per la crisi del principio di legalità e per la tendenza di tutti i poteri (politici ed economici) ad accumularsi e a rilegittimarsi in forme assolute, sia nel diritto internazionale ed europeo.

Ma che cosa vuol dire registrare realisticamente questa crisi e leggerla come divaricazione tra il dover essere normativo e l'essere effettivo dello Stato di diritto medesimo? Vuol dire, ovviamente, “rilevare gli innumerevoli strappi, violazioni e inottemperanze recate in questi anni dai pubblici poteri ai principi della democrazia costituzionale”<sup>8</sup>: dal principio di legalità, alla separazione dei

<sup>6</sup> Art. 49 TUE: “Ogni Stato europeo che rispetti i valori di cui all'articolo 2 e si impegni a promuoverli può domandare di diventare membro dell'Unione. Il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali sono informati di tale domanda. Lo Stato richiedente trasmette la sua domanda al Consiglio, che si pronuncia all'unanimità, previa consultazione della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, che si pronuncia a maggioranza dei membri che lo compongono. Si tiene conto dei criteri di ammissibilità convenuti dal Consiglio europeo”.

<sup>7</sup> Il contenuto preciso dei principi e delle norme che scaturiscono dallo Stato di diritto può variare a livello nazionale in funzione dell'ordinamento costituzionale di ciascuno Stato membro, ma dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della CEDU si può comunque desumere un elenco non esaustivo di tali principi e quindi definire il nucleo sostanziale dello Stato di diritto come valore comune dell'UE. Si tratta dei principi di legalità; certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; indipendenza e imparzialità del giudice; controllo giurisdizionale effettivo, anche per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali; uguaglianza davanti alla legge. La Corte di giustizia e la CEDU hanno entrambe confermato che tali principi non sono meri requisiti procedurali formali, bensì il mezzo per garantire il rispetto della democrazia e dei diritti dell'uomo (CGUE, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, CEDU causa *Stafford/United Kingdom*, 28 maggio 2001, punto 63).

<sup>8</sup> <http://www.juragentium.org/topics/rights/it/ferrajol.htm>

poteri; dal pluralismo nell'informazione, al principio della pace e all'insieme dei diritti fondamentali.

Per quanto riguarda nello specifico l'Unione europea, negli ultimi anni si sono verificate, e si verificano tutt'oggi, situazioni di grave minaccia ai diritti fondamentali e allo Stato di diritto (KOCHENOV, PECH, 2015) che, oltre a produrre una crisi costituzionale interna agli Stati membri, mettono a dura prova le Istituzioni europee, rendendo manifesti i limiti di tutela esistenti (ed in particolare quelli previsti dall'art. 7 TUE) e l'urgenza di interventi idonei a renderli efficaci.

L'Unione europea, che richiede ai Paesi candidati il rispetto dei principi democratici, la tutela e la promozione dei diritti, e che ha incluso fra i requisiti di adesione la presenza di istituzioni stabili che garantiscano la democrazia e lo Stato di diritto<sup>9</sup>, non dispone, però, di strumenti adeguati per prevenire ed affrontare le violazioni dei valori comuni da parte degli Stati membri.

Lo abbiamo già visto in Ungheria e in Romania, dove l'Unione non è stata in grado di fronteggiare le crisi costituzionali in tali Paesi (BOGDANDY, SONNEVEND, 2015), ed è quello che sta succedendo in Polonia (SARMIENTO, 2016) che, a partire dagli ultimi mesi del 2015, è l'epicentro di una grave crisi costituzionale che può comportare il serio pericolo di una regressione antidemocratica proprio nel Paese protagonista dell'ondata di democratizzazione che, dopo la caduta del muro di Berlino, ha preso avvio nei Paesi dell'Europa centro-orientale.

## 2. La crisi costituzionale polacca

Dal 2015 la Polonia attraversa una crisi costituzionale che riguarda soprattutto la nomina dei giudici del Tribunale costituzionale ed il suo funzionamento (SZULEKA, WOLNY, SZWED, 2016): l'unico organo in grado di fermare le riforme anti-democratiche del PiS (Partito "Diritto e Giustizia") viene reso inefficiente a causa di una procedura di voto che garantisce un potere di veto ai cinque giudici nominati dal partito, la cui indipendenza risulta palesemente dubbia. Il principio cardine di ogni ordinamento democratico, ossia il principio del *rule of law*, viene così messo a repentaglio.

Ad aggravare la situazione, però, c'è dell'altro. Dall'inizio del 2016 si assiste, infatti, all'adozione di provvedimenti legislativi di dubbia compatibilità con la tutela dei diritti umani. Tra questi si ricordano il *Police Act* e le sue carenze in termini di protezione dei dati personali e dei diritti alla *privacy*; la leg-

<sup>9</sup> Si tratta del c.d. *criterio politico*, definito dal Consiglio europeo di Copenaghen nel 1993, in vista dell'allargamento dell'Unione a Est.

ge sui media che mina l'indipendenza dell'informazione e accentua il controllo governativo su di essa; la legge anti-terrorismo, che consente un controllo indiscriminato nei confronti degli stranieri e, più in generale, restrizioni alle libertà di riunione. A ciò si aggiunge la questione sull'aborto: si tratta di una proposta legislativa che chiede di vietare l'aborto anche in caso di stupro, di malformazione grave del feto e perfino se la vita della donna è in pericolo. Contemporaneamente si assiste ad una crescente chiusura delle frontiere e all'adozione di pratiche illegali che negano l'ingresso a richiedenti protezione internazionale.

Ritornando alla legge sul Tribunale costituzionale polacco, le modalità di nomina tutte politiche dei giudici costituzionali non hanno tardato a manifestare le loro criticità, dando luogo alla più grave crisi costituzionale della storia della Polonia democratica. Si tratta di una crisi fondata su un complesso conflitto che ha visto contrapposti, dapprima, il partito di maggioranza della VII legislatura, da una parte, e quello dell'VIII legislatura, dall'altra, per coinvolgere, successivamente, l'intero *Sejm* e il Tribunale costituzionale stesso (DICOSOLA, 2016).

Il conflitto ha avuto origine con l'approvazione della legge del 25 giugno 2015 che, nel confermare le regole precedenti sull'elezione dei giudici costituzionali, aggiungeva una disposizione specifica relativa all'elezione dei giudici il cui mandato avrebbe avuto inizio nel 2015. Secondo l'art. 137 del provvedimento in questione, i parlamentari della VII legislatura, oltre a nominare i tre giudici che andavano in scadenza prima della convocazione dei rappresentanti dell'VIII legislatura, erano autorizzati anche ad anticipare la nomina dei due giudici che sarebbero, invece, dovuti essere scelti dopo l'insediamento del nuovo parlamento.

In sostanza, l'intento del legislatore è stato quello di consentire che il *Sejm* in carica si assicurasse il potere di elezione di cinque giudici il cui mandato avrebbe avuto inizio in prossimità della conclusione o oltre il termine della legislatura.

In attuazione della legge, dunque, nell'ottobre del 2015, il *Sejm* ha eletto cinque giudici. Parallelamente a tali eventi, il 6 agosto 2015, si è insediato il nuovo Presidente della Repubblica, esponente del partito di opposizione, "Libertà e Giustizia" (RINELLA, 1997), e il 26 ottobre si sono svolte le nuove elezioni parlamentari, conclusesi con la vittoria dello stesso partito.

In tale contesto, da una parte, il nuovo Presidente si è rifiutato di accettare il giuramento dei cinque "giudici di ottobre" e, dall'altra, ha avuto inizio la battaglia che si è svolta innanzi al Tribunale costituzionale il quale, inizialmente giudice della contesa, ha finito poi per entrarvi come parte. Infatti, il 17 novembre, un gruppo di deputati del partito "Piattaforma civica", ha sollevato questione di costituzionalità della legge del 25 giugno 2015.

A distanza di due giorni, il *Sejm* ha adottato una nuova legge sul Tribunale costituzionale annullando le nomine dei giudici costituzionali da parte del Parlamento precedente, e il 2 dicembre ha eletto cinque nuovi giudici che hanno prestato giuramento il 3 e il 9 dicembre. La legge si è posta peraltro in contrasto con la misura preventiva disposta dal Tribunale che aveva diffidato il Parlamento dall'elezione di nuovi giudici fino alla conclusione del giudizio di costituzionalità.

Il 3 e il 9 dicembre il Tribunale Costituzionale si è pronunciato sulle questioni di costituzionalità relative, rispettivamente, alla legge del 25 giugno e alla legge del 19 novembre del 2015 (KONCEWICZ, 2015).

Per quanto riguarda la legge del 25 giugno 2015, tutti i motivi di ricorso sono stati rigettati ad eccezione di quello relativo all'art. 137, dichiarato parzialmente incompatibile con la stessa disposizione costituzionale, e all'art. 2 dichiarato, con una pronuncia interpretativa, incompatibile con l'art. 137 della Costituzione<sup>10</sup>.

Per quanto riguarda in particolare l'art. 137, Il Tribunale ha dichiarato l'incompatibilità di tale articolo con l'art. 194(1) Cost., che stabilisce i principi fondamentali relativi alla composizione del Tribunale<sup>11</sup>.

Il 9 dicembre 2015 il Tribunale costituzionale si è pronunciato nuovamente sulla costituzionalità della legge in questione, così come modificata dalla legge del 19 novembre dello stesso anno.

Tenuto conto della precedente decisione, l'applicazione dell'art. 137(a) avrebbe comportato un incremento del numero di giudici del Tribunale che si sarebbe posto in contrasto con quanto stabilito dall'art. 194(1) Cost.. Per queste motivazioni, il Tribunale costituzionale ne ha dichiarato l'incostituzionalità.

Le sentenze appena descritte, se rispettate, avrebbero posto fine al conflitto che vedeva contrapposti il Parlamento uscente nell'ottobre 2015 e quello successivo. E invece, le decisioni del 3 e 9 dicembre 2015, hanno consentito che il Tribunale costituzionale, piuttosto che dirimere il conflitto in corso, vi entrasse a far parte come nuovo attore. Infatti, immediatamente dopo la pubblicazione delle due sentenze, il Parlamento ha approvato una nuova legge di riforma la cui capacità di violare il principio di indipendenza del Supremo collegio era ancora maggiore (KONCEWICZ, 2015).

La legge, infatti, ha ampliato il numero di giudici necessari per la validità

<sup>10</sup> Trib. Cost., caso K 34/15.

<sup>11</sup> Art. 149 1. Cost. polacca: "1. *The Constitutional Tribunal shall be composed of 15 judges chosen individually by the Sejm for a term of office of 9 years from amongst persons distinguished by their knowledge of the law. No person may be chosen for more than one term of office.* 2. *The President and Vice-President of the Constitutional Tribunal shall be appointed by the President of the Republic from amongst candidates proposed by the General Assembly of the Judges of the Constitutional Tribunal*". Traduzione ufficiale in inglese pubblicata su sito web del *Sejm*.

della composizione del Collegio in composizione plenaria a tredici su quindici e ha stabilito che – in tali casi – le decisioni debbano essere assunte a maggioranza di due terzi. La legge ha modificato anche le modalità per esercitare azioni disciplinari contro i giudici costituzionali, attribuendone il potere anche al Presidente della Repubblica e al Ministro della Giustizia. Infine, il progetto ha previsto che la legge entri in vigore al momento della sua promulgazione. La mancanza di un periodo di *vacatio legis* è stata pensata proprio per impedire che la Corte potesse giudicare sulla validità delle modifiche seguendo le vecchie regole di procedura, escludendo così la possibilità di ogni intervento della giurisprudenza costituzionale.

In breve tempo, a tale “atto di forza” del Parlamento ha risposto, come era prevedibile, il Tribunale costituzionale, che ha accolto pressoché tutte le questioni di costituzionalità.

Il conflitto non poteva non essere più evidente come dimostra, d'altra parte, la decisione del governo di non pubblicare la sentenza, ritenuta illegittima in quanto, al momento della sua adozione, il Collegio giudicante era composto da dodici giudici e non tredici come stabilito dalla nuova legge (STARSKI, 2016). Inoltre la vicenda, lungi dal risolversi in una crisi costituzionale dal carattere puramente interno, si è al contrario collocata nel contesto europeo.

### 3. *L'intervento dell'Europa e il nuovo quadro giuridico: la procedura “pre-art. 7”*

Come era già accaduto in Romania ed in Ungheria, anche sulla crisi in Polonia si sono pronunciate la Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa, il Parlamento europeo e la Commissione europea. Quest'ultima ha aperto una procedura nell'ambito del *rule of law framework* (procedura “pre-art. 7” prevista nella Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo l'11 marzo 2014) che consente di avviare un dialogo con gli Stati membri nel caso in cui emerga una “violazione sistemica” dello Stato di diritto, scongiurando il ricorso alla procedura prevista dall'art. 7 TUE.

Per quanto riguarda la Commissione di Venezia, secondo la sua opinione del 12 marzo 2016<sup>12</sup>, la legge di riforma, che di fatto blocca il lavoro dei giudici sottoponendoli al controllo dell'esecutivo conservatore, “indebolisce la democrazia” in Polonia. Per la Commissione, infatti, compromettere l'efficienza del Tribunale costituzionale mina alle radici tutti e tre i principi base del Consiglio d'Europa: la democrazia, i diritti umani e lo Stato di diritto.

Il Parlamento europeo, successivamente, nella sua risoluzione del 13 aprile

<sup>12</sup> [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)001](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)001)

2016, preoccupato che l'effettiva paralisi del Tribunale costituzionale polacco rappresentasse un serio pericolo per la democrazia, i diritti umani e lo Stato di diritto, ha esortato il governo polacco a rispettare, pubblicare, attuare pienamente "e senza ulteriori indugi" le sentenze del 3 e del 9 dicembre 2015<sup>13</sup>.

Prima di analizzare la nuova procedura pre-art. 7 proposta dalla Commissione, occorre fare un breve accenno al meccanismo previsto dall'art. 7 par. 2 TUE per capirne l'inefficacia e i motivi che hanno spinto la Commissione a prevedere un meccanismo sanzionatorio alternativo, o meglio, "preliminare".

L'attivazione della procedura ordinaria prevede, infatti, condizioni molto complesse, tali da rendere pressoché impossibile l'avvio della stessa. Oltre alla tassativa sussistenza di una "violazione grave" dei valori comuni di cui all'art. 2 TUE, per l'operatività del meccanismo, occorre il superamento di una soglia molto elevata, atteso che l'art. 7, par. 2 TUE, presuppone l'esistenza di disfunzioni che assumano le dimensioni di un problema sistemico, non risolvibile attraverso l'attivazione dei mezzi di tutela finalizzati alla soluzione di casi singoli. Oltre al carattere "grave" della violazione, essa deve risultare altresì "persistente", ossia avere una significativa durata nel tempo.

Non meno rigida appare la procedura disciplinata dalla disposizione in esame, ai sensi della quale l'accertamento della violazione è affidato al Consiglio europeo che, dopo aver invitato lo Stato membro a presentare osservazioni, delibera all'unanimità, su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione e previa approvazione del Parlamento.

Come già anticipato, anche la Commissione europea è intervenuta nella crisi polacca e il 1° giugno 2016 ha adottato un parere riguardante il rispetto del principio dello Stato di diritto in Polonia (PECH, 2016). Si tratta del primo caso di applicazione del nuovo quadro giuridico per rafforzare lo Stato di diritto, definito dalla Commissione con una comunicazione dell'11 marzo 2014<sup>14</sup> al fine di contrastare eventuali minacce allo Stato di diritto negli Stati membri prima che si verificino le condizioni per attivare i meccanismi previsti dall'art. 7 TUE.

Il quadro ha lo scopo di consentire alla Commissione di trovare una soluzione con lo Stato membro in questione affinché non si verifichi una minaccia sistemica allo Stato di diritto che possa trasformarsi in "evidente rischio di violazione grave" ai sensi dell'art. 7 TUE che renda necessaria l'attuazione dei meccanismi previsti dallo stesso articolo.

Se sussistono chiare indicazioni di una minaccia sistemica allo Stato di diritto in uno Stato membro, la Commissione avvierà contatti strutturati con lo Stato membro in questione.

<sup>13</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0123+0+DOC+XML+V0//IT>

<sup>14</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2014:0158:FIN>

In linea di principio, la procedura si articola in tre fasi<sup>15</sup>.

Nella prima fase la Commissione raccoglie ed esamina tutte le informazioni pertinenti, valuta se vi sono chiare indicazioni di una minaccia sistemica allo Stato di diritto e, se conclude che essa esiste, dà avvio al dialogo con lo Stato membro in questione trasmettendogli un “parere sullo Stato di diritto” in cui espone e motiva le sue preoccupazioni. Lo Stato membro interessato avrà, poi, la possibilità di rispondere ai rilievi formulati.

La seconda fase prevede che, a meno che la questione non sia già stata risolta in modo soddisfacente, la Commissione rivolgerà allo Stato membro interessato una “raccomandazione sullo Stato di diritto”, invitandolo a risolvere entro un determinato termine i problemi individuati e a comunicarle quali provvedimenti ha adottato a tal fine.

Infine, nella terza fase, di *follow-up*, la Commissione controlla il seguito che lo Stato membro in questione ha dato alla raccomandazione. Se non è stato dato un seguito soddisfacente entro il termine fissato, la Commissione può applicare uno dei meccanismi previsti dall’art. 7 TUE.

La Commissione, come già detto, nel giugno del 2016 aveva già adottato un parere riguardante il rispetto del principio dello Stato di diritto in Polonia ma, non avendo avuto alcun riscontro positivo, il 27 luglio ha emanato una raccomandazione<sup>16</sup>.

Il 28 ottobre scorso, però, il governo di Varsavia ha respinto le raccomandazioni dell’Unione europea sulla tutela dello Stato di diritto in Polonia perché ha ribadito di non avere la possibilità legale di attuarle. Nel documento polacco si sostiene, infatti, che le raccomandazioni della Commissione sono basate sull’infondata tesi del ruolo fondamentale del Tribunale costituzionale nel difendere lo Stato di diritto.

#### 4. La legittimità giuridica della comunicazione 2014

Non vi è dubbio che nel suo intervento in Polonia l’intento dell’Unione, ed in particolare quello della Commissione europea, è stato quello di dare una risposta ad una serie di azioni del governo polacco in violazione dell’art. 2 TUE. Tuttavia non sono mancate le polemiche. In particolare, sono state sollevate questioni circa il fondamento giuridico della comunicazione del 2014, so-

<sup>15</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-237\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-237_it.htm)

<sup>16</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TEXT/HTML/?uri=CELEX:32016H1374&from=IT>, [http://www.dirittounioneuropea.eu/index.php?option=com\\_content&view=article&id=462:stato-di-diritto-in-polonia-la-commissione-adotta-una-raccomandazione&catid=76:documentazione-europea&lang=it](http://www.dirittounioneuropea.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=462:stato-di-diritto-in-polonia-la-commissione-adotta-una-raccomandazione&catid=76:documentazione-europea&lang=it)

prattutto in relazione alla violazione del principio di attribuzione delle competenze da parte delle decisione con cui la Commissione si è “autoattribuita” specifiche funzioni in merito. Tali funzioni riguardano: la raccolta di informazioni necessarie alla fase istruttoria, l’attivazione di un dialogo con le istituzioni nazionali al fine di cercare una soluzione ai possibili problemi rilevati, la formulazione di raccomandazioni e il monitoraggio delle misure adottate.

Ci si poteva attendere (e forse pure la Commissione europea lo sapeva) che l’iniziativa volta a rafforzare il rispetto dello Stato di diritto nell’Unione attraverso la predisposizione di un nuovo meccanismo procedurale avrebbe suscitato la reazione del Consiglio e degli Stati membri (GIALDINO, 2016).

A seguito della presentazione della comunicazione nella riunione del Consiglio “Affari Generali” del 18 marzo 2014, il Consiglio ha chiesto al proprio Servizio giuridico di valutarne i profili istituzionali e procedurali prima di discutere la questione.

Il cuore del parere del 27 maggio 2014<sup>17</sup> è nella sua seconda parte in cui figura la “*Legal Analysis*” del Servizio giuridico del Consiglio. L’*incipit*, con il richiamo dell’art. 5 TUE, secondo il quale “la delimitazione delle competenze dell’Unione si fonda sul principio di attribuzione” e, conseguentemente, “qualsiasi competenza non attribuita all’Unione nei trattati appartiene agli Stati membri”, è già di per sé indicativo del tenore della valutazione.

Il Servizio rileva, inoltre, che l’art. 2 TUE e la Carta di Nizza non conferiscono all’Unione alcuna competenza materiale, con la conseguenza che la violazione dei valori dell’Unione, compreso il mancato rispetto dello Stato di diritto, “*may be invoked against a member State only when it acts in a subject matter for which the Union has competence based on specific competence-setting Treaty provisions*”. Ciò detto, il parere riconosce la specificità della procedura prevista dall’art. 7 TUE affermando che “*Only this legal basis provided for a Union competence to supervise the application of the rule of law, as a value of the Union, in a context that is not related to a specific material competence or that exceeds its scope*”. Il parere rileva in questo contesto che l’art. 7 TUE “*does not set a basis to further develop or amend that procedure*”.

Con riguardo alla raccomandazione sullo Stato di diritto, prevista nella seconda fase del procedimento stabilito dalla comunicazione della Commissione europea, il Servizio giuridico del Consiglio rileva, sulla scorta della giurispru-

<sup>17</sup> Council of European Union, *Opinion of the Legal Service, Commission’s Communication on a new EU Framework to strengthen the Rule of Law: compatibility with the Treaties*, Brussels, 27 May 2014, 10296/14.

denza della Corte di giustizia<sup>18</sup>, che un tale atto, sebbene non vincolante, non è privo di qualsiasi effetto giuridico, con la conseguenza che “*the legality and interpretation of recommendation may be the object of proceedings before the Court of Justice, via preliminary rulings or action for damages*”.

Esclude, poi, che altre disposizioni dei trattati, diverse dall’art. 7 TUE, siano idonee a conferire all’Unione competenze aventi per oggetto la supervisione del rispetto dello Stato di diritto. Il parere prende in esame, segnatamente, l’art. 70 TFUE<sup>19</sup>, l’art. 241 TFUE<sup>20</sup>, l’art. 337 TFUE<sup>21</sup> e l’art. 352 TFUE<sup>22</sup>.

La conclusione dei giuristi del Consiglio è netta. Considerato che “*there is no legal basis in Treaties empowering the institutions to create a new supervision mechanism of the respect of the rule of law by the Member States, additional to what is laid down in Article 7 TEU, neither to amend, modify or supplemented the procedure laid down in this Article*”, ne discende che la procedura individuata dalla Commissione nello strumento di cui alla comunicazione del 2014 “*is not compatible with the principle of conferral which governs the competence of the institutions of the Union*”.

È opportuno rilevare che, oltre al già citato art. 5 TUE richiamato dal Servizio legale, che si riferisce al principio delle competenze dell’Unione nel suo complesso, vi sono altri due articoli del Trattato che sanciscono il principio *de quo*: l’art. 13 par. 2 TUE<sup>23</sup>, relativamente alle singole Istituzioni europee, e l’art. 7 TFUE<sup>24</sup> che richiama tale principio al quale deve conformarsi l’UE nell’assicurare coerenza fra le sue varie politiche ed azioni.

<sup>18</sup> Sono citate le sentenze 11 settembre 2003, *Altair*, causa C-207/01, (ECLI:EU:C:2003:451), par. 41 e 23 marzo 2004, *Francia c. Commissione*, causa C-233/02 (ECLI:EU:C:2004:173), par. 40.

<sup>19</sup> La disposizione consente al Consiglio, su proposta della Commissione, di adottare misure che definiscono le modalità secondo le quali gli Stati membri, in collaborazione con la Commissione, procedono ad una valutazione oggettiva ed imparziale dell’attuazione, da parte delle autorità degli Stati membri, delle politiche dell’Unione concernenti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

<sup>20</sup> La disposizione abilita il Consiglio a chiedere alla Commissione, deliberando a maggioranza semplice, di procedere a tutti gli studi che esso ritiene opportuni ai fini del raggiungimento degli obiettivi comuni e di sottoporli tutte le proposte del caso.

<sup>21</sup> La disposizione consente alla Commissione, per l’esecuzione dei compiti affidatili, di raccogliere tutte le informazioni e procedere a tutte le necessarie verifiche, nei limiti e alle condizioni fissate dal Consiglio, che delibera a maggioranza semplice, conformemente alle disposizioni dei trattati.

<sup>22</sup> La disposizione permette di integrare i poteri d’azione dell’Unione nel quadro delle politiche definite dai trattati, allorché gli stessi non contengano specifiche basi giuridiche.

<sup>23</sup> Art. 13 par. 2 TUE: “Ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste. Le istituzioni attuano tra loro una leale cooperazione”.

<sup>24</sup> Art. 7 TFUE: “L’Unione assicura la coerenza tra le sue varie politiche e azioni, tenendo conto dell’insieme dei suoi obiettivi e conformandosi al principio di attribuzione delle competenze”.

La Corte UE ha più volte ribadito che le competenze dell'Unione sono soltanto quelle attribuite dalle disposizioni del Trattato agli artt. 2 - 6 TUE e non possono spingersi oltre l'ambito da esse risultanti. Per esempio, nel noto parere 2/94 del 28 marzo 1996<sup>25</sup> la Corte ha dichiarato che l'allora Comunità europea non aveva la competenza ad aderire alla CEDU in quanto "dall'art. 3 B [oggi 5 TUE] del Trattato [...] emerge che essa disponga unicamente dei poteri attribuiti"<sup>26</sup>.

Nessun potere, infatti, "*may be presumed to exist in the absence of a specific Union provision*" (LEANERTS, MASELIS, GUTMAN, 2015: 267), da ciò discende che "*A Union act which falls outside*" dalle disposizioni che disciplinano le competenze "*may be annulled*"<sup>27</sup> attraverso il ricorso in annullamento disciplinato dall'art. 263 TUE<sup>28</sup>.

Fatte queste considerazioni, la comunicazione del 2014 della Commissione può essere impugnata e dichiarata illegittima perché l'Istituzione, non avendo competenza ad emanare tale atto, viola il principio delle competenze di attribuzione? La risposta sembra essere senz'altro positiva.

Ma se si prendono in considerazione la teoria dei poteri impliciti e la clausola di flessibilità si potrebbe anche rispondere in maniera opposta.

La "tendenziale" rigidità del principio di attribuzione è, infatti, mitigata in due modi (BARGIACCHI, 2015: 127): dalla giurisprudenza della Corte mediante il ricorso alla teoria dei poteri impliciti, secondo cui l'Unione è provvista di quei poteri che, seppur non espressamente previsti nei Trattati, sono comunque necessari per l'efficace manifestazione dei poteri esplicitamente attribuiti (i c.d. poteri espliciti) (VILLANI, 2008: 57)<sup>29</sup>, e dall'art. 352 TFUE (la clausola di flessibilità) che consente all'UE di emanare atti se un'azione dell'Unione appare necessaria per conseguire uno degli obiettivi di cui ai Trattati senza che quest'ultimi abbiano previsti i poteri di azione richiesti a tal fine<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Opinion 2/94 (*Accession by the European Community to the European Convention of Human Rights*), 1996.

<sup>26</sup> A tal proposito, si veda causa C-367/98, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, e causa T-338/02, *Segi e altri c. Consiglio*.

<sup>27</sup> *Ivi*, p. 369.

<sup>28</sup> Nella causa C-660/13 la Corte ha annullato la decisione C(2013) 6355 *final* della Commissione dichiarando che "la Commissione era incompetente, in assenza di autorizzazione preventiva del Consiglio, ad adottare la decisione impugnata [...], e che, di conseguenza, nell'adottare tale decisione essa ha violato il principio di attribuzione delle competenze ex articolo 13, paragrafo 2, TUE e il principio dell'equilibrio istituzionale".

<sup>29</sup> A tal proposito si v. la sentenza del 9 luglio 1987, cause 281, 283-285 e 287/85, *Germania e altri c. Commissione*.

<sup>30</sup> Si tratta delle "competenze sussidiarie" che estendono i poteri dell'Unione senza una formale modifica dei Trattati.

Nel caso da noi esaminato la clausola e la teoria, però, sembra che non possano essere utilizzate.

Innanzitutto, emerge con chiarezza che lo Stato di diritto è un valore/principio e non un obiettivo, ed è quindi presente nell'art. 2 TUE e non nell'art. 3 TUE. Ne consegue che la clausola di flessibilità, così come sancito dalla Dichiarazione 41 relativa all'art. 352 del Trattato di Lisbona ad esso allegata, non è applicabile<sup>31</sup>.

Inoltre, per applicare la teoria dei poteri impliciti, è necessario attivare la procedura dell'art. 352 TFUE che, in questo caso, non è stata attivata dalla Commissione. Il Trattato contiene, infatti, una norma *ad hoc* applicabile proprio quando un potere, necessario per il raggiungimento di un fine, non sia previsto dal Trattato stesso. L'art. 352 TFUE permette alle Istituzioni europee di esercitare un potere non previsto ma è necessario seguire una procedura stabilita (MIGNOLLI, 2009; SCHUTZE, 2003; VILLANI 2008); “*this clearly signifies that without such a procedure*” le Istituzioni europee “*cannot avail themselves of any power of action*” (GIARDINA, 1975: 99-111).

Un altro motivo che escluderebbe l'applicazione della teoria dei poteri impliciti (e dell'art. 352 TFUE) è la mancanza del fondamento giuridico nella comunicazione della Commissione, la cui indicazione “s'impone alla luce del principio delle competenze di attribuzione sancito all'art. 5, primo comma, CE”<sup>32</sup>.

A questo punto si potrebbe obiettare affermando che lo Stato di diritto

<sup>31</sup> Dichiarazione 41 relativa all'art. 352 TFUE: “La conferenza dichiara che il riferimento, nell'articolo 352, paragrafo 1 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, agli obiettivi dell'Unione è un riferimento agli obiettivi di cui all'articolo 3, paragrafi 2 e 3 del trattato sull'Unione europea e a quelli di cui all'articolo 3, paragrafo 5 di detto trattato per quanto concerne l'azione esterna ai sensi della quinta parte del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. È pertanto escluso che un'azione basata sull'articolo 352 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea persegua soltanto gli obiettivi di cui all'articolo 3, paragrafo 1 del trattato sull'Unione europea. A questo proposito, la conferenza rileva che conformemente all'articolo 31, paragrafo 1 del trattato sull'Unione europea, non si possono adottare atti legislativi nel settore della politica estera e di sicurezza comune. In tal senso, SCHUTZE: “*The general aims of the Treaty mentioned in Article 2 EEC and the preamble were not matched by general competences. On the contrary, Article 3 EC made and makes clear that the activities of the Community should be pursued only as provided in this Treaty.*” (2003: 79-115).

<sup>32</sup> A tal proposito, nella causa 370/07, *Commissione europea c. Consiglio dell'Unione*, la Corte ha annullato la decisione del Consiglio 24 maggio 2007 dichiarando che “l'indicazione del fondamento giuridico di un atto comunitario s'impone alla luce del principio delle competenze di attribuzione sancito all'art. 5, primo comma, CE, secondo il quale la Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal Trattato sia per l'attività comunitaria interna sia per quella internazionale. A tal riguardo, la scelta del fondamento giuridico appropriato riveste un'importanza di natura costituzionale, dato che la Comunità, disponendo soltanto di competenze di attribuzione, deve ricondurre la detta decisione ad una disposizione del Trattato che la legittimi ad approvare un simile atto”.

potrebbe essere considerato “indirettamente” un obiettivo<sup>33</sup> e che, quindi, sarebbe possibile applicare la teoria dei poteri impliciti.

Fermo restando che l'applicazione della teoria dei poteri impliciti si può applicare soltanto attraverso la procedura prevista dall'art. 352 TFUE (che, ribadiamo, non è stata adoperata), tale procedura, però, non può estendere le competenze dell'Unione. L'art. 352, infatti, “costituendo parte integrante di un ordinamento istituzionale basato sul principio dei poteri attribuiti, non può costituire il fondamento per ampliare la sfera dei poteri dell'[Unione] al di là dell'ambito generale risultante dal complesso delle disposizioni del Trattato”<sup>34</sup>.

Già nella sentenza Maastricht del 1993, la Corte costituzionale tedesca nell'affrontare il problema di un'originaria competenza dell'Unione (la c. d. “*Kompetenz-Kompetenz*”), aveva dichiarato che “*the Union Treaty as a matter of principle distinguishes between the exercise of a sovereign power conferred for limited purposes and the amending of the Treaty, so that its interpretation may not have effects that are equivalent to an extension of the Treaty*”<sup>35</sup>.

L'impossibilità di conferire nuovi poteri, ampliando la portata del Trattato, è ribadita dalla già citata opinione 2/94, nella quale la Corte dichiara che l'art. 352 “*being an integral part of an institutional system based on the principle of conferred powers, cannot serve as a basis for widening the scope of Community powers beyond the general framework created by the provisions of the Treaty as a whole and, in particular, by those that define the tasks and the activities of the Community. On any view, [art. 352] cannot be used as a basis for the adoption of provisions whose effect would, in substance, be to amend the Treaty without following the procedure which it provides for that purpose*”.

Gli effetti dell'art. 352 TFUE, quindi, “*would not be to create new competences or to expand existing ones*”, e in nessun caso “*entitle the Community to “legislate” new objectives for the Treaty or to modify the scope of existing objectives of the Community*”<sup>36</sup>, così come è anche sancito dalla Dichiarazione sul sopracitato articolo<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> L'art. 22 TFUE definisce infatti, “obiettivi/principi” quelli enunciati nell'art. 21 TFUE, nei quali è inserito lo Stato di diritto. Per un approfondimento, si v. ROSAS, ARMATI (2012: 26 ss.).

<sup>34</sup> Corte di Giustizia, parere 28 marzo 1996, già citato. Si v. anche ROSAS, ARMATI, *op. cit.*

<sup>35</sup> Tribunale costituzionale federale tedesco, sentenza BVerfGE del 12 ottobre 1993.

<sup>36</sup> SCHUTZE, aggiunge in nota che è una lettura dell'art. 352 in linea con la decisione di Maastricht: “*European Union objectives in Article B of the Union Treaty, and laid down that these may only be achieved as provided in the Treaty. In addition they have defined the tasks and powers of the three European Communities in detail ... Any alterations and extensions of those definitions of tasks and powers are subject to their prior formal agreement, which restricts the possibilities for further legal developments on the basis of the existing Treaty. Accordingly, Article B, fifth indent, of the Union Treaty provided a connection between the further development of the “acquis communautaire” and the procedure for amending the Treaty under Article N*” (2003: 108).

<sup>37</sup> La Dichiarazione n. 42 relativa all'art. 352 TFUE sembra confermare l'opinione 2/94 già

Infine, nella recente sentenza del 19 giugno 2016<sup>38</sup> i giudici europei hanno dichiarato che: “Secondo la giurisprudenza, l’articolo 352 TFUE [...] non può essere in ogni caso utilizzata quale fondamento per l’adozione di disposizioni che condurrebbero sostanzialmente, riguardo alle loro conseguenze, a una modifica del Trattato che sfugga alla procedura all’uopo prevista dal Trattato medesimo [...]. Ne consegue che l’applicazione di tale disposizione è subordinata a talune condizioni al fine di rispettare la delimitazione delle competenze determinata nei Trattati e di evitare di rimetterla in discussione con un atto di diritto derivato”.

### 5. Conclusioni

Unione politica significa anche consolidare le basi dell’Unione europea, ossia il rispetto dei nostri valori fondamentali, dello Stato di diritto e della democrazia, e quando i meccanismi istituiti a livello nazionale per garantirli cessano di operare in modo efficace, si delinea una minaccia sistemica allo Stato di diritto e, di conseguenza, al buon funzionamento dell’UE come spazio di libertà, sicurezza e giustizia. In tali situazioni è necessario che l’Unione intervenga per tutelare lo Stato di diritto in quanto valore comune.

L’esperienza ha dimostrato, però, che non si è riusciti a fronteggiare efficacemente una minaccia sistemica allo Stato di diritto negli Stati membri con gli strumenti attualmente vigenti a livello dell’Unione.

Eventi recenti, come quelli accaduti in Romania, in Ungheria e da ultimo in Polonia, hanno, infatti, rivelato i limiti delle nostre strutture politiche europee.

citata (si v. nota 35), e sancisce che: “La conferenza sottolinea che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell’Unione europea, l’articolo 352 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea, costituendo parte integrante di un ordinamento istituzionale basato sul principio dei poteri attribuiti, non può costituire il fondamento per ampliare la sfera delle competenze dell’Unione al di là dell’ambito generale risultante dal complesso delle disposizioni dei trattati, ed in particolare da quelle che definiscono i compiti e le azioni dell’Unione. Detto articolo non può essere in ogni caso utilizzato quale base per l’adozione di disposizioni che condurrebbero sostanzialmente, con riguardo alle loro conseguenze, a una modifica dei trattati che sfugga alla procedura all’uopo prevista nei trattati medesimi”. Si v. anche ROSAS, ARMATI (2012: 26 ss.).

<sup>38</sup> Corte di Giustizia, causa T-44/14, *Costantintini c. Commissione europea*, avente ad oggetto una domanda di annullamento della decisione C(2013) 7612 *final* della Commissione, del 5 novembre 2013, con la quale si rifiutava la registrazione della proposta di ICE controversa, poiché quest’ultima non rientrava manifestamente nell’ambito della sua competenza di presentare una proposta di adozione di un atto giuridico dell’Unione europea ai fini dell’applicazione dei Trattati.

Emerge senza dubbio l'esigenza di un nuovo quadro giuridico a livello europeo per rafforzare lo Stato di diritto che si aggiunga al meccanismo dell' "opzione nucleare" dell'art. 7 TUE.

Le Istituzioni europee, tuttavia, hanno cercato di risolvere il problema della crisi costituzionale polacca (probabilmente) contravvenendo ad uno dei principi fondamentali dell'Unione che è, come già detto, il principio delle competenze di attribuzione.

Quello che sta accadendo in Polonia ci ricorda il celebre giallo di Agatha Christie, "Assassinio sull'Orient Express", dove il colpevole dell'omicidio non è uno solo, ma la vittima è stata colpita da dodici pugnalate, ognuna vibrata da una persona diversa.

A ben vedere, un eventuale mancato rispetto delle regole dei Trattati da parte delle Istituzioni europee, per quanto ispirato dalla condivisibile volontà di risolvere una questione drammaticamente seria, finisce paradossalmente con il riprodurre quegli strappi alla legalità normativa che l'intervento "sovranazionale" in origine si era proposto di impedire.

C'è il serio rischio, quindi, che provvedimenti pensati per rispondere ad un problema, si traducano in una nuova ed ennesima coltellata allo Stato di diritto in Europa.

#### *Riferimenti bibliografici*

BARGIACCHI, Paolo (2015). "Diritto dell'Unione europea. Istituzioni, norme, politiche". *Collana di diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, 4. Riccia (Roma).

BOGDANDY, Armin von, SONNEVEND, Pál (2015), *Constitutional crisis in the European Constitutional Area. Theory, law and politics in Hungary and Romania*, Oregon.

Council of European Union, *Opinion of the Legal Service, Commission's Communication on a new EU Framework to strengthen the Rule of Law: compatibility with the Treaties*, Brussels, 27 May 2014, 10296/14

DICOSOLA, Maria (2016). <http://www.osservatorioaic.it/la-crisi-costituzionale-della-2015-16-in-polonia-il-fallimento-della-transizione-al-costituzionalismo-liberale.html>

GIALDINO, Carlo (2015). *La Commissione europea dinanzi la crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello stato di diritto*. [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)

GIARDINA, Andrea (1975). "The rule of law and implied powers in the European Communities". *The Italian Yearbook of International Law Online*, Volume 1, Issue 1.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2014:0158:FIN>  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016H1374&from=IT>,  
[http://www.dirittounioneeuropea.eu/index.php?option=com\\_content&view=article&id=462:stato-di-diritto-in-polonia-la-commissione-adotta-una-raccomandazione&catid=76:documentazione-europea&lang=it](http://www.dirittounioneeuropea.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=462:stato-di-diritto-in-polonia-la-commissione-adotta-una-raccomandazione&catid=76:documentazione-europea&lang=it)

- [http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:caa88841-aa1e-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0006.01/DOC\\_1&format=PDF](http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:caa88841-aa1e-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0006.01/DOC_1&format=PDF)
- [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-237\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-237_it.htm)
- <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0123+0+DOC+XML+V0//IT>
- <http://www.juragentium.org/topics/rights/it/ferrajol.htm>
- [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)001](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)001)
- KOCHENOV, Dimitry, PECH, Laurent, (2015). "Upholding the Rule of Law in the EU: on the Commission's "Pre-Article 7 Procedure" as a timid step in the right decision". *EUI Working Paper RSCAS*, n° 24.
- KONCEWICZ, Tomasz. *Bruised, but not dead (yet): The Polish Constitutional Court has spoken*. <http://verfassungsblog.de/bruised-but-not-dead-yet-the-polish-constitutional-court-has-spoken-2/>
- MIGNOLLI, A. (2009), *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio di coerenza*. Napoli.
- Opinion 2/94 (*Accession by the European Community to the European Convention of Human Rights*), 1996.
- PECH, Laurent. *The Power of the Rule of Law: The Polish Constitutional Tribunal's Forceful Reaction*. <http://verfassungsblog.de/systemic-threat-to-the-rule-of-law-in-poland-what-should-the-commission-do-next/>
- RINELLA, Antonella. "I semipresidenzialismi dell'Europa centro-orientale", in PEGORARO, Lucio, RINELLA, Antonella, (a cura di) (1997). *Semipresidenzialismi*. Padova.
- ROSAS, Allan, ARMATI, Lorna (2012). *EU Constitutional Law. An Introduction*, Oxford and Portland, Oregon.
- SARMIENTO, Daniel (2016). *The Polish Dilemma*. [www.spiteourdifferencesblog.wordpress.com/2016/01/21/thepolish-dilemma/](http://www.spiteourdifferencesblog.wordpress.com/2016/01/21/thepolish-dilemma/)
- SCHUTZE, Robert (2003). "Organized Change towards an 'Ever Closer Union': Article 308 EC and the Limits to the Community's Legislative Competence". *Oxford Journals, Law Yearbook of European Law*, Volume 22, Issue 1.
- STARSKI, Paulina. *The Power of the Rule of Law: The Polish Constitutional Tribunal's Forceful Reaction*. <http://verfassungsblog.de/the-power-of-the-rule-of-law-the-polish-constitutional-tribunals-forceful-reaction/>
- SZULEKA, Małgorzata, WOLNY, Marcin, SZWED, Marcin (2016). "The Constitutional crisis in Poland 2015-2016", *Helsinki Foundation for Human Rights*.
- VILLANI, Ugo (2008). *Diritto dell'Unione europea*. Bari.

PARTE II:  
UNIONE EUROPEA



CRISI DI SOVRANITÀ STATALE  
E DEFICIT DI DEMOCRAZIA NELL'UNIONE EUROPEA:  
RIFLESSIONI E PROSPETTIVE.

*Alessandro Tomaselli\**

SOMMARIO: 1. Introduzione: peculiarità istituzionali genetiche dell'UE. – 2. Riflessioni critiche: dalla cittadinanza al deficit democratico per un'Europa tra miti e realtà. – 3. Conclusioni: orizzonti federalisti e resa degli Stati.

*1. Introduzione: peculiarità istituzionali genetiche dell'UE*

La creazione dell'attuale Unione Europea ha indubbiamente rappresentato un autentico punto di svolta nella storia delle relazioni tra Stati ed organizzazioni internazionali, e ciò, innanzitutto, in considerazione delle specifiche peculiarità riconosciute all'ente extraterritoriale in questione già dalla sua genesi: l'architettura istituzionale dell'ex CEE, infatti, si decise da subito non dovesse pienamente riprodurre la tradizionale rigida ripartizione tra i tre poteri dello Stato (esecutivo, legislativo e giudiziario), segnatamente in considerazione dell'obiettivo di natura essenzialmente mercantile alla base del progetto d'integrazione *de quo*.

In particolare, non può, in realtà, trascurarsi come, a dispetto delle astratte velleità umanistiche e solidaristiche, nonché dei relativi presunti ideali e valori condivisi e sottesi all'idea di un'Europa unita, la nascita dell'UE rispondesse a finalità fondamentalmente economiche, da conseguirsi tramite la creazione di un mercato unico all'interno del quale beni, persone (non semplicemente lavoratori), servizi e capitali potessero liberamente circolare.

Conseguentemente, dare vita ad un soggetto che ricalcasse fedelmente la struttura istituzionale tipica degli ordinamenti nazionali esulava dalla sfera d'interesse dei padri fondatori dell'Unione Europea, certamente più interessati a dotare la medesima essenzialmente di strumenti e compiti funzionali alla creazione e al progressivo consolidamento di uno spazio economico comune, ma certamente, dunque, del tutto (o quasi) estranei all'idea di un *quid* politico capace di porsi in posizione di supremazia nei confronti degli stessi Stati membri e, tra l'altro, in grado di dar voce al presunto popolo europeo: in ragione di tutto ciò, si optò per la creazione dell'organizzazione internazionale Comunità Economica Europea, di matrice simil – federalista, e i cui organi ri-

\* Assistant Professor di Diritto dell'Unione Europea presso l'Università "Kore" di Enna.

sultavano assegnatari di competenze frammentate e commiste, tra i quali, sulla scorta, è bene ricordarlo, dei risultati conseguiti con l'instaurazione della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (la CECA) avvenuta nel 1951, spiccava l'Alta Autorità, autentico cuore pulsante della neonata CECA, e al cui controllo esclusivo era sottoposta la produzione del carbone e dell'acciaio, in tal senso sottraendolo agli Stati.

Tale ultima istituzione richiamata, conseguentemente, fu dotata di quei poteri, insieme normativi ed esecutivi, necessari al raggiungimento degli obiettivi del Trattato, e sul cui operato era chiamata a vigilare l'Assemblea Comune (il futuro Parlamento europeo), titolare di poteri anche di carattere consultivo, ma certamente non caratterizzata di proposito già nei propri prodromi da velleità autenticamente rappresentative avuto riguardo al fantomatico "popolo europeo". E si ripete come a tal ultimo riguardo le accennate peculiarità genetiche di cui il futuro Parlamento Europeo risultava assegnatario rispondessero al preciso intento degli Stati fondatori dell'allora CEE di non dare vita ad una istituzione rappresentativa fedelmente riconducibile alla tradizione statale, ma, più realisticamente e semplicemente, di creare un soggetto titolare di poteri consultivi e di controllo sull'operato della futura Commissione.

Agli Stati fondatori, al pari dei soggetti statali aderenti successivamente al progetto integrazionista europeo, in altri termini, non poteva riconoscersi volontà alcuna in merito alla creazione di un soggetto dotato di caratteri e poteri di pienamente riconducibili agli ordinamenti statali, e dunque che si ponesse rispetto ai medesimi in posizione di inevitabile supremazia: ripercorrendo fedelmente, questa volta davvero, le orme della neonata società internazionale, come noto non certo contraddistinta al proprio interno dalla presenza di un apparato istituzionale capace di esplicitare funzioni legislative, esecutive e giurisdizionali alla stregua di una sorta di "super-Stato" o "super-Governo" mondiale, il suddetto interesse statale era solo orientato ad individuare uno spazio politico – mercantile di sintesi ove potessero incontrarsi i vari interessi, spesso contrapposti, di natura sostanzialmente economica di cui i singoli Stati erano latori, che ne concertasse e coordinasse l'azione comune attraverso strumenti para-statali di supporto e di competenze delegate, ma pur sempre, dunque, in nome della conservazione delle proprie prerogative in prospettiva non subordinata.

Non potendo, quindi, trascurare né tantomeno prescindere dal carattere fondamentalmente delegato dei poteri e delle competenze dell'attuale UE, in assoluta coerenza con l'impronta privatistico – contrattualistica alla base della nascita di ogni organizzazione internazionale propriamente intesa, anche avuto riguardo alla struttura ordinamentale afferente al Vecchio Continente non può certamente argomentarsi nel senso della creazione di un soggetto di natu-

ra pubblicitaria capace di porsi autenticamente al di sopra dei soggetti che lo compongono e, conseguentemente, di rappresentarne pienamente i rispettivi cittadini per il tramite di una istituzione parlamentare propriamente intesa.

Non solo. Sempre in riferimento ai caratteri della richiamata società internazionale, e proprio in virtù di quanto testé rimarcato, la nascita dell'ex CEE non può, d'altro canto, ricondursi alla tendenza d'impronta essenzialmente emozionale che all'indomani della conclusione del secondo conflitto mondiale condusse la maggioranza degli Stati, profondamente turbati nelle proprie coscienze collettive dagli orrori delle due guerre che dal 1914 al 1945 sconvolsero il globo, all'individuazione all'interno dei propri rapporti di un rinnovato sentimento di collaborazione e cooperazione d'ispirazione umanistica, e, dunque, scevro da condizionamenti di sorta: cioè, se non temporalmente, la stipula dei Trattati di Roma del 1957, stante la propria matrice mercantilistica, non è di certo da accomunarsi per *ratio* e conseguenti obiettivi alla nascita di organizzazioni internazionali quali l'Organizzazione delle Nazioni Unite o il Consiglio d'Europa, o alla promulgazione di documenti, carte e convenzioni quali la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 o la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali del 1950, tutti improntati alla riscoperta dell'essere umano, finalmente ritenuto, almeno negli astratti propositi, degno di protezione assoluta ed incondizionata. A dispetto, infatti, della travolgente onda emotiva di cui sopra, dilaniante commistione tra indignazione, sconcerto e rimorsi, sei Stati europei sembrarono, al contrario, cinicamente focalizzare la propria attenzione ed i propri sforzi esclusivamente nella costruzione di uno spazio comune ove commerciare liberamente, per tal via dando oltretutto origine al drammatico paradosso costituito dall'aver rappresentato proprio il Vecchio Continente il teatro più sanguinoso nel corso delle due guerre mondiali!

## *2. Riflessioni critiche: dalla cittadinanza al deficit democratico per un'Europa tra miti e realtà*

Che successivamente agli intenti originari l'attuale UE si sia d'improvviso ritenuta depositaria di funzioni, compiti e poteri altri rispetto al mero contesto mercantile, in particolare per il tramite di arbitrarie operazioni essenzialmente politiche di natura auto – legittimante, è un altro discorso, che però non pare concretamente inficiare quanto appena richiamato: segnatamente, la provvidenziale “riscoperta” di una missione d'ispirazione umanistica e di origine quasi metafisica che, soprattutto a far data dal Trattato di Maastricht in poi, l'ordinamento di Bruxelles decide di far propria, per tal via provando artifi-

ciosamente ad adattare alle rinnovate finalità non puramente economiche in questione un'architettura istituzionale geneticamente deputata ad altri scopi, sembra operazione nel complesso riconducibile ad astute strategie anti – statali palesemente indirizzate (anche) ad aggirare la lettera (e lo spirito) di quelle norme dei Trattati in materia di suddivisione di competenze tra Stati ed UE e, dunque, diretta espressione della natura delegata dell'Unione Europea.

E conferme in tal senso sembrano potersi evincere da istituti fittizi, falsi miti, disposizioni normative primarie dal contenuto quantomeno discutibile e perfino violazioni dei Trattati, tutti da ricondurre, a quanto sembra, alle inafferrabili politiche di Bruxelles, nonché alla subdola sinergica complicità tra organi dell'UE, di cui la frammentazione con riguardo specifico alla gestione ed esternazione del potere legislativo (condiviso tra la Commissione in termini di iniziativa, Consiglio e Parlamento con riferimento alla procedura atta alla promulgazione) rappresenta un immediato riflesso: nello specifico, ci si riferisce, tra gli altri, all'inconsistente cittadinanza europea, categoria concettuale in realtà di natura derivata, eventuale e relativa in quanto subordinata all'appartenenza ad uno degli Stati membri, e non certo quel pilastro dogmatico che da più parti si ritiene a sostegno dell'apparato ordinamentale europeo; al fantomatico compimento dell'unità monetaria per il tramite dell'euro, che in realtà, ben lungi dal rappresentare l'unica moneta attesa l'assenza di un'unicità di mezzi di produzione, di sistema fiscale, e dunque, di un sistema economico autenticamente comune, molto più realisticamente si pone semplicemente come l'unico tasso di cambio rispetto al quale le singole valute nazionali hanno dovuto rapportarsi; al primato del diritto europeo sui diritti nazionali, frutto della più sfrenata ed originale inventiva della Corte di Giustizia, in tal senso capace di osare al di là di ogni immaginazione, e per tal via di fornire un succulento assist al legislatore di Bruxelles, subito lesto, all'interno di un diabolico dialogo interistituzionale, a trasfondere dal suo canto la *primauté* in esame all'interno degli inattaccabili confini di una Dichiarazione allegata ai Trattati; ad arresti legislativi quali l'art. 352 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (“Se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo”), autentica “via di fuga” al fine di accrescere in qualche modo le competenze dell'UE nei confronti degli Stati membri, ed, infine, alla astrusa tipologia normativa rappre-

sentata dalle direttive auto – applicative, pienamente contrastante con la lettera dell'art. 288 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, ma forse proprio per questo assegnataria, anche in questo caso per mano dell'“illuminata” giurisprudenza lussemburghese, del crisma della legittimità.

Tutto ciò ricordato e premesso, con riguardo al contesto ordinamentale in esame pare, di conseguenza, possibile individuare dati assodati e relativi precipitati logico – giuridici, nonché trarre inquietanti interrogativi:

a) innanzitutto, se proprio è necessario rintracciare una qualche forma di rapporto gerarchico tra Unione Europea e suoi Stati membri, stante la richiamata matrice secondaria o delegata della prima rispetto ai secondi si dovrebbe semmai concludere nel senso di una teorica condizione di supremazia di questi ultimi rispetto a Bruxelles. Né in direzione contraria pare potersi argomentare avuto riguardo alla soggezione dei medesimi alle disposizioni normative, primarie, secondarie o atipiche, di diritto europeo: a tal proposito, infatti, non può trascurarsi come la sottomissione da parte dei singoli ordinamenti alla legislazione UE fondi la propria ragion d'essere nell'imprescindibile suindicato momento consensualistico di origine nazionale alla base della fondazione o adesione all'Unione Europea, che, di conseguenza, va da considerarsi priva di quella potestà impositiva ed obbligatoria tipica di soggetti statali o federali ricoprenti, al contrario, un ruolo autenticamente sovrano e sovraordinato rispetto ai governati. In sostanza, sembra assolutamente intuitivo, prima che corretto dal punto di vista giuridico, specificare come il soggetto delegato, rappresentante o mandatario in senso lato, non potrà in nessun caso smarcarsi dal delegante, rappresentato o mandante che sia, in particolare avuto riguardo all'ampiezza delle funzioni e dei compiti assegnatigli, *a fortiori* nel caso il medesimo dovesse perfino giungere non semplicemente ad ignorarne direttive d'azione, ma addirittura ad invertire ruoli e prerogative! Tant'è vero che i Trattati prevedono il recesso dall'UE<sup>1</sup>, non certo da considerarsi alla stregua di una sanzione che Bruxelles è libera nel comminare agli Stati, ma, al contrario, riflesso di una scelta statale libera e speculare rispetto all'adesione alla medesima, e non invece l'espulsione, istituto coerente con la (inesistente, in questo caso) potestà impositiva di carattere coercitivo riconosciuta ad ogni apparato pubblicistico autenticamente supremo e sovrano.

b) Del tutto infondate sembrano, poi, le asserzioni in merito alla cessione, parziale o totale, della propria sovranità da parte dei singoli Stati membri a favore dell'Unione Europea, organizzazione internazionale in realtà (ancora) priva di piena personalità giuridica di natura gius – internazionalistica, e dunque, non autonoma né indipendente rispetto ai suoi componenti stessi. Segna-

<sup>1</sup> Art. 50 del Trattato sull'Unione Europea: “1. Ogni Stato membro può decidere, conformemente alle proprie norme costituzionali, di recedere dall'Unione”.

tamente, la sovranità non può intendersi al pari di un concetto divisibile, cedibile, o comunque disponibile da parte dello Stato, in quanto appartenente alla natura più intima ed essenziale del medesimo: dunque, rinunciarvi da parte sua, anche solo parzialmente, equivarrebbe a negare sé stesso. Illuminante al riguardo autorevole dottrina: “è ben difficile pensare che la sovranità possa essere “ceduta” e per di più in parte, trattandosi di un concetto e di un modo di essere, di volere e di potere assoluto, completo, indivisibile e irrevocabile. Non è pensabile una sovranità scomponibile in più parti delle quali alcune possono essere “cedute”. A parte, poi, il rilievo che, anche a voler ammettere l’ora denunciato abuso terminologico e concettuale, lo Stato, qualsiasi Stato, nel momento in cui “cede” una parte della propria sovranità, è proprio in quel momento che esso la esercita tutta”<sup>2</sup>.

Al riguardo si ribadisce come l’Unione Europea agisca, o meglio, dovrebbe agire per compiti e poteri attribuitele dagli Stati, e, dunque, su delega degli stessi; quindi, non solo qualsiasi iniziativa “ultronea” alla stessa imputabile dovrebbe cassarsi per incompetenza ed illegittimità, ma, ancor prima, argomentare nella direzione della cessione di sovranità al fine di legittimare l’ampiezza delle prerogative e la conseguente azione dell’UE, in realtà, manca di valide fondamenta teorico – concettuali. Si ricordi, a tal proposito, che la lettera dell’art. 5 del Trattato sull’Unione Europea piuttosto esplicitamente prescrive che “1. La delimitazione delle competenze dell’Unione si fonda sul principio di attribuzione. L’esercizio delle competenze dell’Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. 2. In virtù del principio di attribuzione, l’Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all’Unione nei trattati appartiene agli Stati membri. 3. In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l’Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell’azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell’azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione. Le istituzioni dell’Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo. 4. In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell’azione dell’Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati”.

<sup>2</sup> Così SINAGRA, (2004 : 259).

c) L'unica, reale, incontestabile peculiarità ascrivibile al contesto ordinamentale europeo è rappresentata dalla propria *ratio* essenzialmente mercantile, e non solo avuto riguardo al suo momento genetico: per quanto, infatti, l'UE abbia, perlomeno in teoria, cercato di far propri obiettivi, materie e finalità alieni al contesto puramente economico, costituisce un dato ben difficilmente contestabile l'averne comunque, da parte di Bruxelles, operato sempre tramite il ricorso a meccanismi, strumenti e logiche di mercato (emblematica in tal senso la giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa alla tutela dei beni culturali, degni di protezione, a detta dei giudici di Lussemburgo, solo a condizione della loro suscettibilità di valutazione economica e, dunque, delle proprie potenzialità in termini di scambiabilità), in tal senso facendo pienamente propri i caratteri tipici del diritto moderno con particolare riguardo all'indissolubile legame tra l'economicamente valutabile ed il giuridicamente rilevante. E tale impronta così smaccatamente mercantile ha perfino portato a dubitare della stessa legittimità costituzionale dei Trattati, perlomeno avuto riguardo a quelle Carte Supreme che, come quella italiana, hanno trovato motivi d'ispirazione in ben altri valori ed ideali.

Segnatamente, che ad ispirazione della nostra e di molte altre Costituzioni non possa ritenersi imperante la richiamata ideologia liberista, corredata dai suoi classici strumenti e caratteri, sembra un dato inoppugnabile, ed emblematica in tal senso, almeno per il contesto ordinamentale italiano, macroscopicamente depone la disciplina costituzionale relativa al diritto di proprietà.

Com'è noto, il comma 2 dell'art. 42 della nostra Carta Suprema dispone che "La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti". Ora, tale disposizione esemplifica pienamente l'obiettivo principale prefissatosi dall'Assemblea Costituente e con riferimento alla regolamentazione della proprietà e avuto riguardo alla *ratio* ispiratrice della Carta Costituzionale intesa nella sua totalità: al fine, infatti, di contemperare, da un lato, l'impostazione essenzialmente individualista – proprietaria di cui al nostro Codice Civile, il cui art. 832 espressamente dispone che "Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico", e, dall'altro, di rimarcare gli ideali non certamente di matrice economica ad ispirazione della nostra Costituzione, all'interno della nostra Carta Suprema è esaltata la componente sociale del "terribile diritto"<sup>3</sup> in questione, sconosciuta ai più anteriormente al 1948, ma estremamente significativa dell'impronta non strettamente mercantilistica propria della

<sup>3</sup> RODOTÀ (2013).

medesima, e dunque, almeno in astratto, del nostro ordinamento *lato sensu* inteso.

E con tale matrice sociale e solidaristica, dalla quale può, dunque, a pieno titolo considerare essere informato l'ordinamento italiano nel suo complesso, sembra decisamente contrastare il contenuto di più di una disposizione dei Trattati istitutivi dell'allora CEE, in ragione della deriva autenticamente mercatocentrica di cui ai medesimi, rispetto alla totalità dei quali non pare azzardato, per quanto utopistica, prevedere, in conclusione, l'attivazione da parte della nostra Corte Costituzionale della c.d. teoria dei controlimiti, e ciò a dispetto dell'adesione dell'Italia ai medesimi fin dalle loro origini. O perfino potrebbe, almeno in astratto, ipotizzarsi, a fronte della sorda ostinazione da parte di Bruxelles ad elevare a rango di elementi costitutivi dell'ordinamento europeo istituti e principi tipici del liberismo economico, il recesso dall'UE da parte del singolo Stato membro, in piena aderenza a quanto sancito dal già richiamato art. 50 TUE.

d) Il "famigerato" deficit democratico che, suscitando clamore ed indignazione, da più parti si lamenta attanagli e condizioni l'azione del Parlamento Europeo, *de facto* privando l'ordinamento facente capo a Bruxelles di autentica legittimità democratica, proprio in considerazione di quanto in precedenza ricordato rappresenta un fenomeno che, nell'opinione di chi scrive, andrebbe, in realtà, ridimensionato e più onestamente ricondotto all'interno di una prospettiva meno "scandalistica", ma, al contrario, d'impronta maggiormente realistica: segnatamente, per quanto astrattamente sia fuor di dubbio che un Parlamento carente proprio del momento legislativo costituisca, prima di ogni altra considerazione, un vero e proprio nonsenso giuridico, in verità non può trascurarsi come il fenomeno adesso in esame rappresenti semplicemente la naturale conseguenza del richiamato assetto istituzionale assegnato fin dalle origini alla CECA, prima, e all'allora CEE, successivamente, da parte degli Stati fondatori, i quali, si ribadisce, proprio in quanto non interessati alla creazione di un soggetto politico di natura federalista ad essi sovraordinato, optarono volutamente per l'ibrida architettura non rigidamente tripartita e dalle finalità mercantilistiche di cui sopra. In altri termini, a ben ragionare la perdurante lacuna di natura legiferante che contraddistingue l'UE altro non rappresenta se non l'inevitabile esito riconducibile ad una scelta iniziale consapevolmente indirizzata a fini non autenticamente integrazionisti, ma ad altra, per quanto *prima facie* analoga, opzione. Dunque, la lacuna in questione non solo sembrerebbe non giustificare la ormai scontata e ridondante levata di scudi che, pressoché quotidianamente, continua a foraggiare le dottrine più euroscettiche, nonchè i detrattori del processo d'integrazione europeo, ma, al contrario, in quanto, si ribadisce, fenomeno assolutamente naturale e consequenziale rispetto a quanto già indicato,

avrebbe rappresentato valido titolo a fondamento di critiche e perplessità nell'ipotesi di piena capacità legislativa riconosciuta al Parlamento dell'UE, e cioè solo in caso di sua inesistenza.

e) Stante quanto tentato di precisare e ribadire a proposito del c.d. deficit democratico dell'Unione Europea, un altro dogma ascrivibile al contesto che più da vicino ci riguarda potrebbe ineluttabilmente rappresentare oggetto di rinnovate riflessioni: in particolare, ci si riferisce alla controversa, ma di grande attualità, categoria dei diritti umani, la cui tutela sembra avere raggiunto all'interno del Vecchio Continente, più che mai dopo l'adesione dell'UE alla CEDU, il grado massimo di espressione attesa la presenza di un soggetto giurisdizionale espressamente deputato alla protezione dei medesimi in caso di violazione, e cioè la Corte di Strasburgo. A tal proposito, e più precisamente, la tipologia di diritti adesso in questione non pare in realtà potere considerarsi oggetto di garanzia piena, proprio in considerazione della carenza in termini di capacità legislativa assoluta in capo al Parlamento europeo, da un lato, e a dispetto della presenza della Corte di cui sopra, dall'altro: in tale sede si sostiene, cioè, che una forma di tutela davvero compiuta avuto riguardo a qualunque situazione giuridica di vantaggio o prerogativa che aspira ad elevarsi a "diritto" a tutti gli effetti, infatti, sembrerebbe dovere intanto transitare attraverso l'azione di un'assemblea parlamentare che ne definisca e specifichi contenuto, caratteri e limiti, e solo successivamente, in caso dunque di suo eventuale pregiudizio, attivare il peraltro imprescindibile mezzo giurisdizionale. Al contrario, individuare nel solo intervento giudiziale l'unico, reale momento di effettiva garanzia e protezione non pare opzione realmente condivisibile, e ciò 1) nonostante sia fuor di dubbio che l'Europa, oggi più che mai, si ponga all'avanguardia avuto riguardo alla tutela dei diritti umani proprio in considerazione della presenza della Corte con sede a Strasburgo e 2) a conferma della natura intimamente politica della nebulosa categoria in esame, comodo slogan da richiamare a piacimento e vessillo dietro il quale il più delle volte celare gli autentici obiettivi a fondamento delle iniziative "comunitarie". Sembra a tal ultimo proposito, cioè, oltretutto indubitabile che costringere una qualsivoglia situazione giuridica che aspiri al rango di "diritto" pienamente inteso al vaglio parlamentare inevitabilmente comporti anche l'esatta individuazione delle peculiarità alla medesima afferenti, con conseguente eliminazione, o quantomeno sensibile restrizione, dei relativi margini d'incertezza di carattere definitorio ed ermeneutico: a quanto pare, in sostanza, ciò che all'UE *in primis* non converrebbe atteso l'accennato approccio di stampo politico – utilitaristico sostanzialmente dalla stessa palesato proprio con specifico riguardo ai diritti umani<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Si ricordi a proposito l'astuta promulgazione da parte dell'allora CE della c.d. Carta di Nizza, sostanziale duplicato della CEDU, ma decisamente utile, all'interno di una prospettiva di

### 3. Conclusioni: orizzonti federalisti e resa degli Stati

Quali le possibili soluzioni da apportare al confuso e non certo incoraggiante contesto ordinamentale europeo, perlomeno avuto riguardo a quanto innanzi evidenziato?

L'unica reale possibilità sembra risiedere, a parere di chi scrive, nella definitiva svolta in senso federalista, sostanziale panacea di tutti i mali dell'UE, ma "naturalmente" avversata dai suoi Stati membri, del tutto, o quasi, restii a definitivamente deporre le armi di fronte ad un eventuale, pieno elevamento di Bruxelles ad autentica capitale del Vecchio Continente.

Segnatamente, per quanto appaia piuttosto evidente, se non macroscopico, che la nascita di uno Stato federale europeo, tutt'uno con il contestuale riassetto che ne deriverebbe avuto riguardo ai poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, recante con sé la soluzione del deficit di democrazia, importerebbe l'immediata soluzione di problematiche e paradossi che continuano a contraddistinguere, nei termini testè accennati, l'attuale impianto istituzionale e politico europeo, d'altro canto non può certamente trascurarsi l'ostinata, e per certi versi ottusa, resistenza degli Stati, per niente, o quasi, in realtà intenzionati a rinunciare agli ultimi brandelli di "libertà". E proprio tale, per certi versi, anacronistica opposizione statale sembra potersi considerare rivelatrice del sostanziale *bluff* d'impronta politica alla base dei rapporti tra istituzioni europee ed ordinamenti statali, in realtà per nulla o quasi interessati allo scioglimento dei variegati nodi gordiani condizionanti e penalizzanti il funzionamento dell'UE, e ciò a dispetto della formale ricerca di strumenti finalizzati alla costruzione di una comune identità.

A tal ultimo riguardo, dovrebbe probabilmente ammettersi come, al di là dei nobili valori e delle elevate finalità solidaristici e comuni che a più livelli e di continuo vengono richiamati con riguardo al processo d'integrazione europeo, l'interesse dei singoli Stati, desiderosi di continuare a ricoprire il ruolo di "Signori dei Trattati", perseveri in realtà nel caratterizzarsi per una proiezione interna di matrice economica, come proprio di recente ha peraltro reso evidente l'inaspettato (ed inquietante) esito positivo del referendum britannico relativo all'uscita dall'UE, e che, dunque, bizzarri condomini in merito alla gestione del potere normativo, fasulle monete uniche, fittizi ideali comuni, inconsistenti diritti da proteggere, disinteresse per quanto sancito dai Trattati e impossibilità allo stato di considerare l'UE come assegnataria di piena soggettività di diritto internazionale, non solo non vadano nei fatti annoverati come problematiche da risolvere, ma al contrario siano tutti da ricondurre per gli

autentico marketing politico, al fine di raccogliere ed accrescere consensi e fiducia intorno al processo d'integrazione europeo, e, ancor prima, all'Unione Europea in sé considerata.

Stati membri a poco più dell'inevitabile scotto da pagare al fine di godere dei benefici derivanti dall'unico (questo sì) mercato.

Dunque, il destino dell'Europa sembra (non) tracciato: continuare a sguazzare nella palude dei propri volutamente irrisolti paradossi, lasciando alla politica la ricerca di false soluzioni, al diritto i rimpianti per non riuscire a (non) risolverle ed al mercato la forza per non interessarsi a tutto questo.

#### *Riferimenti bibliografici*

SINAGRA, Augusto (2004), "La annunciata "costituzione" europea: un altro caso di contrabbando culturale e politico?" in *Diritto e giustizia. Ragione e sentimento. Scritti giuridici e politici* (1985 – 2004).

RODOTÀ, Stefano (2013), *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna: Il Mulino.

LA GOVERNANCE ECONOMICA EUROPEA  
QUALE DIMENSIONE STRUTTURALE  
DI “SOVRANITÀ CONDIVISA”

*Ilaria Rivera\**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La crisi economica e la nuova governance economica europea. – 3. Il concetto di “equilibrio di bilancio” nell’ordinamento giuridico italiano e nella giurisprudenza costituzionale. – 4. La problematica interazione tra dimensione integrata europea e sovranità nazionale.

1. *Introduzione*

La recente crisi economica (LUCIANI, 1996: 124-188) che ha interessato gli Stati dell’eurozona e non solo ha portato ad emersione l’esigenza di adottare una serie di misure in grado di favorire l’armonizzazione delle politiche di bilancio nazionali, al fine di contribuire alla costruzione – o, meglio, al perfezionamento – di regole comuni per una convergenza economica europea. Infatti, limitazioni alle politiche di bilancio nazionali avevano già trovato spazio nel Trattato di Maastricht del 1993, che prevedeva che il rapporto tra deficit e PIL non dovesse superare il 3% e quello tra debito pubblico e PIL il 60%<sup>1</sup>. Tali parametri sono stati ripresi successivamente dal Patto di stabilità e crescita del 1997<sup>2</sup> e, da ultimo, dal Trattato di Lisbona<sup>3</sup> del 2009.

\* Università Luiss Guido Carli.

<sup>1</sup> Tali parametri erano già espressi nell’art. 104a CE e successivamente nel Protocollo n. 12 sulla procedura per i disavanzi eccessivi annesso al Trattato di Lisbona.

<sup>2</sup> Il PSC mira a rafforzare la procedura di vigilanza delle politiche di bilancio degli Stati membri (braccio preventivo) e per la correzione dei disavanzi eccessivi (braccio correttivo). Nella sua versione attuale, il PSC è costituito dalle seguenti misure:

1. regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio, del 7 luglio 1997, per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche, modificato dal regolamento (CE) n. 1055/2005 del Consiglio del 27 giugno 2005 e dal regolamento (UE) n. 1175/2011 del 16 novembre 2011. Tale regolamento costituisce il braccio preventivo;

2. regolamento (CE) n. 1467/97 del Consiglio, del 7 luglio 1997, per l’accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi, modificato dal regolamento (CE) n. 1056/2005 del Consiglio del 27 giugno 2005 e dal regolamento (UE) n. 1177/2011 dell’8 novembre 2011. Tale regolamento costituisce il braccio correttivo;

3. regolamento (UE) n. 1173/2011 del 16 novembre 2011 relativo all’effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro.

Non si tratta, quindi, di parametri nuovi, bensì di meccanismi aggiuntivi, preventivi e sanzionatori, introdotti per il tramite di diverse fonti (di diritto europeo e di diritto internazionale), in grado di consentire una più stringente procedura di verifica della compatibilità dei piani economico-finanziari nazionali rispetto agli standard sovranazionali. In tal senso, trovano giustificazione, tra le altre, le misure volte ad introdurre strumenti di monitoraggio da parte delle Istituzioni europee nei riguardi degli Stati membri (c.d. semestre europeo<sup>4</sup>, nell'ambito del quale la Commissione europea, a seguito dell'analisi delle politiche macroeconomiche degli Stati membri UE, indirizza loro delle raccomandazioni, di concerto con il Consiglio europeo), oltre che quelle finalizzate ad introdurre la possibilità di intervenire, mediante fondi appositamente istituiti, per fornire adeguato aiuto finanziario agli Stati in difficoltà<sup>5</sup> (si pensi, in tal senso, al MES<sup>6</sup> – Meccanismo europeo di Stabilità – NAPOLITANO, 2012: 461 ss; ID., 2012: 123 ss.; ROSSANO, 2014: 10 ss; CRAIG, 2014: 205-

<sup>3</sup> Cfr. art. 126 TFUE.

<sup>4</sup> Il semestre europeo è un ciclo annuale di coordinamento delle politiche economiche e di bilancio nell'ambito dell'UE, che fornisce orientamenti ai paesi dell'UE prima che essi prendano decisioni politiche a livello nazionale. Gli orientamenti sono forniti nel contesto del patto di stabilità e crescita e della procedura per gli squilibri macroeconomici. Ad aprile di ogni anno, i paesi dell'UE presentano i rispettivi piani nazionali. Successivamente, la Commissione propone raccomandazioni politiche specifiche per ognuno di essi. Queste poi vengono discusse dal Consiglio e quindi avallate dal Consiglio europeo a giugno, prima di essere infine adottate dai ministri nazionali delle Finanze. Infine, i paesi dell'UE devono riflettere le raccomandazioni nei loro piani politici e di bilancio per l'anno successivo e attuarle entro 12 mesi.

<sup>5</sup> Il fondamento giuridico si rinviene nell'art. 136, par. 3, TFUE, che prescrive che “*gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità*”, come modificato dalla Decisione del Consiglio europeo 2011/199/UE del 25 marzo 2011.

<sup>6</sup> Il meccanismo europeo di stabilità (ESM) è stato istituito nell'ottobre 2012 e ha preso il posto dell'EFSF. Si tratta di una soluzione permanente per porre rimedio alla questione della crisi del debito sovrano nell'area euro. Insieme, il EFSF e il MES avevano una capienza di €700 miliardi. Si tratta di una società di diritto privato con sede a Lussemburgo, che, sebbene preveda il coinvolgimento della Banca centrale europea e della Commissione europea, non rientra propriamente nell'ordinamento europeo. Si ricorda, al riguardo, che la Corte di giustizia dell'Unione europea è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del MES e che, con la sentenza Pringle C-370/12 del 27 novembre 2012, ha statuito che il diritto dell'Unione non osta alla conclusione e alla ratifica del Trattato che istituisce il MES da parte degli Stati membri la cui moneta è l'euro. Posta la competenza dell'Unione europea in materia di coordinamento delle politiche economiche nazionali, il giudice europeo specifica che il MES non ha per oggetto il coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, bensì rappresenta un meccanismo di finanziamento, compatibile con la clausola di “non salvataggio” prevista dal Trattato e con le misure di coordinamento europee.

220; AGUILAR CALAHORRO, 2014: 337-380) – adottato nel 2011 nell'area euro).

Senza voler entrare, qui, nel merito delle specifiche novelle apportate a livello normativo (che si completano, peraltro, con l'entrata in vigore, rispettivamente, nel 2011 e nel 2013 del *Six Pack*<sup>7</sup> e del *Two Pack*<sup>8</sup>, al fine di incrementare la procedura di monitoraggio sulle politiche di bilancio nazionali e potenziarne, tra l'altro, i canali di coordinamento, e che vedono, peraltro, l'approvazione del *Patto Europlus*<sup>9</sup> per favorire la crescita e l'occupazione, la sostenibilità delle finanze pubbliche e per rafforzare la stabilità finanziaria), costituenti quello che può definirsi il quadro della nuova *governance* economica europea, ciò che, in ogni caso, preme sottolineare è che l'emergenziale esigenza di assicurare la sostenibilità del debito pubblico nazionale ha contribuito a delineare un contesto giuridico condiviso (GIANNITI, 2016: 389 ss.)<sup>10</sup>,

<sup>7</sup> Si tratta di cinque Regolamenti ed una Direttiva: Regolamento (UE) n. 1173/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro; regolamento (UE) n. 1174/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella zona euro; regolamento (UE) n. 1175/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, che modifica il regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche; regolamento (UE) n. 1176/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici; regolamento (UE) n. 1177/2011 del Consiglio, dell'8 novembre 2011, che modifica il regolamento (CE) n. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi; direttiva 2011/85/UE del Consiglio, dell'8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri.

<sup>8</sup> Si tratta di due Regolamenti, che si applicano in tutta l'area euro e più precisamente: 1) Regolamento n. 472 del 10 maggio 2013 sulla sorveglianza rafforzata agli Stati in difficoltà; 2) Regolamento n. 473 del 21 maggio 2013 sul monitoraggio rafforzato delle politiche di bilancio degli Stati.

<sup>9</sup> A cui hanno aderito degli Stati dell'eurozona “*al fine di consolidare il pilastro economico dell'unione monetaria, fare un salto di qualità nel coordinamento delle politiche economiche, migliorare la competitività e, quindi, aumentare il livello di convergenza. Il Patto verte principalmente su settori che rientrano nella sfera di competenza nazionale e che sono essenziali per migliorare la competitività e scongiurare squilibri dannosi*”.

<sup>10</sup> In realtà, nel Rapporto dei 4 Presidenti “*Verso un'autentica Unione economica e monetaria*” del giugno 2012, si auspicava che “*la capacità di bilancio non (fosse) uno strumento per la gestione delle crisi, dato che a tale scopo è stato già istituito il meccanismo europeo di stabilità (MES). Al contrario, ... quello di migliorare la resilienza economica complessiva dell'UEM e dei paesi della zona euro*” contribuendo alla prevenzione delle crisi e rendendo meno probabili interventi futuri del MES. Dal Rapporto dei 4 Presidenti del 2012 si arriva alla Relazione dei 5 Presidenti “*Completare l'Unione economica e monetaria*” del 2015, che intende ribadire gli obiettivi prefissati già nel 2012, ossia quelli relativi all'integrazione della politica economica, al

nell'ambito del quale gli attori istituzionali sono necessariamente destinati a interagire in ordine alle misure da adottare in concreto per assicurare l'omogeneità delle politiche finanziarie (CHITI, 2011: 311 ss.)<sup>11</sup>.

## 2. *La crisi economica e la nuova governance economica europea*

Come detto, la preservazione dell'equilibrio di bilancio da parte dei singoli Stati membri vede la partecipazione e l'interazione di diversi soggetti, chiamati a concorrere al corretto bilanciamento tra vincoli finanziari e diritti fondamentali.

Le dimensioni spaziali, un tempo rigidamente confinate al territorio nazionale, sembrano lasciare il passo ad uno scenario giuridico integrato e composto, che costituisce il precipitato del processo di integrazione europea, nel quale le architetture fisiche vengono meno in funzione di spazi decisionali condivisi e coordinati (MANZELLA, 2015: 10 ss.)<sup>12</sup>, che si aprono a prospettive nuove, libere da una visione statale. I legislatori nazionali, infatti, sembrano costituire i terminali decisionali di processi (SAITTA, 2017: 2)<sup>13</sup> che hanno origine in sede sovranazionale (GUAZZAROTTI, 2013: 1013)<sup>14</sup> e che vengono recepiti a livello nazionale tramite le rispettive fonti (ordinarie o costituzio-

completamento dell'Unione finanziaria, alla creazione di un'Unione di bilancio ed infine la progressiva istituzione di un'unione politica.

<sup>11</sup> Evidenzia il duplice processo attraverso il quale, in una prima fase, gli Stati dell'Unione si sono eretti a "salvatori" delle rispettive crisi economiche, esponendosi però a loro volta ad un incremento della propria posizione debitoria e rendendo, quindi, necessario, in seconda battuta, l'intervento dell'Unione europea "a salvataggio dei salvatori".

<sup>12</sup> Sottolinea correttamente che la forma più alta di "dialogo economico" tra i parlamenti nazionali e il Parlamento europeo viene codificata proprio nell'art. 13 del *Fiscal Compact*, che prevede l'istituzione di una Conferenza interparlamentare per la stabilità, il coordinamento e la governance economica (SECG), composta dai rappresentanti delle "pertinenti" commissioni parlamentari.

<sup>13</sup> Risulta efficace la riflessione dell'A., che ben osserva l'incidenza del complesso di misure adottate in sede europea e internazionale non solo sulla politica economica statale, ma anche "... sulle competenze parlamentari, sul sistema delle fonti, sull'autonomia regionale, sulla natura del giudizio e sulla funzione stessa della Corte costituzionale e, infine, sul fondamento democratico della Repubblica, nonché sui margini di garanzia dei diritti fondamentali ...".

<sup>14</sup> La disamina del quadro normativo sovranazionale per contrastare la crisi dei debiti pubblici e per favorire il coordinamento delle politiche di bilancio nazionali consente ragionevolmente di affermare la preferenza accordata per l'adozione del metodo intergovernativo per la risoluzione della crisi. Analogamente, cfr. A. Guazzarotti (2013: 1013) "...la crisi ha, sì, potenziato l'integrazione economica dell'UE, ma lo ha fatto puntando sul metodo 'intergovernativo' e con ciò acuendo il c.d. 'deficit democratico'".

nali), che prescrivono l'effettiva osservanza e consentono la possibile *sindacabilità*.

L'integrazione europea, nella specifica connotazione economica che viene qui in considerazione, rappresenta l'esemplificazione del superamento di un contesto prettamente statale, confinato entro le strutture organizzative interne, e volto a preservarne i principi supremi (GUAZZAROTTI, 2017: 7-8)<sup>15</sup>; un contesto, questo, fortemente innovato, in quanto aperto a potenzialità espressive nuove ed interrelate con altre dimensioni istituzionali.

I principi costituzionali, alla cui difesa è preposta la Carta costituzionale, si configurano in una prospettiva multidimensionale poiché risentono delle influenze "esterne" e della permeabilità del dettato del diritto sovranazionale.

Si incardina un processo di cambiamento che si impone in senso *sincronico* e che rivela la forza convergente delle Istituzioni europee nei meccanismi decisionali interni (MANZELLA, 2015: 10 ss.)<sup>16</sup>. In questa prospettiva, come preannunciato, non può sottacersi l'importanza del confronto sia nelle forme *formalmente* sia *informalmente* tra i rappresentanti politici nella concertazione degli obblighi da ottemperare e delle sanzioni eventualmente comminate.

Ciò che emerge, quindi, è l'interazione *soggettiva*, non solo a livello nazionale, tra i diversi operatori nell'opera di affinamento delle regole economico-finanziarie e nell'armonizzazione delle politiche di bilancio statali. D'altra parte, significativa è anche l'interazione *oggettiva*, che si concreta nella stratificazione delle fonti europee ed internazionali, nonché nella definizione dei canoni comuni da rispettare. In tal modo, si configura anche rilevante il collegamento tra le norme variamente espresse.

Nel quadro *paneuropeo*, si inseriscono le regole rafforzate introdotte negli Stati e rispetto alle quali si pone l'esigenza di assicurare la garanzia dei diritti fondamentali, la cui priorità informa l'assetto costituzionale.

I vincoli di bilancio, nella formulazione derivante dall'affastellamento delle molteplici fonti di riferimento, costituiscono il tracciato nel quale si inserisce l'inveramento dei precetti costituzionali e soprattutto la necessità di assicurare effettiva soddisfazione ai diritti.

La necessità dell'osservanza dell'equilibrio di bilancio non può non confrontarsi empiricamente con la preservazione dei principi supremi

<sup>15</sup> Si tratta della c.d. *teoria dei controlimiti*, che però proprio con riguardo alla materia della governance economica europea potrebbero atteggiarsi a mero oppiaceo in grado di dissuadere i decisori nazionali dall'adozione di misure di contrasto ai dettami europei.

<sup>16</sup> Cfr. l'A. chiarisce che "sotto la spinta della Grande Crisi, sono state introdotti nell'ordinamento dell'Unione, istituti e procedure che vanno letti nel loro insieme, individuando la "trama di senso" che vi è sottesa".

dell'ordinamento statale (CARLASSARE, 2015: 138 ss.)<sup>17</sup>. Così, il legislatore statale deve garantire il nucleo minimo di tutela dei diritti, al di sotto del quale non è possibile scendere, se non per impellenti motivi di interesse generale, tra cui possono annoverarsi le condizioni finanziarie eccezionali.

Il quadro normativo della *governance* economica europea sembrerebbe rappresentare il parametro interposto di costituzionalità nel sindacato della Corte costituzionale (SCACCIA, 2012: 2 ss.), tale da ingenerare una sorta di rinvio delle *norme costituzionali*, che si assumono violate nelle specifiche questioni in rilievo, alle *norme sovranazionali* che ne costituiscono la matrice sostanziale e funzionale.

Ad ogni modo, tale rinvio non sembra portare la prevalenza incondizionata dei dettami europei, dovendosi confrontare con le istanze solidariste, che ben possono comportare e giustificare una gradata risposta statale al bilanciamento.

### 3. Il concetto di “equilibrio di bilancio” nell’ordinamento giuridico italiano e nella giurisprudenza costituzionale

Le misure economico-finanziarie elaborate nel contesto sovranazionale hanno portato all'affermazione di diversi principi, tra i quali merita di essere ricordato quello del “pareggio di bilancio”, previsto dall'art. 3, par. 2, del *Fiscal Compact*<sup>18</sup> (trattato internazionale concluso nel 2012 da 25 sugli allora 27 Stati membri dell'Unione europea). La norma in questione prescrive l'inserimento nell'ordinamento giuridico nazionale<sup>19</sup>, per il tramite di fonte a carattere permanente e, preferibilmente, costituzionale, del vincolo del pareggio di bilancio, prevedendo, peraltro, il sindacato della Corte di giustizia

<sup>17</sup> Al riguardo, chiarisce che “*il limite posto dall'art. 81 e l'interesse da esso tutelato con gli interessi da esso limitati*” comporta inevitabilmente il conseguente raffronto tra la disposizione costituzionale e il complesso dei valori che disegnano lo spirito della Costituzione.

<sup>18</sup> Da ultimo, la Commissione europea ha sottolineato nella Comunicazione C(2017) 1200 final del 22 febbraio 2017 sul recepimento del Fiscal Compact con particolare favore che “*the substance of the Fiscal Compact has been introduced in the national fiscal frameworks of all Contracting Parties*” e che, come ovvio, “*the legal status of the adopted national provisions differs greatly because of the diversity of the constitutional and legal frameworks of the Contracting Parties*”.

<sup>19</sup> Per una disamina completa in ordine al recepimento nei singoli Stati contraenti dell'art. 3, par. 2, FC e all'adozione di meccanismi correttivi in caso di scostamento dall'OMT, si veda la Comunicazione della Commissione europea C(2017) 1201 final, adottata il 22 febbraio 2017, in relazione al rispetto dell'art. 8, par. 1, FC, che prescrive che “*La Commissione europea è invitata a presentare tempestivamente alle parti contraenti una relazione sulle disposizioni adottate da ciascuna di loro in ottemperanza all'articolo 3, paragrafo 2*”.

sull'effettiva introduzione a livello nazionale<sup>20</sup>. In osservanza della prescrizione internazionale, gli Stati contraenti hanno provveduto in vario modo a recepire l'obbligo imposto (BUTTURINI, 2016: 3)<sup>21</sup>. Si pensi, ad esempio, alla Francia, che ha dato attuazione alla disposizione tramite l'approvazione di una legge organica (CASELLA, 2012), che si pone nella gerarchia delle fonti tra la norma costituzionale e quella ordinaria ovvero alla Spagna (PLAZA MARTIN, 2016: 1306 ss.)<sup>22</sup>, con la modifica dell'art. 135 della Costituzione.

Ciò premesso, venendo all'ordinamento giuridico italiano, non può sotta-

<sup>20</sup> Si fa riferimento all'art. 8, par. 1, del Fiscal Compact, che recita: "Ogni parte contraente che ritenga che un'altra Parte contraente non abbia rispettato l'Articolo 3 (2) può portare la questione dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea".

<sup>21</sup> Cfr. l'A. sottolinea che la modificazione della normativa nazionale, dietro la spinta delle Istituzioni europee, non è altro che "un diritto dell'emergenza, perché prodotto in occasione e in conseguenza della crisi".

<sup>22</sup> Si fa riferimento alla Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011, che prescrive che "El artículo 135 de la Constitución Española queda redactado como sigue: «1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.

2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.

3. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser

objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

5. Una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera (...)

6. Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias.». A dare attuazione ai nuovi precetti costituzionali è stata la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

cersi il progressivo rilievo assunto dall'art. 81 della Costituzione, soprattutto a seguito della novella costituzionale del 2012 (DICKMANN, 2012; CABRAS, 2012: 111-114; AA.VV., 2012; BRANCASI, 2012)<sup>23</sup>, con la quale si è provveduto ad introdurre, in osservanza dell'obbligo prescritto dall'art. 3, par. 2, del Fiscal Compact del 2012, il rispetto dell'equilibrio *tendenziale* di bilancio tra entrate e spese<sup>24</sup>, la cui coerenza si spiega in ragione dell'esigenza di uniformazione degli Stati al quadro normativo internazionale. Occorre notare, innanzitutto, che, sebbene la rubrica della legge costituzionale n. 1 del 2012 faccia riferimento alla nozione di "*pareggio di bilancio*", nell'articolato normativo si fa riferimento al diverso concetto di *equilibrio di bilancio*<sup>25</sup>.

Non si tratta di una distrazione ma di una scelta di rinviare ad un concetto "dinamico", che consente un'oscillazione rispetto ai parametri stabiliti per tener conto del ciclo economico e delle sopravvenienti circostanze eccezionali<sup>26</sup>, che possono giustificare una deroga. Il principio dell'equilibrio di bilancio esplica la propria vincolatività non solo verso l'articolazione amministrativa complessivamente intesa<sup>27</sup>, ma anche nei riguardi delle autonomie territoriali<sup>28</sup>,

<sup>23</sup> Si tratta della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 "*Introduzione del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale*", attuata mediante la legge 24 dicembre 2012, n. 243 "*Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione*".

<sup>24</sup> A ben vedere, però, già in sede costituente, era stata posta in evidenza la problematica di rinvenire adeguati mezzi di copertura a fronte delle spese da stanziare. In particolare, si segnala la seduta del 24 ottobre 1946, nella quale l'on. Vanoni ha espresso con chiarezza l'obbligo in capo al Governo di far fede alla decisione di spesa, per cui "*... se esso avanza una proposta concreta, legislativa, di spesa per cui lo Stato sarà costretto ad affrontarla, è necessario che, nel momento stesso in cui propone la spesa, si renda conto della possibilità di fronteggiarla*" e così "*bisogna distinguere la critica politica di un'attività di governo che non sappia risolvere un determinato problema (critica che può portare alla caduta del Governo), dall'iniziativa di chi propone concretamente una determinata spesa, e deve quindi proporre anche la maniera di coprirlo*".

<sup>25</sup> Cfr. il nuovo art. 81, primo comma, Cost.: "*Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico*".

<sup>26</sup> Così, l'art. 6, comma 2, della legge n. 243 del 2012, di attuazione della legge costituzionale n. 1 del 2012, che stabilisce:

"*Ai fini della presente legge, per eventi eccezionali, da individuare in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, si intendono:*

a) *periodi di grave recessione economica relativi anche all'area dell'euro o all'intera Unione europea;*

b) *eventi straordinari, al di fuori del controllo dello Stato, ivi incluse le gravi crisi finanziarie nonché le gravi calamità naturali, con rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria generale del Paese*".

<sup>27</sup> Così, il nuovo art. 97, primo comma, Cost.: "*Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico*".

comportando spesso la necessità di un intervento statale in luogo di quello regionale laddove ciò si renda necessario ai fini dell'adempimento degli obblighi assunti<sup>29</sup>. Così, la Corte costituzionale ha ritenuto legittimo l'intervento dello Stato in luogo della Regione e in assenza di previa intesa con la stessa nell'ipotesi in cui l'adempimento dei vincoli finanziari fosse connotato da urgenza, chiarendo, inoltre, che sarebbe stato possibile fare ricorso alla procedura concertativa in una fase successiva<sup>30</sup> (tra le altre, si veda Corte cost. sent. 19/2015).

Ciò premesso, occorre sottolineare – in aderenza a quanto efficacemente evidenziato da alcuni Autori – che il principio di equilibrio di bilancio, la cui copertura formale è derivata dalla novella costituzionale del 2012 nella formulazione del nuovo art. 81 Cost., fosse già previsto, come risulterebbe dall'obbligo di previa copertura delle spese ai sensi del vecchio art. 81, quarto comma, Cost. e dall'interpretazione che ne ha costantemente dato il giudice costituzionale.

Parte della dottrina attraverso un'operazione di interpretazione testuale ha escluso che l'obbligo di copertura finanziaria prescritto dall'art. 81 Cost. (ALFANO, 2008: 1)<sup>31</sup> trovasse applicazione anche alle sentenze della Corte co-

<sup>28</sup> Si fa riferimento al nuovo art. 119, primo comma, Cost., che recita: “*I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, e concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea*”.

<sup>29</sup> Più di recente, nella sentenza n. 107/2016, il giudice delle leggi ribadisce la responsabilità statale, nel senso che “*lo Stato è direttamente responsabile del «rispetto delle regole di convergenza e di stabilità dei conti pubblici, regole provenienti sia dall'ordinamento comunitario che da quello nazionale. [Ne deriva], tra l'altro, che, ai fini del concorso degli enti territoriali al rispetto degli obblighi comunitari della Repubblica ed alla conseguente realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, [lo Stato deve vigilare affinché] il disavanzo di ciascun ente territoriale non [...] super[i] determinati limiti, fissati dalle leggi finanziarie e di stabilità che si sono succedute a partire dal 2002 (ex multis sentenza, di questa Corte, n. 36 del 2004)» (sentenza n. 138 del 2013). È vero tuttavia che nel suo compito di custode della finanza pubblica allargata lo Stato deve tenere comportamenti imparziali e coerenti per evitare che eventuali patologie nella legislazione e nella gestione dei bilanci da parte delle autonomie territoriali possa riverberarsi in senso negativo sugli equilibri complessivi della finanza pubblica*” (cons.dir. 3).

<sup>30</sup> “*...la determinazione unilaterale da parte dello Stato, in assenza di criteri condivisi con le autonomie speciali, è legittima in quanto assolve provvisoriamente all'onere di assicurare il raggiungimento, nei termini temporali previsti, degli obiettivi finanziari delle manovre di bilancio in attesa del perfezionarsi dell'intesa, mentre l'accordo bilaterale con ciascuna autonomia costituisce momento di ricognizione e di eventuale ridefinizione delle relazioni finanziarie tra lo Stato e l'ente territoriale*” (cons.dir. 6.4).

<sup>31</sup> Sottolinea, con riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 1966, che “*l'obbligo della limitazione della copertura finanziaria al solo esercizio in corso si ridurrebbe ad una vanificazione dell'obbligo stesso*”.

stituzionale, trovando, al contrario, applicazione solo con riguardo alle leggi.

Data la premessa teorica, però, non sono mancati casi nei quali i giudici costituzionali italiani hanno espressamente fatto ricorso al parametro costituzionale dell'art. 81 Cost. al fine di motivare l'incostituzionalità di una normativa interna. In questo modo, la crisi finanziaria, di cui la novella dell'art. 81 Cost. costituisce il precipitato logico, sembra assumere nell'assetto motivazionale della Corte un valore costituzionale autonomo, la cui applicazione si esprime anche nei riguardi delle pronunce emesse.

Sul punto, sia consentito il richiamo, nella nutrita elaborazione giurisprudenziale costituzionale italiana, alla nota pronuncia n. 70 del 2015 (MORRONE, 2016; SALERNO, 2015; STERPA, 2015; PESSI, 2015), in tema di rivalutazione pensionistica, che ha dichiarato l'incostituzionalità della norma che prevedeva l'azzeramento del meccanismo perequativo automatico di cui all'art. 25, comma 24, del d.l. 201/2011. Scorrendo l'articolata ricostruzione della normativa in materia pensionistica, la Corte addiviene alla conclusione che il diritto dei lavoratori al trattamento previdenziale "... costituzionalmente fondato, risulta irragionevolmente sacrificato nel nome di esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio. Risultano, dunque, intaccati i diritti fondamentali connessi al rapporto previdenziale, fondati su inequivocabili parametri costituzionali: la proporzionalità del trattamento di quiescenza, inteso quale retribuzione differita (art. 36, primo comma, Cost.) e l'adeguatezza (art. 38, secondo comma, Cost.)".

Il richiamo alla sentenza pone in evidenza l'importante interrelazione tra gli standard europei imposti a seguito della crisi economica che ha colpito gli Stati dell'Unione europea e il livello di tutela dei diritti sociali (LUCIANI, 1994: 79 ss.; ID., 2014; CIOLLI, 2012; BALDASSARRE, 1989: 30 ss.; PERFETTI, 2013: 61 ss.; BIFULCO, 2003). L'erogazione delle prestazioni sociali risente della disponibilità finanziaria dello Stato (HOLMES, SUNSTEIN, 2000; BISOGNI, 2017: 238)<sup>32</sup>, che, pur nell'esercizio della discrezionalità politica<sup>33</sup>, deve assicurare la protezione del "nucleo essenziale" (MASSA, 2017:

<sup>32</sup> Bisogni (2017: 238) osserva che *"nel caso dei diritti sociali dichiarati nelle costituzioni, sovente manca l'indicazione precisa della prestazione da adempiere ed è troppo vaga quella concernente il soggetto obbligato (di solito, lo 'Stato' o, al più, il 'legislatore' genericamente inteso); pertanto, tali diritti o sono addirittura inesistenti o al massimo sarebbero «diritti di 'carta'».*

<sup>33</sup> La Corte costituzionale, nella sentenza n. 169/2017, sulla falsariga di quanto aveva affermato nella precedente sentenza n. 275/2016, sottolinea che *"... l'effettività del diritto ad ottenerle «non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto» (sentenza n. 275 del 2016). Deve essere infine sottolineato che – in attesa di una piena definizione dei fabbisogni LEA – misure più calibrate e più stabili di quelle fino ad oggi assunte sono utili per la riqualificazione di un servizio fondamentale per la collettività come quello*

78; PASQUALI, 2016: 560)<sup>34</sup> e del livello minimo delle stesse (LONGO, 2017: 7; RICCARDO CABAZZI, 2017: 2; PALLANTE, 2016: 2499 ss.; ANDREANI, 2017: 207 ss.)<sup>35</sup>. La contrazione delle risorse finanziarie disponibili

*sanitario. Questa Corte ha affermato che la programmazione e la proporzionalità tra risorse assegnate e funzioni esercitate sono intrinseche componenti del «principio del buon andamento ... per cui «organizzare e qualificare la gestione dei servizi a rilevanza sociale da rendere alle popolazioni interessate [...] in modo funzionale e proporzionato alla realizzazione degli obiettivi previsti dalla legislazione vigente diventa fondamentale canone e presupposto del buon andamento dell'amministrazione, cui lo stesso legislatore si deve attenere puntualmente» (sentenza n. 10 del 2016)» (cons.dir. 9.3).*

<sup>34</sup> Così, anche, Corte cost. sent. 203/2016, nella quale si afferma che "...«la tutela del diritto alla salute non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone», con la precisazione che «le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana» (sentenza n. 309 del 1999; nello stesso senso, sentenze n. 267 del 1998, n. 416 del 1995, n. 304 e n. 218 del 1994, n. 247 del 1992 e n. 455 del 1990). In questi termini, «nell'ambito della tutela costituzionale accordata al "diritto alla salute" dall'art. 32 della Costituzione, il diritto a trattamenti sanitari "è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento" (v. sent. n. 455 del 1990; v. anche sentt. nn. 218 del 1994, 247 del 1992, 40 del 1991, 1011 del 1988, 212 del 1983, 175 del 1982)» (sentenza n. 304 del 1994; nello stesso senso, sentenza n. 200 del 2005)» (cons.dir. 8). Ad ogni modo – come sottolineato da M. Massa (2017: 78) – l'indeterminatezza del concetto di intangibilità **“non significa affatto negare la consistenza dei diritti sociali come veri e propri diritti fondamentali”**. Similmente, Pasquali (2016: 560) afferma che "... se l'accesso a certi beni deve essere garantito a tutti, la quota che spetta a ognuno non può che essere variabile: dipende dalle risorse disponibili. I diritti sociali non possono dunque godere della stessa protezione incondizionata, o quasi, riconosciuta ai diritti civili. Questo non implica, però, che i beni in questione siano privi di valore o che la possibilità di accedervi non debba essere tutelata”.

<sup>35</sup> Sul punto, è particolarmente illuminante la recente sentenza n. 275 del 2016 della Corte costituzionale sulla questione della tutela del diritto all'istruzione dei disabili. In particolare, la Corte ribadisce che la tutela dei diritti non può essere ingiustificatamente compressa in ragione delle risorse finanziarie disponibili. Afferma, quindi, che *“Il diritto all'istruzione del disabile è consacrato nell'art. 38 Cost., e spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di esso, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale.*

*La natura fondamentale del diritto (...) impone alla discrezionalità del legislatore un limite invalicabile nel «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (sentenza n. 80 del 2010), tra le quali rientra il servizio di trasporto scolastico e di assistenza poiché, per lo studente disabile, esso costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto (...) Tale effettività non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto» (cons.dir. 4 e 5). Cfr. Longo (2017: 7) osserva che *“L'orientamento espresso appare fortemente contrario a qualunque riduzione economicista del di-**

ha determinato una riduzione dei livelli essenziali di tutela dei diritti sociali, a livello statale e a livello regionale, trovando giustificazione – come detto – nell’esigenza di porre in essere una politica di bilancio restrittiva. In questo senso, si inserisce il sindacato del giudice costituzionale (BALDASSARRE, 1997: 207 ss.; COSTAMAGNA, 2014: 386)<sup>36</sup>, chiamato a definire i contorni del “nucleo minimo”<sup>37</sup> dei diritti sociali.

Altra sentenza nella quale assume rilievo la contingente crisi finanziaria nella determinazione delle scelte politiche nazionali è la 10 del 2015 (GALLARATI, 2015; LONGO, 2015; RUGGERI, 2015; CARNEVALE, 2015: 389 ss.; ANZON DEMMIG, 2015; ONIDA, 2016), con la quale è stata dichiarata l’incostituzionalità dell’addizionale IRES da applicarsi alle imprese operanti nel settore della commercializzazione degli idrocarburi. Tuttavia, a giudizio della Corte, la restituzione dei versamenti tributari avrebbe determinato “uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l’Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.)”. È dunque evidente come le scelte politiche interne siano condizionate dalla necessità di garantire il rispetto dei parametri economico-finanziari sovranazionali.

D’altra parte, l’importanza del parametro dell’art. 81 Cost. nella pronuncia

*scorso politico”, chiarendo, inoltre, che l’approccio adottato dalla Corte sembra invertire il ragionamento tradizionale fondato sulla necessità di assicurare il rispetto del citato equilibrio di bilancio. Infatti “presupponendo dal punto di vista assiologico la priorità dei diritti (rectius del loro nucleo inviolabile) rispetto alle esigenze di bilancio essa giunge a porre una norma di azione concreta, vale a dire che la stessa programmazione di bilancio sia attuata destinando prioritariamente risorse alla tutela di quei diritti fondamentali”.* Si tratta di un percorso che parte dai diritti per arrivare allo stanziamento delle necessarie risorse.

<sup>36</sup> Cfr. Baldassarre (1997: 207) qualifica il contenuto minimo essenziale di tali diritti come “una delle condizioni che gli Stati devono rispettare per l’adozione di misure regressive”.

<sup>37</sup> Ad esempio, nella sentenza n. 192 del 2017, la Corte costituzionale ribadisce che “... la garanzia di servizi effettivi, che corrispondono a diritti costituzionali, richiede certezza delle disponibilità finanziarie, nel quadro dei compositi rapporti tra gli enti coinvolti (sentenza n. 275 del 2016). Anche la tutela del diritto alla salute non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie disponibili (da ultimo, sentenza n. 203 del 2016), senza però che possa essere compromessa la garanzia del suo nucleo essenziale. A maggior ragione, tuttavia, la quantificazione delle risorse in modo funzionale alla realizzazione degli obiettivi previsti dalla legislazione vigente si impone, anche in questo ambito, come canone fondamentale e presupposto del buon andamento dell’amministrazione, che deve sempre essere rispettato da parte del legislatore (sentenza n. 10 del 2016). Pertanto, le determinazioni sul fabbisogno sanitario complessivo non dovrebbero discostarsi in modo rilevante e repentino dai punti di equilibrio trovati in esito al ponderato confronto tra Stato e Regioni in ordine ai rispettivi rapporti finanziari, senza che tale scostamento appaia giustificabile alla luce di condizioni e ragioni sopraggiunte” (cons.dir. 9.2.4.).

ha giustificato, come noto, la modulazione degli effetti di incostituzionalità (FURNO, 2016: 755)<sup>38</sup> per evitare che, “in un periodo di perdurante crisi economica e finanziaria che pesa sulle fasce più deboli”, si creasse una situazione di indebito vantaggio economico solo a favore di taluni soggetti<sup>39</sup>.

#### 4. *La problematica interazione tra dimensione integrata europea e sovranità nazionale*

La ridefinizione dei confini nazionali, permeabili alle influenze esterne, di conseguenza comporta la modificazione degli assetti decisionali interni, che risultano necessariamente inserirsi nelle indicazioni delle Istituzioni europee.

La potenziale ingerenza spiegata nei confronti dei singoli Stati (MORRO-NE, 2014: 2)<sup>40</sup>, peraltro corroborata dall'individuazione di tempi di dialogo interordinamentale in materia finanziaria, sembra far emergere un'altra problematica connessa alla questione del rischio di dimidiazione della sovranità nazionale (de VERGOTTINI, 2014: 3)<sup>41</sup>.

La verifica operata dagli organi dell'Unione europea sul rispetto dei criteri

<sup>38</sup> Osserva che “l'utilità della sentenza viene rescissa dal giudizio principale, che pur l'aveva provocata, non producendo più la decisione alcun effetto nel giudizio a quo, in cui continua ad applicarsi la norma riconosciuta (peraltro *ab origine*) incostituzionale”.

<sup>39</sup> Non sono mancati casi in cui il giudice costituzionale abbia giustificato un prelievo di solidarietà sulle pensioni più elevate di modo da consentire l'allineamento a favore delle fasce più bisognose. In particolare, ha affermato che “*Il contributo, dunque, deve operare all'interno dell'ordinamento previdenziale ... anche in un'ottica di mutualità intergenerazionale, siccome imposta da una situazione di grave crisi del sistema stesso, indotta da vari fattori – endogeni ed esogeni (il più delle volte tra loro intrecciati: crisi economica internazionale, impatto sulla economia nazionale, disoccupazione, mancata alimentazione della previdenza, riforme strutturali del sistema pensionistico) – che devono essere oggetto di attenta ponderazione da parte del legislatore, in modo da conferire all'intervento quella incontestabile ragionevolezza, a fronte della quale soltanto può consentirsi di derogare (in termini accettabili) al principio di affidamento in ordine al mantenimento del trattamento pensionistico già maturato (sentenze n. 69 del 2014, n. 166 del 2012, n. 302 del 2010, n. 446 del 2002, ex plurimis)*” (sent. 173/2016 cons.dir. 11.1.).

<sup>40</sup> Sottolinea che la crisi economico-finanziaria ha spiegato ulteriori influenze sulla dimensione politica nazionale, osservando che “*in molti Paesi, la crisi economica-finanziaria ha fatto da cornice a gravi crisi di governo, che hanno spinto quasi inevitabilmente a ricercare soluzioni di compromesso o di convergenza politica nel nome dell'unità nazionale (Portogallo, Grecia e Italia soprattutto), mediante esecutivi che sono apparsi legittimati più dalla necessità e dall'emergenza (cioè, ancora: da fatti materiali), che non dai normali processi di investitura democratica*”.

<sup>41</sup> In realtà, l'A. chiarisce l'importanza della cooperazione tra Stati e tra questi e Unione europea, poiché “*di fronte alla emergenza economica lo stato non si rivela in grado di affrontarla in modo persuasivo. Inevitabile il ricorso alla collaborazione interstatale e a organismi sovranazionali i quali pure, da soli, si dimostrano impotenti*”.

elaborati nell'ambito della nuova *governance* economica europea mima una situazione nella quale la rappresentanza politica nazionale sembra subire una torsione nel panorama politico europeo (GUARINO, 2006: 187 ss.). Certamente, la previsione di meccanismi di controllo e di vigilanza in materia finanziaria rischia di compromettere non solo l'affermazione identitaria statale – soprattutto nelle decisioni economiche, che rappresentano il cuore pulsante dei processi decisionali –, ma anche la possibilità dei rappresentanti politici nazionali di assumere validamente un ruolo significativo nella composizione delle decisioni in sede sovranazionale (GUARINO, 2008). Nella prospettiva così delineata, il sistema di monitoraggio sulle politiche di bilancio nazionali (es. con l'applicazione di procedure correttive e di riallineamento verso l'obiettivo di medio tempo) rischia di mettere in crisi la sovranità nazionale (GRAU, 2013: 598)<sup>42</sup>, intesa come ambito intangibile nel quale il decisore politico è libero di determinarsi (CAROSI, 2017: 5)<sup>43</sup> secondo le proprie direttive politiche.

Nel circuito politico-rappresentativo ruolo particolarmente significativo, che si affianca a quello assunto dai legislatori nazionali, è quello dei giudici costituzionali (VIOLI, 2016)<sup>44</sup>, il cui sindacato si incardina sui processi decisio-

<sup>42</sup> Cfr. l'A. osserva che “*i meccanismi della governance economica ... si configurano come una modalità di intervento che prescinde dalla deliberazione e decisione in spazi democratico-rappresentativi, conformano una procedura che espropria, in modo molto netto, la sovranità nazionale degli Stati in difficoltà economiche e preclude il pluralismo politico, frammenta i livelli di protezione sociale tra i differenti paesi e comprime, in maniera generale, la spesa sociale che sostiene la funzione essenziale dello Stato sociale, ignorando esplicitamente la dimensione giuridico-politica dei diritti dei cittadini riconosciuti a livello europeo e a livello nazionale*”.

<sup>43</sup> Correttamente osserva che la materia finanziaria rientra nella valutazione del legislatore nazionale, dato che infatti “la materia delle politiche di bilancio e la conseguente allocazione e distribuzione delle risorse per la cura degli interessi della collettività sono settori in cui si sviluppa più liberamente la discrezionalità del legislatore”.

<sup>44</sup> Altrettanto rilevante, poiché si inquadra nel circuito politico nazionale, è l'apporto delle Corti sovranazionali, in specie quella convenzionale, che si trovano a sindacare la legittimità delle misure nazionali tese al risanamento del debito pubblico in ordine all'obbligo di rispettare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ad esempio, nella nota sentenza *Cedu Mamatas e al. c. Grecia* del 21 luglio 2017, la Corte di Strasburgo dichiara che lo scambio forzoso di titoli di Stato imposti dalla Grecia ai risparmiatori per evitare il fallimento e ristrutturare il debito sovrano non violano le disposizioni della Convenzione europea sulla scorta della considerazione che “*les autorités auraient dû s'atteler à la solution de telles questions. Elle admet en conséquence que l'État défendeur pouvait légitimement prendre des mesures en vue d'atteindre ces buts, à savoir le maintien de la stabilité économique et la restructuration de la dette, dans l'intérêt général de la communauté*” (parr. 103-105). Più in generale, è possibile osservare che, laddove per far valere l'ingiustizia dell'intervento deteriore imposto dal legislatore si invochi la violazione dell'art. 3 CEDU (“divieto di trattamenti inumani e degradanti”), la Corte valuta con accuratezza se la condizione patita sia tale da risultare disumana o degradante; parimenti, quando viene

nali parlamentari (AA.VV., 1993; GROSSO, 1991) e le cui pronunce, necessariamente, per i riflessi concretamente incidenti sui bilanci statali, finiscono per produrre conseguenze finanziarie.

In quest'ottica, proprio le Corti costituzionali sembrerebbero svolgere la funzione di preservare i principi costituzionali nazionali e i diritti costituzionalmente garantiti (BUTTURINI, 2016: 32)<sup>45</sup>, elevando, se del caso, la sussistenza di “*controlimiti*” (LUCIANI, 2016) al rispetto delle stringenti regole europee.

Sono frequenti le pronunce, con le quali i giudici delle leggi nazionali hanno sancito l'illegittimità di misure finanziarie restrittive e particolarmente gravose per i cittadini (tra le altre, il *Tribunal constitutional* portoghese con l'*Acordao* n. 187/2013 (BARAGGIA, 2017; MONTEIRO FERNANDES, 2013: 339 ss.; CISOTTA, GALLO, 2013: 465 ss.) e il Consiglio di Stato greco con la sentenza n. 668/2012<sup>46</sup> in ordine alla riforma pensionistica approvata nello stesso anno).

Il contemperamento alla cui definizione è chiamato, in primo luogo, il legislatore e, solo successivamente, la Corte costituzionale (MASSA, 2017: 83)<sup>47</sup> è quello tra l'esigenza di assicurare la stabilità finanziaria, i cui confini sono

invocata la violazione dell'art. 1 Prot. 1 CEDU (“diritto al rispetto della vita privata e familiare”), la soglia di gravità oggetto di giudizio deve essere piuttosto elevata.

D'altra parte, però, non sono mancati casi in cui i giudici CEDU hanno sanzionato le misure di contenimento finanziario perché repute sproporzionate rispetto alla finalità perseguita. Si veda, ad esempio, la sentenza Cedu *Maggio e al. c. Italia* del 31 maggio 2011, nella quale, in realtà, la Corte ritiene che la riduzione pensionistica subita dal ricorrente non costituisce un onere eccessivo, rientrando nella piena discrezionalità dello Stato stabilire il regime pensionistico; tuttavia, l'adozione di una normativa retroattiva, ad avviso della Corte, costituisce un'ingerenza eccessiva nell'amministrazione della giustizia, tale da ledere i principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento, in quanto “*le considerazioni finanziarie non possono, da sole, autorizzare il potere legislativo a sostituirsi al giudice nella definizione delle controversie (si vedano Scordino c. Italia (n. 1) [GC], n. 36813/97, § 132, CEDU 2006-V, e Cabourdin c. Francia, n. 60796/00, § 37, 11 aprile 2006)*”.

<sup>45</sup> L'A. sottolinea il rischio, in realtà, che “*la giurisdizione costituzionale sia relegata in un ruolo di solitudine nel difendere un determinato livello di garanzia dei diritti sociali a fronte di due fattori che condizionano l'indirizzo politico degli Stati indebitati: 1) la progressiva cessione e limitazione di sovranità economico-finanziaria; 2) la conseguente asimmetria nella difesa delle piattaforme essenziali dei diritti sociali tra Paesi forti e Paesi finanziariamente deboli*”.

<sup>46</sup> Il giudice amministrativo greco ha sindacato le misure prescritte dal primo *Memorandum* (sancito nel maggio 2010) riguardo i tagli al bilancio e le riduzioni di salari e pensioni nel settore pubblico, riconoscendo che in questo caso i principi di proporzionalità, eguaglianza, equa distribuzione degli oneri pubblici e il diritto alla proprietà non sono stati violati.

<sup>47</sup> Con particolare riguardo alla Corte costituzionale italiana, l'A. non manca di sottolineare che il giudice delle leggi, seppure con un'incisività gradata, tende a rispettare le scelte (a volte eccentriche e contraddittorie) del legislatore.

quelli che derivano dal convergente apporto dei soggetti istituzionali nazionali e sovranazionali, e la garanzia dei principi supremi, la cui importanza traspare lungo l'articolato costituzionale.

La sovranità appartenente ai singoli Stati sembra acquisire una diversa conformazione (CASSESE, 2014: 79)<sup>48</sup>, in ragione della *rappresentazione* giuridica integrata nello spazio europeo (IANNELLO, 2015)<sup>49</sup>. In ogni caso, questo non sempre comporta la traslazione della sede decisionale interna in sede europea. Dimostrazioni, in tal senso, sembrano emergere di recente dalle richieste di flessibilità avanzate da taluni Stati nella gestione di problematiche complesse e dalle conseguenze non agevolmente presagibili, come quella relativa alla questione migratoria<sup>50</sup> – che, ad ogni modo, non si intende approfondire in questa sede – la cui necessaria trattazione necessita di un contributo strutturato<sup>51</sup> ed organico, difficilmente conciliabile con l'osservanza dei parametri imposti in sede sovranazionale (ALGOSTINO, 2017: 9)<sup>52</sup>.

In conclusione, la situazione economico-finanziaria, la cui eccezionalità

<sup>48</sup> Così, l'A. osserva che “*La “shared sovereignty” pone limiti all'esercizio della sovranità, ma ne allarga anche il campo di azione, prima limitato al territorio nel quale la sovranità di estende-va*”.

<sup>49</sup> Al contrario, l'A. chiarisce che la sovranità dismessa dagli Stati non va ad incardinarsi nelle Istituzioni europee, bensì si rifonda nel libero scambio nel mercato.

<sup>50</sup> Per affrontare in modo sistematico la questione degli ingenti flussi migratori, la Commissione europea, nel Libro Bianco sul futuro dell'Europa (COM(2017) 2025 del 1° marzo 2017), ha prospettato cinque percorsi da sviluppare entro il 2025. In particolare per quanto riguarda il controllo delle frontiere, schengen e i flussi migratori, si auspica una “*cooperazione sistematica su gestione delle frontiere, politiche di asilo e antiterrorismo*”, così come un “*maggior coordinamento sulle questioni di sicurezza*”.

<sup>51</sup> Ciò è stato auspicato fin da subito dalle Istituzioni europee. Si vedano, al riguardo, le Conclusioni del Consiglio europeo sul traffico dei migranti del 10 marzo 2016, ove si invitavano gli Stati membri ad “*aumentare in misura significativa la cooperazione multidisciplinare in seno agli Stati membri, la cooperazione transfrontaliera tra gli Stati membri e le agenzie dell'UE, e la cooperazione con i paesi terzi nella lotta al traffico di migranti, più nello specifico con la Turchia e i Balcani occidentali, incrementando, ad esempio, lo scambio di informazioni, il numero di indagini parallele e congiunte sul traffico di migranti, e incoraggiando la partecipazione multidisciplinare a tali indagini, ad esempio tramite il coinvolgimento delle guardie di frontiera*” e a “*far progredire la cooperazione con i paesi di origine e di transito, anche mediante piattaforme di cooperazione e dialoghi ad alto livello sulla migrazione, in collaborazione con le autorità competenti dei paesi terzi coinvolti. In particolare, promuovere iniziative e progetti di sviluppo di capacità con l'obiettivo di contrastare il traffico di migranti*”.

<sup>52</sup> Pur senza entrare nel merito della questione, che meriterebbe più ampia trattazione, si sottolinea che lo sbarco dei migranti non va a ledere in sé i principi democratici, ma, al contrario, a minare la democrazia è “*l'utilizzo dei migranti in chiave di “emergenza” e di “minaccia” per legittimare l'adozione di politiche restrittive delle libertà e/o per convogliare il malessere sociale verso un nemico*”.

(LUCHENA, 2016: 5)<sup>53</sup> è venuta ad emersione negli ultimi anni, sembra rappresentare il terreno sul quale si incontrano le diverse realtà ordinamentali in una dimensione complessa<sup>54</sup> che non può certamente ridursi ad una prospettiva esclusivamente gerarchica.

Si tratta, dunque, di una materia dai contorni in continua definizione poiché si distingue per la capacità adattiva alle circostanze contingenti e ai soggetti istituzionali che rappresentano i rispettivi Stati nel dialogo con le Istituzioni europee.

### *Riferimenti bibliografici*

AA.VV. (1993), *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, uc, della Costituzione. Atti del Seminario (Roma, Palazzo della Consulta, 8-9 novembre 1991)*, Milano, Giuffrè.

AA.VV. (2012), *Costituzione e pareggio di bilancio, Quaderno il Filangieri 2011*, Napoli, Jovene.

AGUILAR CALAHORRO, Augusto (2014), "La decisión Pringle en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea". *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 101, p. 337-380.

ALFANO, Giuseppe (2008), "L'art. 81 della Costituzione e la "legge finanziaria". Il decreto legge salvabanche". *Forum di Quaderni costituzionali*, p. 1.

ALGOSTINO, Alessandra (2017), "Brevi riflessioni sul Vertice di Parigi del 28 agosto 2017: gestione dei flussi migratori ed "effetti collaterali". *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3, p. 9

<sup>53</sup> Osserva la fragilità delle misure adottate, in particolare che "Un governo economico precario e instabile perché interessato al contingente e ad evenienze incidentali ed eccezionali, che, in definitiva, agisce quasi per tentativi".

<sup>54</sup> Al riguardo, la Commissione europea ha formulato nella Comunicazione sui nuovi strumenti di bilancio per una zona euro stabile nel quadro dell'Unione (COM(2017) 822 final) del 6 dicembre 2017 una serie di proposte per sostenere e rafforzare la struttura dell'Unione economica e monetaria prevedendo, in particolare, un pacchetto di misure che garantiscano: "... un rapido accordo, entro la metà del 2018, e la piena operatività, entro il 2019, di una funzione di backstop per il Fondo di risoluzione unico"; rafforzino "le attività del servizio di assistenza per le riforme strutturali al fine di sostenere le riforme in tutti gli Stati membri, nonché istituire un canale dedicato per gli Stati membri in procinto di aderire all'euro. È quanto figura nella proposta di modifica del regolamento sul programma di sostegno alle riforme strutturali, finalizzata a raddoppiare il bilancio disponibile per le attività del servizio di assistenza per le riforme strutturali per il periodo fino al 2020"; estendano "... la possibilità di utilizzare l'attuale riserva di efficacia ed efficienza nell'ambito dei fondi strutturali e di investimento europei per sostenere le riforme strutturali, come modo per sperimentare in una fase pilota uno strumento per la realizzazione delle riforme. È quanto prevede una modifica mirata del regolamento sulle disposizioni comuni sui fondi strutturali e di investimento europei".

ANDREONI, Amos (2017), “Diritti sociali fondamentali ed equilibrio di bilancio”. *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 2, p. 207 ss.

ANZON DEMMIG, Adele (2015), “La Corte costituzionale “esce allo scoperto” e limita l’efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento”. *Rivista AIC*, n. 2.

BALDASSARRE, Antonio (1997), *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, p. 207 ss.

BARAGGIA, Antonia (2017), *Ordinamenti giuridici a confronto nell’era della crisi: la condizionalità economica in Europa e negli Stati nazionali*, Torino, Giappichelli, p. 132 ss.;

BIFULCO, Daniela (2003), *L’inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, Jovene.

BISOGLI, Giovanni (2017), “Una giurisdizione all’altezza dei diritti sociali. Limiti attuali e ipotesi di sviluppo della loro giustiziabilità contro il legislatore”. *Ragion pratica*, n. 1, p. 238

BRANCASI, Antonio (2012), “L’introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione”. *Forum di Quaderni Costituzionali*.

BUTTURINI, Daniele (2016), “Il diritto della crisi economico-finanziaria tra ragioni dell’emergenza e giudizio di costituzionalità”. *Osservatorio Aic*, n. 3, p. 3.

CABAZZI, Riccardo (2017), “Diritti incomprimibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo la sent. della Corte costituzionale n. 275/2016”. *Forum di Quaderni Costituzionali*, p. 2.

CABRAS, Daniele (2012), “L’introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio : una regola importante per la stabilizzazione della finanza pubblica”. *Quaderni costituzionali*, n. 1, p. 111-114. CARLASSARE, Lorenza (2015), “Diritti di prestazione e vincoli di bilancio”. *Costituzionalimo.it*, n. 3, p. 138.

CARNEVALE, Paolo (2015), “La declaratoria di illegittimità costituzionale “differita” fra l’esigenza di salvaguardia del modello incidentale e il problema dell’auto-attribuzione di potere da parte del giudice delle leggi”. *Diritto pubblico*, n. 2, p. 389 ss.

CAROSI, Aldo (2017), “La Corte costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti”. *Rivista AIC*, n. 4, p. 5.

CASELLA, Rino (2012), “Il Consiglio costituzionale francese e il trattato sul Fiscal compact”. *Forum di Quaderni costituzionali*.

CASSESE, Sabino (2014), “La nuova architettura finanziaria europea”. *Giornale di Diritto amministrativo*, n. 1, p. 79.

CHITI, Edoardo (2011), “Le risposte alla crisi della finanza pubblica e il riequilibrio dei poteri nell’Unione”. *Giornale di Diritto amministrativo*, n. 3, p. 311 ss.

CIOLLI, Ines (2012), *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, Aracne Editore.

CISOTTA, Roberto e GALLO, Daniele (2013), “Il Tribunale costituzionale portoghese, i risvolti sociali delle misure di austerità ed il rispetto dei vincoli internazionali ed europei”. *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2, p. 465 ss.

COSTAMAGNA, Francesco (2014), “Riduzione delle risorse disponibili e abbassamento dei livelli di tutela dei diritti sociali: il rispetto del nucleo minimo quale limite

all'adozione di misure regressive". *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2, p. 386.

CRAIG, Paul (2014), "Pringle And the nature of Legal Reasoning". *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, p. 205-220.

DE VERGOTTINI, Giuseppe (2014), "La persistente sovranità". *Consulta online*, p. 23.

DICKMANN, Renzo (2012), "Legislazione di spesa ed equilibrio di bilancio tra legittimità costituzionale e legittimità europea". *Federalismi.it*, n. 10.

FURNO, Erik (2016), "La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte costituzionale dopo la mancata riforma c.d. Renzi-Boschi: quali scenari?". *Rassegna parlamentare*, n. 4, p. 755.

GALLARATI, Francesco (2015), "La Robin Tax e l'incostituzionalità d'ora in poi: spunti di riflessione a margine della sentenza n. 10/2015". *Federalismi.it*, n. 19.

GIANNITI, Luigi (2016), "Dal Rapporto dei 4 Presidenti del 2012 a quello dei 5 Presidenti del 2015: prime note sull'evoluzione della governance economica dell'Unione". *Diritto pubblico*, n. 1, p. 389 ss.

GRAU, Antonio Baylos (2013), "Modello sociale e governance economica. Uno sguardo dal sud dell'Europa". *Lavoro e Diritto*, n. 4, p. 598.

GROSSO, Enrico (1991), *Sentenze costituzionali di spesa "che non costino"*, Torino, Giappichelli.

GUARINO, Giuseppe (2006), *Eurosistema, Analisi e prospettive*, Milano, Giuffrè, p. 187 ss.

GUARINO, Giuseppe (2008), "Sovranità della legge del Parlamento ed Unione europea. Criticità attuali e prospettive future (l'Unione europea quale Stato federale)". *Costituzionalismo.it*.

GUAZZAROTTI, Andrea (2013), "Crisi economica e ruolo delle Corti: quali contropesi alla governance europea e internazionale?". *Diritto pubblico*, n. 3, p. 1013,

GUAZZAROTTI, Andrea (2017), "Sovranità e integrazione europea". *Rivista AIC*, n. 3, p. 7-8.

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass. R. (2000), *Il costo dei diritti*, Bologna, Il Mulino.

IANNELLO, Carlo (2015), "Il «non governo» europeo dell'economia e la crisi dello Stato sociale". *Rassegna di Diritto pubblico europeo online*, n. 2.

LONGO, Andrea (2017), "Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016". *Federalismi.it*, n. 10, p. 7.

LONGO, Erik (2015), "Sentenza 10/2015: la Corte e la modulazione temporale degli effetti delle sue decisioni". *Osservatorio sulle fonti*, n. 2.

LUCHENA, Giovanni (2016), "Moti ascensionali della sovranità economica". *Amministrazioneincammino*, p. 5,

LUCIANI, Massimo (1994), *Sui diritti sociali*, in ROMBOLI, Roberto (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, Giappichelli, p. 79 ss..

LUCIANI, Massimo (1996), "L'antisovrano e la crisi delle costituzioni". *Rivista di diritto costituzionale*, p. 124-188

LUCIANI, Massimo (2014), *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in AA.VV., *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013*, Milano, Giuffrè.

LUCIANI, Massimo (2016), "Il brusco risveglio. i controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale". *Rivista AIC*, n. 2

MANZELLA, Andrea (2015), "Parlamento europeo e parlamenti nazionali come sistema". *Rivista AIC*, n. 1.

MASSA, Michele (2017), "Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali". *Quaderni costituzionali*, n. 1, p. 78.

MONTEIRO FERNANDES, Antonio (2013), "L'austerità e l'uguaglianza proporzionale". Una sentenza della Corte costituzionale portoghese". *Lavoro e diritto*, n. 3, p. 339 ss.

MORRONE, Andrea (2014), "Crisi economica e integrazione politica in Europa". *Rivista AIC*, n. 3, p. 2.

MORRONE, Andrea (2015), "Ragionevolezza a rovescio. L'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale". *Federalismi.it*.

NAPOLITANO, Giulio (2012), "Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione". *Giornale di Diritto amministrativo*, p. 461 ss.

NAPOLITANO, Giulio (2012), "L'incerto futuro della nuova governance economica europea". *Quaderni costituzionali*, p. 123 ss.

ONIDA, Valerio (2016), "Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?", *Rivista AIC*, n. 1.

PALLANTE, Francesco (2016), "Dai vincoli "di" bilancio ai vincoli "al" bilancio". *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, p. 2499 ss.

PASQUALI, Francesca (2016), "Quali diritti sono veri diritti? Diritti sociali e diritti civili a confronto". *Ragion pratica*, n. 2, p. 560.

PERFETTI, Luca (2013), "I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità". *Diritto pubblico*, n. 1, p. 61 ss.

PESSI, Roberto (2015), "Ripensando al salario previdenziale: la sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale". *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, n. 6, p. 400 ss.

ROSSANO, Diego (2014), "La crisi dell'eurozona e la (dis)unione bancaria". *Federalismi.it*, n. 7, p. 10 ss.

RUGGERI, Antonio (2015), "Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale". *Forum di Quaderni Costituzionali*.

SALERNO, Giulio Maria (2015), "La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente". *Federalismi.it*.

SCACCIA, Gino (2012), "La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio". *Rivista AIC*, n. 3, p. 2 ss.

STERPA, Alessandro (2015), "Una 'lettura intergenerazionale' della sent. n. 70 del 2015". *Federalismi.it*.

VIOLI, Federica (2016), "Mamatas et autres c. Grèce: il Private Sector Involvement Agreement allo scrutinio della Corte europea dei diritti dell'uomo". *Osservatorio AIC*, n. 3.

## LA GOVERNANCE DELL'UNIONE BANCARIA EUROPEA E IL PRISMA DELLE "SOVRAPPOSIZIONI"

*Renato Ibrido\**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il “grado” di integrazione realizzato nell’ambito dell’Unione bancaria. – 3. Le “sovrapposizioni” istituzionali nel quadro della nuova architettura del governo del credito in Europa. – 4. Unione bancaria e “sovrapposizioni” fra fonti. – 5. Il problema della applicabilità della categoria schmittiana dei “poteri neutrali” alla BCE e al *Single Resolution Board*. – 6. Verso una conclusione. – 7. Riferimenti bibliografici citati.

### 1. *Premessa*

A seguito della recente crisi finanziaria, economica e dei debiti sovrani, i Reg. n. 1024/2013 e n. 806/2014 hanno avviato un complesso percorso di messa in comune delle competenze di supervisione e risoluzione delle crisi bancarie nel quadro di nuove strutture europee integrate: il *Single Supervisory Mechanism* (SSM) e il *Single Resolution Mechanism* (SRM). In prospettiva, il progetto di Unione bancaria (UB) prevede inoltre l’istituzione di un sistema europeo unico di assicurazione dei depositi (EDIS), il quale dovrebbe così superare l’attuale *network* di sistemi di garanzia dei depositi nazionali armonizzati introdotto con la Direttiva 2014/49/UE (DGS).

Così delineato nei suoi tre pilastri, il progetto di UB sembra individuare un punto di osservazione privilegiato del mutato rapporto fra sovranità e integrazione sovranazionale nonché dei problemi di legittimazione democratica posti dall’attribuzione a autorità schermate dal principio della rappresentanza di competenze di decisione dalle rilevanti implicazioni politiche.

L’analisi di questa nuova tappa del processo di integrazione può essere sviluppata su almeno due piani di riflessione differenti, sebbene complementari.

Da un lato, l’esame del progetto di UB richiede di “quantificare” il grado di maggiore o minore integrazione realizzato a livello europeo dalle recenti riforme in campo bancario (par. 2).

Dall’altro lato – sul piano “qualitativo” – appare necessario verificare se lo specialissimo grado di complessità dell’UB non abbia finito per introdurre

\* Docente a contratto presso la Luiss-School of Government e l’Università Unitelma-La Sapienza. Dottore di ricerca presso l’Università di Siena.

fattori di frizione apprezzabili rispetto a elaborazioni concettuali maturate in sistemi ordinati da canoni di gerarchia e di esclusività (par. 3 e 4).

Se la complessità del progetto di UB ha accentuato la crisi di alcune categorie tipiche dei modelli di unità sovrana, al tempo stesso vi è da chiedersi se non sia invece possibile attualizzare altri e diversi schemi concettuali già conosciuti dalla dottrina del diritto pubblico. Da qui in particolare l'interrogativo circa l'applicabilità agli organi apicali dell'UB di quella categoria dei "poteri neutrali" elaborata da C. SCHMITT assumendo a paradigma la posizione della *Reichsbank* weimeriana (par. 5).

## 2. Il "grado" di integrazione realizzato nell'ambito dell'Unione bancaria

Muovendo dal primo segmento di ricerca, il grado di integrazione raggiunto con le recenti riforme sembrerebbe collocare l'UB a metà strada fra il modello della rete e quello dell'Eurosistema.

A ben riflettere, infatti, il livello di integrazione operativa e organizzativa sperimentato dall'UB pare andare «molto al di là di quanto sin qui realizzato con le reti europee di regolatori nazionali» (CLARICH, 2013). La preminenza degli organi apicali dell'UB rispetto agli apparati nazionali è assicurata infatti sia attraverso meccanismi di monitoraggio, cooperazione e di raccordo con le autorità nazionali, sia attraverso strumenti che sembrerebbero ricordare alcuni poteri tipici dei rapporti di gerarchia, quali il potere di avocazione e quello di istruzione (quest'ultimo, per usare una categoria classica del diritto amministrativo, non molto dissimile dall'ordine gerarchico).

Per altro verso, il disegno di UB non presenta un unico modulo di integrazione di competenze e apparati, ma si caratterizza semmai per la compresenza e ibridazione di soluzioni organizzative diverse. In particolare, con riferimento agli apparati è possibile trovare tracce all'interno dell'UB dei modelli di amministrazione composita, di consultazione preventiva nonché la messa a disposizione da parte delle autorità nazionali di attività di supporto e talvolta di personale a favore delle autorità europee. Il quadro delle forme di integrazione fra apparati è poi completato dalla partecipazione delle autorità nazionali alla fase "ascendente" di formazione delle decisioni nell'ambito del SSM e SRM, in particolare attraverso la designazione di propri rappresentanti in seno agli organismi europei.

Dunque, considerati nel loro complesso, il SSM e il SRM rappresentano qualcosa di diverso da un semplice meccanismo di cooperazione fra autorità europee di settore e *authorities* nazionali di riferimento. Attraverso strutture integrate, composite e multilivello, il SSM e il SRM hanno invece dato vita a

un ben più penetrante sistema di gestione di funzioni di amministrazione attiva e di regolazione, nonché di cooperazione e integrazione tra apparati UE e quelli nazionali. Al pari dell'Eurosistema, anche il SSM e il SSRM costituiscono quindi meccanismi unitari, come conferma del resto la loro stessa denominazione.

Se tutto ciò è vero, al tempo stesso occorre escludere la riconducibilità dell'UB al paradigma della "piena integrazione". Il progetto di UB non prevede infatti il completo trasferimento delle competenze in materia di supervisione e risoluzione a livello europeo, ma soltanto una ripartizione di funzioni basata su criteri materiali e di "significatività" dell'intermediario vigilato. Fra l'altro, il metodo prescelto di allocazione delle competenze non conduce alla creazione di un "sistema bipolare fisso": il confine fra le aree competenziali – già di per sé incerto – è infatti modificabile in via amministrativa. Inoltre, anche laddove sono riconosciuti alle autorità europee strumenti di natura gerarchica non è affatto da escludere che siffatti poteri – in nome dell'esigenza del buon funzionamento della cooperazione fra apparati – possano essere esercitati in una logica maggiormente flessibile e collaborativa (TORCHIA, 2015).

Ma c'è di più. Come è stato osservato, il SSM e il SRM riflettono due differenti strategie di integrazione: mentre il primo sembra essere ispirato ad una logica tipo tecnocratico-federalista, il secondo vanta una più chiara vocazione politico-intergovernativa, come dimostra, fra l'altro, il coinvolgimento delle istituzioni politiche nel processo decisionale (MACCHIA, 2016).

### *3. Le "sovrapposizioni" istituzionali nel quadro della nuova architettura del governo del credito in Europa*

Passando ora al secondo segmento di ricerca, un criterio per categorizzare le inedite complessità poste da questa nuova tappa del processo di integrazione è offerto dal tornante di ricerca delle "sovrapposizioni" (FERRARI ZUMBINI, 2014).

L'espansione del processo di integrazione europea a ogni ramo della vita dell'ordinamento giuridico ha determinato la moltiplicazione delle strutture sovranazionali, le quali non sostituiscono ma semmai si aggiungono ai già esistenti apparati nazionali. L'apogeo di questa tendenza può essere probabilmente rintracciato con il noto fenomeno di "*agentification*". Anche sul piano delle fonti e delle giurisdizioni chiamate a interpretarle si registrano importanti momenti di tensione. In non pochi casi si è cercato di risolvere queste frizioni attraverso il ricorso a tecniche di produzione normativa eccentriche, la torsione tipologica delle fonti esistenti o ancora con la messa a punto di nuove

fonti dall'incerto statuto teorico e operativo ma caratterizzate da un elevato grado di effettività.

Ulteriori occasioni di sovrapposizione si sono poi presentate a seguito della introduzione nel diritto primario dell'UE di modelli di integrazione differenziata sempre più complessi (Europa "a più velocità", a "geometria variabile", "à la carte") nonché della diffusione nel diritto derivato di inedite tecniche di governo e coordinamento delle differenze (GIGLIONI, 2012).

Considerato nel suo complesso, lo scenario appena descritto sembrerebbe recuperare della pre-modernità giuridica la condizione di complessità. E tuttavia, a differenza del Medio Evo – ossia di un mondo complesso «ma, tutto sommato ordinato» – manca oggi un «quadro unificante entro il quale la complessità trovi composizione (...) La caratteristica principale di questo panorama giuridico sembra essere invece, in punto di quadro delle fonti come di sistema istituzionale, proprio la sovrapposizione» (FERRARI ZUMBINI, 2014).

Occorre chiarire fin da subito che per "sovrapposizione" non si intende un mero conflitto fra centri d'imputazione istituzionale o prodotti normativi diversi. Se si trattasse soltanto di questo, l'individuazione del livello istituzionale competente oppure della regola applicabile potrebbe essere ancora risolto in chiave ermeneutica attraverso il ricorso a categorie giuridiche tradizionali, a partire dai normali criteri di risoluzione delle antinomie e dalle tecniche di interpretazione per principi. Come è stato osservato, invece, la "sovrapposizione" è qualcosa di più di un mero conflitto. Essa indica piuttosto la presenza non ordinata di elementi non conciliabili determinata dalla condizione di condivisione fra più soggetti di un'area in senso lato "competenziale".

L'analisi della architettura della vigilanza e del governo del credito in Europa restituisce numerosi esempi di "sovrapposizioni", sia sul piano istituzionale, sia sul terreno del sistema delle fonti.

Basti pensare, con riferimento al primo livello, al disallineamento fra i criteri di allocazione delle funzioni di supervisione e quelli relativi ai poteri sanzionatori. L'art. 18 del Reg. SSM ha seguito infatti una modalità di ripartizione delle competenze sanzionatorie basata sulla tipologia di violazioni commesse, senza tenere conto invece della "significatività" dell'ente vigilato. Vero è che la BCE può comunque sollecitare l'intervento delle autorità nazionali. Tuttavia, come rilevato in dottrina, anche quest'ultima soluzione rischia di produrre effetti di intemperività e inefficienza (CIRAIOLO, 2014).

In termini molto più generali, può osservarsi che l'allocazione delle competenze fra autorità europee e apparati nazionali nel quadro del SSM e del SRM è sviluppata secondo articolate asimmetrie nelle quali «le intersezioni e le deroghe pressappoco equivalgono ai casi in cui vi è una precisa demarcazione» di aree competenziali. In altre parole, come nella teoria dei mutamenti

di paradigma di Kuhn, il moltiplicarsi delle eccezioni al modello generale rende arduo impostare un ragionamento in termini di rapporto regola-eccezione. Autorità europee e apparati nazionali restano invece legati «a doppio filo tra loro, in ragione del bisogno di rendere armonioso l'esercizio centralizzato delle distinte funzioni di risoluzione e di vigilanza» (G. SCIASCIA, 2015).

Quanto alle sovrapposizioni di carattere orizzontale, viene innanzitutto in rilievo il problema dei rapporti fra EBA e BCE (CERRINA FERONI, 2014). Sotto questo profilo, le difficoltà di coordinamento riguardano non soltanto l'attività di regolazione, ma anche la funzione di indagine e di controllo nell'ambito degli "stress test" nonché il potere di adottare atti rivolti agli intermediari in sostituzione della autorità nazionali.

Peraltro, i problemi di coordinamento coinvolgono anche le relazioni con le altre componenti del SEVIF. Per esempio, gli obblighi di cooperazione e scambio di informazioni alle quali è soggetta la BCE nel quadro del SSM rischiano di collidere con gli obblighi di riservatezza posti al carico dell'ESRB, organismo presieduto dal Presidente della BCE e che riceve dalla BCE il supporto amministrativo ed il segretariato.

Non è da escludere che momenti di tensione possano determinarsi anche nei rapporti fra BCE e *Single Resolution Board*: l'attribuzione alla prima dei compiti di vigilanza collegati ai piani di risanamento e di intervento precoce allorché l'ente vigilato non soddisfi i requisiti prudenziali prescritti rischia infatti di «sconfinare nel campo della *crisis resolution*», creando «una sorta di area grigia a cavallo tra supervisione e risoluzione» (CIRAOLO, 2014).

È indubbio che l'approfondimento di queste sovrapposizioni dovranno tenere conto di un importante dato di contesto: nella risposta alla crisi, la vera protagonista è stata certamente la BCE, la quale ha mostrato la maggiore «visione» e «consapevolezza delle sfide e dei problemi», nonché «la più efficace capacità decisionale» (GIANNITI, 2016). Al contrario, il bilancio del SEVIF (e in particolare dell'EBA) è decisamente più in chiaroscuro. In questo ambito, l'esigenza di continue mediazioni fra paesi Euro e non-Euro ha prodotto importanti fattori di rallentamento dei processi decisionali e sovente l'adozione di soluzioni sub-ottimali all'esito di articolati compromessi. Anche tale elemento induce dunque a ritenere che i rapporti fra BCE ed EBA saranno inevitabilmente condizionati dalla posizione di assoluta centralità assunta dalla BCE nell'attuale assetto istituzionale. Con l'ulteriore difficoltà, peraltro di non poco conto, che i progetti di norme tecniche adottate dalla Commissione su proposta dell'EBA dovrebbero in linea di principio imporsi alla BCE ai sensi dell'art. 4 del Reg. SSM. È chiaro che questa sfasatura fra il dato reale e quello formale rischia di portare allo scoperto tutti i nodi lasciati irrisolti nella definizione della nuova architettura sovranazionale di governo del credito, soprat-

tutto qualora i rapporti fra BCE ed EBA non siano sostenuti da un alto livello di collaborazione e coordinamento.

#### 4. Unione bancaria e “sovrapposizioni” fra fonti

Quanto alle “sovrapposizioni” fra fonti, la nuova disciplina segnala innanzitutto una singolare interdipendenza fra regolamenti e direttive. Basti pensare ai meccanismi di funzionamento degli apparati apicali della UB, i quali – anziché essere disciplinati integralmente dai Regolamenti UE – vanno ricostruiti alla luce dei numerosi rimandi operati dai Regolamenti alle direttive, comportando così una torsione rispetto ai connotati tipologici di quest’ultima fonte: la direttiva, infatti, non si esaurisce più nel «mezzo per imporre un’armonizzazione degli ordinamenti nazionali», ma diviene anche «la “base”, il “sostrato” sul quale si innesta il regolamento» (STOLFI, 2016).

In secondo luogo, con riferimento al rapporto fra la potestà normativa dell’EBA e quella della BCE, tutt’altro che risolutiva appare l’indicazione contenuta nell’art. 3 del Reg. SMM, ai sensi del quale l’avvio del SSM non pregiudica i compiti spettanti all’EBA. Del resto, è nella natura stessa della funzione di vigilanza bancaria contribuire alla produzione di regole prudenziali, sicché appare arduo separare una volta per tutte le responsabilità di regolazione dell’EBA da quelle di supervisione della BCE. Per di più, è lo stesso Reg. SSM ad attribuire alla BCE poteri normativi talvolta anche piuttosto incisivi. In particolare, frizioni con l’EBA potrebbero insorgere a seguito dell’esercizio da parte della BCE del potere di adottare regolamenti «nella misura in cui ciò sia necessario per organizzare o precisare le modalità di assolvimento dei compiti attribuiti dal presente regolamento».

Ulteriori elementi di sovrapposizione “normativa” possono essere rintracciati nelle interdipendenze fra atti adottati secondo procedure tipiche di produzione normativa e una galassia di fonti, per così dire, “negoziali”, di incerto *status* teorico e operativo ma caratterizzate da un alto grado di effettività. Si pensi, ad esempio, alla scelta di rimettere l’implementazione dei meccanismi di *accountability* democratica nell’UB a due accordi – uno solo dei quali qualificabile nei termini di *interinstitutional agreement* – conclusi dal Parlamento europeo con la BCE e il SRB. La BCE ha inoltre concluso con il Consiglio un apposito *Memorandum of Understanding* speculari ai due accordi. A prescindere dal problema della giustiziabilità di questi atti, il controllo reciproco tra i soggetti che li hanno conclusi fa sì che la loro violazione sia sanzionata, prima ancora che sul piano giuridico, su quello politico: il mancato rispetto degli accordi rappresenta infatti un punto di evidente debolezza nelle successive

negoziazioni interistituzionali, con la conseguenza che i patti sono generalmente osservati.

Non è raro che fra queste regole di natura, per così dire, "negoziale" e quelle prodotte secondo procedure tipiche di produzione normativa possano crearsi momenti di frizione. È altresì evidente che le seconde mantengano inalterata la loro prescrittività. Sennonché è la prescrizione a evolversi in qualcosa di diverso. Il motore di un sistema policentrico e pluralistico come quello dell'UE – lungi dall'identificarsi con l'imposizione sanzionatoria – sfuma infatti nella determinazione dinamica e partecipativa delle regole secondo schemi post-autoritari i quali tendono ad anticipare, per quanto possibile, il momento del conflitto – specialmente giurisdizionale – attraverso forme di coinvolgimento non predeterminate e secondo una impostazione nella quale l'atipicità tende a diventare la regola e la tipicità a sfumare nell'eccezione. Le *chances* di integrazione sono dunque affidate innanzitutto ad una rete di autovincoli reciproci di lealtà e "fair play", sicché le "regole del gioco" finiscono per rappresentare il prodotto di un continuo processo di autocomprensione condivisa.

Sarebbe tuttavia un errore di prospettiva considerare il ricorso a tecniche di produzione normativa "eccentriche" come delle imperfezioni occasionali o contingenti. A seguito della introduzione della moneta unica, e dunque della dismissione dell'elemento più "visibile" della sovranità statale, i frammenti di questa porzione di potere sovrano sono stati devoluti non già ad una autorità politica sovraordinata, ma semmai a strutture "orizzontali", prevalentemente organizzate attorno a "poteri neutrali" con una legittimazione di tipo tecnico. Tale evoluzione non poteva non ripercuotersi sulle modalità di impiego degli strumenti di produzione normativa, segnalando un sensibile mutamento a livello UE degli schemi di formazione delle regole.

Malgrado la risposta alla crisi finanziaria sia stata interpretata soprattutto come una intensificazione della produzione normativa scritta – e dunque in una chiave essenzialmente normativistica – in realtà, ad uno sguardo più approfondito, essa evidenzia la parziale inservibilità di alcune categorie giuridiche tradizionali impiegate dalla teoria delle fonti, *in primis* quelle di gerarchia e competenza. Infatti, nel nuovo contesto europeo non solo appare fuori discussione l'utilizzo del criterio gerarchico quale strumento privilegiato di risoluzione delle sovrapposizioni istituzionali e normative, ma anche la stessa tenuta del criterio di competenza appare a serio rischio. Gerarchia e competenza, infatti – pur nella loro diversità – condividono pur sempre una idea di fissità nei criteri di allocazione dei poteri. Niente di tutto ciò è invece rintracciabile nell'UB, la quale tende a valorizzare una prospettiva maggiormente dinamica e "concreta". In altre parole, i Regolamenti istitutivi dell'UB sembrerebbero assumere quale punto focale non già la "categoria" e la "fattispe-

cie astratta”, quanto semmai il problema nella sua concretezza, demandandone la risoluzione a moduli di natura collaborativa.

5. *Il problema della applicabilità della categoria schmittiana dei “poteri neutrali” alla BCE e al Single Resolution Board*

Se la complessità del progetto di UB ha accentuato la crisi di categorie e concetti derivanti dall’archetipo della statualità, al tempo stesso vi è da chiedersi se non sia invece possibile attualizzare altri e diversi schemi concettuali già conosciuti dalla dottrina del diritto pubblico.

In occasione della conferenza tenuta nel 1930 presso l’*Industrie- und Handelskammer* di Berlino, C. SCHMITT ebbe modo di elevare la banca centrale a caso paradigmatico di “*neutrale Grösse*”. Una categoria, quest’ultima, assai eterogenea, ma che troverebbe il proprio minimo comun denominatore nella esistenza di organismi chiamati ad applicare criteri tecnici in luogo di quelli politici, nel quadro di un considerevole grado di indipendenza rispetto alle istituzioni espressione del sistema dei partiti. Ad avviso di Schmitt, dinanzi all’irrompere del pluralismo, all’estensione del raggio di azione dei poteri pubblici nella sfera economica nonché all’«autentico sconcio di un labile stato di partiti», l’ordinamento finirebbe per reagire attivando alcuni speciali anticorpi. Allo scopo di sottrarre dall’influenza dei partiti e così neutralizzare «determinati complessi e istituzioni particolarmente bisognosi di protezione nell’interesse di tutta l’economia» importanti competenze di decisione verrebbero trasferite ad organismi non contemplati in Costituzione e comunque estranei al riparto delle attribuzioni supreme. Peraltro, secondo Schmitt, l’introduzione di istanze e procedimenti neutrali in opposizione al metodo pluralistico di formazione della volontà statale sembra comportare una contraddizione insuperabile.

Da un lato, simili «forze apartitiche o sovrapartitiche» risultano indispensabili. Per quanto ancora in modo occulto e inconsapevole, tali realtà appaiono in grado di assicurare quel minimo di decisione senza la quale lo stato non potrebbe esistere.

Dall’altro lato, tuttavia, il tentativo di «organizzare un sistema in cui non ci siano più decisioni politiche, ma soltanto oggettività e tecnicità, dove le cose si governano da sole e le domande trovano da sé una risposta» sarebbe vocato al fallimento. Anzi, a lungo andare la cura rischia di essere peggiore del male: il trasferimento di decisioni politiche ai “poteri neutrali” conduce non già a una «neutralizzazione oggettivizzazione» delle decisioni politiche, ma semmai «alla politicizzazione partitica di entità finora neutrali». In altri termini, i tentativi

di neutralizzazione finirebbero per rivolgersi contro i loro stessi obiettivi, conducendo alla riemersione di una sorta di «stato medioevale dei ceti». L'interesse dei partiti, lungi dal trovarsi «in necessaria contraddizione» con quelli «particolari delle formazioni divise ed atomizzate» può al contrario «unirsi a essi e talvolta concludere patti». Sicché, di fronte «al totale disgregamento dell'unità tedesca», la Germania, anziché depoliticizzarsi, finirebbe per essere assoggettata a un nuovo genere di politica: quella degli stati creditori.

Come ha evidenziato PREDIERI, rispetto al 1930, «le tecniche sono talmente mutate da imporre la massima cautela nelle letture di testi di anni fa, in cui della base monetaria mancava anche la nozione e la riserva obbligatoria era strumento ignoto». Pur con questa indispensabile cautela metodologica, vi è da chiedersi se la categoria schmittiana di “potere neutrale” possa essere utilizzata con riferimento al ruolo svolto oggi dalle autorità europee di supervisione e risoluzione.

Si tenga conto che la categoria dei “poteri neutrali” è già stata evocata da diversi autori nel dibattito sulle autorità amministrative indipendenti, sebbene con finalità assai eterogenee.

Per esempio, M. MANETTI, evidenziando come il fenomeno dei “poteri neutrali” ricorra soprattutto nei momenti di crisi della politica – ossia «quando la razionalità nell'agire dei poteri pubblici si offusca, e la legge stenta a realizzare sintesi durevoli e soddisfacenti dell'interesse generale» – ha posto l'accento sulle implicazioni che tale tendenza determinerebbe sui “rami alti” della forma di stato. In questo senso, la scelta dell'espressione “poteri neutrali” in luogo del «più anodino» termine “autorità amministrative indipendenti” si giustificerebbe, nella prospettiva dell'autrice, proprio in relazione alla esigenza di evitare «tematizzazioni riduttive» di un fenomeno che «va ben al di là della ridefinizione dei rapporti tra governo e pubblica amministrazione».

Diverse sono le ragioni che hanno indotto M. CLARICH a confrontarsi con il concetto di “poteri neutrali”. Secondo tale autore, la riflessione schmittiana sembrerebbe offrire «una chiave di lettura del successo effimero delle autorità indipendenti», le quali «hanno trovato uno spazio per crescere e per proliferare, nei settori più disparati e senza una unitarietà di disegno, in un momento di crisi della politica». Superata la crisi, le autorità rischiano invece «di essere fagocitate dalla politica» in maniera non troppo dissimile da quanto già previsto da Schmitt.

Ad avviso di chi scrive, il concetto di “potere neutrale” può essere utilizzato in relazione agli organi apicali dell'UB – con tutte le cautele del caso e rigorosamente fra virgolette – ad alcune condizioni.

In primo luogo, appare indispensabile sottolineare alcune importanti dif-

ferenze di contesto rispetto alla *Reichsbank* degli anni Trenta. Mentre infatti il trasferimento di competenze di decisione da parte degli organi supremi dello stato ai “poteri neutrali” era avvenuto secondo Schmitt in modo ancora «occulto e inconsapevole», oggi invece la BCE appare assolutamente cosciente del proprio ruolo. Del resto, come già aveva osservato PREDIERI con riferimento alla Banca d’Italia – ma nell’ambito di conclusioni che ben si prestano a essere estese alla BCE – «la pubblicità degli obiettivi e l’effetto annuncio sono strumenti portanti» delle politiche di una banca centrale, la quale intrattiene rapporti diretti con l’opinione pubblica. Anzi, è possibile osservare che proprio le politiche monetarie non convenzionali hanno segnalato, da parte della BCE, una *Selbstverständnis*, una autocomprensione del proprio ruolo nella veste di “reggitore dell’UE nelle fasi di crisi del sistema”. Peraltro, nell’ottica della BCE, questo *enlargement of functions* trova giustificazione nella unitarietà di scopo sostanziale del proprio mandato fondativo (A. MANZELLA – C. PINELLI – L. GIANNITI, 2016).

Rispetto alla Germania degli anni Trenta sono inoltre cambiati i presupposti che fanno da sfondo alle istanze di neutralizzazione: per Schmitt, la neutralità implicava la protezione di determinati settori economici dalle invadenze del sistema dei partiti. Oggi, la neutralità della BCE mira invece a impedire «un corto circuito inflazionistico/populista tra domanda di consenso per il voto del *demos* e offerta di moneta facile per conseguirlo» (MOROSINI, 2014). In altri termini, a evitare una gestione del denaro pubblico volta a subordinare «la stabilità dei prezzi all’acquisizione del consenso». A sua volta, la stabilità dei prezzi non andrebbe considerata come un valore in sé, quanto piuttosto come uno «strumento, indiretto, ma essenziale, della tutela delle libertà e dei diritti» costituzionali (BERTOLISSI, 2014). Dunque, l’esigenza di «indipendenza della BCE dalla *vox populi*» deriverebbe da «principi costituzionali di equilibrio di poteri a garanzia del credito, dei pagamenti, della proprietà: cioè, in fin dei conti, della stessa libertà economica» (MOROSINI, 2014). In ultima istanza, proprio la tutela dell’indipendenza della banca centrale consentirebbe di ricomporre la potenziale frattura fra democrazia rappresentativa e diritti fondamentali. Una relazione, quest’ultima, minacciata – non solo secondo i teorici del *public choice* ma anche secondo il *Bundesverfassungsgericht* – dalla tendenza degli eletti alla mercificazione del consenso attraverso la contaminazione fra politica monetaria e fiscale.

Infine, se deve riconoscersi alla BCE il carattere della “neutralità”, tale operazione necessita allora di essere condotta per esaltarne e non già per minimizzarne la vocazione “politica”. D’altronde, la paradossale politicità del concetto di “neutralità” emerge sia in Schmitt – per il quale i tentativi di neutralizzazione condotti attraverso la banca centrale si rivolgevano non alla poli-

tica *tout court* ma a un particolare tipo di politica, vale a dire quella dei partiti – sia in tornanti di ricerca più recenti. Basti pensare agli studi di TEUBNER (2012), il quale ha approfondito le relazioni fra due sfere autonome di decisione politica pubblica: una di natura democratico-rappresentativa; l'altra, di carattere tecnico, sganciata da una legittimazione di tipo elettorale. Sotto questo profilo, va forse relativizzata l'obiezione mossa da PREDIERI agli autori che hanno ripreso il concetto di "neutralità" con riferimento alle banche centrali, quanto meno nella misura in cui tale critica sembrerebbe presupporre una radicale contrapposizione fra politicità e neutralità.

Naturalmente – a prescindere dalla questione lessicale – rimane oggetto di discussione se, e in quali termini, debba esservi una coincidenza fra l'area delle decisioni pubbliche e quella di intervento degli organi democratico-rappresentativi. Schematizzando un dibattito ovviamente molto più complesso, può dirsi che la sottrazione all'arena politico-partitica di competenze di decisione con un impatto di lungo periodo sulla collettività ha dato adito a due opposte interpretazioni.

Secondo un primo indirizzo, in assenza di particolari presupposti, il trasferimento di queste decisioni a organi schermati dal principio della rappresentanza delinea «una strategia di regresso verso l'assetto ottocentesco delle libertà borghesi, o in un progetto tecnocratico-autoritario» (MANETTI, 1994).

Altra dottrina, all'opposto, considera tale soluzione coerente con il paradigma "madisoniano" di democrazia. Al riguardo, si tende a evocare l'immagine di Ulisse, ossia «dell'eroe omerico che ordinò ai propri compagni di legarlo all'albero della nave in modo tale da non essere ammaliato e sviato dal canto delle sirene». Dinnanzi alla visione di breve periodo della democrazia rappresentativa, legata inevitabilmente al ciclo elettorale, il trasferimento di decisioni a "poteri neutrali" rappresenterebbe dunque «uno degli stragemmi adottati dalle società più ordinate per proteggersi dalla tendenza a prendere decisioni non sagge» (CLARICH, 2005).

In ultima analisi, BCE e *Single Resolution Board* – in quanto centri federativi di apparati nazionali tecnocratici – possono essere considerati, pur con le cautele sopra richiamate, come "poteri neutrali". La loro morfologia riflette infatti alcune delle più rilevanti caratteristiche messe in luce da Schmitt con riferimento alla *Reichsbank* weimeriana: la tensione fra il mandato di applicare criteri tecnici e le implicazioni politiche delle decisioni adottate; il tentativo di sottrarre alcune speciali aree di decisione pubblica ai Parlamenti; la predisposizione di una serie di congegni finalizzati a tutelarne l'indipendenza, sebbene spesso anche tali apparati finiscano di fatto per mimare le logiche decisionali degli organi politici *stricto sensu*.

Tale dato rende ancor più delicata la questione della efficacia e adeguatez-

za delle procedure dialogiche di controllo parlamentare introdotte dai Regolamenti istitutivi dell'Unione bancaria, i quali – sviluppando ed estendendo un *format* già sperimentato nell'ambito del *Monetary Dialogue* – attribuiscono al Parlamento europeo e ai Parlamenti nazionali un complesso di diritti di informazione e poteri di controllo-verifica (LUPO-IBRIDO, 2015). A tale aspetto si aggiunge poi l'ulteriore nodo della “parlamentarizzazione” del procedimento di nomina dei membri dell'*Executive Board* della BCE (CIANCIO, 2015).

## 6. Verso una conclusione

È una caratteristica comune alle crisi economiche quella di produrre nuove domande ed è proprio l'urgenza di queste domande a condurre alla moltiplicazione di apparati e regole. Ai problemi posti da queste sovrapposizioni è possibile rispondere, in astratto, in due modi: o attraverso la riduzione delle autorità competenti e la massima semplificazione dell'architettura di supervisione e regolazione finanziaria; oppure mediante il coinvolgimento coordinato degli apparati esistenti all'interno di un unico polo. Nel primo caso, il rischio è quello di negare uno dei tratti distintivi dei sistemi federali e dei processi di integrazione sovranazionale. Nel secondo caso, il pericolo è di rendere il sistema operativo-decisionale eccessivamente incerto e farraginoso. Non è detto, tuttavia, che non possa essere trovato un punto di equilibrio. La ricerca di una composizione fra queste due esigenze dovrebbe tuttavia muovere dalla constatazione che le “sovrapposizioni” costituiscono un processo ormai irreversibile, sicché esse andrebbero innanzitutto comprese e messe a valore, anche attraverso uno sforzo di aggiornamento dell'apparato concettuale del diritto pubblico dello stato nazione.

Da questo punto di vista, l'UB può essere elevata a caso paradigmatico della tendenza all'arretramento di tutti i criteri statici di risoluzione delle antinomie e di allocazione del potere (gerarchia, competenza, *etc.*) a vantaggio di moduli collaborativi di tipo dinamico i quali assumono come punto focale non già la fattispecie astratta ma il problema nella sua concretezza.

Quanto al nodo della *accountability* democratica, l'esperienza della BCE e del SRB segnala un ulteriore elemento di specificità rispetto ai “poteri neutrali” di derivazione statale: esse sembrano costituire un segmento di quello che autorevole dottrina ha ribattezzato come l’“esecutivo frammentato” dell'UE (CURTIN, 2014). Un esecutivo, cioè, formato da istituzioni sovranazionali (la Commissione, la BCE, le agenzie), da istituzioni composte dai governi degli stati membri (il Consiglio) nonché da una galassia di comitati e gruppi di lavoro operanti a livello settoriale. Peraltro, che tale assetto di organizzazione

dell'esecutivo europeo sia pienamente coerente rispetto al paradigma madisoniano di una democrazia innervata da risorse *counter-majoritarian* è tutt'altro che scontato. Mentre infatti nella concezione madisoniana la dispersione appariva finalizzata alla limitazione del potere, in ambito europeo la frammentazione dell'esecutivo sembra invece rendere tale potere ancor più potente, sottraendolo ai tradizionali meccanismi di responsabilità democratica e controllo parlamentare.

### 7. Riferimenti bibliografici citati

- BERTOLISSI, M. (2014), *Prefazione* a MOROSINI, F. (2014), *Banche centrali e questione democratica. Il caso della Banca centrale europea (BCE)*, Pisa, Edizioni ETS
- CAPRIGLIONE, F. (2013), *L'unione bancaria europea: una sfida per una Europa più unita*, Torino, Utet
- CERRINA FERONI, G. (2014), *Verso il Meccanismo Unico di Vigilanza sulle Banche. Ruolo e prospettive dell'European Banking Authority*, in *Federalismi*
- CIANCIO, A. (2015), *I nodi della governance europea: Euro, politica fiscale, bilancio unico dell'Unione. Per una nuova legittimazione democratica della BCE*, in *Federalismi*
- CIRAOLO, F. (2014), *Il Regolamento UE n. 1024/2013 sul meccanismo unico di vigilanza e l'Unione bancaria europea. Prime riflessioni*, in *Amm. in Camm.*, 2014
- CLARICH, M. (2005), *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna: il Mulino
- CLARICH, M. (2013), *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Diritto pubblico*, 975 ss.
- CURTIN, D. (2014), *Challenging Executive Dominance in European Democracy*, in *Modern Law Review*, 1 ss.
- FERRARI ZUMBINI, R. (2014), *Overcoming overlappings (In other words... beyond "this" Europe)*, in *SOG Working Paper Series*
- GIANNITI, L. (2016), *Dal Rapporto dei 4 Presidenti del 2012 a quello dei 5 Presidenti del 2015: prime note sull'evoluzione della governance economica dell'Unione*, in *Dir. pubbl.*, 389 ss.
- GIGLIONI, F. (2012), *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, Pisa, ETS.
- LUPU, N. – IBRIDO, R. (2015), *Which democratic oversight on the Banking Union? The role of the Euro-national parliamentary system*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2015, 289 ss.
- MACCHIA, M. (2016), *Modelli di coordinamento della vigilanza bancaria*, in *RTDP*, 367 ss.
- MANETTI, M. (1994), *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè
- A. MANZELLA – C. PINELLI – L. GIANNITI (2016), *Politica monetaria e politica economica nell'Unione europea*, in *Astrid*
- MOROSINI, F. (2014), *Banche centrali e questione democratica. Il caso della Banca centrale europea (BCE)*, Pisa, Edizioni ETS

PREDIERI, A. (1996), *Il potere della banca centrale: isola o modello?*, Firenze, Passigli, 1996

SCHMITT, C. (1981), *Il custode della Costituzione*, Milano: Giuffrè

SCIASCIA, G. (2015), *Unione bancaria - La revisione quasigiurisdizionale delle decisioni in materia di supervisione e risoluzione*, in Banca Impresa Società, 363 ss.)

STOLFI, G. (2014), *Tempi (post-)moderni: nuovi impulsi normativi europei alla prova delle sovrapposizioni*, in SOG Working Paper Series

TEUBNER, G. (2012), *Nuovi conflitti costituzionali: norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano-Torino, Bruno Mondadori

TORCHIA, L. (2015), *L'Unione bancaria europea: un approccio continentale?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11 ss.

# CESIÓN DINÁMICA DE SOBERANÍA EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA: EL CASO DEL RÉGIMEN DE AYUDAS DE ESTADO FISCALES Y SU APLICACIÓN A LOS *TAX RULINGS*

*Rafael Sanz Gómez\**

SUMARIO: 1. La planificación fiscal de Apple y la reacción de la Comisión Europea. –  
2. La cesión dinámica de soberanía en el ámbito multinivel de la Unión Europea.  
– 3. Breves reflexiones en torno a representación, participación y transparencia.  
Referencias bibliográficas.

## *1. La planificación fiscal de Apple y la reacción de la Comisión Europea*

El 8 de diciembre de 2012 se convocaron manifestaciones ante más de cuarenta cafeterías de la cadena Starbucks en Reino Unido. Las concentraciones estaban organizadas por *UK Uncut*, una organización contra las medidas de austeridad que exigía a la empresa que modificara su estructura empresarial, diseñada para minimizar el pago de impuestos y avalada por una serie de acuerdos, denominados *tax rulings*, con las administraciones tributarias de distintos Estados. El que traemos a colación es un ejemplo llamativo de que uno de los efectos de la crisis económica ha sido reforzar el debate sobre el pago de impuestos por las empresas transnacionales en un contexto de restricciones presupuestarias y limitaciones en el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales por la población. Entre los agentes de este debate (o de los intentos por reconfigurar la fiscalidad de las transnacionales) encontramos a los Estados, organizaciones internacionales como la OCDE, instituciones de la UE, diversas ONG y, evidentemente, a las propias empresas.

Nuestro caso de estudio es otro buen ejemplo de estas tensiones. Apple ha impulsado esquemas de planificación tributaria global que consiguieron que entre 2009 y 2012 unos beneficios por valor de 44 000 millones de dólares quedaran no sujetos a tributación en ninguna parte del mundo (TING, 2014: 40); su rama europea llegó a pagar un tipo efectivo del 0,005 por 100 sobre sus beneficios en 2014<sup>1</sup>. La Comisión considera que todo ello es manifestación

\* Profesor Ayudante Doctor de la Universidad de Sevilla. Los comentarios dirigidos a rsanz@us.es serán bienvenidos.

<sup>1</sup> Nota de prensa de la Comisión Europea: “State aid: Ireland gave illegal tax benefits to Apple worth up to €13 billion”. IP/16/2923, de 30 de agosto de 2016.

de la concesión de un trato favorable a Apple por las autoridades irlandesas y exige que recuperen un total de 13 000 millones de euros en cuotas no ingresadas (más los intereses correspondientes).

De entre los diversos aspectos del esquema de planificación fiscal de Apple, que no cabe desarrollar aquí en detalle<sup>2</sup>, la cuestión principal se refiere a la aplicación de reglas de precios de transferencia. Es decir, la determinación de la atribución de beneficios a cada una de las partes en el caso de operaciones entre entidades vinculadas (en este caso, pertenecientes al mismo grupo de empresas). La atribución de los beneficios a efectos fiscales debe ser coherente con la realidad económica. Eso significa, en la interpretación habitual, que debe respetarse el principio de plena competencia o *arm's length*; en otras palabras, la operación se trataría como una operación entre partes independientes que negocien según las reglas del mercado (y, por tanto, no atribuyan artificialmente, por motivos fiscales, beneficios a una u otra parte).

El caso de Apple es también un ejemplo de cómo la integración en la Unión Europea supone una cesión en uno de los atributos esenciales de soberanía, la potestad tributaria. La propia Irlanda ha afirmado que rechaza recuperar los impuestos que, según la Comisión Europea, Apple tendría que haber pagado. La decisión ha sido recurrida ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que tendrá que pronunciarse<sup>3</sup>.

## 2. La cesión dinámica de soberanía en el ámbito multinivel de la Unión Europea

En el ámbito de la UE se ha afirmado que existe un concepto compartido

<sup>2</sup> La central del grupo Apple, Apple Inc., es residente en EE.UU. Las operaciones del grupo realizadas fuera del continente americano se centralizaban en Apple Sales International y Apple Operations Europe, constituidas en Irlanda. Dos *rulings* firmados en 1991 y 2007 con la Administración irlandesa fijaron los criterios de atribución de beneficios a efectos fiscales a las empresas. La mayor parte se atribuían a la “sede central” de cada una; pero Apple había conseguido que estas sedes no fueran residentes fiscales en Estado alguno y, por tanto, sus beneficios no tributasen. Ahora bien: las sedes centrales no tenían medios humanos ni materiales y su única actividad consistía en reuniones del consejo de administración. Para la Comisión, la atribución de beneficios acordada es “artificial” y “no tiene justificación fáctica o jurídica”, ya que las sedes centrales carecen de “capacidad operativa para gestionar el negocio de distribución o realizar cualquier otro negocio sustantivo”, salvo determinadas decisiones de los directivos (“State aid: Ireland gave illegal tax benefits to Apple worth up to €13 billion”. IP/16/2923, de 30 de agosto de 2016).

<sup>3</sup> El caso se encuentra ante el Tribunal General, con el número de caso T-778/16. Por su parte, el 5 de diciembre de 2017, la Comisión presentó ante el TJUE un recurso por incumplimiento contra Irlanda, ya que esta no había recuperado las ayudas (asunto C-678/17).

de soberanía que se define desde una perspectiva no solo territorial sino también funcional. El núcleo de la soberanía tributaria corresponde a los Estados miembros, ya que pertenece a su ámbito de competencia la promoción de los objetivos básicos por los que existe el sistema fiscal: contributivo, redistributivo y de estabilización macroeconómica (ISENBAERT, 2009: 226). Pero el ejercicio de la soberanía tributaria debe permitir que otras entidades (co-soberanas) puedan desempeñar sus funciones. La intervención de la Unión en el ámbito tributario está limitada a los supuestos donde su intervención sea imprescindible para eliminar distorsiones de la competencia, y las ayudas de Estado se encuentran entre los mecanismos disponibles<sup>4</sup>. Aunque pertenecen al ámbito de la competencia, el TJUE ha afirmado expresa y tempranamente que su aplicación al ámbito tributario es posible<sup>5</sup>. El análisis de los acuerdos en materia tributaria entre los Estados y determinadas empresas transnacionales supone un avance polémico en este campo. Entendemos que la postura de la Comisión es una reacción ante las decisiones económicas de las empresas transnacionales (que han obtenido cobertura en determinados Estados como consecuencia de una dinámica de competencia tributaria entre los mismos) y podría considerarse –a tenor de las declaraciones de algunas figuras públicas de la Comisión– un fruto de la incorporación de nuevos principios generales que se fomentan a través del proyecto BEPS de la OCDE<sup>6</sup>.

La soberanía compartida se vincula con el concepto de gobernanza multinivel, como mecanismo para articular a los sujetos involucrados. En coherencia con esta modificación del espacio político-institucional, el modelo clásico para explicar la introducción de nuevas reglas en el sistema puede no ser el más adecuado (BERGÉ, 2011; LIERMAN, 2014). Por el contrario, proponemos analizar la reciente evolución del régimen de ayudas de Estado aplicando la teoría de los sistemas adaptativos complejos al ámbito del derecho, siguiendo el modelo propuesto por RUHL (2008).

Afirmar que el sistema jurídico es un sistema adaptativo complejo (SAC) implica definirlo como un conjunto de agentes (roles e instituciones) que

<sup>4</sup> Véanse los artículos 113 y 115 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), sobre armonización de la fiscalidad indirecta y directa; y los artículos 107-109 TFUE, sobre ayudas de Estado.

<sup>5</sup> Sentencia del TJ de 2 de julio de 1974, *Italia/Comisión*, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71.

<sup>6</sup> “BEPS” es el acrónimo para *Base Erosion and Profit Shifting*; hace referencia a la erosión de la base imponible y al traslado de beneficios que consiguen las empresas transnacionales aprovechando lagunas o desajustes entre distintos sistemas impositivos estatales. En gran medida, es fruto del desajuste entre los actuales modos de producción globales y un sistema tributario internacional basado en los convenios bilaterales contra la doble imposición. El “Proyecto BEPS” de la OCDE combate este fenómeno.

interaccionan entre sí de maneras predeterminadas. El ordenamiento jurídico (un conjunto de prácticas y normas que crean expectativas de comportamiento) es un producto emergente de dicha interacción. El sistema es complejo porque está formado por múltiples elementos interconectados entre los que existe una dependencia mutua, de modo que la supresión de uno de ellos tendría un impacto en el comportamiento del sistema superior a lo que ese agente representa individualmente considerado (RUHL, 2008: 891). Es adaptativo porque es capaz de *aprender*, gracias a la “acumulación de significado y experiencia” a través del lenguaje (BERGER y LUCKMANN, 1991: 52; MORIN, 1995: 115).

Un SAC está compuesto por agentes heterogéneos que se relacionan a partir de reglas determinísticas, presentan una alta interconexión y retroalimentación y tipos de relaciones no lineales<sup>7</sup>. Todas estas características se encuentran en el ámbito del derecho (RUHL, 2008: 898). ¿Cuáles son estos agentes en el derecho de la Unión? En el ámbito tributario, encontramos tres centros de decisión (y reglas concretas sobre cómo se relacionan): el Consejo, que posee la potestad legislativa en sentido estricto; la Comisión Europea, que además de tener el monopolio de la iniciativa legislativa actúa a través del régimen de ayudas de Estado y de documentos jurídicamente no vinculantes; y el TJUE. Además, los particulares tienen mecanismos para acudir ante el Tribunal de Justicia y ante la Comisión (cabe iniciar una investigación sobre ayudas de Estado a partir de la denuncia de particulares, por ejemplo). La interconexión es elevada y se ha ido incrementando a lo largo del tiempo<sup>8</sup>.

Cada agente opera en diversos ámbitos (jurídico, económico, ético, político...) y por tanto el sistema jurídico es un sistema abierto: es decir, está sujeto a un continuo intercambio con su entorno. Ello produce procesos de comunicación entre sistemas. Por ejemplo, el legislador puede tener en cuenta criterios económicos o éticos al diseñar una determinada norma. Esta afirmación es pacífica bajo cualquier modelo, ya que la ley es el modo “estándar” por el que se introducen nuevos elementos en el sistema. Pero en realidad no sólo la ley lo hace. La Comisión –cuyos poderes son

<sup>7</sup> La no linealidad implica que las interacciones entre sujetos no son proporcionales a lo largo del tiempo, sino que presentan picos o discontinuidades (en el ámbito jurídico, la aprobación o derogación de una norma serían ejemplos de ello; también lo serían los cambios de criterio jurisprudencial).

<sup>8</sup> Por ejemplo, cuando el Tribunal de Justicia concluyó que las disposiciones del Tratado son directamente alegables por los particulares ante los tribunales estatales (sentencia del TJ de 7 de marzo de 1985, *van Gend and Loos*, asunto 32/84, ECLI:EU:C:1985:104) afirmó también que “la vigilancia de los particulares interesados en la protección de sus derechos lleva consigo un eficaz control que se añade al que los [Tratados] encomiendan a la Comisión y a los Estados”.

fundamentalmente ejecutivos– ha introducido elementos del concepto de planificación fiscal agresiva (que proviene del sistema OCDE) en el régimen de ayudas de Estado. Una de las características de los SAC es la auto-organización de la estructura<sup>9</sup>, que refleja la ausencia de un control centralizado de la evolución del sistema<sup>10</sup> (RUHL, 2008: 899; MANCHA ROMERO, 2015: 272-273). Todo el sistema (y no solo la producción legislativa) es permeable a la influencia de otros sistemas, jurídicos o no.

RUHL no solo se limita a describir las características del sistema jurídico en tanto que SAC, sino que extrae conclusiones relativas al diseño. Compartimos con este autor la idea de que un sistema jurídico-institucional podrá ser más eficaz cuanto más abierto sea. Dado que la normativa es un producto emergente de la interrelación de los agentes del sistema, conviene “descentralizar la potestad normativa y confiar en la adaptación que resulte de la interrelación de las normas que cada legislador dicte en el ámbito de su competencia” (MANCHA ROMERO, 2015: 276). Históricamente, en el ámbito de la imposición directa, observamos etapas donde alguna de las tres instituciones principales han adoptado temporalmente un papel dirigente o decisivo ante situaciones de bloqueo. El empleo de las ayudas de Estado en el ámbito fiscal es un ejemplo de ello.

Al hilo de sus últimas decisiones, la Comisión ha sido acusada de extralimitarse en su competencia y generar inseguridad jurídica. Somos de la opinión de que nada de lo afirmado por la Comisión para declarar la existencia de ayuda es novedoso. Era pacífico que el concepto de ayuda está basado en sus efectos (alterar la libre competencia) y no en su forma<sup>11</sup>. Normalmente, la Comisión analiza la selectividad comprobando si el tratamiento a una empresa supone una excepción al régimen general, y se viene afirmando hace tiempo que tal distorsión puede proceder de la interpretación administrativa de la norma; también que la opacidad y un margen de discrecionalidad excesivo generan riesgos de selectividad<sup>12</sup>. La Comisión ya había actuado además contra actuaciones específicas de la

<sup>9</sup> Un ejemplo es la tendencia a crear principios generales (muchas veces, por vía jurisprudencial) que otorgan al sistema jurídico una estructura más estable.

<sup>10</sup> Por ejemplo, aunque el TJUE afirmó prontamente que el entonces Derecho comunitario prevalecía sobre el Derecho interno de los Estados miembros, incluida la Constitución, diversos Tribunales Constitucionales afirmaron lo contrario. No existe un pronunciamiento que prevalezca sobre otro, sino una co-evolución de la jurisprudencia de ambas partes.

<sup>11</sup> Sentencia del TJ de 23 de febrero de 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridad de la CECA*, 30/59, ECLI:EU:C:1961:2.

<sup>12</sup> Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas: Comunicación 98/C-384/03 (DO C 384, de 10 de diciembre de 1998).

Administración e incluso contra su inactividad ante situaciones de impago continuado<sup>13</sup>.

La cuestión más conflictiva es cuál sea el “régimen general” que debe usarse como referencia para determinar si existe una excepción del principio de plena competencia. En abstracto, cabe considerar (1) que la interpretación del *arm's length principle* debe ser propia de cada Estado; (2) que es traslación de las directrices de la OCDE sobre precios de transferencia; (3) que puede extraerse de principios generales comunes a todos los sistemas tributarios; (4) que constituye un principio propio –y autónomo– del Derecho de la Unión. A continuación analizaremos brevemente estas opciones:

Principio de plena competencia de origen estatal. - DE BROE (2015: 291) afirma que el marco de referencia para determinar si ha existido una derogación debe ser el ordenamiento jurídico del propio Estado. GUNN y LUTS consideran que si las autoridades de un Estado pueden defender que han aplicado una “interpretación razonable” de su propia normativa, no debería entenderse que existe selectividad (2015: 121). En una conocida decisión de 1999 en materia de ayudas de Estado (asunto *Technolease*), la Comisión afirmó que el tratamiento dado por Países Bajos a una operación de *leasing* no era selectivo porque la Administración actuó con arreglo a la legislación y jurisprudencia neerlandesas y su actuación fue coherente con los criterios establecidos por las autoridades fiscales en una circular administrativa. Ahora bien, en la reciente e importante sentencia de 2011 en el caso *Gibraltar*<sup>14</sup>, el TJUE ha afirmado que es posible considerar que un régimen basado en reglas o criterios generales, pero que está diseñado para situar a determinadas empresas en una posición privilegiada, constituye una ayuda de Estado selectiva. Si este tipo de regímenes lesionan la “esencia” del mercado interno al impedir unas reglas de juego uniformes (PISTONE, 2012: 86), lo mismo cabe afirmar si la distorsión proviene de la interpretación o aplicación administrativa: una ayuda de Estado lo es independientemente de su forma.

Traslación de las directrices de la OCDE sobre precios de transferencia.- Los principios internacionalmente aceptados sobre precios de transferencia en el seno de la OCDE ya habían operado como parámetro de referencia en el ámbito del Código de Conducta, un instrumento no vinculante contra la competencia fiscal perniciosa entre Estados que afirmaba que el no respeto de

<sup>13</sup> Sentencias del TJ de 12 de octubre de 2000, *España/Comisión*, C-480/98, ECLI:EU:C:2000:559; y de 14 de septiembre de 2004, *España/Comisión*, C-276/02, ECLI:EU:C:2004:521.

<sup>14</sup> Sentencia del TJ de 15 de noviembre de 2011, *Comisión y Reino de España/Gibraltar*, asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732.

“los principios internacionalmente reconocidos” para la atribución de los beneficios en las operaciones intraempresa y, específicamente, el no respeto de “las normas acordadas por la OCDE” se tendría en cuenta para valorar si una medida tributaria era lesiva. El Código de Conducta fue suscrito por los Estados por unanimidad y muchas de las medidas que se consideraron competencia fiscal perniciosa luego se analizaron bajo el régimen de ayudas de Estado. Aunque existen elementos, por tanto, que muestran que los Estados y la Comisión consideran que las Directrices son un indicador relevante para valorar la correcta aplicación de las reglas estatales sobre precios de transferencia, la Comisión Europea ha afirmado expresamente que los criterios OCDE son similares al criterio *arm's length* que aplica pero no equivalentes<sup>15</sup>. Si el criterio de la Comisión se acerca a las Directrices de la OCDE, lo hace de modo muy estricto: por ejemplo, exige que se garantice la aplicación del mejor método posible o que este se adapte a lo largo del tiempo a las nuevas circunstancias que puedan surgir<sup>16</sup>.

Principios generales comunes a todos los sistemas tributarios.- En la medida en que los principios OCDE han sido aceptados como parámetro de referencia en algún momento, podría afirmarse que esta propuesta es similar a la anterior. Sin embargo, no todos los Estados han incorporado tales criterios a su ordenamiento tributario. ROSSI-MACCANICO (2015: 66) señala la existencia de criterios generales en todo ordenamiento tributario, como el de imposición única, el principio del beneficio y el principio de no-discriminación. Aplica la doctrina *Gibraltar*, que ya hemos citado, para afirmar que un sistema que se desprege de tales principios fundamentales puede constituir ayuda de Estado. La propuesta nos recuerda al uso de las tradiciones estatales, por los tribunales internacionales de derechos humanos, al concretar el contenido de los derechos.

Principio propio y autónomo del Derecho de la Unión.- el hecho de que la Comisión señale expresamente que los criterios que aplica no son totalmente equivalentes a los establecidos en las Directrices de la OCDE lleva a pensar que es un concepto autónomo. Así parece señalarlo, de hecho, la propia Comisión: afirma que emplea un principio de plena competencia que es una aplicación del artículo 107.1 TFUE, que prohíbe el trato desigual en la

<sup>15</sup> Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01), ap. 173.

<sup>16</sup> Una de las críticas iniciales en *Apple*, precisamente, es que se mantuvo sin modificar un acuerdo de valoración durante más de quince años, tal y como se recoge en la decisión C(2014) 3606 final, apartado 65. Véase también la decisión C(2014) 3627 final, apartado 64 (sobre el caso *Fiat Finance and Trade*).

tributación de empresas en una situación fáctica y jurídica comparable<sup>17</sup>. En este sentido, WATTEL subraya que el *arm's length principle* aplicado por la Comisión no pertenece al Derecho tributario, sino que se trata de un principio de igualdad de trato que pertenece al Derecho de la competencia y que podría haberse denominado "*level playing field principle*" (2016: 792). Eso puede explicar las discordancias con el concepto fiscal: su función es distinta (es lo habitual en el tipo de competencias de la UE que afectan a la imposición) y la naturaleza del órgano que lo aplica también es diferente a una Administración tributaria.

¿Se excede la Comisión en sus funciones, como señalan algunos autores o Estados, al formular este principio y aplicarlo a los *tax rulings*? Consideramos que es habitual que los agentes del sistema jurídico apliquen sus competencias más allá de lo estrictamente prescrito por sus normas de funcionamiento (sean constitucionales o de otro tipo), siempre que respeten los límites expresamente establecidos. Este proceso se explica por la co-evolución de los distintos agentes y también la del sistema jurídico con los sistemas que regula. Tampoco sorprende en un sistema adaptativo complejo apreciar movimientos no lineales de los agentes; y hemos podido comprobar que la doctrina de la Comisión se basa en elementos que ya existían previamente en el sistema. No consideramos, en suma, que exista tal extralimitación con carácter general.

Sí encontramos algunas cuestiones conflictivas. En principio, sólo el Consejo tiene potestad "legislativa" y posee una función prescriptiva (es decir, establece cómo debe ser el ordenamiento jurídico de los Estados miembros). La del resto de instituciones es proscriptiva (elimina reglas contrarias a los principios generales del ordenamiento, o a reglas de rango superior). Se observa sin embargo cierto desplazamiento de la función proscriptiva hacia aspectos prescriptivos. Por ejemplo, las sentencias del TJUE han establecido modelos para determinados regímenes de cláusulas anti-abuso que los Estados han adaptado luego. En el caso de Apple, el que la Comisión calcule la cuantía que debe recuperarse parece implicar que está aplicando algún tipo de criterio propio en una materia que es muy compleja. Para LUJA (2016: 324), la Comisión intenta implantar una serie de buenas prácticas en un intento de restringir la planificación fiscal agresiva, lo cual sería manifestación del criticable desplazamiento que mencionamos.

<sup>17</sup> Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01), ap. 172.

### 3. Breves reflexiones en torno a representación, participación y transparencia

En el ámbito de la representación, el principal conflicto que observamos es que se están determinando los límites que deben seguir los Estados y las empresas respecto a qué tipo de planificación fiscal es admisible y cuál no a través de sujetos que no son representativos de la voluntad popular. El déficit democrático de la UE se viene criticando desde hace tiempo y se mantiene en el ámbito tributario, donde el Consejo conserva el monopolio en la aprobación de normas de derecho de la Unión. Por su parte, el concepto de “planificación fiscal agresiva” que tal vez inspira las últimas decisiones de la Comisión se formula en el ámbito del Foro sobre Administración Tributaria de la OCDE (donde solo existe un grupo de empresas, el BIAC, con función consultiva); y la interpretación del régimen de ayudas de Estado a la luz de este último lo hace la Comisión Europea, elegida por el Parlamento Europeo. Son evidentes las limitaciones de este proceso desde un punto de vista de representatividad.

Sin ignorar la importancia de que las instituciones sean democráticas (y de aplicar al ámbito tributario el procedimiento legislativo ordinario), volvamos por un momento a la descentralización del poder normativo en sentido amplio que caracteriza a la UE. Una forma de *democratizar* el sistema puede ser mejorar las interconexiones entre los sujetos (es decir, fomentar la participación de los sujetos privados) sin que ello afecte a las ya existentes (las nuevas interconexiones deben ser transparentes). Se trata de avanzar hacia un derecho más participativo, lo cual podría ayudar a solucionar una serie de problemas de aplicación del régimen de ayudas de Estado, como veremos:

El primero es la aplicación de criterios desarrollados recientemente (el concepto de planificación fiscal agresiva) a operaciones que se planificaron hace más de una década. Ello crea inseguridad jurídica pero es difícilmente evitable, ya que la aplicación del derecho nunca es independiente del contexto en que tiene lugar. Los aportes de la psicología sobre sesgos en las decisiones muestran que no es posible “aislar” de su entorno cultural a la persona que debe adoptar una decisión. La solución debe ir, más bien, de la mano de la introducción de mecanismos que permitan solventar posibles conflictos de manera más temprana, para que el contexto en que se crean los esquemas de planificación fiscal y el contexto en que se valoran se aproximen lo más posible.

Por otra parte, el carácter muy técnico de los precios de transferencia hace difícil el control por parte de los tribunales. Algunos jueces han llegado a afirmar que tienden a resolver los litigios de manera salomónica, valorando las operaciones en un punto intermedio entre lo solicitado por cada parte. Eso

explica la necesidad de fomentar los *rulings* en esta materia –subrayando la legitimidad de dichos acuerdos en sí mismos–, pero sujetos en todo caso a control judicial. Por la complejidad de la materia, creemos que el Tribunal debe limitarse a comprobar si los criterios aplicados por el Estado son irrazonables, a la luz de un marco de referencia que sí debe ser un principio autónomo de *arm's lenght* extraído del artículo 107.1 TFUE. La Comisión también ha incluido en su decisión sobre Apple criterios relativos al carácter sustancial (o no) de las entidades a las que se atribuyen los beneficios, un campo donde el TJUE ya acuñó el concepto de “montajes puramente artificiales” en el marco de su doctrina anti-abuso.

El fomento de una aplicación cooperativa de la norma debe ir unido a un mayor esfuerzo en relación al principio de transparencia. En este sentido, la Directiva (UE) 2015/2376 del Consejo, de 8 de diciembre, introdujo en el ámbito del intercambio automático de información de la Directiva 2011/16/UE la contestación a determinadas consultas y los acuerdos previos de valoración en materia de precios de transferencia. La reforma entró en vigor el 1 de enero de 2017.

### *Referencias bibliográficas*

BERGÉ, Jean-Sylvestre (2011). “Implementation of the Law, Global Legal Pluralism and Hierarchy of Norms”, *European Journal of Legal Studies*, v. 4, n° 2, p. 241-263.

DE BROE, Luc (2015). “The State Aid Review against Aggressive Tax Planning: ‘Always Look a Gift Horse in the Mouth’”. *EC Tax Review*, n° 6, p. 290-293.

GUNN, Anna; LUTS, Joris (2015). “Tax Rulings, APAs and State Aid: Legal Issue”. *EC Tax Review*, n° 2, p. 119-125.

ISENBAERT, Mathieu (2009). “The Contemporary Meaning of ‘Sovereignty’ in the Supranational Context of the EC as Applied to the Income Tax Case Law of the ECJ”. *EC Tax Review*, n° 6, p. 264-278.

LIERMAN, Steven (2014). “Law as a complex adaptive system. The Importance of Convergence in a Multi-Layered Legal Order”. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n° 4, p. 611-629.

LUJA, Raymond H.C. (2016). “Do State Aid Rules Still Allow European Union Member States to Claim Fiscal Sovereignty?”. *EC Tax Review*, n° 5-6, p. 312-324.

MANCHA ROMERO, Pedro Miguel (2015). “Caos, Complejidad y Derecho: aportaciones de John B. Ruhl”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 49, p. 259-280.

PISTONE, Pasquale (2012). “Smart Tax Competition and the Geographical Boundaries of Taxing Jurisdictions: Countering Selective Advantages Amidst Disparities”. *Intertax*, n° 2, pp. 85-91.

ROSSI-MACCANICO, Pierpaolo (2015). “Fiscal State Aids, Tax Base Erosion and Profit Shifting”. *EC Tax Review*, n° 2, p. 63-77.

RUHL, John. B. (2008). “Law’s Complexity - A Primer”. *Georgia State University Law Review*, v. 24, n° 4, p. 885-912.

TING, Antony (2014). “iTax—Apple’s International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue”. *British Tax Review*, n° 1, p. 40-71.

WATTEL, Peter J. (2016). “Stateless Income, State Aid and the (Which?) Arm’s Length Principle”. *Intertax*, n° 11, p. 791-801.

# LA NORMALIZACIÓN DE LA GEOMETRÍA VARIABLE EN LA GESTIÓN DE LOS PRINCIPALES DESAFÍOS ACTUALES DE LA UE

*Sofía Lucas Areizaga\**

SUMARIO 1. Introducción: concepto de geometría variable. – 2. El Mecanismo Europeo de Estabilidad y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza. – 3. La gestión del Brexit. – 4. El Acuerdo UE-Turquía. – 5. Reflexiones finales. – 6. Postscriptum. – 7. Referencias bibliográficas.

## *1. Introducción: concepto de geometría variable*

La geometría variable, la Europa a dos velocidades, la Europa a la Carta, la integración diferenciada, son diferentes expresiones que han intentado explicar las distintas capacidades o voluntades de integración en el proceso de construcción europea. Se asignan a dichas nociones significados diversos que describen aquellas asimetrías que han estado presentes y que han sido una constante de la integración europea (MANGAS MARTÍN, 2000:107-109).

Por un lado, la idea de la “Europa a dos velocidades” denota una gradación por la falta de capacidad para avanzar en el proyecto europeo. En cambio, tras la expresión “Europa a la Carta”, MANGAS señala un componente de carácter subjetivo tal y como es la voluntad de abstenerse de perseguir ciertos fines de forma conjunta.

Sin embargo, el concepto de geometría variable al que me gustaría hacer referencia aquí para introducir el tema de debate tiene elementos en común con la definición de MANGAS. Es una noción de colaboración intergubernamental en cuestiones precisas que pueden no estar predefinidas como fines colectivos y que se afrontan fuera del marco legal de los Tratados. (2000: 109).

Quisiera ilustrar esta idea de la geometría variable con tres ejemplos recientes de acción conjunta entre los Estados miembros, para resolver problemas muy concretos, inéditos en la construcción de la Unión. Se refieren a la forma en la que los Estados miembros han manejado tres problemas recientes y particularmente graves: la crisis de la Eurozona con el establecimiento del MEDE y del Tratado de Estabilidad, Coordinación y

\* Universidad Complutense de Madrid.

Gobernanza (TECG), la Declaración de Jefes de Estado o de Gobierno sobre la relación con Reino Unido y el Acuerdo UE-Turquía.

La geometría variable es perceptible a lo largo del proceso de integración europea siendo numerosos los acuerdos suscritos paralelamente al sistema establecido por los tratados comunitarios. Tal y como nos recuerda DE WITTE (2012: 139-160), los tratados internacionales han sido, por un lado, fundamento del proceso de integración europea y, por otro lado, elementos auxiliares para apoyar legalmente “la cooperación de algunos o todos los Estados Miembros en los márgenes del marco legal de la Unión”. Poniendo como ejemplos el actual Artículo 350 TFEU en el que se habilita a los Estados Miembros del Benelux para la conclusión de acuerdos regionales entre ellos o los Acuerdos de Schengen (2012:142-143).

Por otro lado, la cooperación estrecha entre Estados miembros al margen del ordenamiento jurídico de la Unión está sujeta a determinados requisitos encaminados a preservar el sistema institucional, competencial y normativo de la Unión: no pueden ser concluidos en áreas de competencia exclusiva de la Unión, no deben alterar el carácter esencial de los poderes conferidos a las instituciones europeas y no han de incluir ninguna disposición que contradiga el Derecho de la Unión (Parlamento c. Consejo C-316/91, 34-41; Parlamento c. Consejo y Comisión 11-25).

Por su parte, EMMANOULIDIS al abordar las modalidades de integración diferenciada, contempla la existencia de al menos seis, entre las que destaca la que es de interés aquí: “la cooperación intergubernamental fuera del marco legal de la UE” (2007: 1-2).

Asimismo, EMMANOULIDIS extrae las diferentes implicaciones de proceder a la integración diferenciada a través del intergubernamentalismo. Son las que inciden, especialmente, en la afectación del papel de las instituciones europeas, en la falta de legitimidad democrática tanto europea como nacional y en los efectos negativos en una eventual posterior negociación de las mismas cuestiones en el seno de la Unión. Concluye que en general “debilita a la Unión” (2007: 5-10).

Asimismo, DE WITTE (2015) considera que esta generalización de una “geometría variable” ha sobrepasado las expectativas de los redactores de los Tratados (*opt-outs*, cooperación reforzada y acuerdos internacionales entre Estados miembros). En su análisis hace referencia al “uso del derecho internacional como una útil herramienta legal” especialmente en el caso del MEDE y el TECG que son “ejemplos recientes y espectaculares del uso del derecho internacional como mecanismo de integración diferenciada”. Esta geometría variable viene a considerarse ya un rasgo distintivo del Derecho de la Unión que parece probable que tenga visos de mantenerse en el futuro. DE

WITTE señala que “el recurso a los acuerdos internacionales entre grupos de Estados Miembros fuera del marco legal de la Unión han confirmado ser una opción política válida, pero una dudosa opción legalmente”. (2015: 8-9).

No sólo por realizarse estos acuerdos fuera del marco jurídico de la Unión y por perseguir fines comunes constituyen una versión de la geometría variable, podría decirse que son un nuevo tipo de esta geometría. En efecto, en la medida en la que la naturaleza de los problemas diverge especialmente por la falta de precedentes, también se diferencian en que la naturaleza jurídica de los instrumentos utilizados no está clara ya que no se configuran en todos los casos claramente como un tratado internacional.

Los Estados miembros al actuar de este modo dejan de lado los instrumentos y cauces existentes en el marco legal de la Unión especialmente para la gestión de asuntos que tienen un efecto económico y social visible, que en algunos casos puede justificarse por las urgencias de la situación. Por ejemplo, en el caso de la crisis de la Eurozona se puede decir que era muy difícil llevarlo a cabo de otro modo. De ahí que pueda ser aceptada *la huida al Derecho internacional* pero no aplaudida como dice DE WITTE (2013: 84).

Lo relevante en su análisis son las consecuencias que tiene: en primer lugar, desde el punto de vista del reparto competencial de los Tratados; en segundo lugar, la existencia de procedimientos o instrumentos alternativos dentro del ordenamiento jurídico de la Unión que pudieran haber vehiculado las pretensiones de los acuerdos discutidos; en tercer lugar, por su falta de legitimidad democrática; y por último, por su compatibilidad con el Derecho de la Unión, especialmente con la Carta de los Derechos Fundamentales.

## 2. *El Mecanismo Europeo de Estabilidad y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza*

El Tratado de Lisboa establece la competencia exclusiva en materia monetaria de la Unión y su competencia de coordinación en materia económica y social<sup>1</sup> aunque su naturaleza como mera coordinación se ha matizado (CRAIG Y DE BURCA, 2011) Asimismo, ya existían antes de la crisis económica determinadas disposiciones del Tratado relevantes para este análisis tales como la prohibición de rescates del artículo 125 TFUE, la excepción a dicha prohibición en caso de excepcionales circunstancias del artículo 122.2 TFUE y la coordinación de la política económica (artículo 121 TFUE).

<sup>1</sup> Artículo 3.4 y 5 TFUE y el artículo 3.1 c) TFUE.

Por su parte, el artículo 126 TFUE consagra la supervisión del déficit excesivo, junto con el Protocolo 12 anejo a los Tratados. Por último, el artículo 136 TFUE dispone que, para asegurar el funcionamiento de la unión económica y monetaria, el Consejo podrá adoptar medidas para fortalecer la coordinación y vigilancia de la disciplina presupuestaria y establecer guías generales de la política económica.

En 2007 se desató la crisis económica mundial que acabó por afectar muy gravemente a ciertos Estados miembros de la Eurozona, que se encontraron en una crisis de deuda soberana, debido a la percepción de los mercados de su incapacidad para hacer frente a su deuda. Ello trajo consigo la necesidad de medidas excepcionales y urgentes. La gestión de la crisis se centró en tres ejes distintos (BARNARD Y PEERS, 2013: 571-586): la intervención del BCE para estabilizar a los países de la zona euro, los rescates y la introducción de normas para reforzar la vigilancia presupuestaria y ahondar en la coordinación económica.

Los primeros rescates a Irlanda, Portugal y Grecia se hicieron conjuntamente dentro del marco de la Unión y, también, fuera de él. Estos rescates se financiaron por el Fondo Monetario Internacional y dos mecanismos diferentes: el Mecanismo de Estabilidad Financiera Europeo (MEFE), creado por el Reglamento del Consejo 407/2010, un instrumento de préstamo dentro del sistema europeo, y el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (FEEF) que adoptó la forma de una sociedad de derecho privado sita en Luxemburgo con 17 accionistas, los 17 Estados de la zona euro, que participaron en su capital. A diferencia del MEFE, el FEEF estaba dotado de mayores fondos, su naturaleza era temporal y se creó de forma intergubernamental. Posteriormente fue sucedido por el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE).

La base legal del MEFE es el artículo 122.2 TFEU, aunque es evidente que no es fácil de justificar que las circunstancias para las que se creó se correspondieran con el supuesto previsto en dicho artículo, que contempla la posibilidad de prestar asistencia financiera a un Estado miembro que esté en dificultades o seriamente amenazado con graves dificultades causadas por desastres naturales o circunstancias excepcionales más allá de su control, tal y como señalan DE WITTE (2012: 148-149), RUFFERT (2011: 1787) o TOMKIN (2012: 66-67).

Era cuestionable que ambos mecanismos (MEFE Y FEEF) fueran compatibles con la prohibición de rescate establecida en el artículo 125 TFEU, a la vista de la existente prohibición de asistencia financiera, tal y como observan, entre otros, RUFFERT (2011: 1785). Por ello, en marzo de 2011 se procedió a la reforma del artículo 136 TFEU, usando el

procedimiento simple del artículo 48.6 TUE, para introducir un nuevo párrafo tercero que habilitaba a los Estados miembros a crear un mecanismo permanente de crisis para salvaguardar la estabilidad del euro.

Incluso antes de que dicha reforma fuera ratificada, los Estados miembros ya habían firmado un acuerdo internacional creando el MEDE que, como se ha dicho, sucedió al MEFE. El problema principal de la compatibilidad de los Tratados con el Tratado MEDE es precisamente ése que, tal y como señala DE WITTE, “la adopción y ratificación del Tratado MEDE tuvo lugar en paralelo a la ratificación de la reforma del TFUE” (2012:151).

En segundo lugar, se han adoptado diferentes medidas para mejorar la vigilancia presupuestaria y la coordinación económica. Algunas son legislación de la UE: el *Six Pack*, cuya finalidad es mejorar el marco de la vigilancia de las posiciones presupuestarias y de las políticas económicas, y el *Two Pack*, para fortalecer la vigilancia financiera de los países de la Eurozona. Se aprobaron al amparo de los artículos 136 TFEU y 121 TFEU y son de aplicación a los países de la Eurozona. Otras medidas están, nuevamente, fuera del ordenamiento UE. Es el caso del TCEG. En diciembre de 2011 el Consejo Europeo acordó la necesidad de un nuevo tratado que promoviera una mayor disciplina presupuestaria y que permitiera a los Estados Miembros ahondar en una unión económica más fuerte. La primera intención era reformar los Tratados. La negativa de Reino Unido desbarató este plan, por lo que se decidió que el nuevo tratado fuera un instrumento puramente intergubernamental adoptado fuera del marco legal de la Unión, aunque con lazos institucionales con él.

Los mecanismos de asistencia financiera, tanto el instituido dentro del marco legal de la Unión (MEFE) como aquéllos que se sitúan fuera de él (el FEEF primero y el MEDE después) han condicionado la percepción de asistencia financiera a una serie de requisitos que están afectando sobremanera a áreas que están excluidas de la mera coordinación en política económica y social que dispone el Tratado de Lisboa. Y no sólo eso, sino que en algunos casos (los sueldos, el sistema social o el sistema sanitario) eran territorio vedado a la acción de la Unión (DAWSON Y DE WITTE, 2013: 825) pues el artículo 153.4 TFUE establece dicha prohibición (GARCÍA URETA, 2013: 121). Esto lo han puesto de relieve entre otros BENVENUTI (2015) y DAWSON y DE WITTE (2013).

Un ejemplo de lo que decimos está en los Memoranda de Entendimiento con los países rescatados como Grecia o que han recibido algún tipo de financiación como España en los que se les exige tal y como lo ilustran DAWSON y DE WITTE (2013: 825) “aumentos del IVA, recortes en pensiones y la liberalización de los servicios público. De manera similar, el

Memorándum de Entendimiento que los Estados Miembros en dificultades eran requeridos a negociar con la Troika (...) enumeran específicas y detalladas reformas en importantes áreas políticas como los derechos de los sindicatos, la educación o el sistema sanitario” que están al margen de las competencias de la Unión.

Asimismo, el TCEG supone una mayor influencia de la UE en asuntos fiscales que, sin embargo, se ha observado que no se ha compensado con nuevos mecanismos de legitimación democrática (CHITI y TEIXEIRA, 2013: 700). Además, a este respecto se sostiene que lo contenido en el TCEG podía haber sido igualmente introducido manteniéndose en el marco legal de los Tratados (DE WITTE, 2012: 152; PAUL CRAIG, 2013: 276).

Es importante indagar por qué los Estados Miembros retuvieron dichas competencias. Así, se sugiere que son competencias que serían ejercidas y debatidas en mejores condiciones a nivel estatal ya que implican elecciones trascendentales tales como la distribución de la riqueza en nuestra sociedad, la concepción del Estado de Bienestar, y del propio concepto de la solidaridad. Por eso, la asunción de las mismas por la Unión ha sido percibida con cautela, particularmente porque se ha considerado que “no tiene aún la necesaria legitimidad democrática para decidir en materias como impuestos, pensiones o los límites del Estado del Bienestar” (BARNARD y PEERS, 2013: 75-576).

En cuanto al MEDE, a pesar de que la reforma del artículo 136 TFUE fue controvertida, el TJUE ha resuelto las dudas existentes en el caso PRINGLE (STJUE C- 370/12) y ha determinado la compatibilidad de dicho Tratado con el Derecho de la Unión. Aun así, son muchas las voces que siguen manteniendo que dicho Tratado se creó para eludir las normas de los Tratados. Esa es la opinión de TOMKIN y BEUKERS (2012) que duda del uso de las instituciones comunitarias en dicho marco fuera de la Unión. Una actitud más complaciente es la de PEERS (2013) mientras que CRAIG (2013: 278) es más crítico, considera que con los requisitos que impuso el Tribunal de Justicia en PRINGLE cualquier acuerdo intergubernamental imaginable podría ser concluido fuera de los límites de los Tratados.

DE WITTE y BEUKERS (2012) señalan como alternativas, aunque políticamente igualmente difíciles -especialmente si la postura de Reino Unido durante la crisis se hubiera mantenido- el uso del artículo 352 TFUE para ampliar las competencias de la Unión en áreas ya existentes o el uso de la cooperación reforzada del artículo 20 TUE entre los Estados de la eurozona o entre los Estados que desearan progresar en una unión económica y fiscal más estrecha. Por último, BEUKERS contempla la aplicación combinada de los

artículos 20 TUE y 352 TFUE como una “alternativa genuina” para la gestión de los problemas estrictamente relacionados con la Eurozona. (2012: 9).

La falta de legitimidad democrática de la opción seguida ha sido puesta de relieve por toda la doctrina tal y como señala RUFFERT. Entre otros, RUFFERT considera que “el establecimiento de acuerdos institucionales dudosamente democráticos debería encender las luces de alarma” (2011:1790).

Son innegables los aspectos ventajosos de una actuación en paralelo al sistema de la Unión como son la flexibilidad, la posibilidad de “puentear” vetos, no tener que llevar a cabo procedimientos que incluyan requisitos procedimentales gravosos que impidan reaccionar con la rapidez que era necesaria y que, en este caso, hubieran conducido a la Unión a un callejón sin salida (CHITI y TEIXEIRA, 2013:689), (DE WITTE, 2012: 154). Ahora bien, estas ventajas circunstanciales se contraponen al coste democrático de un modo de proceder que obvia la intervención del Parlamento europeo. Buena muestra de ello son sus resoluciones en las que denuncia el déficit democrático que entraña actuar al margen del marco legal de la Unión<sup>2</sup>, orillando, también, la participación de los parlamentos nacionales que se han limitado a ratificar el Tratado sin que, salvo en Irlanda, se haya ratificado por referéndum: “al haber dejado de lado a los parlamentos nacionales, la respuesta de la Unión a la crisis ha excluido un amplio abanico de intereses sociales que no están presentes en el ámbito político transnacional” (DAWSON y DE WITTE, 2013: 827).

Por último, en PRINGLE, el TJUE sostuvo que, dado que la actuación de los Estados Miembros se producía fuera del marco legal de la Unión, la Carta no les era aplicable porque no estaban “aplicando Derecho de la Unión”, lo que no es sino una interpretación muy restrictiva del artículo 51.1 CDFUE corregida parcialmente por la Sentencia Ledra Advertising<sup>3</sup> de 20 de septiembre de 2016. Aquí el TJUE ha concluido que, por el contrario, la función de guardiana de los Tratados que ostenta la Comisión en virtud del Artículo 17.1 TUE le obliga a velar por la compatibilidad de los Memoranda de Entendimiento en el marco del MEDE con la Carta. Ahora bien, ello sólo generaría una responsabilidad extracontractual de la Unión ya que no se

<sup>2</sup> Resoluciones del Parlamento Europeo: Resolución de 23 de marzo de 2011, (última visita 08/11/2016) disponible aquí: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0103+0+DOC+XML+V0//EN>, Resolución de 18 de enero de 2012, (última visita 08/11/2016) disponible aquí: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0002+0+DOC+XML+V0//EN>.

<sup>3</sup> Caso Ledra Advertising p. 67.

considera a dichos Memoranda ni a la actividad realizada en el marco del MEDE como parte del ordenamiento jurídico de la Unión<sup>4</sup> y, por lo tanto, la vía del artículo 263 TFEU no está disponible. El camino será, pues, tortuoso (SARMIENTO, 2016) para los eventuales recurrentes ya que, como ocurre en el caso Mallis, resuelto el mismo día, es casi imposible sostener la ilicitud de la conducta de la Comisión, que es el primer requisito para que se genere la eventual responsabilidad, en la medida que el objetivo perseguido por el MEDE fue la persecución de un “interés general” como la supervivencia de la zona Euro.

### 3. *La gestión del Brexit*

La misiva de Cameron a Tusk enviada el 10 de noviembre de 2015 dio inicio a las negociaciones entre la UE y el gobierno del Reino Unido para afrontar el creciente sentimiento euroescéptico en aquel país, así como la promesa electoral de Cameron de celebrar un referéndum sobre la pertenencia a la Unión.

Es especialmente sorprendente la palabra clave señalada en aquella carta: la flexibilidad, viniendo de un miembro de la Unión que hasta ahora tiene opt outs y reservas especiales en muchos ámbitos: las Conclusiones del Consejo que aprobaron la Declaración sobre la relación entre la UE y Reino Unido hicieron un inventario de ellas. Esto recuerda a una anécdota contada por el filósofo Daniel Innerarity en el marco de los “European Dialogues”<sup>5</sup>. Cuenta que, en una conversación con un parlamentario británico, éste le contestó acerca de su opinión sobre la pertenencia a la UE, “Ah, pero ¿Alguna vez hemos estado dentro?” haciendo referencia a las múltiples excepciones a la aplicación del Derecho de la Unión en el Reino Unido.

Las peticiones de Cameron se centraban especialmente en cuatro áreas diferentes que serían posteriormente las contempladas en la Declaración “Gobernanza económica y competitividad, soberanía e inmigración”.

En cuanto a la gobernanza económica y la competitividad lo que se pedía era, esencialmente, asegurar la protección de los países que no pertenecen a la Eurozona, de modo que la existencia de diferentes monedas en la UE no supusiera una discriminación negativa, así como que los contribuyentes

<sup>4</sup> Caso Ledra Advertising p. 53 y 54, y Caso Mallis, p. 61.

<sup>5</sup> En el Azkuna Zentroa de Bilbao el 8 de noviembre de 2016 “Bilbao European Encounters 2016” con el título “La Europa Cosmopolita” que contó con la presencia de Javier Solana.

británicos de un país que no perteneciera a la Eurozona no debieran ser responsables nunca financieramente para apoyar a la Eurozona.

En cuanto a la soberanía, la primera petición era preocupante: acabar con la obligación del Reino Unido de perseguir “una unión más estrecha entre los pueblos de Europa” que proclama el artículo 1 TUE. Además, se incidía en la necesidad de aumentar el protagonismo de los Parlamentos nacionales en la toma de decisiones, así como de reforzar el respeto al principio de subsidiariedad.

Por último, respecto de la inmigración, se formulaban dos propuestas bastante alarmantes: la suspensión en los países que se adhirieran a la UE en el futuro de la libertad de circulación hasta que existiera una convergencia económica, así como controlar el “abuso” de la libertad de circulación del que culpaba al TJUE por “haber ampliado el ámbito de la libertad de circulación de personas” retrasando la posibilidad de que los ciudadanos europeos sean beneficiarios de prestaciones laborales o sociales hasta 4 años después de su llegada.

Procedamos ahora al análisis de la Declaración del 18 de febrero de 2016. Formalmente, esta Declaración fue una “Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno relativa a un nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea”. Está incluida en el Anexo I de las Conclusiones del Consejo Europeo celebrado los días 18 y 19 de febrero de 2016. Afirmaba su plena compatibilidad con los Tratados y señalaba que sería efectivo cuando el Reino Unido informe de su decisión de seguir siendo miembro de la Unión, creyendo que “constituye una respuesta apropiada a las preocupaciones del Reino Unido”.

En la Exposición de Motivos de la Decisión se hacía una declaración de intenciones un tanto perturbadora pues se dirigía a “aclarar (...) determinados temas (...) de forma que dicha aclaración tenga que tomarse en consideración como un instrumento para la interpretación de los Tratados (...)”.

Después se trataban diferentes temas: la gobernanza económica a propósito de la cual se afirmaba la no discriminación por razón de la moneda oficial y el respeto a los países que no pertenecen a la zona euro en el desarrollo de la política de esta última. Asimismo, se establecía que las medidas dirigidas a “salvaguardar la estabilidad financiera de la zona euro no conllevarán una responsabilidad presupuestaria de los Estados miembros cuya moneda no es el euro”. En cuanto a la soberanía, se reafirmaba la voluntad de Reino Unido de no comprometerse a “una mayor integración política” y, en concreto, se aclaraba que “las referencias a una unión cada vez más estrecha no se aplicarían al Reino Unido”.

Además, se preveía una alteración de las reglas del Protocolo sobre el principio de subsidiariedad haciendo posible que se ampliara el plazo de 8 a 12 semanas en las que los parlamentos nacionales deben remitir sus dictámenes. Se establecía, igualmente, que si el porcentaje de dictámenes que señalaran que no se respeta el principio representase “más del 55% de los votos atribuidos a los parlamentos nacionales” se debería incluir en el orden del día del Consejo para debatirlos y podrán suspender el examen del acto legislativo. Ello implica una alteración de las reglas establecidas en el Protocolo n° 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, cuyo artículo 7. 2 dispone que “cuando los dictámenes motivados que indiquen que un proyecto de acto legislativo no respeta el principio de subsidiariedad representen al menos 33, 33% del total de los votos atribuidos a los parlamentos nacionales el proyecto deberá volverse a estudiar” además este umbral será menor, en concreto del 25%, cuando se trate de un proyecto de acto legislativo en el espacio de libertad, seguridad y justicia.

En la sección sobre “prestaciones sociales y libre circulación” se preveía, por un lado, “la interpretación de las normas de la UE vigentes” considerando que se puede limitar la libertad de circulación por motivos de interés general relacionados con “el orden público, la seguridad pública o salud pública” así como imponer condiciones a la percepción de prestaciones a la existencia de “un vínculo real y efectivo entre la persona afectada y el mercado laboral del Estado miembro de acogida”. Por otro lado, contemplaba limitaciones al “abuso” del derecho y, por ello, la posibilidad establecer “medidas restrictivas”, no sólo posteriores a la comprobación de una “amenaza real y grave”, sino, también, cuando la misma no sea inminente. Además, incluía la posibilidad de actuar “por razones de prevención” aunque, por ejemplo, no existieran antecedentes penales.

Por último, y siempre respecto de la libertad de circulación y las prestaciones sociales, se anunciaban “cambios en el derecho derivado” para restringir y excluir de las prestaciones no contributivas vinculadas al ejercicio de una actividad profesional a los trabajadores de la UE, bajo la supervisión de la Comisión y del Consejo de darse en una “situación excepcional en una escala que afecta a los aspectos esenciales de sus sistemas de seguridad social” durante un periodo de hasta 4 años. En incluso, “durante un periodo de 7 años”. Asimismo, se aludía a “cambios en el Derecho primario de la UE” para limitar la libre circulación en futuras ampliaciones.

El problema que plantea este acuerdo es si se trataba efectivamente de un acuerdo internacional, dadas las dudas acerca de su naturaleza jurídica, aunque, siguiendo las consideraciones de DE WITTE (2012: 140), podríamos

presumir que se habría tratado de un acuerdo internacional entre los restantes Estados Miembros de la Unión y el Reino Unido.

De ser así, sería especialmente grave ya que lo que propone es una reinterpretación y una reforma que afectaría tanto el Derecho primario como al derivado, que se habría realizado al margen de los requisitos formales y sustantivos de los Tratados, especialmente en lo relativo a la libertad de circulación que es un principio esencial, así como de la Carta de los Derechos Fundamentales, en particular, respecto del derecho fundamental a la vida familiar.

#### 4. *La Declaración UE-Turquía*

El acuerdo prevé que todos los migrantes irregulares que lleguen a Grecia desde el 20 de marzo de 2016 sean devueltos a Turquía. Por cada sirio que sea retornado a Turquía desde Grecia, un sirio será trasladado de Turquía a la UE. Turquía se compromete a evitar que se creen nuevas rutas de llegada. A cambio se ofrece la reapertura de capítulos para su adhesión a la UE, la liberalización de los visados de los ciudadanos turcos y el pago de 6 billones de euros a Turquía en dos fases siempre que se cumplan los términos del acuerdo.

La naturaleza jurídica de este documento también es dudosa. Son varias las opiniones que consideran que, a pesar de no haber discurrido por los cauces legales previstos en los Tratados (artículos 216 y 218 TFUE), se debe considerar un Tratado internacional en el sentido de la Convención de Viena sobre la ley de los Tratados (DE WITTE, 2012; DEN HEIJER y SPIJKERBOER, 2016); (LÓPEZ GARRIDO, 2016). Otros autores consideran que, al tratarse de una declaración, no tiene valor jurídico, y que por lo tanto no puede tratarse de un Tratado internacional (STEVE y PEERS, 2016; y KAROLINA BABICKA, 2016).

Por otra parte, hay que recordar que el Tratado de Lisboa nos da opciones para afrontar la actual crisis humanitaria. En primer lugar, a través del sistema europeo de asilo que se puede desarrollar haciendo uso de la base legal otorgada por el artículo 78 TFUE que habilita a la Unión para desarrollar una política común de asilo siempre asegurando el cumplimiento del principio de *non-refoulement*. Otra alternativa sería afrontar la actual crisis migratoria desde la política de desarrollo y ayuda humanitaria dentro de las competencias en asuntos exteriores de la Unión (artículo 214 TFUE) y, en todo caso, mediante la conclusión de un acuerdo internacional con Turquía cumpliendo el procedimiento establecido en el artículo 218 TFUE. Este precepto

identifica en su apartado 6 a) v) que en las áreas en las que está prescrito como procedimiento aplicable el ordinario, como es el caso del derecho de asilo, permitiría que el Parlamento europeo podría participar dando su consentimiento y siendo informado en todas las fases de las negociaciones, tal como prevé el apartado décimo del mismo artículo. Además, éste artículo daría la posibilidad de solicitar el dictamen de compatibilidad con los Tratados al TJUE como ya se ha hecho en otras ocasiones.

El debate acerca del Acuerdo UE-Turquía ha girado en torno a su viabilidad legal dadas las dificultades que existen para considerar que Turquía es un “país seguro” en los términos de la legislación europea al que poder retornar a los migrantes, lo cual potencialmente infringiría el principio de no devolución. A pesar de que la redacción del propio acuerdo reafirma su respeto a los derechos fundamentales la doctrina (LÓPEZ GARRIDO, 2016) sostiene que esta consideración es “el elemento más frágil, e inaceptable, política y jurídicamente”. Además, la restricción geográfica que tiene Turquía a la aplicación de la Convención de Ginebra es una cuestión interesante para calibrar la observancia del artículo 18 de la Carta que exige que se respete la legalidad internacional (LABAYLE y DE BRUYCKER, 2016). En todo caso, parece que la legislación de la Unión en materia de asilo seguirá resultando aplicable (PEERS, 2016). Al mismo tiempo, parece difícil conciliar el obligado retorno de los migrantes a Turquía que dispone el acuerdo con el artículo 2 del Protocolo 4 del CEDH que establece la libertad de dejar cualquier país incluido el propio, y la prohibición de las expulsiones colectivas.

Asimismo, se han indagado los caminos que se podrían recorrer para que esta norma sea objeto de escrutinio por parte del TJUE e, incluso, del TEDH. Parece que podría ser a través de los tribunales griegos, aunque esto parece más “una opción teórica que real” (PEERS, 2016). Los que afirman que el Acuerdo tiene la naturaleza jurídica de tratado sostienen que tanto la vía del recurso de anulación como la de la cuestión prejudicial son posibles (LÓPEZ GARRIDO, 2016). Las dudas acerca del estado de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho en Turquía se han acrecentado tras el intento de golpe de estado y la presentación del informe del Comisario de ampliación el día 11 de noviembre de 2016, que certifica el pésimo estado de la democracia en Turquía. Todo ello sin perjuicio de los múltiples informes de organizaciones no gubernamentales como Human Rights Watch o Amnistía Internacional.

### 5. *Reflexiones finales*

La integración europea se ha construido por medio de variados instrumentos diseñados para adaptar las voluntades o capacidades de integración o para alcanzar metas que no encontraban fácil encaje en el marco legal existente. Sin embargo, las herramientas utilizadas muestran una tendencia de los Estados miembros, en un lapso muy corto de tiempo a afrontar problemas de muy distinta naturaleza fuera de los confines legales de la Unión Europea. Esto debería generar preocupación en la medida en la que si se perpetúa en el tiempo puede acabar por vaciar de contenido las normas y el sistema institucional del que los Estados miembros se han dotado.

Este modo de actuar, siendo lo más complaciente posible, puede tener justificación en casos concretos como ya hemos mencionado, pero no todo puede resolverse de esta forma, máxime cuando el Tratado de Lisboa proporciona mecanismos para actuar conjuntamente. Debemos reflexionar, pues, sobre la necesidad de imponer límites formales materiales y temporales a tanta salvedad, porque, si no, podemos instalarnos en un Derecho de excepción que priva de sentido y de credibilidad todo el sistema. En particular el Acuerdo de la UE con Turquía es muy preocupante, ya que afecta a la esencia misma de lo que ha querido y quiere ser la Unión Europea, y constituye una triste muestra, tal y como han sostenido LABAYLE y DE BRUYCKER (2016) de que “la Unión ha despejado todas las dudas de su capacidad de renunciar a sus valores fundamentales” ante la mayor crisis humanitaria desde la Segunda Guerra Mundial.

Si el marco legal no nos da vías para solucionar los desafíos que se nos presentan, habrá que cambiarlo o plantear nuevos caminos dentro del existente, pero seguir actuando de esta forma no sólo puede debilitar a la Unión, puede acabar con sus propios cimientos.

### 6. *Postscriptum*

A la fecha de la entrega de este artículo se han producido dos circunstancias que es necesario señalar.

En primer lugar, ya desde 2014 y hasta febrero de 2017, la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo comienza, junto con otras instituciones europeas, a plantearse el presente y futuro de la Unión Europea como proyecto constitucional y las implicaciones que han conllevado algunas de las actuaciones que se han descrito en este artículo.

A este respecto es necesario referir los tres informes presentados por los

eurodiputados Guy Verhofstad, Mercedes Bresso y Elmar Brök, que se plantean tres diferentes cuestiones: las potencialidades del presente Tratado de Lisboa, la mejora de la capacidad presupuestaria de la Unión y las posibles modificaciones de la configuración institucional de la Unión.

Los tres contienen propuestas y reflexiones muy necesarias, que, en cierta medida, refrendan ideas sostenidas en este artículo.

Precisamente, la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, sobre posibles modificaciones y ajustes de la actual configuración institucional de la Unión Europea, en su considerando G dice lo siguiente: “Considerando que, en lugar de fomentar la Unión, el sistema que permite a los Estados miembros recurrir a soluciones «a la carta», reforzado por el Tratado de Lisboa, ha aumentado la complejidad de la Unión y ha acentuado sus diferencias internas; que, pese a la flexibilidad que ofrecen los Tratados, se han concedido numerosas excepciones al Derecho primario a diversos Estados miembros, y esto ha creado un sistema opaco de círculos de cooperación entrecruzados impidiendo el control y la responsabilidad democráticos”. Más adelante, continúa diciendo que: “(...) esta situación no solo conduce a un proceso de toma de decisiones menos eficaz, sino que contribuye también a una creciente falta de transparencia, de responsabilidad democrática y de control; considera que una vía diferenciada es concebible únicamente como medida temporal en el camino hacia una toma de decisiones más eficaz e integrada en la Unión.”

En segundo lugar, el Tribunal General de la Unión Europea el 28 de febrero de 2017 se declaró incompetente para conocer de los recursos de anulación presentados por tres solicitantes de asilo que se encontraban en Grecia en contra de la Declaración UE-Turquía. Consideró este Tribunal que dicha Declaración no constituye acto jurídico alguno, no es atribuible a ninguna de las instituciones europeas, sino a los Estados miembros, como sujetos de Derecho Internacional, quienes, a su entender, concluyeron dicho acuerdo con Turquía. El control de validez de los acuerdos internacionales suscritos por los Estados miembros, afirma el Tribunal, no es de su competencia. Próximamente será el turno del Tribunal de Justicia de la Unión quien deberá abordar el recurso presentado contra este auto de inadmisión.

## *7. Referencias Bibliográficas*

BABICKA, Karolina (2016) “The EU-Turkey deal seems to be schizophrenic” en *migrationonline.cz*, (última visita 08/11/2016):<http://migrationonline.cz/en/eu-turkey-deal-seems-to-be-schizophrenic>.

BENVENUTI, Marco (2015) “Las medidas anticrisis adoptadas por la Unión Europea” - *Revista de Derecho Constitucional Europeo* n°24.

BEUKERS, Thomas (2012) “The Eurozone crisis and the legitimacy of differentiated integration” en “*The Euro Crisis and the State of European Democracy Contributions from the 2012 EUDO DISSEMINATION CONFERENCE*”, EUI Robert Schuman Center of Advanced Studies, p. 7-31.

CHITI, Edoardo y TEIXEIRA Pedro Gustavo (2013), “The constitutional implications of the European responses to the financial and public debt crisis”, *Common Market Law Review* n° 5, p. 683-708.

CRAIG, Paul (2013) “Pringle and the use of EU institutions outside the EU legal framework. Foundations procedure and substance” in *European Constitutional Law Review* n° 9, p. 263-284.

CRAIG, Paul y DE BURCA, Grainne, (2011) *EU law: Text, cases, and materials*. New York. Oxford University Press p. 73-102.

DAWSON, Mark y DE WITTE, Floris (2013) “Constitutional balance in the EU after the Euro-crisis” en *Modern Law Review* n° 76(5) p. 817-844

DE WITTE, Bruno (2012) “Treaty Games. Law as instrument and as a constraint in the Euro crisis policy” en ALLEN Franklin, CARLETTI Elena and SIMONELLI Saverio (eds.) *Governance in the Eurozone, Integration or desintegration?* Philadelphia, FIC Press, p. 139-160.

DE WITTE, Bruno (2013) “European Stability Mechanism and Treaty on stability, coordination and governance: role of the EU institutions and consistency with EU legal order” en “*Challenges of Multi-Tier Governance in the EU*” Compendio de Notas para la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, p. 78-84.

DE WITTE, Bruno (2015) “Editorial Five years after the Lisbon Treaty’s entry into force. Variable geometry running wild?” *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n° 22 (1) p. 3-9.

DEN HEIJER, Maarten y SPIJKERBOER, Thomas (2016). “Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?” en eulawanalysisblog.com (última visita 08/11/2016), disponible en: <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/04/is-eu-turkey-refugee-and-migration-deal.html> .

EMMANOULIDIS, Janis (2007) “*Institutional consequences of differentiated integration*” CAP discussion paper.

GARCÍA URETA, Agustín, (2013) *Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, p. 121.

HINAREJOS, Alicia (2013) “Economic and Monetary Union” en BARNARD, Catherine y PEERS, Steve “*European Union law*”, Oxford University Press, p. 571-586.

LABAYLE, Henri y DE BRUYCKER, Philippe (2016) “*The EU-Turkey agreement on migration and asylum: false pretences or a fool’s bargain?*” en [www.eumigrationlawblog.eu](http://www.eumigrationlawblog.eu), (última visita 08/11/2016) disponible en: <http://eumigrationlawblog.eu/the-eu-turkey-agreement-on-migration-and-asylum-false-pretences-or-a-fools-bargain/> .

LÓPEZ GARRIDO, Diego en [ctxt.es](http://ctxt.es) “*Análisis Acuerdo UE-Turquía: refugiados sin ley*” en <http://ctxt.es/es/20160420/Politica/5505/acuerdo-UE-Turquia-refugiados-inmigracion-grecia-siria-vulneracion-derechos-derecho-asilo.htm>

MANGAS MARTÍN, Araceli (2000) “La Europa de la Geometría variable: la integración diferenciada” en DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel (ed.). *La Unión Europea tras la reforma*. Santander: Universidad de Cantabria, Parlamento de Cantabria, p. 107-126

PEERS, Steve (2016) “*EU-Turkey deal a legal assessment*” in [eulawanalysis.blogspot.com](http://eulawanalysis.blogspot.com) (última visita 08/11/2016) disponible en: <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/03/the-final-euturkey-refugee-deal-legal.html>

PEERS, Steve y ROMAN, Emanuela, “*The EU, Turkey and the Refugee crisis: what could possibly go wrong?*” en [eulawanalysis.blogspot.com](http://eulawanalysis.blogspot.com) (última visita 08/11/2016) disponible en: <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/02/the-eu-turkey-and-refugee-crisis-what.html>

RUFFERT, Matthias (2011) “The European debt crisis and European Union law” *Common Market Law Review* n° 48 p. 1777-1806.

SARMIENTO, Daniel (2016) “*The price of borrowing EU institutions, and the Price of Being Borrowed- A short comment on Ledra Advertising*” in [despiteourdifferences.wordpress.com](http://despiteourdifferences.wordpress.com) (última visita 08/11/2016) disponible en: <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2016/09/21/the-price-of-borrowing-eu-institutions-and-the-price-of-being-borrowed-a-short-comment-on-ledra-advertising/>

TOMKIN, Jonathan (2012) “Contradiction, Circumvention and Conceptual Gymnastics: The Impact of the Adoption of the ESM Treaty on the State of European Democracy” en “*The Euro Crisis and the State of European Democracy Contributions from the 2012 EUDO DISSEMINATION CONFERENCE*”, EUI Robert Schuman Center of Advanced Studies, p. 64-82.

LA SOVRANITÀ NAZIONALE COME LIMITE  
ALLA COSTITUZIONALIZZAZIONE DELLA POLITICA ESTERA  
E DI SICUREZZA DELL'UE

*Valentina Faggiani\**

SOMMARIO. 1. L'acquisita importanza della dimensione esterna dello SLSG. – 2. La competenza dell'UE nell'ambito della PESC. – 3. Il perdurante carattere intergovernativo dei processi decisionali nell'ambito della PESC. – 4. L'Alto rappresentante come istituzione di raccordo. – 5. Il limitato sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia sulla PESC. – 6. Le clausole di mutua assistenza e di solidarietà. – 7. Alcune considerazioni conclusive sul ruolo della sovranità nazionale nella PESC. – 8. Bibliografia.

1. *L'acquisita importanza della dimensione esterna dello SLSG*

Lo sviluppo di una politica estera e di sicurezza comune costituisce uno degli elementi essenziali per permettere all'UE di assumere un ruolo da protagonista sullo scenario internazionale e di consolidare un vero spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG). Esiste un'indissolubile interconnessione tra dimensione interna e dimensione esterna dello SLSG<sup>1</sup>. Far fronte alle minacce alla sicurezza collettiva in un mondo globalizzato, anche a grande distanza dal nostro continente, è di primaria importanza per tutelare l'Europa e i suoi cittadini. La difesa della pace, della sicurezza, della democrazia, dei diritti umani, dello Stato di diritto e della libertà devono essere concepiti come un obiettivo e una responsabilità sia per l'UE sia per gli Stati membri<sup>2</sup>.

Non è possibile adottare una politica comune europea in materia di immigrazione, asilo e visti, che dia una risposta effettiva, ad esempio, alla crisi umanitaria dei rifugiati né è possibile elaborare una strategia comune per lottare contro la criminalità organizzata transfrontaliera o contro il terrorismo

\* Professoressa di Diritto costituzionale, Università di Granada (Spagna). Questo contributo è stato realizzato nell'ambito del gruppo di ricerca: *Andalucía, la Unión Europea y el Estado Social* (SEJ-106) e del Progetto di ricerca DER2016-77924P: *Los Derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*.

<sup>1</sup> Consiglio europeo, Programma di Stoccolma — Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini (2010/C 115/01), par. 7.3.

<sup>2</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 22 novembre 2012 sulle clausole di difesa reciproca e di solidarietà dell'UE: dimensioni politiche ed operative (2012/2223(INI)), Doc.: P7\_TA-PROV(2012)0456, p. 2.

internazionale di matrice jihadista, se non si rafforza anche la dimensione esterna dello SLSG. La trasversalità di tali ambiti e il carattere transnazionale della sicurezza e della difesa creano, infatti, un punto di contatto che unisce la dimensione interna ed esterna della sicurezza dell'UE (MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, 2012). Un'azione esterna coerente e coordinata è imprescindibile per disegnare una risposta a queste sfide che sia efficace all'interno degli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione. Nessuno Stato è in grado di affrontare da solo le nuove minacce; l'ordine internazionale si deve basare su un multilateralismo effettivo.

Il Trattato di Lisbona ha segnato un passo in avanti in questo senso, mediante la soppressione "formale" dei pilastri comunitari e la conseguente "comunitarizzazione" della cooperazione giudiziaria in materia penale (ex terzo pilastro) e della politica estera e di sicurezza comune (l'ex secondo pilastro), che, in tal modo, si sono integrate nelle altre politiche dell'Unione Europea. Tuttavia, la PESC continua ad essere caratterizzata da importanti limitazioni (URREA CORRES, 2010). Questo ambito costituisce uno degli ultimi residui della sovranità nazionale (ROLDÁN BARBERO, 2005). Le reminiscenze intergovernative possono ostacolare il raggiungimento degli "obiettivi interni" dello spazio LSG (MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, 2012). Per questo, nel presente contributo, si analizzeranno la categoria della sovranità nazionale come limite alla definitiva costituzionalizzazione della PESC e i principali elementi intergovernativi attraverso cui questa tendenza si manifesta.

## *2. La competenza dell'UE nell'ambito della PESC*

Malgrado l'UE sia competente per definire e attuare politiche comuni ed intervenire in tutti i settori delle relazioni internazionali non pare corretto affermare che abbia consolidato finalmente una strategia di sicurezza e di difesa ben definita e strutturata. Non vi è riuscita perché non dispone ancora di una politica comune in questo ambito, che possa permettere, davvero, di salvaguardare i suoi valori ed interessi fondamentali, di assicurarne la sicurezza, l'indipendenza e l'integrità, di consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale, di preservare la pace, prevenendo i conflitti, di rafforzare la sicurezza internazionale, conformemente agli obiettivi e ai principi della Carta delle Nazioni Unite, e di favorire i Paesi in via di sviluppo sul piano economico, sociale e ambientale, con l'obiettivo primo di eliminare la povertà (art. 21 TUE).

In effetti, anche se l'attribuzione, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, di una capacità giuridica di diritto internazionale (GOSALBO

BONO, 2015)<sup>3</sup>, distinta da quella degli Stati membri, sia un elemento costitutivo del carattere costituzionale dell'UE, che le permette di interagire con gli Stati terzi e le altre organizzazioni internazionali e divenire un attore nello scenario internazionale, l'azione esterna dell'UE continua ad essere contrassegnata da importanti limiti non solo di carattere politico ma anche giuridici e in alcuni casi strutturali dovuti alla sua natura *sui generis*.

Il Trattato di Lisbona si occupa della politica estera e di sicurezza comune nel Titolo V del TUE, il quale si articola in due capitoli: il primo enuncia i principi fondamentali sui quali si basa l'azione esterna dell'UE (artt. 21 e 22 TUE); il secondo, suddiviso a sua volta in due sezioni, contiene disposizioni più specifiche che si occupano, rispettivamente, della politica estera e di sicurezza comune (secondo capitolo, sezione 1, artt. 23 a 41) e della politica di sicurezza e di difesa comune (PESD) (secondo capitolo, sezione 2, artt. 42 a 55), che, in tal modo, diviene parte integrante della PESC. I tre ambiti, come si può osservare, non costituiscono compartimenti stagni ma sono tra loro strettamente relazionati. Infine, si possono ricondurre nell'ambito della politica estera dell'UE anche le disposizioni contenute nella Parte V del TFUE (artt. 205-2014 TFUE) relativa all'azione esterna dell'Unione, concernente in particolare i settori della politica commerciale comune, della cooperazione con i paesi terzi e l'aiuto umanitario.

Da una lettura sistematica dell'art. 2, par. 4, del TFUE con gli articoli 21, par. 2, e 24, par. 1, TUE, secondo i quali l'UE definisce e attua una politica estera e di sicurezza comune, compresa la definizione progressiva di una politica di difesa comune, pare che la competenza dell'UE in questo ambito sia di natura concorrente. Da lì, la necessità di un approccio coerente e coordinato, che permetta di raggiungere un livello sempre maggiore di convergenza. L'art. 24, par. 3, TUE, infatti, afferma che "Gli Stati membri sostengono attivamente e senza riserve la politica estera e di sicurezza dell'Unione in uno spirito di lealtà e di solidarietà reciproca e rispettano l'azione dell'Unione in questo settore". A tal fine, gli Stati membri sono chiamati ad operare "congiuntamente per rafforzare e sviluppare la loro reciproca solidarietà politica. Essi si astengono da qualsiasi azione contraria agli interessi dell'Unione o tale da

<sup>3</sup> L'A., a questo proposito, afferma che: "*El punto de partida es indudablemente la insuficiencia que resulta de la derivada, limitada y relativa personalidad jurídica internacional de la UE. La UE no es un sujeto de pleno derecho en las relaciones internacionales y su estatuto indefinido es fuente de múltiples problemas prácticos. Estas dificultades son engendradas a la vez por el Derecho internacional y por el propio Derecho de la UE. La UE no es un Estado, pero sí es sujeto de Derecho internacional, es decir, tiene capacidad de ser destinatario de normas que atribuyen derechos y obligaciones internacionales. La diferencia entre el Estado y la UE es importante en la conducta de las relaciones exteriores*" (GOSALBO BONO, 2015).

nuocere alla sua efficacia come elemento di coesione nelle relazioni internazionali”.

Ciononostante, la PESC continua ad essere un ambito eminentemente intergovernativo. Una conferma di questa impostazione si rinviene nelle dichiarazioni nn. 13 e 14 annesse al Trattato di Lisbona, secondo cui l'esercizio da parte dell'UE delle competenze in materia di PESC non può pregiudicare quelle attribuite agli Stati membri<sup>4</sup> né incidere sulla base giuridica, sulle responsabilità e sui poteri esistenti di ciascuno Stato membro per quanto riguarda la formulazione e la conduzione di questo ambito, il suo servizio diplomatico nazionale, le relazioni con i Paesi terzi e la partecipazione alle organizzazioni internazionali compresa l'appartenenza di uno Stato membro al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite<sup>5</sup>.

In tutto ciò, si deve inoltre considerare che secondo l'art. 4, par. 2, TUE, che contiene la clausola di salvaguardia delle identità nazionali, “L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro”.

Queste ultime disposizioni confermano la costante tensione tra dimensione intergovernativa e dimensione sovranazionale nell'ambito della PESC (MUNARI, 2011), tra lo scetticismo degli Stati membri a cedere la gestione e il controllo delle loro relazioni internazionali, questioni che mettono in gioco la loro sicurezza interna e la loro posizione nello scenario globale, e l'interesse ad adottare una prospettiva unitaria che eviti l'isolamento e permetta di affrontare le sfide del nostro secolo.

Tuttavia, al di là del fatto che l'effettività delle competenze dell'UE si rimette alla volontà dei soggetti coinvolti, ossia degli Stati membri, che in virtù del principio di leale cooperazione si dovranno rispettare ed assistere reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati (art. 4, par. 3, TUE), l'attribuzione di ampie competenze all'UE rappresenta senza dubbio un progresso in questo ambito.

<sup>4</sup> Dichiarazione n. 13 relativa alla politica estera e di sicurezza comune annessa al Trattato di Lisbona.

<sup>5</sup> Dichiarazione n. 14 relativa alla politica estera e di sicurezza comune annessa al Trattato di Lisbona.

### *3. Il perdurante carattere intergovernativo dei processi decisionali nell'ambito della PESC*

I processi decisionali rappresentano uno dei principali limiti alla costruzione di una dimensione esterna dello SLSG. La politica estera dell'UE è, infatti, ancora troppo vincolata alla volontà sovrana degli Stati, ad un'impostazione particolaristica e caratterizzata da una concezione bilaterale delle relazioni internazionali, in evidente contrasto con gli obiettivi enunciati nel Trattato di Lisbona e con la generale aspirazione dell'UE all'unità (MOSCHETTA, 2016). I processi decisionali si basano su un assetto interistituzionale, che coinvolge le istituzioni europee che operano in questo campo, anche se alla fine dei conti il loro risultato dipende dagli Stati membri, i quali, in conformità con il metodo intergovernativo, continuano ad essere i signori dei Trattati.

Questi intervengono nel seno del Consiglio europeo (che rappresenta sia gli Stati membri che l'Unione), il quale definisce gli interessi e gli obiettivi strategici della PESC (art. 22 TUE) e del Consiglio (che riunisce i Ministri degli esteri), che, basandosi sugli orientamenti generali e le linee strategiche definite dal primo, elabora gli indirizzi fondamentali e adotta le decisioni necessarie per specificare ed applicare tale politica. Questi organi si pronunciano all'unanimità (art. 31 TUE), potendo gli Stati membri, qualora non siano d'accordo con una determinata misura, bloccare l'adozione.

Nell'ambito della PESC, pertanto, salvo i casi in cui si preveda l'intervento del Consiglio europeo, il potere decisionale appartiene al Consiglio, che lo esercita quasi esclusivamente all'unanimità. L'iniziativa in questo ambito non spetta alla Commissione bensì agli Stati membri o all'Alto rappresentante. La persistenza di un simile metodo decisionale continua ad essere uno degli aspetti più controversi della PESC. Le decisioni in questo campo non hanno, infatti, carattere legislativo; è praticamente assente l'intervento della Commissione e del Parlamento Europeo nei processi decisionali e continua ad essere precluso, salvo in alcune eccezioni di cui ci occuperemo nel prosieguo di questo contributo, un controllo della Corte di giustizia. Questi elementi intergovernativi, i quali denotano la presenza di un evidente deficit democratico, fanno sorgere dei dubbi circa la legittimità dell'esercizio di una competenza dell'UE.

Per quanto riguarda i processi decisionali, non paiono eccezioni di rilievo le deroghe previste nell'art. 31 TUE, le quali sostituiscono il requisito

dell'unanimità con quello della maggioranza qualificata<sup>6</sup> e della maggioranza semplice in caso di questioni meramente procedurali (art. 31, par. 5, TUE), né la previsione dell'istituto dell'"astensione costruttiva" (art. 31, par. 1, TUE), simile alla riserva nel diritto internazionale.

Nel caso in cui uno Stato membro si astenga dal voto non è obbligato ad applicare la decisione; tuttavia accetta che essa impegni l'Unione. Inoltre, in uno spirito di mutua solidarietà, lo Stato membro interessato si astiene da azioni che possano contrastare o impedire l'azione dell'Unione basata su tale decisione e gli altri Stati membri rispettano la sua posizione. Qualora i membri del Consiglio che motivano l'astensione rappresentino almeno un terzo degli Stati membri che totalizzano almeno un terzo della popolazione dell'Unione, la decisione non è adottata. In tal modo, lo Stato membro refrattario non è obbligato a conformarsi al contenuto della decisione e, allo stesso tempo, non limita l'azione dell'UE e degli altri Stati membri.

Uno Stato membro può, invece, bloccare nel seno del Consiglio l'adozione di una decisione che richiede la maggioranza qualificata, qualora sussistano "specificati e vitali motivi di politica nazionale", opponendo il c.d. "freno di emergenza". In tal caso, non si procede alla votazione. L'Alto rappresentante dovrà cercare, quindi, in stretta consultazione con lo Stato membro interessato, una soluzione accettabile per quest'ultimo. In mancanza di un risultato, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può chiedere che della questione sia investito il Consiglio europeo, in vista di una decisione all'unanimità. Il freno di emergenza è un meccanismo che se, in alcuni casi, può rendere più flessibile la politica estera, dal momento che, da un lato, attenua la regola dell'unanimità, propria di una prospettiva eminentemente intergovernativa e, dall'altra, cerca di pervenire ad una soluzione di consenso per tutti gli Stati; in certe occasioni, tuttavia, può ostacolare se non vanificare l'adozione di determinate decisioni determinanti per l'UE. Anche l'uso corretto di questa clausola si rimette, pertanto, al rispetto del principio di leale cooperazione che deve ispirare le relazioni tra l'Unione e gli Stati membri (art. 31, par. 2, 2 co., TUE).

<sup>6</sup> Secondo l'art. 31, par. 2, TUE, "In deroga alle disposizioni di cui al paragrafo 1, il Consiglio delibera a maggioranza qualificata: — quando adotta una decisione che definisce un'azione o una posizione dell'Unione, sulla base di una decisione del Consiglio europeo relativa agli interessi e obiettivi strategici dell'Unione di cui all'articolo 22, paragrafo 1; — quando adotta una decisione che definisce un'azione o una posizione dell'Unione in base a una proposta dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza presentata in seguito a una richiesta specifica rivolta a quest'ultimo dal Consiglio europeo di sua iniziativa o su iniziativa dell'Alto rappresentante; — quando adotta decisioni relative all'attuazione di una decisione che definisce un'azione o una posizione dell'Unione; — quando nomina un rappresentante speciale ai sensi dell'articolo 33".

Successivamente, nell'art. 31, par. 3, TUE, si prevede anche la c.d. clausola passerella, secondo cui il Consiglio europeo può adottare all'unanimità una decisione che preveda che il Consiglio possa sostituire, in casi diversi da quelli contemplati nel paragrafo 2 dell'art. 31, la regola dell'unanimità, deliberando a maggioranza qualificata. È opportuno sottolineare che le deroghe alla regola dell'unanimità (votazione a maggioranza qualificata e procedura passerella) non si applicano alle decisioni che hanno implicazioni nel settore militare o della difesa.

Una maggiore flessibilità potrebbe essere impressa alla politica estera dell'UE dal meccanismo della cooperazione rafforzata. Il Trattato di Lisbona prevede una procedura specifica per instaurare una cooperazione di questo tipo nel quadro della politica estera e di sicurezza comune nell'art. 329, par. 2, TFUE, ai sensi del quale gli Stati interessati dovranno presentare una richiesta in questo senso al Consiglio, che sarà trasmessa all'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, il quale esprime un parere sulla coerenza della cooperazione rafforzata prevista con la PESC, e alla Commissione, che emetterà un parere, in particolare, sulla coerenza della cooperazione rafforzata prevista con le altre politiche dell'Unione. Essa è inoltre trasmessa per conoscenza al Parlamento europeo. L'autorizzazione a procedere ad una cooperazione rafforzata è concessa con una decisione del Consiglio, che delibera all'unanimità. Tuttavia, è improbabile che una simile forma di integrazione differenziata possa avere successo in un settore spiccatamente politico come la PESC bensì in ambito militare e della difesa.

Non si può, invece, applicare per il conseguimento di obiettivi riguardanti la politica estera e di sicurezza comune la "clausola di flessibilità", prevista nell'art. 352 TFUE, secondo cui qualora l'UE consideri necessario adottare determinate misure, nel quadro delle politiche definite dai Trattati, per avanzare nel processo di integrazione europea, a prescindere dal riconoscimento dei poteri di azione richiesti a tal fine nei Trattati, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Se si estendesse questo meccanismo anche all'ambito della PESC si altererebbero i suoi processi decisionali, attribuendo un ruolo di rilievo in questo settore, che attualmente non possiedono, alla Commissione e al Parlamento europeo.

#### *4. L'Alto rappresentante come istituzione di raccordo*

Uno dei principali apporti del Trattato di Lisbona è costituito dalla figura dell'Alto rappresentante dell'Unione per la PESC, il quale è preposto alla

guida della politica estera e di sicurezza comune dell'UE (BILANCIA, 2010). L'Alto rappresentante contribuisce con le sue proposte all'elaborazione e all'attuazione di detta politica in qualità di mandatario del Consiglio (artt. 18 TUE e 27 TUE) e vigila in qualità di vicepresidente della Commissione la coerenza dell'azione esterna dell'Unione. Infine, è importante sottolineare che presiede il Consiglio "Affari esteri" (composto dai ministri degli esteri di tutti gli Stati membri dell'UE), il quale assume la responsabilità dell'azione esterna nei settori che rientrano nella politica estera, della difesa e della sicurezza, del commercio, della cooperazione allo sviluppo e degli aiuti umanitari, rappresentando in tali ambiti l'Unione, mediante "il dialogo politico con i terzi, ed esprime la posizione dell'Unione nelle organizzazioni internazionali e in seno alle conferenze internazionali" (art. 27, par. 2, TUE).

Nell'esercizio delle sue funzioni l'Alto rappresentante si avvale del Servizio europeo per l'azione esterna (Seae), che lavora in collaborazione con i servizi diplomatici degli Stati membri ed è composto da funzionari dei servizi competenti del segretariato generale del Consiglio e della Commissione e da personale distaccato dai servizi diplomatici nazionali (art. 27, par. 3, TUE)<sup>7</sup>.

L'Alto rappresentante condivide la funzione di rappresentanza dell'UE con il Presidente del Consiglio europeo, che secondo quanto disposto nell'art. 15, par. 6, TUE assicura al suo livello e in tale veste la rappresentanza esterna dell'Unione per le materie relative alla PESC, fatte salve le attribuzioni dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza. In alcune circostanze potrebbe, quindi, non essere chiaro a quale delle due istituzioni spetti l'esercizio della suddetta competenza.

Ad ogni modo, l'Alto rappresentante è destinato ad assumere un ruolo di sempre maggior rilievo nella definizione delle relazioni esterne dell'UE, configurandosi come il punto di connessione tra le istituzioni coinvolte nell'elaborazione ed attuazione dell'azione esterna dell'UE. Questa figura risulta, infatti, vincolata sia alle istituzioni propriamente politiche dell'UE, vale a dire il Consiglio<sup>8</sup> e il Consiglio europeo, i quali rappresentano gli interessi particolari degli Stati membri, sia all'istituzione "più sovranazionale" per definizione, cioè la Commissione. Il suo ruolo di raccordo dovrebbe essere,

<sup>7</sup> Decisione del Consiglio del 26 luglio 2010 che fissa l'organizzazione e il funzionamento del servizio europeo per l'azione esterna (2010/427/UE), Doc.: GU L 201/30, 3.8.2010, adottata a maggioranza qualificata su proposta dell'Alto rappresentante e previa consultazione del Parlamento europeo ed approvazione della Commissione.

<sup>8</sup> Secondo l'art. 18, par. 1, TUE, "Il Consiglio europeo, deliberando a maggioranza qualificata con l'accordo del presidente della Commissione, nomina l'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza. Il Consiglio europeo può porre fine al suo mandato mediante la medesima procedura".

quindi, funzionalmente orientato a garantire l'equilibrio interistituzionale tra i diversi soggetti dell'azione esterna dell'UE e a pervenire ad una sintesi (sebbene in questo momento pare abbastanza difficile) tra la realtà intergovernativa e la prospettiva sopranazionale della PESC.

##### 5. *Il limitato sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia sulla PESC*

Infine, dal punto di vista istituzionale, non si può tralasciare che il Trattato di Lisbona, innovando la precedente cornice legale, ha introdotto una, seppur limitata, forma di controllo giurisdizionale delle misure in materia di PESC. Si prevedono, infatti, due eccezioni all'insindacabilità delle disposizioni e degli atti della PESC adottati in base a dette disposizioni.

La Corte di giustizia, sebbene continui a non essere competente, ai sensi degli articoli 24, par. 1, TUE e 275 TFUE, a controllare gli atti adottati nell'ambito della politica estera, può, però, valutare il rispetto dell'articolo 40 TUE, che stabilisce il cd. principio di non sconfinamento reciproco tra la PESC e le altre competenze dell'Unione (artt. 3-6 TFUE) nonché i ricorsi di annullamento, disciplinati nell'art. 263, 4 co., del TFUE, concernenti la legittimità delle decisioni dell'UE che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche, adottate dal Consiglio in base al Titolo V, capo 2, del Trattato UE (art. 275, 2 co. del TFUE), come nel caso delle *black lists*<sup>9</sup>, mediante le quali si è data attuazione alle risoluzioni approvate dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU, in conformità a quanto disposto nel Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. Il controllo di tali atti acquista grande importanza, per la capacità di tali misure di incidere sensibilmente sui diritti fondamentali delle persone e contribuirà, senza dubbio, ad ampliare l'ambito di protezione giurisdizionale dei diritti fondamentali nell'UE.

Inoltre, è opportuno ricordare che la Corte di giustizia può esperire anche un controllo in via preventiva sui progetti di accordo tra l'Unione e i Paesi terzi o le organizzazioni internazionali in materia di PESC. Ai sensi dell'art. 218, par. 6, TFUE, infatti, "Uno Stato membro, il Parlamento europeo, il Consiglio o la Commissione possono domandare il parere della Corte di giustizia circa la compatibilità di un accordo previsto con i trattati. In caso di parere negativo della Corte, l'accordo" non può entrare in vigore, senza essere modificato o senza una revisione dei Trattati. Ad ogni modo, malgrado la competenza della Corte di giustizia sia stata relativamente estesa ad alcune

<sup>9</sup> Corte di giustizia, sentenza del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, C-402/05 P e C-415/05 P.

delle materie rientranti nella PESC solo in circostanze eccezionali, i limiti di tale competenza non paiono del tutto chiari.

Dinnanzi a questo vuoto di tutela a livello europeo, che crea una certa incertezza, ai singoli resta comunque la possibilità di ricorrere ai giudici nazionali. In questo senso, secondo giurisprudenza costante, il diritto alla tutela giudiziaria effettiva costituisce un principio generale del diritto, consacrato altresì nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE<sup>10</sup>. Inoltre, l'articolo 19, par. 1, TUE afferma che “[g]li Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”. L'articolo 274 TFUE dispone a sua volta che, “[f]atte salve le competenze attribuite alla [Corte] dai trattati, le controversie nelle quali l'Unione sia parte non sono, per tale motivo, sottratte alla competenza delle giurisdizioni nazionali”. Tuttavia, spesso le competenze, conferite ai giudici nazionali su fattispecie in cui i Trattati non attribuiscono alcuna competenza alla Corte, sono necessariamente limitate. Anche gli Stati membri sono soliti prevedere delle riserve alla giustiziabilità degli atti statali nel settore della politica estera, considerando che gli atti adottati in questo ambito sono dotati di un valore politico piuttosto che giuridico (MUNARI, 2011).

Tuttavia, sebbene sia indiscutibile che la PESC presenti importanti peculiarità, non si può perdere di vista che è attualmente parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Di conseguenza, essa non è soggetta ai consueti meccanismi di esecuzione e sanzionatori previsti nell'ambito del diritto internazionale pubblico. Innanzitutto, l'art. 344 TFUE stabilisce in modo chiaro che gli Stati membri non possono sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei Trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti in tali testi. La stessa Corte di giustizia ha ribadito un'interpretazione restrittiva di questa disposizione nel parere 2/13, sull'adesione dell'UE alla CEDU, affermando che i limiti della competenza conferita alla Corte (e ai giudici nazionali) nel settore della PESC non legittimano ad attribuire a un altro organo giurisdizionale (nel caso di specie la Corte EDU) il compito di assicurare “il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati” in questo settore<sup>11</sup>.

Tale sistema, seppur affetto dai limiti che abbiamo appena esposto, è tuttavia il risultato di una decisione consapevole degli autori dei Trattati, che ritennero opportuno configurare la PESC come una zona immune, sottraen-

<sup>10</sup> *Ex multis*, Corte di giustizia, sentenza del 13 marzo 2007, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern*, Causa C-432/05.

<sup>11</sup> Corte di giustizia, parere 2/13, 18 dicembre 2014, punti 201 a 214.

dola in linea generale al controllo della Corte di giustizia. Tuttavia, come ha affermato anche l'avv. gen. N. Wahl nelle conclusioni concernenti il caso *H c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione europea*, del 7 aprile 2016, Causa C-455/14 P, la competenza conferita dai Trattati alla Corte in questo settore, ancorché ridotta, non può essere ignorata<sup>12</sup>. A tal riguardo, la Corte ha dichiarato che le disposizioni che ne escludono la competenza a pronunciarsi sulla validità e l'interpretazione degli atti dell'Unione costituiscono eccezioni e, in quanto tali, devono essere interpretate restrittivamente<sup>13</sup>. In questo modo, il Tribunale di Lussemburgo ha riconosciuto la propria competenza in relazione ad atti che, pur essendo stati adottati nel contesto della PESC, erano basati su normative orizzontali o non afferenti a questo ambito, di natura sostanziale<sup>14</sup> o procedurale<sup>15</sup>. Inoltre, la Corte può verificare, da un lato, se un atto in materia di PESC avrebbe dovuto essere adottato sulla base di una disposizione non afferente alla PESC (art. 40 TUE) e, dall'altro, se un atto in materia di PESC che risulta escluso dalla sua competenza avrebbe dovuto, per natura, portata ed effetti, essere adottato sotto forma di un atto in materia di PESC riguardo al quale, eccezionalmente, essa è competente. Tuttavia, malgrado il riconoscimento di una competenza diretta in certi ambiti della PESC e di una competenza indiretta in relazione a questioni aventi ad oggetto materie che si trovano al confine tra la PESC e le altre politiche dell'UE (MUNARI, 2011), sarebbe auspicabile un'estensione delle competenze della Corte di giustizia in questo ambito, alla luce del ruolo di sempre maggior rilievo che sta acquistando la politica estera e di sicurezza comune dell'Unione.

#### 6. Le clausole di mutua assistenza e di solidarietà

Infine, per quanto riguarda in modo più specifico la politica di sicurezza e di difesa comune, che, come è già stato sottolineato, costituisce parte integrante della PESC, il Trattato di Lisbona ha introdotto due interessanti meccanismi giuridici al fine di permettere all'UE e agli Stati membri di articolare la

<sup>12</sup> Conclusioni dell'avv. gen. N. Wahl presentate il 7 aprile 2016, *H c. Consiglio dell'Unione europea, Commissione europea e Missione di polizia dell'Unione europea (EUPM) in Bosnia-Erzegovina*, C-455/14 P, punto 50.

<sup>13</sup> V., in tal senso, Corte di giustizia, sentenza del 27 febbraio 2007, *Segi e a. c. Consiglio dell'Unione europea*, C-355/04 P, punto 53.

<sup>14</sup> Corte di giustizia, sentenza del 12 novembre 2015, *Elitaliana c. Eulex Kosovo*, C-439/13 P, punti 41 a 50.

<sup>15</sup> Corte di giustizia, sentenza del 24 giugno 2014, *Parlamento Europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, C-658/11, punti 69 a 74.

loro risposta ad eventuali aggressioni o attentati terroristici nel territorio degli Stati membri, come la clausola di assistenza o difesa reciproca (art. 42, par. 7, del TUE) e la clausola di solidarietà (art. 222 del TFUE).

Tali clausole “hanno come scopo non quello di sostituirsi a uno qualsiasi di tali strumenti, bensì di predisporre un quadro globale in situazioni di minacce o di danni straordinari e, in particolare, qualora la reazione imponga un coordinamento politico ad alto livello e il coinvolgimento delle forze armate, in conformità dei principi di necessità e proporzionalità”<sup>16</sup>.

La clausola di assistenza reciproca è stata invocata, per la prima volta, dalla Francia a seguito degli attentati terroristici del 13 N, rivendicati da individui addestrati in Siria, relazionati al ISIS (il c.d. Stato islamico). Ai sensi di quanto disposto nell’art. 42, par. 7, TUE, che prevede l’obbligo di prestare aiuto e assistenza, “Qualora uno Stato membro subisca un’aggressione armata nel suo territorio, gli altri Stati membri sono tenuti a prestargli aiuto e assistenza con tutti i mezzi in loro possesso, in conformità dell’articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite”<sup>17</sup>.

Questa clausola, che manifesta il compromesso degli Stati membri di costruire una politica europea di difesa comune, possiede un carattere intergovernativo molto attraente per gli Stati membri, dal momento che riesce a contemperare le diverse concezioni della politica estera con la necessità che l’UE e i suoi Stati assumano una maggior responsabilità nell’ambito della sicurezza e della difesa (URREA CORRES, 2016)<sup>18</sup>. In tal modo, si esige un compromesso di aiuto e un dovere di assistenza di tutti gli Stati membri dell’UE, in funzione delle loro possibilità, con lo Stato aggredito. I mezzi in questione non sono

<sup>16</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 22 novembre 2012 sulle clausole di difesa reciproca e di solidarietà dell’UE: dimensioni politiche ed operative, cit., osservazione generale n. 9.

<sup>17</sup> L’art. 51 della Carta dell’ONU, che prevede la legittima difesa, dispone che: “Nessuna disposizione del presente Statuto pregiudica il diritto naturale di autotutela individuale o collettiva, nel caso che abbia luogo un attacco armato contro un Membro delle Nazioni Unite, fintantoché il Consiglio di Sicurezza non abbia preso le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza internazionale. Le misure prese da Membri nell’esercizio di questo diritto di autotutela sono immediatamente portate a conoscenza del Consiglio di Sicurezza e non pregiudicano in alcun modo il potere e il compito spettanti, secondo il presente Statuto, al Consiglio di Sicurezza, di intraprendere in qualsiasi momento quell’azione che esso ritenga necessaria per mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale”.

<sup>18</sup> In tutta risposta, qualche giorno dopo, il Consiglio di Sicurezza approvò la Risoluzione n. 2249, del 20 novembre 2015, in cui esortava “gli Stati membri che hanno le possibilità di farlo ... di prend[ere] tutte le misure necessarie ... a raddoppiare e coordinare gli sforzi per impedire e sopprimere gli atti terroristici commessi in maniera specifica da ISIL, conosciuto anche come Da’esh, da ANF e da tutti gli altri individui, gruppi, iniziative ed entità associate ad Al Qaeda e altri gruppi terroristici”. In modo simile, il 17 novembre 2015 nel Consiglio affari esteri, i ministri espressero pieno e unanime sostegno alla Francia e disponibilità a fornire tutto l’aiuto e l’assistenza necessari.

necessariamente di carattere militare. Sebbene l'art. 42, par. 7, TUE faccia riferimento solo al caso in cui uno Stato membro abbia subito un'aggressione, la fattispecie dell'attacco terroristico si può considerare inclusa nel suo ambito di applicazione<sup>19</sup>. La Francia, infatti, sin dal primo momento sostenne che tali attentati furono un'aggressione armata, ai sensi dell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite. I ministri della difesa dell'UE, nel seno del Consiglio, confermarono un appoggio unanime. La forma con cui gli Stati membri dovrebbero fornire un simile aiuto si rimette alla negoziazione in buona fede e in conformità al principio di leale collaborazione. Le condizioni non possono essere determinate unilateralmente dallo Stato che ha richiesto aiuto né sono rimesse alla totale discrezionalità degli altri Stati. È importante sottolineare che quando si afferma che non si pregiudica il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di taluni Stati membri, si intende esonerare da coinvolgimenti militari Stati istituzionalmente neutrali.

La clausola di solidarietà è invece prevista nell'art. 222 del TFUE, il quale prevede che l'Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo. A tal fine, l'UE mobilita tutti gli strumenti di cui dispone, inclusi i mezzi militari messi a sua disposizione dagli Stati membri<sup>20</sup>. Le due clausole come si può osservare adottano due prospettive differenti; la scelta da parte della Francia della prima piuttosto che della seconda non è infatti casuale. Per rispondere agli attentati del 13 N si è preferito applicare la clausola di mutua difesa rispetto alla clausola di solidarietà per varie ragioni.

<sup>19</sup> L'art. 42, par. 7, TUE si ispira all'art. 5 del Trattato Nato, che istituisce un meccanismo di difesa collettiva nel caso di aggressione a uno Stato membro. Questo articolo fu invocato solo a seguito degli attentati terroristici dell'11-S negli Stati Uniti. L'art. 5 del Trattato Nato dispone che: "Le parti convengono che un attacco armato contro una o più di esse in Europa o nell'America settentrionale sarà considerato come un attacco diretto contro tutte le parti, e di conseguenza convengono che se un tale attacco si producesse, ciascuna di esse, nell'esercizio del diritto di legittima difesa, individuale o collettiva, riconosciuto dall'art. 51 dello Statuto delle Nazioni Unite, assisterà la parte o le parti così attaccate intraprendendo immediatamente, individualmente e di concerto con le altre parti, l'azione che giudicherà necessaria, ivi compreso l'uso della forza armata, per ristabilire e mantenere la sicurezza nella regione dell'Atlantico settentrionale. Ogni attacco armato di questo genere e tutte le misure prese in conseguenza di esso saranno immediatamente portate a conoscenza del Consiglio di Sicurezza. Queste misure termineranno allorché il Consiglio di Sicurezza avrà preso le misure necessarie per ristabilire e mantenere la pace e la sicurezza internazionali".

<sup>20</sup> Secondo l'articolo 222, par. 1, TFUE, "L'Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo. L'Unione mobilita tutti gli strumenti di cui dispone, inclusi i mezzi militari messi a sua disposizione dagli Stati membri...".

Da una parte, l'art. 42, par. 7, TUE riserva la capacità di attuazione agli Stati membri, rispondendo a una logica tipicamente intergovernativa, e permette una risposta fuori dal territorio dell'UE in Iraq o Siria dove si trovano le principali cellule di tale organizzazione terroristica; dall'altra l'art. 222 TFUE in linea con una prospettiva maggiormente sopranazionale coinvolge sia l'UE sia gli Stati membri. Questa clausola può essere attivata dallo Stato membro interessato, non dall'UE, come *extrema ratio*, dinanzi all'impossibilità dello Stato di elaborare una risposta, qualora "la crisi oltrepassi chiaramente la capacità di risposta di cui dispone", non interferisce nell'ambito della PESD e lascia impregiudicato l'art. 42, par. 7, TUE. L'UE ha la capacità di adottare le misure che consideri opportune<sup>21</sup> mentre gli Stati membri adotteranno i propri mezzi. Inoltre, a differenza dell'altra clausola avrebbe ammesso una risposta nell'ambito del territorio dello Stato che ha sofferto l'attacco, vale a dire la Francia.

Sebbene le ragioni che abbiano spinto la Francia ad invocare questa clausola siano state mosse piuttosto dal suo carattere intergovernativo, si può affermare che nel caso di specie sia stata adottata la miglior decisione. Il ricorso alla clausola di assistenza mutua si può considerare, infatti, un indiscutibile passo in avanti nel processo di configurazione di una difesa europea. L'art. 42, par. 7, TUE garantisce allo Stato membro che lo invoca un'"ampia libertà di manovra, la pone al centro della costituenda coalizione, la svincola dalle procedure Nato ed europee, non esime gli altri membri dell'Unione dall'obbligo di prestare assistenza" (TOSATO, 2015). Inoltre, l'UE non si trova totalmente avulsa dal procedimento di attivazione di questo meccanismo dal momento che il rispetto dell'obbligo di difesa collettiva può essere sottoposto al controllo della Commissione e della Corte di giustizia, che potrà giudicare gli accordi stipulati dallo Stato aggredito con gli altri Stati. In definitiva, queste inevitabili spinte tra approccio intergovernativo e sopranazionale sono una parte necessaria ed imprescindibile del processo di integrazione europea.

### *7. Alcune considerazioni conclusive sul ruolo della sovranità nazionale nella PESC*

Malgrado il Trattato di Lisbona abbia segnato una nuova fase nello sviluppo della PESC, questo ambito continua ad essere caratterizzato da elementi eminentemente intergovernativi. La tensione tra dimensione intergovernati-

<sup>21</sup> V. Dichiarazione n. 37 annessa al Trattato di Lisbona e Decisione del Consiglio del 24 giugno 2014 relativa alle modalità di attuazione da parte dell'Unione della clausola di solidarietà (2014/415/UE), GU L 192/53, 1.7.2014.

va e dimensione sovranazionale della PESC continuerà ad essere una caratteristica inerente all'UE. Da una parte, gli Stati concepiscono la politica estera come una delle principali prerogative sovrane a cui gli Stati non sono disposti a rinunciare, dall'altra sono consapevoli della necessità di elaborare una risposta comune europea, che permetta di superare i particolarismi. In questo senso, la progressiva introduzione di profili sopranazionali consentirebbe di convertire la PESC in una politica maggiormente integrata. Non si tratta di un problema di attribuzione di competenze perché l'UE già dispone di ampie competenze per intervenire in materia di politica estera e di sicurezza comune, bensì del deficit democratico del sistema decisionale e dello scarso controllo giurisdizionale previsto sugli atti adottati in questo ambito. Si potrebbe, quindi, prospettare la necessità di intraprendere in questo settore una riforma simile a quella realizzata dal Trattato di Lisbona nell'ambito dell'ex pilastro, che ha permesso di introdurre un concetto di sovranità condivisa tra gli Stati membri e l'UE in materia penale (FAGGIANI, 2012). Oggi gli atti concernenti la cooperazione giudiziaria in materia penale sono adottati dal Parlamento e dal Consiglio mediante il procedimento legislativo ordinario e sono sottoposti al sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia. L'estensione del procedimento legislativo ordinario e della competenza della Corte di giustizia in questo ambito sono stati senza dubbio due degli apporti principali del Trattato di Lisbona (FAGGIANI, 2017). Il cammino per arrivare a questi risultati nell'ambito dello spazio di LSG, tuttavia, non è stato semplice. Non si dovrebbe, pertanto, escludere che in un'ulteriore fase del processo di integrazione europea si arrivi ad introdurre una riforma simile anche nell'ambito della PESC. La progressiva acquisizione di una dimensione sovranazionale della politica estera e di sicurezza comune dell'UE contribuirebbe, senza dubbio, a favorire il processo di integrazione politica dell'Unione e la doterebbe di maggiore forza nello scenario internazionale.

## 8. Bibliografia

BILANCIA, Paola (2010). "Posibles desarrollos futuros de la Política Exterior de Seguridad Común después del Tratado de Lisboa". *Revista de derecho constitucional europeo*, n° 13, p. 243-266.

FAGGIANI, Valentina (2017). *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal. Técnicas de armonización*. Cizur Menor: Thomson Reuters, Aranzadi, 2017.

FAGGIANI, Valentina (2012). "¿Hacia la "constitucionalización" de un espacio europeo de justicia penal?: aspectos sustantivos y procesales del derecho a la tutela judicial efectiva tras el Tratado de Lisboa". *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 60, n° 2, p. 239-262.

GOSALBO BONO, Ricardo (2015). “Insuficiencias jurídicas e institucionales de la acción exterior de la Unión Europea”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 19, n° 50, p. 231-320.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, Jose (2012). “Seguridad y acción exterior de la unión europea: la creciente relevancia de la dimensión exterior del espacio de libertad, seguridad y justicia”. *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n° 0, p. 135-154.

MOSCHETTA, Teresa María (2016). “La politica estera e di sicurezza comune dell’Unione europea: una possibile congiunzione tra “unità ideale” e “frammentazione sostanziale”. *Federalismi.it*, n. 13, p. 1-26.

MUNARI, F. (2011). “La política estera e di sicurezza comune (PESC) e il sistema delle fonti ad essa relative”. *Il diritto dell’Unione Europea*, vol. 16, n. 4, p. 941-970.

ROLDÁN BARBERO, Francisco Javier (2005). “Soberanía del Estado y derecho de la Unión Europea”. En Vargas Gómez-Urrutia, Salinas de Frías (coords.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. 2, Sevilla: Universidad de Sevilla, p. 1215-1232.

ROLDÁN BARBERO, Francisco Javier (2009). “La Unión Europea y la soberanía de España”. *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 12, p. 239-282.

TOSATO, Gian Luigi (2015). “Interrogativi sul ricorso della Francia alla clausola di difesa collettiva ex art. 42.7 TUE”. *www.apertacontrada.it*.

URREA CORRES, Mariola (2010). “La política (común) de seguridad y defensa en el Tratado de Lisboa: la eficacia como objetivo, la flexibilidad como instrumento y la ambición como propuesta”. *Civitas. Revista española de derecho europeo*, n. 33, p. 91-120.

URREA CORRES, Mariola (2016). “Las cláusulas de asistencia mutua y solidaridad tras los atentados de París: la respuesta europea frente al terrorismo internacional”. *Civitas. Revista española de derecho europeo*, n. 57, p. 13-34.

FILLING THE GAP OF EUROCRISIS MECHANISM'S  
ACCOUNTABILITY: BREVI RIFLESSIONI A PARTIRE DAL CASO  
LEDRA ADVERTISING

*Antonia Baraggia\**

SOMMARIO: 1. Il costituzionalismo “smarrito” nel labirinto della crisi. – 2. La stretta condizionalità come strumento di “governance” della crisi. – 3. L’incerta natura delle misure di condizionalità. – 4. “The Democratic and Sovereignty claim”: il filo rosso che percorre il contenzioso sulle misure anticrisi. – 5. Il caso Ledra Advertising: verso la normalizzazione delle misure anticrisi?

*1. Il costituzionalismo “smarrito” nel labirinto della crisi*

Chi guardasse l’Europa della crisi vedrebbe un labirinto e in esso soggetti smarriti alla ricerca degli approdi sicuri delle tradizionali categorie di “sovranità”, “rappresentanza” e “democrazia”.

Questa immagine, coglie, a parer di chi scrive, lo smarrimento dei concetti fondativi del moderno costituzionalismo all’interno dell’ordinamento giuridico creatosi a seguito della crisi.

Se è vero che l’avvento dell’Unione Europea con la promessa federale di cui – almeno ad un certo punto – si era fatta espressione, ha contribuito a stimolare il ripensamento delle tradizionali categorie della sovranità e della rappresentanza, la creazione di quello che è stato efficacemente definito dal Bundesverfassungsgericht “Ersatzunionrecht” BVerfG, 7 Settembre 2011, 2 BvR 987/10 – 2 BvR 1485/10, 2 BvR 1099/10, ovvero sia il diritto europeo della crisi, ha costituito, invece, contro ogni previsione, un vulnus o quanto meno una “torsione” di quelle stesse categorie.

Il massiccio ricorso allo strumento delle condizionalità – prima avvenuto in via eccezionale e poi istituzionalizzato attraverso la modifica dell’art. 136 TFUE, costituisce, forse, l’emblema dello svuotamento del concetto di sovranità, inteso come “the discursive form in which a claim concerning the existence and character of a supreme ordering power for a particular polity is expressed”. (WALKER, 2003:9).

Rispetto alla rappresentanza, la risposta alla crisi economica si è sviluppata lungo le due direttrici dell’“intergovernmentalism” e della “tecnocrazia”,

\* Ricercatrice in Diritto Pubblico comparato, Università degli Studi di Milano.

estromettendo o coinvolgendo solo tangenzialmente la componente rappresentativa per eccellenza, quella parlamentare, tanto a livello nazionale che europeo. Il deficit democratico o il *democratic disconnect* (LINDSETH, 2010:234) – topos dell’assetto costituzionale dell’UE – è stato, dunque, “elevato in potenza” nell’Europa della crisi, senza che si sviluppassero contestualmente strumenti volti a colmarlo o ridurlo.

Non è un caso, dunque, che tanto l’argomento della lesione di sovranità da parte delle misure europee, quanto quello della lesione del principio democratico siano stati al centro dei ricorsi sollevati dinnanzi ad alcune Corti Supreme e, di rimando, alla Corte di Giustizia, chiamate a valutare la compatibilità delle misure europee anticrisi con i principi costituzionalmente previsti a livello nazionale ed europeo.

Tuttavia, anche la stessa giurisprudenza è apparsa “smarrita” di fronte all’inedito scenario creato dalla risposta alla crisi economica: allo storico rinvio pregiudiziale del Bundesverfassungsgericht<sup>1</sup>, che è stato letto tutt’altro che in termini Europa “friendly”, è seguito un dialogo dai toni molti più dimessi, che si è poi sopito in una accettazione dello status quo da parte del Bundesverfassungsgericht<sup>2</sup>. Lo stesso è avvenuto nella giurisprudenza relativa alla natura delle misure di condizionalità, originata da alcuni rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia, in primis dal Tribunale costituzionale portoghese<sup>3</sup>. Qui la Corte di giustizia, ha evitato di entrare nel terreno scosceso della compatibilità di misure nazionali attuative della condizionalità con il diritto europeo, trincerandosi dietro l’argomento – assai discutibile - della non appartenenza al diritto dell’Unione delle misure di condizionalità. Tale atteggiamento non sorprende affatto, rispecchiando la classica posizione del giudiziario in contesti di emergenza: “the courts are reluctant to invalidate emergency measures because the assumed political stakes of such a decision are generally higher than with “normal” acts of authority” (KREUDER SONNEN, 2014:12; ). Nel caso della crisi economica, il ruolo della Corte di Giustizia è stato ancor più problematico, se è vero ciò che rileva una dottrina particolarmente critica e cioè che “its rulings did not merely accommodate the respective emergency measures within the EU law; they also cemented those concomitant authority structures which lean towards authoritarianism rather than constitutionalism”

<sup>1</sup> BVerfG, 14 Gennaio 2014 - 2 BvR 2728/13.

<sup>2</sup> C- 62/14 Gauweiler v. Deutscher Bundestag del 16 giugno 2015 e successivamente BVerfG, 21 Giugno 2016 - 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13.

<sup>3</sup> C-128/12, Sindicato dos Bancários do Norte e a. contro BPN – Banco Português de Negócios SA

(KREUDER SONNEN, 2014:12) o, volendo essere meno tranchant, ad una “circumvention” (TOMKIN, 2013) del diritto costituzionale europeo.

In questo scenario dominato dallo smarrimento e dalla perdita di significato delle tradizionali categorie, e forse anche da una trasformazione dell'assetto costituzionale europeo (IOANNIDIS, 2016) la sentenza che qui si intende approfondire rappresenta, a parer di chi scrive, un primo importante passo verso la “normalizzazione” delle misure anticrisi, che fino ad ora hanno costituito una sorta di zona franca del diritto europeo.

Il contributo si articola in tre parti: la prima riguarda in generale la natura delle misure anticrisi ed intende metterne in luce le criticità e finanche le “aporie”; la seconda mette in luce gli aspetti problematici relativi alla sovranità e al rispetto del principio democratico della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di misure anticrisi; mentre la terza parte si concentra sul caso *Ledra Advertising*<sup>4</sup>, cogliendone luci ed ombre e cercando di delineare le possibili implicazioni sistemiche, in tema di giustiziabilità delle misure anticrisi.

## *2. La stretta condizionalità come strumento di “governance” della crisi*

Prima di entrare nel merito della giurisprudenza della Corte di Giustizia, si ritiene utile precisare lo specifico oggetto di analisi: le misure di condizionalità adottate nell'ambito della risposta europea alla crisi economica. Esse sono diventate un elemento costante del variegato strumentario di misure – europee, intergovernative e/o internazionali – adottate per fronteggiare la crisi, potendo essere rintracciate, sebbene con tratti a volte dissimili, in tutti i meccanismi di salvataggio posti in essere: il primo piano di assistenza alla Grecia (Greek Loan Facility), il Meccanismo Europeo di Stabilizzazione Finanziaria (MESF), il Fondo Europeo di Stabilità Finanziaria (FESF) e il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES). Fino all'approvazione del c.d. Two Pack, la condizionalità economica europea non aveva una regolamentazione unitaria, essendo la stessa prevista – con modalità in parte simili in parte corrispondenti alle peculiarità dei diversi meccanismi – dagli atti istitutivi di questi ultimi. È nel primo Greek Loan Agreement che si può rintracciare lo schema base relativo alle misure di condizionalità, poi seguito anche dagli altri meccanismi anticrisi. Nel caso Greco si trattava di accordi di prestito bilaterali tra gli Stati

<sup>4</sup> *Ledra Advertising Ltd and Others v European Commission and European Central Bank (ECB)*.C-8/15 29 Settembre 2016.

membri dell'Eurozona e la Grecia, sottoposti al rispetto di rigorose condizioni, stabilite ex ante in un Memorandum of Understanding e in una Decisione del Consiglio, la n. 2010/320/EU. Nella dichiarazione dell'Eurogruppo dell'aprile 2010, si prevedeva che la Commissione avrebbe lavorato insieme alla Banca Centrale e al Fondo Monetario internazionale sul programma di assistenza. Il rispetto delle condizioni da parte dello Stato beneficiario sarebbe poi stato vagliato dagli stati membri dell'Eurozona, sentito il parere della BCE e sulla base di una valutazione della Commissione.

I programmi di assistenza successivamente posti in essere attraverso il MESF e l'EFSF hanno seguito, con lievi varianti dovute alla peculiarità delle istituzioni coinvolte, lo stesso schema. Le condizioni venivano negoziate tra le autorità nazionali dei paesi in difficoltà (Grecia, Portogallo e Irlanda) e la c.d. Troika (Commissione, Bce e FMI) e contenute in tre diversi Memoranda of Understanding: un MoU riguardante le Politiche Economiche e Finanziarie, un Mou sulla specifica condizionalità economica e un Mou tecnico). È seguendo questo schema di intervento che sono stati effettuati gli interventi emergenziali attraverso i diversi meccanismi di salvataggio, in Irlanda, Portogallo Grecia

Anche a seguito dell'istituzione di un meccanismo permanente, il MES (Meccanismo Europeo di Stabilità), lo schema della condizionalità rimane sostanzialmente invariato. La negoziazione delle condizioni è posta in capo alla Commissione in collaborazione con la BCE e il FMI e l'accordo prende la forma di un MoU adottato dalla Commissione in nome degli Stati finanzianti. Anche in questo caso le misure di condizionalità più rilevanti sono contenute in una decisione del Consiglio.

Come si può intuire, nonostante la condizionalità si sia affermata progressivamente come una costante dei meccanismi di salvataggio, manca ancora un coerente inquadramento giuridico della stessa.

Un primo intervento di razionalizzazione si è avuto con l'approvazione del regolamento 472/2013, il c.d. Two Pack, il quale ha previsto una regolamentazione unitaria della condizionalità, stabilendo un framework comune per tutti i meccanismi di assistenza. Tuttavia, tale intervento ha solo lambito o addirittura lasciato impregiudicati alcuni aspetti problematici della condizionalità, in primis la natura giuridica dei MoUs, la scarsa trasparenza della loro adozione e l'emarginazione del ruolo dei parlamenti, sia europeo che nazionali.

### *3. L'incerta natura delle misure di condizionalità*

Come si è ricostruito nel paragrafo precedente, le misure di condizionalità

sono contenute in Memorandum of Understanding, siglati, generalmente, tra lo stato beneficiario dell'assistenza e la Commissione, sotto la supervisione della BCE e del Fondo Monetario Internazionale.

Uno degli aspetti giuridicamente più controversi ed ancora irrisolti, riguarda la loro natura giuridica e il loro rapporto con il diritto europeo (KILPATRICK, 2014). Quanto al primo aspetto, la dottrina è divisa circa la natura giuridica o solo politica di tali atti. La dottrina maggioritaria li considera accordi semplificati privi di valore vincolante, poiché lo stato contraente può recedere in qualsiasi momento e poiché il loro mancato rispetto non prevede conseguenze giuridiche<sup>5</sup>. Altri li considerano semplici accordi politici e di programma. Infine vi è chi li considera atti sui generis, non formalmente accordi internazionali ma aventi comunque un effetto vincolante<sup>6</sup>.

Anche la giurisprudenza che si è occupata della natura dei MoU ha espresso diversi orientamenti: mentre per il Consiglio di Stato greco<sup>7</sup> i MoU non sono altro che atti meramente politici, "setting targets to be achieved and policies to be implemented in due time" (CONTIADES – TASSOPOULOS, 2013:203). per il Tribunale costituzionale portoghese<sup>8</sup> essi sono accordi internazionali aventi natura vincolante, anche se la loro forma giuridica non è quella dei trattati.

Il secondo aspetto controverso della condizionalità riguarda il suo contenuto. Leggendo i diversi Memorandum of Understanding siglati da Grecia, Portogallo e Irlanda, emerge che le condizioni cui viene subordinata l'assistenza agli stati richiedenti riguardano in maniera massiccia i diritti sociali, in particolare sanità, educazione, sistema previdenziale, salari dei lavoratori, misure per la disoccupazione ecc. In questi ambiti, che come già aveva affermato il Bundesverfassungsgericht nella sentenza Lissabon costituiscono il nucleo duro della sovranità, le misure di condizionalità determinano "a sell-out of the political autonomy and responsibility of democratically legitimate institutions, an exchange of obedience for money" (JOERGES, 2012:35).

Come osservato da Somma, inoltre, "complice il meccanismo della condizionalità, la Carta viene comunque disattesa in molte delle sue parti" e questo "costituisce un illecito, giacché non vi è nessuno stato di necessità che possa sospendere il diritto dell'Unione" (SOMMA, 2014:298).

<sup>5</sup> A. AUST., *Modern Treaty Law and Practice*, CUP, 2013, cap. 3. Sul punto si veda anche C. KILPATRICK, *Are the Bailouts Immune to EU social challenge because they are not Eu law?*, *European Constitutional Law Review*, 2014, 393 ss.

<sup>6</sup> A. FISHER LESCANO, *Human Rights in Times of Austerity Policy*, *Nomos* 2014, 57.

<sup>7</sup> Si veda, in particolare la sentenza n. 668/2012.

<sup>8</sup> Acordao n. 187/2013.

Infine un terzo elemento problematico riguarda il procedimento con cui vengono adottate le misure di condizionalità, che prevede la sostanziale estromissione del ruolo dei parlamenti nazionali. Infatti la negoziazione delle condizioni e degli aiuti nell'ambito del MES è condotta dalla Commissione Europea, insieme alla BCE e al FMI, con l'esecutivo del paese beneficiario. Una volta che tali condizioni vengono approvate dal Board of Governors, la Commissione firma il MoU in nome del MES. Anche nella fase di monitoraggio del rispetto delle condizioni il ruolo predominante è assunto dalla Commissione, dalla BCE e dal FMI. Come si intuisce, nè i parlamenti nazionali, nè il parlamento europeo vengono coinvolti nella fase attiva della negoziazione delle condizioni e del monitoraggio del rispetto delle stesse. Certamente nella fase di attuazione delle misure previste dai MoU vengono coinvolti i parlamenti nazionali, e tuttavia la possibilità che un parlamento nazionale si rifiuti di implementare le misure negoziate dal proprio governo – rischiando così di perdere il sostegno economico che tali misure assicuravano – rimane una remota eventualità. In definitiva, come affermato da Habermas, i parlamenti nazionali “cannot avoid the suspicion of merely rubber-stamping prior decisions taken elsewhere – that is, merely reproducing them in a more concrete form. This suspicion inevitably corrodes any democratic credibility” (HABERMAS, 2012:30). Non stupisce, dunque, che alla luce delle caratteristiche della condizionalità, che sfidano le tradizionali categorie della rappresentanza e della sovranità e che giungono fino a mutare i rapporti tra gli Stati membri, creando un'asimmetria tra paesi debitori e creditori, tali misure siano state oggetto di alcuni dei ricorsi più noti in materia di misure anticrisi.

#### 4. *“The Democratic and Sovereignty claim”: il filo rosso che percorre il contenzioso sulle misure anticrisi*

Se si guarda il filone giurisprudenziale “innescato” dalla crisi, pur nell'eterogeneità dei casi, si possono rintracciare alcuni aspetti comuni: essi sono, infatti, percorsi da quello che ho definito “sovereignty claim” e “democratic accountability claim”, ovvero dalla domanda se le misure anticrisi siano compatibili tanto con la sovranità degli Stati membri quanto con il principio democratico o comunque con qualche forma di accountability.

Mentre rispetto al primo profilo la Corte di giustizia si è ampiamente espressa (a partire dal caso Pringle<sup>9</sup>), rispetto al secondo essa ha adottato un

<sup>9</sup> 9 C-370/12 *Pringle v Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*.

profilo “sfuggente”, trincerandosi dietro la natura non europea dei meccanismi anticrisi e dunque al fatto che le misure da essi poste in essere non appartengono al diritto dell'Unione.

In riferimento al tema della sovranità, la Corte ha ritenuto il MES compatibile con le prerogative degli Stati di istituire un meccanismo di stabilità prevedendo, tuttavia, che la concessione di qualsiasi assistenza finanziaria a titolo di quest'ultimo sia subordinata ad una rigorosa condizionalità.

Come si può intuire l'ossimoro sovranità-condizionalità rappresenta la peculiarità dei meccanismi anticrisi nel contesto europeo. Da un lato in Pringle la Corte per la prima volta considera esplicitamente la sovranità degli Stati membri come un principio strutturale dell'Unione; dall'altro, tuttavia, il concetto di sovranità appare “trasfigurato” nel contesto europeo della crisi. L'insieme delle regole fiscali poste nel Six Pack e nel Fiscal Compact “is based on recognition of risks that euro-area economies and public finance pose to each other and a mutual commitment to manage this risks” dando vita a quella che è stata definita una “community of risks” (CHALMERS, 2015:280). In essa si realizza una sorta di asimmetria per quanto riguarda il tema della sovranità degli Stati: “on the one hand the sovereignty of states participating in the ESM or similar arrangements persist. On the other, the Memoranda of the ESM have gone to those activities, which, in Agamben's words, enable “bare life”, namely those activities which allow ua to exist as biological organism, be these social assistance programmes that allow people to be housed and fed, health care spending or pension. This control over bare life, the power to let live, is a hallmark of sovereign power” (CHALMERS, 2015:281).

Tali aspetti emergono in particolare, senza tuttavia trovare adeguata sistemazione, nel secondo filone giurisprudenziale sopra menzionato, concernente la legittimità di misure nazionali adottate sulla base dei Memoranda of Understanding siglati tra lo Stato debitore e i vari meccanismi di salvataggio. La Corte ha assunto una posizione costante nell'affermare di non avere competenza non ravvisando alcun legame delle misure contestate con il diritto dell'Unione (C-128/12 (Sindicato dos Bancários do Norte e Altri v BPN – Banco Português de Negócios, SA) e C-665/13 (Sindicatos Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins). Si tratta di una giurisprudenza problematica in cui la Corte sembra volere lasciare aperte questioni fondamentali come la legittimità della condizionalità, la natura giuridica dei MoU, e la loro giustiziabilità alla luce della Carta di Nizza, anche quando sono chiaramente le istituzioni europee (la Commissione) ad agire nell'ambito del MES. Questa ritrosia della Corte di Giustizia ha determinato l'esistenza di una “enclave” nell'ordinamento europeo, costituita dalle misure anticrisi, che sfuggono al controllo giurisdizionale della Corte, ma anche al circuito democratico, non essendo il parla-

mento europeo coinvolto, se non a titolo consultivo, a seguito delle modifiche apportate dal Six Pack, nella negoziazione delle misure anticrisi.

### *5. Il caso Ledra Advertising*

Il giudizio della Corte di Lussemburgo nel caso Ledra Advertising (C-8/15 P, 20 Settembre 2016) rappresenta un “turning point” nella giurisprudenza della Corte brevemente descritta ed è destinato ad avere interessanti ripercussioni sulla definizione di un quadro relativo all’Unione economica e monetaria il più possibile coerente. Fino al caso in esame, “fundamental rights, the element of constitutionalism that should protect citizens, not the market, and ensure social peace, remained at the margins. It took the ECJ several attempts before it recognised the significance of fundamental rights for the resolution of the sovereign debt crisis in Ledra” (GOLDMAN, 2017:283).

Il caso riguarda un ricorso d’annullamento delle ordinanze del Tribunale di primo grado che avevano dichiarato irricevibili i ricorsi di cittadini ciprioti i quali lamentavano una lesione del loro diritto di proprietà a seguito dell’adozione di un protocollo d’intesa sulle condizioni specifiche di politica economica, stipulato tra la Repubblica di Cipro e il MES. Tale protocollo, contenente le condizioni a cui la Repubblica di Cipro avrebbe dovuto sottostare per beneficiare degli aiuti del MES, disponeva un piano di risanamento delle banche cipriote e, tra le altre misure, istituiva una imposta sui depositi bancari. I ricorrenti collegavano l’attuazione delle misure previste ad una riduzione sostanziale dei loro depositi bancari, che avrebbe determinato una manifesta violazione del diritto di proprietà, protetto dall’art. 17 c. 1 della Carta dei diritti fondamentali. Il Tribunale di primo grado aveva dichiarato irricevibili i ricorsi in virtù di due argomenti: in primo luogo, si rilevava come la Commissione e la BCE non fossero all’origine dell’adozione del protocollo d’intesa – e dunque lo stesso Tribunale non fosse competente; in secondo luogo, i ricorrenti non avevano dimostrato il nesso eziologico tra il danno subito e la violazione da parte della Commissione dell’obbligo, in capo a quest’ultima, di garantire la compatibilità del protocollo d’intesa in questione con il diritto dell’Unione.

La Corte di giustizia, adita dai ricorrenti con ricorso di annullamento, ha avuto modo di chiarire alcuni aspetti controversi delle misure anticrisi, rimasti, fino ad allora, in una sorta di limbo giuridico. In particolare, essa si è espressa sul ruolo della Commissione e, in generale, delle Istituzioni europee quando le stesse operano nell’ambito del MES, i cui atti, come ribadisce la Corte, sono estranei all’ordinamento giuridico dell’Unione (par. 54). Que-

st'ultima circostanza, precisa la Corte, non esime le Istituzioni europee dallo svolgere le attribuzioni loro ricondotte dai Trattati<sup>10</sup> (POULOU, 2017:132). La Commissione ha infatti il compito, sancito dall'art. 17 par. 1 TUE, di vigilare sull'applicazione del diritto dell'Unione e nel suo ruolo di custode dei Trattati "dovrebbe astenersi dal firmare un protocollo d'intesa sulla cui compatibilità con il diritto dell'Unione nutra dubbi" (par. 59).

Nonostante questa rappresenti la prima volta in cui, nella giurisprudenza della crisi, la Corte di giustizia si pronuncia sulla responsabilità delle istituzioni europee che partecipano ai meccanismi di salvataggio istituiti al di fuori del diritto dell'Unione, quella che rimane una significativa apertura, nel caso di specie, viene però subito ridimensionata. Come nota, infatti, D. Sarmiento, "the judgment thus puts an end to a certain ambiguity in the practice of the Institution's actions in non-EU contexts, which now comes full-circle under the scope of EU Law. But many questions still remain" (SARMIENTO, 2017).

Tra queste domande irrisolte, la prima riguarda l'asimmetria tra la posizione delle istituzioni europee e quella degli Stati coinvolti in programmi di assistenza: mentre le prime sono responsabili rispetto alle competenze loro attribuite dai Trattati anche per gli atti compiuti quali organi del MES, i secondi non possono essere chiamati a rispondere per violazione della Carta dei diritti fondamentali laddove applichino le misure negoziate in tale foro internazionale, dal momento che il MES non rientra nel diritto dell'Unione. Non solo: pur ammettendo la possibilità di far valere la responsabilità delle Istituzioni dell'Unione, essa è di tipo extracontrattuale *ex art. 340, c. 2, TFUE*, il sorgere della quale presuppone il contemporaneo verificarsi di diverse condizioni: l'illiceità del comportamento, l'effettività del danno e l'esistenza di un nesso di causalità tra l'azione dell'Istituzione e il danno lamentato.

Nel caso in esame, l'eventuale responsabilità della Commissione per violazione dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali si infrange, dunque, sulla barriera del test del sorgere della responsabilità *ex art. 340. TFUE*: la Corte

<sup>10</sup> Coglie la portata storica di tale decisione A. POULOU, in *Maastricht Journal of European and Comparative law*, n. 24 (1), 2017, p. 132, la quale afferma che "Building on its holding in Pringle, the Court of Justice stated that the tasks conferred on the Commission and the ECB within the ESM Treaty do not alter the essential character of the powers conferred on them by the EU Treaties. Hence, in the context of the adoption of an MoU, the Commission is bound under Article 17(1) TEU to oversee the application of EU law, and under Article 13(4) of the ESM Treaty to ensure that the MoUs concluded by the ESM are consistent with EU law. The Court of Justice interpreted the role of the Commission as a guardian of the Treaties as entailing not only an obligation of conduct, as Advocate General Wahl suggested, but also an obligation of result, meaning that the Commission should refrain from signing an MoU, whose consistency with EU law it doubts".

ritiene che non si è verificata da parte della Commissione una violazione del diritto di proprietà, essendo quest'ultimo suscettibile di restrizioni in nome di obiettivi di interesse generale perseguiti dall'Unione, che nel caso in esame si identificano con la garanzia della stabilità del sistema bancario della zona euro nel suo complesso (par. 71).

Come ha, nuovamente, colto Sarmiento: “the balance is quite obvious: the Union is potentially liable for the actions of its Institutions outside the Union’s competence, but the standard of illegality that will be demanded from the applicant will be high (as it has always been)” (SARMIENTO, 2017). È questa una soluzione soddisfacente? Certamente essa non è sufficiente a sanare le aporie insite nel diritto della crisi e a colmare le lacune che esso ha mostrato in termini di accountability, di rispetto del principio democratico e della sovranità. Ciononostante, questa apertura non può che essere salutata con favore, tracciando la strada, sebbene tortuosa e insidiosa, della giustiziabilità delle misure di condizionalità, fino ad ora rimaste in un cono d'ombra della giurisprudenza europea<sup>11</sup>.

### *Bibliografia*

CHALMERS, *Crisis reconfiguration of the European constitutional state*, in C. Joerges et al., *The End of the Eurocrats Dream*, 2015, 280.

CONTIADES, I. TASSOPOULOS, *The Impact of the financial crisis on the Greek Con-*

<sup>11</sup> Esprime maggior cautela rispetto alla portata innovativa di Ledra, M. GOLDMAN, *The Great Recurrence: Karl Polanyi and the crises of the European Union*, cit., p. 284, il quale così afferma: “in Ledra, the Court ratified a scheme for the stabilisation of financial markets at great social cost. Moreover, while the Ledra case devised an effective legal remedy for investors who lost property rights in a sovereign debt restructuring, by virtue of Art. 263(4) TFEU, citizens affected by austerity measures adopted in the wake of such a restructuring are having a much harder time to request the Court to review the conformity of memoranda of understanding with their fundamental rights. Strategies to attack domestic austerity measures and approaching the Court by way of a preliminary reference have to confront the difficulty that they do not strictly implement EU law, as memoranda of understanding are non-binding – In Ledra, the Court ratified a scheme for the stabilisation of financial markets at great social cost. Moreover, while the Ledra case devised an effective legal remedy for investors who lost property rights in a sovereign debt restructuring, by virtue of Art. 263(4) TFEU, citizens affected by austerity measures adopted in the wake of such a restructuring are having a much harder time to request the Court to review the conformity of memoranda of understanding with their fundamental rights. Strategies to attack domestic austerity measures and approaching the Court by way of a preliminary reference have to confront the difficulty that they do not strictly implement EU law, as memoranda of understanding are non-binding”.

stitution, in X. Contiades, *Constitutions in the Global Financial Crisis: a comparative Analysis*, Ashgate, 2013,

GOLDMAN, *The Great Recurrence: Karl Polanyi and the crises of the European Union*, in *Eur Law J.*, n. 23/2017, p. 283.

HABERMAS, *The Crisis of the European Union: A Response*, Polity Press 2012, 130.

IOANNIDIS, *Europe's New Transformation: how the EU economic constitution changed during the eurozone crisis*, in *CMLR*, 53, 1281.

JOERGES, *Europe's Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New Constitutional Constellation* (September 17, 2013). *ZenTra Working Paper in Transnational Studies*, n. 06/2012.

KILPATRICK, *Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law?*, *EU Const. Law*, Vol. 10, 3, 2014.

KREUDER SONNEN, *Beyond Integration Theory: The (Anti-Constitutional Dimension of European Crisis Governance)*, *JCMS*, 2016, 12.

LINDSETH Peter L., 2010, *Power and Legitimacy: Reconciling Europe and the Nation-State*, Oxford University Press, Oxford

POULOU, in *Maastricht Journal of European and Comparative law*, n. 24 (1), 2017,

SARMIENTO, *Despite our Differences*, post blog. Ultimo accesso: 20 maggio 2017.

SOMMA, *La dittatura dello spread*. Germania, Europa e crisi del debito, *DeriveApprodi*, 2014

TOMKIN, *Contradiction, Circumvention and Conceptual Gymnastics: The Impact of the Adoption of the ESM Treaty on the State of European Democracy*, 2013, *German Law Journal*, 169-190

WALKER, *Sovereignty in Transition*, Hart 2003.

# LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS Y NACIONALES EN LA UNIÓN EUROPEA: HACIA EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE POLÍTICAS DE RECONOCIMIENTO Y DE NUEVOS ESPACIOS CONSTITUCIONALES

*Ana Tomás López\**

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Fórmulas arbitradas para la construcción de políticas de reconocimiento y nuevos espacios constitucionales en la Unión Europea. – 2.1. Medidas para facilitar una presencia equitativa de las minorías étnicas y nacionales en los órganos del Estado. A. La creación de una cámara parlamentaria de representación territorial. B. La distribución de las circunscripciones territoriales en base a la presencia de minorías. C. La asignación directa de escaños a las minorías. D. La flexibilización del derecho electoral. E. La representación de las minorías en otras instituciones estatales. – 2.2. Mecanismos de defensa de las minorías frente a las autoridades. – 2.3. Órganos de consulta y de participación de las minorías. – 3. Algunas reflexiones finales. – 4. Referencias bibliográficas.

## *1. Introducción*

El reconocimiento de los derechos de las minorías étnicas y nacionales y el respeto y promoción del pluralismo étnico y, por ende, la prohibición de cualquier discriminación entre los ciudadanos por motivos de nacionalidad u origen étnico constituye un eslabón fundamental en todo Estado democrático y de Derecho. La representación plena y efectiva de las minorías y su participación en la gobernanza y los procesos de toma de decisiones son esenciales para la democracia, el buen gobierno y el desarrollo sostenible, al mismo tiempo que instrumento clave para la estabilidad política y la cohesión social de los Estados en el plano nacional, europeo e internacional. Por este motivo, estos derechos se encuadran en sus diversos marcos jurídicos<sup>1</sup>.

\* Universidad de Castilla-La Mancha.

<sup>1</sup> Los más representativos, a nivel internacional, son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, la Declaración de Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (art. 2.3), -aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1992-; el Documento Final de la Segunda Reunión de Copenhague de la Conferencia sobre la Dimensión Humana de la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE), de 29 de junio de 1990 (art. 35) y, en el marco del Consejo de Europa, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos

En el plano nacional y europeo, y si nos trasladamos al escenario de la Unión Europea (en adelante UE)<sup>2</sup>, podemos comprobar que algunos Estados miembros ya han adoptado medidas específicas para otorgar una representación política real y efectiva a sus minorías étnicas y nacionales en el transcurso de las últimas décadas. Entre ellas, elecciones de carácter especial, designaciones directas, escaños reservados y, menos frecuentemente, las cuotas. Otros medios para garantizar la participación y hacer valer los derechos de estas “voces minoritarias” en los procesos legislativos han sido las comisiones y las asambleas parlamentarias responsables de las cuestiones de las minorías. No obstante, como apunta POWLEY (2010: 6-7), si bien muchos Estados están todavía inmersos en un debate activo sobre si instituir – o no – estas o nuevas medidas de acción afirmativas, también hay otros que las dificultan e incluso las descartan categóricamente.

Entre los primeros encontramos a España e Italia, donde el Estado Constitucional se instituye como mecanismo de integración para la promoción de la efectividad del Estado Social. A su vez, este se fundamenta en el principio democrático como base de la organización jurídico-política de una comunidad, que debe garantizar que los poderes públicos sean representativos de todos los colectivos sociales. Entre ellos, lógicamente, han de estar integradas las minorías étnicas y nacionales como sujetos de derechos y obligaciones. En relación a las minorías nacionales, el estatuto político de ciudadanía se vincula – como norma general – a los nacionales, en base a lo establecido en los artículos 23.1 y 13.2 de la Constitución. Sin embargo, las personas extranjeras tienen derecho a disfrutar de todos los derechos fundamentales y las libertades públicas recogidos en el Título I de la Constitución, en los términos que establezcan los Tratados y las leyes (artículo 13.1 CE).

De forma paralela, el artículo 3 de la Constitución italiana es equiparable al 14 de nuestra Carta Magna, al afirmar que todos los ciudadanos son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opinión política o condiciones personales y sociales; lo que supone establecer un principio constitucional de igualdad y no discriminación de todos los ciudadanos

Humanos y las Libertades Fundamentales (1950) y el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, de 1 de febrero de 1995 (art. 15), que constituye el único instrumento jurídicamente vinculante dedicado a la protección de las minorías.

<sup>2</sup> En el marco jurídico de la UE cabe destacar que, uno de los aspectos positivos que introdujo el Tratado de Lisboa fue la confirmación de los valores y objetivos de la Unión, entre los que se encuentra el respeto y promoción de los derechos de las minorías. En concreto, el conjunto de valores están formulados en los artículos 2, 3.1, 7.1, 8.1, 13.1, 21.2.a y 42.5 del TUE. Y, en el caso de los objetivos, en los artículos 3.1, 20.1 -segundo párrafo- y 22.1 del TUE.

italianos, evitando que las minorías puedan encontrarse en condiciones de inferioridad. Lo mismo ocurre en analogía a los derechos políticos, reconocidos por la Constitución para todos los ciudadanos italianos, sin establecer distinciones, en su artículo 49. En este sentido, las opiniones políticas minoritarias están garantizadas a través de la libertad de pensamiento, reunión, asociación y formación de los partidos políticos; así como por numerosas previsiones que protegen a las minorías parlamentarias.

Es precisamente esta complejidad y riqueza de ordenamientos que circundan al tema que nos ocupa, -en parte por la existencia de una multitud de métodos creados en cada uno de los Estados miembros de la UE-, lo que amerita que profundicemos en el apasionante proceso de construcción de políticas de reconocimiento y de nuevos espacios constitucionales, en la consolidación de mecanismos jurídicos que garanticen o faciliten la presencia equitativa de las minorías en los órganos del Estado, que las defiendan contra las disposiciones que puedan resultar perjudiciales a sus intereses (antes de que estas sean aprobadas) o que promuevan la creación de órganos participativos encargados de asesorar a las instituciones sobre aquellas materias que les puedan afectar directa o indirectamente. Cuestiones que analizaremos en el presente trabajo, para finalizar la investigación con unas reflexiones finales sobre el futuro de la Unión en torno a la garantía de los derechos de participación política de las minorías étnicas y nacionales presentes en nuestros territorios.

## *2. Fórmulas arbitradas para la construcción de políticas de reconocimiento y nuevos espacios constitucionales en la Unión Europea*

Como acabamos de señalar, en el marco jurídico y político de la Unión Europea, nos encontramos con numerosas tipologías de representación política de las minorías étnicas y nacionales. Algunos de sus factores concomitantes redundan en la gran heterogeneidad de las fórmulas contenidas en las leyes electorales de los Estados miembros de la UE. En unos casos, actúan desde la extrema hostilidad (prohibiendo la creación de partidos de base étnica, hasta llegar a aquéllos en las que la etnicidad constituye el pilar sobre el que se asienta la participación política, al generar fórmulas altamente inclusivas e innovadoras, elevando el pluralismo étnico al rango de principio constitucional fundamental. En el punto intermedio, surgen una amplia gama de estrategias, que oscilan igualmente de la indiferencia (pero sin dificultar la representación) a la promoción de un marco de garantías normativas (más o menos amplio) implementado por un conjunto de medidas legales.

Junto a las diversas situaciones *de facto* en las que se encuentran las minorías, su participación en la sociedad en la que cohabitan y en las diversas instituciones dependerá de criterios políticos tales como el mayor o menor peso que pueda tener una minoría a nivel estatal, el apoyo que puedan atesorar por parte de otros Estados, el carácter más o menos reivindicativo de las minorías o las diferentes tradiciones políticas, entre otras.

También *de iure*, las normas y reglamentaciones adoptadas a nivel nacional condicionan drásticamente la representación de las minorías en los parlamentos. Entre ellas, los procedimientos y normas electorales, las leyes de partidos políticos, la normativa general en materia parlamentaria o los órganos y procedimientos parlamentarios especiales para tratar temas sobre las minorías étnicas y/o nacionales. Básicamente, todas ellas podrían resumirse en dos grandes grupos de medidas que facilitan la participación de las minorías. La primera de ellas es la descentralización de poder, concediendo a las minorías capacidad de autogobierno para gestionar sus propios asuntos. -Este sistema, a su vez, admite una nueva subdivisión dependiendo de si la descentralización se establece mediante una base territorial, adaptando la estructura del Estado a la presencia de minorías, o mediante una base personal, prescindiendo del territorio-. La segunda consiste en asociar las minorías a los procesos de toma de decisiones, de forma que puedan incidir en los procesos legislativos, en especial en aquellas normas que más les afecten. Aunque ambas opciones pueden ser complementarias, y de hecho en algunos países lo son, el “principio de la personalidad” (también conocido como “de autonomía cultural o nacional-cultural”) es especialmente relevante en aquellos casos en los que las minorías no tienen capacidad de autogobierno y en los que encuentran dificultades para obtener representación en los órganos legislativos del Estado mediante los mecanismos ordinarios de elección, situación en la que se pueden encontrar muy fácilmente las minorías infrarrepresentadas.

No obstante, para permitir la participación de las minorías en la toma de decisiones, en primer lugar es necesario que se les reconozca su derecho de asociación a los partidos políticos. Condición *sine qua non* para que puedan participar – al menos inicialmente – en la vida política de un país. Sin embargo, la gran paradoja es que la práctica mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa no disponen de normas específicas para la constitución de partidos que representen los derechos o intereses de las minorías, con lo cual, deberán cumplir las mismas condiciones que el resto de partidos políticos, salvo contadas excepciones.

Algunas muy significativas las encontramos, por ejemplo, en Turquía, Bulgaria y Albania. La primera de ellas, la podemos situar en el extremo más

desfavorable, si atendemos a la Ley de Partidos Políticos turca, de 22 de abril de 1983. Esta constituye una normativa de marcado carácter dictatorial y contraria a Derechos Humanos Fundamentales, como es el derecho de asociación y la libertad de expresión. Así lo podemos evidenciar, por ejemplo, en su artículo 80. Este establece que los partidos políticos no pueden cambiar la naturaleza unitaria del Estado, ni reivindicar la existencia de minorías basadas en diferencias de cultura nacional o religiosa, o de secta, raza o lengua. Sobre la base del artículo 81, tampoco pueden perseguir la creación de minorías protegiendo, desarrollando o difundiendo lenguas o culturas diferentes de la lengua y la cultura turca (DEOP MEDINABEITIA, 1998: 108-109).

En contrapartida, entre los casos más avanzados podemos citar los de países como Bulgaria o Albania (otro ejemplo similar). Estos, en la última década, han ido eliminando progresivamente los obstáculos legales para el funcionamiento de las minorías étnicas más relevantes como partidos políticos (la griega en el primer caso y la turca en el segundo), mostrando un apoyo constante a sus electores (GANEV, 2014: 71). Ambas, representadas por los partidos ‘Unidad para los Derechos Humanos’ y ‘Movimiento por los Derechos y Libertades’, respectivamente, tienen hoy presencia en el parlamento y en algunos casos incluso han participado en la composición de sus ejecutivos. En Bulgaria, el ‘Movimiento por los Derechos y Libertades’ obtuvo un 14,8% de los votos en las elecciones de 2014 y actualmente cuenta con 38 parlamentarios. En Albania, por su parte, el partido ‘Unidad para los Derechos Humanos’ logró un 0,9% de los votos en los comicios de 2013 y tiene un diputado.

Junto a esta base mínima, y siguiendo la propuesta de DEOP MEDINABEITIA (1998: 109), vamos a analizar a continuación tres de las principales fórmulas de participación de las minorías étnicas y nacionales:

a. La creación y fomento de medidas que garanticen o faciliten una presencia equitativa de las minorías en los órganos del Estado, lo cual posibilita que puedan hacer oír su voz en las instituciones.

b. La instauración de mecanismos de defensa de las minorías contra disposiciones que puedan minar sus derechos (antes de ser aprobadas), las cuales pueden llegar en algunos casos incluso al veto.

c. La fundación de órganos participativos encargados del asesoramiento directo a instituciones sobre cuestiones que afecten directamente a las minorías étnicas y/o nacionales.

Pasemos a analizar brevemente cada una de ellas.

### *2.1. Medidas para facilitar una presencia equitativa de las minorías étnicas y nacionales en los órganos del Estado*

La presencia y participación activa de las minorías étnicas y nacionales en los procesos de toma de decisiones en los órganos del Estado constituye la fórmula idónea para favorecer sus intereses en el marco de un Estado democrático y plural. Para que sea efectiva ha de implementarse en los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial y en los diferentes niveles de administración territorial: central, regional y municipal. Al mismo tiempo, ha de arbitrar diversas fórmulas de participación. Las más representativas en el marco del derecho comparado son: A) la creación de una cámara parlamentaria de representación territorial; B) la distribución de las circunscripciones territoriales en base a la presencia de minorías; C) la asignación directa de escaños a las minorías; D) la flexibilización del derecho electoral a favor de estas; y E) la representación de las minorías en otras instituciones no legislativas (DEOP MEDINABEITIA, 1998: 109-116). Analicemos algunos casos concretos en el marco de la UE y en el conjunto de Europa.

#### A. La creación de una cámara parlamentaria de representación territorial

En el seno de la UE, encontramos significativos ejemplos de Estados miembros que han creado un sistema federal o regional en base a la existencia de minorías. Es el caso de España, Italia y Bélgica. Todos ellos cuentan con un parlamento bicameral.

En España, el Senado realiza la función de cámara de representación territorial, lo cual permite la presencia de las minorías en los procesos de toma de decisiones. Esto sucede también en la Federación Rusa, a través del Consejo de la Federación, integrado por dos diputados de cada sujeto de la misma (artículo 95 de la Constitución Rusa) (GARCÍA ÁLVAREZ, 2010: 465-474).

Sin embargo, en Bélgica y en Italia no tienen prevista esta función, si bien en este último existe una Conferencia Permanente para las relaciones entre el Estado y las regiones, cuya labor es asegurar la participación regional en la elaboración de las grandes decisiones estatales, lo cual incluye a las minorías concentradas. Otros ejemplos representativos son el derecho parlamentario de Suiza y de los Países Bajos (VAN DER HULST, 2000).

En Suiza, pese a que su estructura federal no tiene como finalidad proteger a sus distintos grupos étnicos, su organización política permite una alta participación de las minorías a través del Consejo de los Estados, que hace la función de Cámara de representación territorial. Consta de dos

escaños por cantón, lo que garantiza la participación de los cantones poblados por minorías. Existe además una regla no escrita que establece que en los cantones bilingües y en el cantón trilingüe, uno de los dos miembros electos debe representar la lengua minoritaria en el mismo (o una de ellas: la romanche, en el caso de los Grisones); lo cual garantiza la representación de todos los grupos étnicos (RODRÍGUEZ PATRÓN, 2001: 189-223; KOLLER y BIAGNI, 2002-2003: 611-634). En lo concerniente a los Países Bajos, pese a ser un Estado unitario, en el artículo 55 de su Constitución se recogen las funciones de su segunda cámara parlamentaria, elegida por los miembros de los Estados provinciales u órganos electos de las provincias, garantizando la presencia de la minoría frisona en la toma de decisiones.

B. La distribución de las circunscripciones territoriales en base a la presencia de minorías

Si bien los Estados suelen distribuir sus circunscripciones electorales en base a criterios de representación geográfica y no por la presencia de minorías, las concentradas y, por ende, mayoritarias suelen tener asegurada la representación parlamentaria en su región, además de la inclusión de personas pertenecientes a minorías en las candidaturas de los partidos de ámbito estatal. Es el caso de España, Francia, Reino Unido o Ucrania.

No obstante, todavía encontramos ejemplos de Estados miembros de la UE donde la existencia de las minorías es una de las causas de la distribución de las circunscripciones electorales. Suele ser el caso de los territorios dotados de Estatutos especiales de autonomía, como son Bélgica, Suiza e Italia. Y, de forma paralela, en las islas Åland, en Finlandia y las islas Feroe y Groenlandia, en Dinamarca.

En Bélgica, los distritos electorales son monolingües, tanto para las elecciones de la Cámara de Representantes como del Senado. Con la excepción del colegio electoral de Bruselas-Hal Vilvorde, que comprende la región bilingüe de Bruselas-Capital y el distrito de Hal Vilvorde, situado en Flandes. En lo referente al Senado, tampoco todos los senadores son elegidos a través de procesos electorales. Veinte de ellos lo son por los Consejos de las Comunidades (diez flamencos y diez valones) y once por los Consejos de las Comunidades (a razón de seis flamencos, cuatro francófonos y un germanófono), lo que garantiza la presencia de todos los grupos lingüísticos (DEOP MEDINABEITIA, 1998: 111-123).

También en Suiza e Italia sus regiones lingüísticas tienen influencia en su sistema electoral. En el caso de Suiza, el cantón constituye su principal circunscripción electoral, tanto para el Consejo Nacional (Cámara Baja) como para el Consejo de los Estados (Cámara Alta). Además, en las elecciones al

primero se utiliza un sistema proporcional en el reparto de escaños, lo que garantiza la representación de las cuatro lenguas nacionales.

Por su parte, si bien la cuestión de las sucesivas reformas de las leyes electorales italianas ha sido una cuestión muy controvertida, históricamente su legislación electoral también ha tenido en cuenta a las minorías, pese a que sus disposiciones han sido muy débiles. Con carácter general, la normativa electoral se ha limitado a ordenar la adecuada delimitación de los colegios electorales para que procurasen la agrupación de las minorías lingüísticas en el menor número posible de colegios electorales (art. 7.1.d y 7.1.a de las leyes 276 y 277 de 4 de agosto de 1993 sobre la elección del Senado de la República y para la elección de la Cámara de Diputados, respectivamente) (MILANI, y SORDA, 2015: 22-23)<sup>3</sup>.

También Italia, -junto la Federación Rusa o la República de los Buriatos-, ha constituido uno de los pocos referentes en los que las entidades regionales han establecido tradicionalmente normas electorales para garantizar la representación de las minorías en sus órganos legislativos (GARCÍA ÁLVAREZ, 1994: 71-136)<sup>4</sup>. Con este fin, previó su representación en el Estatuto de Autonomía del Trentino-Alto Adigio, estableciendo una reserva de ley electoral que aseguraba una representación proporcional de los tres grupos lingüísticos que habitan en este territorio -alemán, italiano y ladino-, tanto en el Consejo Regional (órgano legislativo de la región), como en los órganos provinciales y municipales de la Provincia de Bolzano. Sin embargo, la última Ley Electoral de 2015 (también conocida popularmente como "*Italicum*")<sup>5</sup>, introdujo importantes elementos correctores<sup>6</sup>. No obstante, esta

<sup>3</sup> El sistema electoral de 2005 fue objeto de importantes cambios como consecuencia de la sentencia 1/2014 de la Corte Constitucional, por la cual diferentes normas de los sistemas electorales de la Cámara y el Senado fueron declarados inconstitucionales. El debate acerca de la constitucionalidad de la ley electoral comenzó en el Parlamento durante la discusión para su aprobación, bien entre las fuerzas políticas, bien entre los constitucionalistas y luego se extendió tanto a los ciudadanos, como a las instituciones de garantía del ordenamiento italiano.

<sup>4</sup> En la Federación Rusa se garantiza la representación de las minorías en la República de Yakutia. Específicamente, la Constitución rusa en su artículo 112 establece que "en los lugares de residencia compacta de pueblos poco numerosos del Norte, pueden crearse circunscripciones electorales con un número menor de electores. También en la República de los Buriatos, es avalada la representación del pueblo Khoural, teniendo en cuenta su representación territorial y nacional (art. 80 de la Constitución).

<sup>5</sup> Cfr. Legge, 6 maggio 2015, n° 52. *Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati*. (15G00066), [GU n.105 del 8-5-2015].

<sup>6</sup> Entre otros, se establecen cien circunscripciones que eligen entre tres y nueve escaños dependiendo de su tamaño. En la primera vuelta quedan fuera todos aquellos partidos minoritarios que no consiguen al menos un 3% de los votos. Si hay algún partido o coalición que obtenga más del 40% de los votos, se le entrega automáticamente trescientos cuarenta

podría sufrir de nuevo significativas modificaciones, en detrimento de las minorías en Italia, si nos atenemos a los resultados obtenidos en las elecciones generales celebradas el 4 de marzo de 2018. Y que podrían sumarse a las ya introducidas por la sentencia 35/2017 de la Corte Constitucional italiana, dictada el 9 de febrero de 2017, que declara inconstitucional algunas disposiciones del sistema electoral para formar la Cámara de los Diputados en Italia<sup>7</sup>.

#### C. La asignación directa de escaños a las minorías

Esta fórmula resulta de gran utilidad para las minorías dispersas y para aquellas que -por su escaso número- difícilmente podrían obtener representación, salvo que fuesen tomadas en consideración por los partidos de ámbito estatal en la elaboración de sus listas electorales. De esta forma, la representación de las minorías se asegura sobre una base personal y no territorial.

Contamos con varios ejemplos en Estados miembros de la Unión, como son Chipre, Eslovenia, Rumanía y Croacia, si bien utilizan distintas modalidades. En el caso de Chipre, se reserva expresamente una determinada cuota a las minorías en el parlamento, generalmente superior a la que les correspondería en caso de aplicar un criterio proporcional. Específicamente, en el apartado Primero del artículo 62 de su Constitución se establece que en la Cámara de Representantes la comunidad griega contará con treinta y cinco escaños, y la turca, con quince. Sin embargo, desde 1964 no han asistido los

escaños, el 40% del total de seiscientos treinta. El resto se reparten proporcionalmente, salvo doce asientos que se reservan para los representantes de los italianos en el extranjero y uno para la región de especial del Valle de Aosta. Si, en cambio, nadie logra un 40%, se realiza una segunda vuelta. El partido más votado, aunque sea por unas décimas, obtiene cincuenta escaños adicionales, que le proporcionan la llave del Gobierno.

<sup>7</sup> Con carácter general, la Corte Constitucional italiana ha declarado, a través de la sentencia 35/2017, la ilegitimidad constitucional tanto de la atribución del premio de mayoría en la segunda votación (*ballotage*) como de la disposición que permite a los electos en varias circunscripciones escoger a discreción su colegio de elección. Específicamente, los jueces declaran inconstitucional la atribución del premio de mayoría en la segunda votación, eliminando de esta forma la segunda vuelta que planteaba el *Italicum* en caso de que no hubiese mayorías claras, y abriendo (en paralelo) la posibilidad de convocar elecciones generales de forma anticipada. Basan el fallo en el argumento de que si una lista puede acceder al mismo, a pesar de que en la primera votación obtuvo un resultado escaso, estas controvertidas disposiciones reproducirían un “efecto distorsionador” similar al que la Corte ya había identificado en la sentencia 1/2014. De esta forma, la sentencia ha venido a confirmar la crisis de la clase política y la dificultad del sistema de gobierno italiano para poner en práctica las reformas electorales ajustadas a los principios de la Constitución. *Cfr.* “La sentenza della Corte costituzionale n. 35 del 2017 sul sistema elettorale della Camera (c.d. *Italicum*)”. *Camera dei deputati. Servizio Studio. XVII Legislatura. Dossier n° 278 - Schede di lettura, 14 febbraio 2017.*

turcochipriotas a la Cámara ni se han celebrado en la comunidad turcochipriota elecciones acordes a la Constitución de la República. A pesar de esta anomalía, la Cámara ha mantenido vacantes los escaños correspondientes a dicha comunidad y estos siguen a disposición de esta si sus diputados se eligen de acuerdo con las previsiones constitucionales. De forma paralela, para favorecer el funcionamiento de la Cámara de Representantes y en especial el de sus comisiones, la Cámara decidió en julio de 1985 adoptar la Ley 124, mediante la cual el número de escaños subía a ochenta. De ellos, cincuenta y seis representantes (70%) eran elegidos por la comunidad grecochipriota y veinticuatro (30%) por la comunidad turcochipriota, según el artículo 62.2 de la Constitución.

Algo similar ocurre en Eslovenia, donde el artículo 80 de su Carta Magna establece que las comunidades italiana y húngara elegirán cada una un representante para la Asamblea Estatal, garantizando constitucionalmente su sobrerrepresentación que, en cambio, no alcanza a ni a serbios ni a croatas – las dos minorías más numerosas del país, a día de hoy –, ni al resto de comunidades étnicas presentes en el país.

En el caso de Rumanía, pese a haber modificado significativamente su Constitución en 2003 y su ley electoral en 2004 tampoco ha transformado completamente el modo en que su sistema electoral se ocupa de la minorías<sup>8</sup>. De esta forma, los partidos debidamente registrados y las asociaciones culturales que representan a las diversas minorías étnicas del país siguen teniendo garantizado un escaño en la Cámara baja del Parlamento rumano, aunque en la inmensa mayoría de los casos sus votos no alcanzan siquiera en 0,2% (ALIONESCU, 2004: 60-75). A pesar de que, desde 1990, pasaron de once a dieciocho diputados, incluyendo a italianos, macedonios, *rusyns*, tártaros, judíos, albaneses y croatas. Un derecho que nunca ha sido ejercido por la comunidad húngara, la mayor del país, dado que su principal formación política: la Unión Democrática de los Húngaros en Rumania (UDMR/RMDSz), siempre ha sido capaz de mantener por la fuerza de los votos recibidos su considerable representación parlamentaria (actualmente, dieciocho diputados y nueve senadores) e incluso de hacerse con una posición política clave que se ha traducido en varias carteras en el ejecutivo, entre 1996 y 2008, y de nuevo desde 2009 (PROTSYK, MATICHESCU y CHATRE, 2008: 1-27).

Por su parte, Croacia -durante su primera década de vida como Estado independiente- se caracterizó por la práctica habitual de cambiar su sistema electoral en vísperas de cada nueva elección. Ello facilitó una regulación muy

<sup>8</sup> Cfr. OSCE/ODIHR 2005.

generosa para las minorías nacionales (sin ir más lejos, en el año 1992), que se ha ido restringiendo progresivamente en cada nueva reforma electoral (en especial, las de 1995 y 1999). Tras esta interminable sucesión de reformas y contrarreformas electorales, en 2003, el legislativo croata aprobó una nueva modificación del Código Electoral<sup>9</sup> dando una nueva redacción a su artículo 16, con el fin de aumentar de cinco a ocho el número de representantes atribuido *ex lege* a las minorías étnicas en el *Sabor*. De estos, tres (dos más que en la legislación anterior) se otorgaron a la comunidad serbia (1,0 % del censo en 2001), uno a los italianos, uno a los húngaros, uno a las comunidades de checos y eslovacos, otro a austriacos, búlgaros, alemanes, polacos, gitanos, rumanos, rusyns, rusos, turcos, ucranianos, valacos y judíos y otro a albaneses, bosnios, macedonios, montenegrinos y eslovenos (en su conjunto, el 2,9 % del censo de 2001); los cuales han tenido que “compartir” su representación parlamentaria. De esta forma, los ciudadanos pertenecientes a estas comunidades pueden optar entre votar a favor de una lista ordinaria de candidatos, o hacerlo por una de las listas minoritarias. Sin embargo, la mayor parte de los electores serbios suelen decantarse por la primera opción en lugar de votar por sus escaños reservados (FLORES JUBERÍAS, 2014: 57-58).

#### D. La flexibilización del derecho electoral

A través de este mecanismo, se persigue favorecer la presencia de las minorías en los órganos legislativos en aquellos casos en los que resultaría especialmente difícil, sino imposible, obtener representación si se les aplicase la misma normativa electoral que al resto de partidos políticos. Tres ejemplos muy significativos los encontramos en Alemania, Polonia y Serbia.

En el caso de Alemania, el artículo 6 de la Ley Federal Electoral (*Bundeswahlgesetz*)<sup>10</sup> previó en favor de las minorías nacionales una derogación de la cláusula que establece un quórum del 5% para la obtención de escaños (VIDAL PRADO, 2012: 221)<sup>11</sup>. Por su parte, en Polonia, la Ley

<sup>9</sup> Cfr. OSCE/ODIHR 2006.

<sup>10</sup> La última versión de la *Bundeswahlgesetz* (o “Ley Federal Electoral”) fue aprobada el 8 de junio de 2017, a través de la actualización del artículo 4 G. Entró en vigor el 15 de junio de 2017 [BGBl. I S, p. 1570]. Anteriormente, había sido modificada ampliamente el 23 de julio de 1993 [BGBl. I, p. 1288, 1594]. Destaca por introducir una nueva descripción de la demarcación de los distritos electorales por Bek V. 30.8.2017 I 3339. Habitualmente, esta Ley suele ser revisada antes de cada convocatoria electoral, con el objeto de rectificar la distribución de escaños, en función de las variaciones de población de cada Estado o cada distrito uninominal.

<sup>11</sup> La mencionada “Ley Federal de Elecciones” (también conocida por sus siglas, en alemán, BWahlG o BWG) regula las elecciones del *Bundestag* en la República Federal de Alemania, de conformidad con el artículo 38 (3) de la Ley Fundamental. Sin embargo, por decisión de 25 de julio de 2012, el Tribunal Constitucional Federal declaró inconstitucionales

electoral de 2001 acabó con el sistema mixto existente hasta entonces introduciendo en su lugar uno totalmente proporcional en circunscripciones plurinominales superpuestas a las divisiones administrativas ya existentes. Como contrapeso, decidió mantener la ventaja de la que ya disfrutaban los partidos representativos de las minorías étnicas, y que consistió en la eliminación del umbral del 5% de los votos exigidos a todos los demás partidos – elevado hasta el 8% en el caso de las coaliciones – para acceder al *Sejm*. Esta medida, sin embargo, ha sido claramente insuficiente para que la minoría alemana (actualmente, el 0,4% del censo) conserve su influencia política; puesto que el número de sus votantes ha ido disminuyendo constantemente y su representación parlamentaria se ha reducido de siete a tan solo un escaño, tras obtener 27.530 votos en las elecciones generales de 2015 (lo cual representó únicamente el 0.18% de los votos emitidos); mientras que fue declarada no aplicable a la minoría silesia, por lo que su impacto se minimizó bastante (FLORES JUBERÍAS, 2014: 56).

Una dinámica similar, aunque con consecuencias más relevantes, ha sido la verificada en Serbia. En este sentido, la Ley sobre la Elección de Representantes de la República de Serbia del 2000<sup>12</sup> tuvo como efecto secundario que ningún partido representativo de ninguna minoría étnica fuera capaz de obtener escaños en las subsiguientes elecciones parlamentarias de 2003, al introducir un sistema proporcional en un distrito nacional único con un umbral del 5%. Para paliar este efecto, la Ley fue enmendada al objeto de permitir que los partidos políticos representativos de las minorías étnicas del país participaran en la distribución de escaños, aunque no alcanzaran dicho umbral; por lo que estos tendrían derecho a representación parlamentaria con alcanzar tan solo el 1/250 del total de los sufragios a nivel nacional. Desde entonces, este mecanismo ha hecho posible la representación regular de húngaros (actualmente, el 3,8% del censo), bosnios (1,8%), albaneses y gitanos (1,1%) en la Asamblea Nacional de Serbia que en su conjunto cuentan con once escaños en la actual legislatura (diez, en la legislatura 2012-2014)<sup>13</sup>.

#### E. La representación de las minorías en otras instituciones estatales

Aunque la representación de minorías tiene lugar fundamentalmente en instituciones del poder ejecutivo, así como en los órganos supremos judiciales, también puede producirse en otro tipo de instituciones estatales, en órganos distintos a las cámaras legislativas. Esta fórmula no suele ser muy habitual en

partes de la misma. La reforma de la distribución de asientos, aprobada con los votos de la Unión, el SPD, el FDP y los Verdes, entró en vigor el 9 de mayo de 2013.

<sup>12</sup> *Cfr.* OSCE/ODIHR 2000.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 56 y 57.

los Estados europeos, sino en países que por razones políticas han precisado un equilibrio político entre las distintas comunidades nacionales o los grupos étnicos que los habitan. Ha sido el caso de Chipre, Bélgica, Croacia o Suecia. También a nivel regional, en países como Bélgica o Italia, ha existido la previsión expresa de la participación de las minorías en los órganos regionales ejecutivos. En concreto, en Bruselas y en el Trentino-Alto Adigio.

De todos ellos, destaca especialmente el ejemplo de Chipre, cuya Constitución de 1960 (reformada por quinta y última vez en julio de 2006) prevé un reparto de cuotas no sólo en su órgano legislativo, sino en sus órganos de Presidencia (artículo 1, véase también art. 2), Consejo de Ministros (art. 46), Tribunal Constitucional Supremo (art.133), Tribunal Supremo de Justicia (art. 153); así como otros cargos u órganos para los que se prevén cuotas, como son el Fiscal General de la República y el Teniente Fiscal General (art. 112), el Auditor General y Teniente Auditor General (art. 115), el Gobernador y el Subgobernador del Banco Emisor (*idem*, art. 118), el Servicio público, que debe estar compuesto por un 70% de griegos y un 30 % de turcos (art. 123), y los Directores y Subdirectores del Ejército, Policía y Gendarmería (arts. 129 a 131).

Por último, también en la Constitución de Eslovenia (art. 64) está prevista la participación directa de las minorías en los órganos representativos locales. Específicamente, garantiza la representación de las minorías italiana y húngara a nivel local, sin establecer ninguna cuota específica. De forma paralela, la Ley de Autonomía local prevé la inclusión de representantes de las comunidades gitanas en los órganos de gobierno local en aquellas regiones donde existe presencia de población gitana.

## *2.2. Mecanismos de defensa de las minorías frente a las autoridades*

Pese a los numerosos instrumentos de representación de las minorías étnicas y nacionales en las instituciones, es factible que determinadas disposiciones adoptadas por los órganos regionales o centrales del Estado puedan acabar perjudicando a determinadas minorías, en especial, las infrarrepresentadas. Para paliar estos efectos, todos los Estados europeos han arbitrado instrumentos legales que posibilitan a las minorías defenderse de posibles situaciones que puedan impedir desarrollar en plenitud sus derechos de participación política. Y que no son otros que los tribunales constitucionales, los recursos a los tribunales ordinarios, el derecho de petición o el recurso al defensor del pueblo, entre otros. Junto a estos, hay previstos otros mecanismos “extraordinarios” de participación, como es la exigencia de mayorías cualificadas para ciertas materias; por ejemplo, para

llevar a cabo reformas constitucionales, que exigen cierto grado de consenso en todos los Estados democráticos.

En lo concerniente a la participación de las minorías en las reformas constitucionales, la Constitución más modélica es –una vez más– la chipriota. En esta línea, cabe destacar las disposiciones contenidas en los artículos 47, 50, 51, 78, 182.3 y 183. También la Constitución de Eslovenia, que prevé que las leyes y otras normas que se refieran exclusivamente a los derechos de las comunidades italiana y húngara no pueden ser adoptadas sin el consentimiento de sus representantes.

### 2.3. Órganos de consulta y de participación de las minorías

Por su parte, la creación de órganos consultivos y participativos *ad hoc* constituye el nivel mínimo de participación que se puede conceder a las minorías, sea para una en particular o para la totalidad de las existentes en un territorio. No obstante, no debemos menospreciar este sistema, al resultar de especial utilidad en el caso de las minorías dispersas e infrarrepresentadas. Están presentes en todos los niveles territoriales y suelen abordar tanto cuestiones generales como específicas. Asesoran al poder legislativo y al ejecutivo.

Por otro lado, los órganos encargados de orientar sobre cuestiones de las minorías suelen ser más habituales en los Estados en los que las minorías étnicas y nacionales no tienen capacidad de autogobierno. Y, en el caso de órganos relativos a cuestiones de una en particular, su creación suele estar motivada por una voluntad política de otorgar un tratamiento privilegiado a ciertas minorías, fundamentalmente históricas. Este ha sido el caso de Alemania, a través de las Declaraciones de Copenhague y Bonn (vigentes en la actualidad y redactadas de manera independiente por los gobiernos de Dinamarca y Alemania en 1955), las cuales representan un acuerdo entre ambos países acerca de los derechos de las minorías danesa y alemana en la zona fronteriza, en lo que fue el antiguo ducado de Schleswig. Esta zona, dividida definitivamente entre ambos países en 1920, ha sido bicultural y bilingüe durante siglos. De acuerdo a las declaraciones, las minorías tienen la libertad de conservar su nacionalidad y cultura a ambos lados de la frontera.

Del mismo modo, en Austria, la Ley Federal de 7 de julio de 1976 sobre el Estatuto Jurídico de los Grupos Étnicos (más conocida como “Ley de los Grupos Étnicos”)<sup>14</sup> previó la creación de un “Consejo Consultivo Étnico” por cada minoría, establecido mediante Decreto del Gobierno Federal y que ha

<sup>14</sup> Fue modificada por última vez por la Ley Federal [BGBl. I N° 52/2009].

permitido constituir consejos consultivos para las minorías croatas, eslovenas, húngaras, checas y eslovacas, así como para los *sinti* y los *roma*.

### 3. *Algunas reflexiones finales*

Como hemos podido comprobar, en las democracias de los actuales veintiocho Estados miembros de la Unión Europea, y especialmente en las de la Europa Central y del Este, tanto sus Constituciones, como “el diseño de sus leyes electorales se ha visto condicionado por la imperiosa necesidad de conciliar el objetivo de brindar a todos los ciudadanos una representación igual, justa y no discriminatoria, con el hecho de que – de nuevo, en la práctica totalidad de los casos – la ciudadanía de esos Estados constituyera una realidad étnicamente plural”, como acertadamente señala FLORES JUBERÍAS (2014: 43).

Con este fin, para lograr una representación sustantiva y efectiva de la totalidad de la población de una sociedad, que promueva la democracia y la cohesión social, los Estados miembros de la Unión Europea deben promulgar y aplicar de forma efectiva dichos marcos, de forma que protejan los derechos de las minorías de forma amplia y exhaustiva. No obstante, ello requiere tanto de voluntad política como de una implementación efectiva de cuantos recursos sean necesarios (aunque este factor no siempre se cumpla). Además, sus instituciones democráticas deberán contar con mecanismos y reglamentos que garanticen una participación significativa de todos los segmentos de la sociedad, bien utilizando los instrumentos analizados en el presente trabajo (entre otros), bien creando nuevos, adaptados a las actuales demandas de las minorías. También deberán mejorar la capacidad de los legisladores (los de ascendencia minoritaria y los procedentes de mayorías) para dotarles de la legitimidad necesaria para actuar como dirigentes de sociedades multiculturales.

Sin embargo, estos principios chocan frontalmente con los nuevos retos a los que se enfrenta la UE en la actualidad que, indefectiblemente, amenazan y minan su unidad política y jurídica. Entre ellos, la crisis de los refugiados, la falta de liderazgo político, las consecuencias del *brexit*, la recesión económica, la amenaza terrorista o la resurrección de nacionalismos emergentes, - liderados por algunas minorías étnicas y nacionales e incluso por partidos políticos de corte populista y/o extremista presentes no sólo en Países de la Europa Central y Oriental desde la caída del comunismo-, sino también en algunos de los miembros fundadores de las Comunidades Europeas, lo cual resulta mucho más preocupante.

Retos que, por su relevancia y por extralimitarse al (consecuente) marco temporal y espacial del presente trabajo, son susceptibles de ser analizados en futuras investigaciones.

Sin duda alguna, ahora más que nunca, el proyecto de integración europea anima a la redefinición de los objetivos políticos de las minorías nacionales en torno al proyecto político de la *intelligentsia*. Una afirmación que se sustenta en la idea de que la UE, como “Europa de los pueblos”, es un medio y un fin para las minorías nacionales. De esta forma, los objetivos nacionalistas de algunas minorías nacionales se irán atemperando y acomodando animados por un proyecto integrador y supranacional, que diluya las fronteras, que redefina la noción de ciudadanía y que obligue a reflexionar sobre la territorialidad y la soberanía de los Estados-nación, pero también sobre la autodeterminación y, cómo no, sobre el alcance de los derechos de participación política de las minorías étnicas y nacionales en el proceso de construcción de políticas de reconocimiento y de nuevos espacios constitucionales en el seno de la Unión Europea.

#### 4. Referencias bibliográficas

ALIONESCU, Ciprian-Calin (2004). “Parliamentary Representation of Minorities in Romania”. *Southeast European Politics*, n° 5/1, p. 60-75.

DEOP MEDINABEITIA, Xavier (1998). “La participación de las minorías nacionales en la vida política de los estados europeos: una variedad de modelos jurídicos”. *Afers Internacionals*, n° 42, *Fundació CIDOB*, p. 99-123.

FLORES JUBERÍAS, Carlos (2014). “Sistemas electorales y minorías étnicas en la Europa Central y del Este: de la transición a la consolidación de la democracia”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n° 166, octubre-diciembre, Madrid, p. 41-67.

GANEV, Venelin I. (2014). “History, Politics and the Constitution: Ethnic Conflict and Constitutional Adjudication in Postcommunist Bulgaria”. *Slavic Review*, n° 63/1, p. 66-99.

GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel B. (1994). “La nueva Constitución rusa”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* / 17 (enero-abril), p. 71-136.

- (2010). “La estructura política de la Federación Rusa. Perfil de país: Federación Rusa”. *Anuario Internacional CIDOB 2010*, Barcelona: Fundación CIDOB, p. 465-474.

KOLLER, Heinrich y BIAGNI, Giovanni (2002-2003). “La nueva Constitución Federal Suiza. Una visión general de las novedades y los aspectos más destacados”. *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, n° 10-11, 2º semestre 2002- 1er semestre 2003, p. 611-634

MILANI, Giammaria y SORDA, Elena (2015). “Ley electoral y relevancia. La Corte

Constitucional Italiana supera una zona de sombra”. *Justicia Electoral*, n° 15, Cuarta Época, Vol. 1, enero-junio, p. 17-63.

POWLEY, Elisabeth (2010). “La diversidad en los parlamentos. Escuchando las voces de las minorías y los pueblos indígenas”. *Promoción de parlamentos integradores: La representación de las minorías y los pueblos indígenas en los parlamentos*. Unión Interparlamentaria (UIP), Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), IDEA Internacional América Latina, Ginebra/Nueva York, p. 6 y 7.

PROTSYK, Oleh; MATICHESCU, Marius y CHATRE, Baptiste (2008). “Representational Consequences of Special Mechanisms for Ethnic Minority Inclusion: Evidence from Romania”. *European Centre for Minority Issues Working Paper*, n° 41, p. 1-27.

RODRÍGUEZ PATRÓN, Patricia (2001). “El senado suizo”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 4, enero-junio, p. 189-223

VAN DER HULST, Marc (2000). *El mandato parlamentario. Estudio Comparativo Mundial*. Ginebra: Unión Interparlamentaria.

VIDAL PRADO, Carlos (2012). “El sistema electoral alemán como modelo: ventajas e inconvenientes”. *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n° 26, p. 217-234.

## LE REGIONI ITALIANE AL COSPETTO DELL'UNIONE EUROPEA

Caterina Drigo\*

SOMMARIO: 1. Le regioni al cospetto dell'Europa: direttrici di un percorso evolutivo non lineare. – 1.1. Premesse. – 1.2. Il cammino europeo dell'emancipazione regionale: da Maastricht a Lisbona. – 2. L'emancipazione delle istanze territoriali regionali in relazione alla fase ascendente dei processi di decisione. – 2.1. Considerazioni di ordine metodologico. – 2.2. La partecipazione delle regioni al Consiglio dell'Unione Europea. – 2.3. La rappresentanza regionale in seno al Comitato delle regioni: il rafforzamento del Comitato nel ruolo di custode della sussidiarietà. – 3. Il versante "interno" della disciplina della fase ascendente dei processi europei di decisione: l'esperienza italiana. – 3.1. Il quadro normativo nazionale. – 3.2. *Segue*: le regioni italiane nel processo di partecipazione alla formazione del diritto dell'unione europea e nel sistema di "allerta precoce" – 4. Un (parziale) bilancio.

### 1. Le regioni al cospetto dell'Europa: direttrici di un percorso evolutivo non lineare

#### 1.1. Premesse

Come è noto l'articolato evolversi dell'ordinamento comunitario, prima, ed europeo poi, ha visto coinvolti anche gli enti territoriali degli Stati membri.

In relazione alla partecipazione delle regioni al processo europeo di produzione normativa, così come alla fase inerente la sua attuazione, si può osservare che per lungo tempo c'è stato un loro scarso (quando non scarsissimo) coinvolgimento nei percorsi politico-decisionali europei [*ex multis* F. BALAGUER CALLEJÓN, 2016: 11 ss; A. D'ATENA, 2008: 1 ss.] e, a tal proposito la dottrina ha coniato l'espressione "*Landesblindheit*" o "*regional blindness*" [H.P. IPSSEN, 1966, 256] delle Comunità europee<sup>1</sup>. Peraltro, pare opportuno ricordare che anche a livello nazionale, i vari Stati membri, alla fine degli anni cinquanta del secolo scorso, non riconoscessero ampi margini di autonomia ai propri enti territoriali: fra gli Stati membri delle neonate Comunità Europee, solo la Germania era uno Stato federale, mentre il regionalismo italiano restava una forma embrionale, e largamente inoperante, riconosciuta in Costitu-

\* Alma Mater studiorum Università di Bologna - Professoressa aggregata di *Diritto regionale*; *Public law and protection of fundamental rights*; *Diritti Fondamentali* (modulo 2).

<sup>1</sup> Ipsen, in realtà, avrebbe utilizzato un'espressione traducibile con "cecità federale".

zione. Gli altri Stati fondatori delle Comunità Europee (Belgio, Olanda, Francia e Lussemburgo) mantenevano la struttura di Stati unitari con una articolazione delle funzioni legislative di tipo accentrato, sebbene fossero presenti enti territoriali dotati di forme diversificate di autonomia.

Il successivo progressivo sviluppo dell'ordinamento comunitario pare essersi evoluto in parallelo, ed in certa misura condizionando, la produzione normativa e le riforme degli Stati membri.

Peraltro, il successo di slogan quali "l'Europa delle Regioni", si deve non solo alla progressiva valorizzazione delle autonomie territoriali negli Stati membri, ma anche alla più generale crisi dello stato nazionale, che ha spinto a «considerare le regioni come una forma supplementare di risorsa di legittimazione, nella prospettiva della fondazione di una identità europea non limitata agli stati membri» [M. OLIVETTI, 2013: 326].

Si è, così, palesata la necessità di approvare riforme tese a favorire processi di decentramento che riconoscessero ambiti di competenza via via maggiori agli enti territoriali sub-statali, nella consapevolezza che essi, in quanto enti più prossimi ai cittadini rispetto alle istituzioni europee ed agli stessi Stati, possono essere in grado di captare meglio le realtà del tessuto socio-economico locale sulle quali le azioni e le politiche europee sono destinate ad impattare<sup>2</sup>.

Il panorama che si viene a comporre, osservando l'arco temporale considerato, mostra come gli Stati e i loro enti territoriali sembrino aver compreso che l'Unione europea può essere non solo un sistema suscettibile di condizionare o vincolare il loro margine d'azione, ma anche un sistema in grado di promuovere opportunità di integrazione e sviluppo.

<sup>2</sup> Ed infatti progressivamente il regionalismo italiano è passato da una forma embrionale a strutture più complesse già a partire dagli anni settanta e, similmente, in Belgio furono introdotte varie riforme normative tese a valorizzare le istanze territoriali. A partire dagli anni ottanta, poi, anche Spagna, Francia e (ancorché limitatamente) il Portogallo introdussero riforme tese alla trasformazione in senso regionale dei rispettivi territori.

In Spagna, peraltro, come in Italia, nel corso degli anni novanta (e inizio 2000) in parallelo con l'avvio del c.d. processo di regionalizzazione europeo, furono approvate ulteriori riforme tese al rafforzamento delle autonomie.

Nel corso degli anni novanta, inoltre, nuovi Stati divennero parte dell'Unione europea, l'Austria federale e la Finlandia (quest'ultima, stato unitario, ma con il riconoscimento di uno *status* di autonomia particolare per le isole Åland, così: S. STEPHAN, 2010: 1 ss.).

Se il c.d. *allargamento ad est* dell'Unione europea determinò l'ingresso di vari Stati organizzati secondo un sistema centralizzato (ad eccezione di Ungheria, Repubblica Ceca e Romania), in Spagna lo Stato autonomo si è rafforzato specialmente a partire dal 2006, mentre, al contrario, in Germania (nel 2006 e nel 2009) sono state approvate alcune riforme tese a limitare l'autonomia (in particolar modo finanziaria) degli enti territoriali – Sul punto si v. M. OLIVETTI, 2013.

Tuttavia, al contempo, tale processo di progressiva integrazione ha scontato e, a livello di prassi continua a scontare, un gap di natura politica prima che normativa, che vede gli enti territoriali comunque subalterni rispetto alla centralità degli Stati, in un contesto in cui, peraltro, negli ultimi anni si registra una trasversale tendenza verso un *favor* statale nei confronti di una prospettiva di tipo ri-centralizzato, soprattutto per quel che concerne la gestione delle risorse finanziarie.

### 1.2. Il cammino europeo dell'emancipazione regionale: da Maastricht a Lisbona

Nonostante non fossero mancate timide forme di coinvolgimento delle istanze territoriali anche prima degli anni novanta [*ex multis*, M. OLIVETTI, 2013: 319 ss.; A. D'ATENA, 2008: 1 ss.; ID., 2007: 148 ss.; S. GOZI, 2003: 339 ss.],<sup>3</sup> è solo con l'approvazione del trattato di Maastricht che si è avviato il c.d. processo di regionalizzazione [*ex multis*: S. WEATHERILL, U. BERNITZ, 2005], sia grazie all'istituzione del Comitato delle regioni (su cui *infra*), sia in virtù dell'introduzione della facoltà di includere esponenti degli enti territoriali nelle delegazioni che sono chiamate a rappresentare gli Stati membri nel Consiglio dei Ministri europei (oggi Consiglio dell'Unione Europea), sia grazie alla codificazione del fondamentale principio di sussidiarietà, pur nell'ambiguità delle sue diverse accezioni [il dibattito sul principio di sussidiarietà è pressoché sterminato. *Ex multis*, si vedano A. D'ATENA, 2001: 13 ss.; ID, 2009: 29 ss.; P. RIDOLA, 2009: 1 ss.; M. ARMANNI, 2011: spec. 101 ss.; P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, 2014; C. FASONE, 2013; P. KIIVER, 2012: spec. cap. 4].

L'importanza del Trattato di Maastricht risiede nel fatto che con esso si pone l'accento sulla c.d. *multilevel governance* dell'Unione europea [M. MORELLI, 2011; L. DOMENICHELLI, 2007: spec. 57 ss.; A. SIMONATO, 2016: 39 ss.; L. HOOGE, G. MARKS, 2001], implementando il coinvolgimento regionale nel contesto europeo, avviandosi, al contempo, un ricco dibattito teso a valorizzare gli ambiti competenziali di tutti i livelli di governo, anche sub-statali [per una ricostruzione M. OLIVETTI, 2013: 319 ss.; A. D'ATENA, 2008: 5 ss.].

Il processo di implementazione delle sinergie fra regioni e dimensione europea si è arricchito con l'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, nel 1997, con il quale si è rafforzato il ruolo del loro organo rappresentativo, il

<sup>3</sup> In particolare, si ricordano sia la Risoluzione del Parlamento Europeo sulla politica regionale della Comunità e sul ruolo delle regioni, sia la Carta comunitaria della regionalizzazione, entrambe adottate dal Parlamento europeo il 18.11.1988, (in GUCE C-326 del 19.12.1988, 289).

Comitato delle regioni (su cui *infra*), ampliando i suoi poteri consultivi (prevedendo che non solo Consiglio e Commissione, ma anche il Parlamento europeo potessero consultarlo) e le ipotesi di richiesta di parere obbligatorio.

Successivamente, con il Trattato di Nizza sono state introdotte innovazioni riguardanti la composizione del Comitato delle regioni e il procedimento di nomina dei suoi membri.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nel 2009, ha migliorato il ruolo che regioni e enti locali rivestono nel sistema politico dell'UE e ha rafforzato, nell'ambito dei processi europei di produzione normativa, le competenze ed il ruolo del Comitato delle regioni.

La dimensione territoriale sub-statale si è vista riconoscere un più ampio coinvolgimento grazie all'azione sinergica di diverse norme dei Trattati, sebbene essa, nei rapporti con le istituzioni europee, si debba continuare ad avvalere della mediazione dei rispettivi ordinamenti statali di appartenenza.

Per la prima volta l'UE annovera esplicitamente fra i propri obiettivi fondamentali la *coesione territoriale*, che si va ad aggiungere a quella economica e sociale.

L'art. 1, paragrafo 2 del TUE pare valorizzare il ruolo degli enti territoriali sub-statali nella misura in cui introduce la c.d. clausola di prossimità "ai sensi della quale le decisioni devono essere «prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini».

L'art 5 del TUE, inoltre, vincola l'operare delle istituzioni europee al rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà «conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità», coinvolgendo i parlamenti nazionali e, qualora vengano in rilievo loro competenze, anche gli enti territoriali.

Viene espressamente sancito il diritto all'autonomia regionale e locale e si richiede alla Commissione, in sede di effettuazione delle consultazioni svolte in vista dell'esercizio del potere di iniziativa nel processo normativo europeo, di tener in debito conto, qualora rilevanti, anche delle implicazioni che le azioni previste sono suscettibili di esplicare sulla dimensione regionale.

Si introduce, poi, un maggior controllo della sussidiarietà da parte dei Parlamenti nazionali e degli organi regionali dotati di poteri legislativi, che devono essere consultati ogniqualvolta un progetto normativo europeo coinvolga loro competenze, oltre al fatto che la motivazione in punto di sussidiarietà e proporzionalità contenuta nei progetti di direttive europee debba tener conto anche delle conseguenze sulla legislazione regionale [N. LUPO, 2015: 1713 ss.; M. MORELLI, 2011: 83 ss.; C. FASONE, 2011: 361 ss.].

Il tema della sussidiarietà rappresenta un nodo centrale per valutare le potenzialità del coinvolgimento regionale nella fase di programmazione delle po-

litiche e normative europee. A tal proposito, già nel 2001 era stato approvato il *Libro bianco sulla governance europea* con cui la Commissione europea ha intrapreso la via del progressivo ampliamento delle consultazioni politiche in sede di programmazione scegliendo di valorizzare anche il contributo propositivo degli enti territoriali sub-nazionali [F. PATERNITI, 2015:1 ss., spec. 6 ss.; M. MORELLI, 2011: 111 ss.; L. DOMENICHELLI, 2007: spec. 59 ss.; M. ESPOSITO, 2004: 123 ss.].

A ciò si aggiunga che l'art. 4, co. 2, del TUE valorizza il patrimonio regionale ritenendolo elemento che concorre a qualificare l'identità nazionale di ciascuno Stato membro e l'art. 13 del TFUE si riferisce espressamente al «patrimonio regionale», considerandolo quale parametro per la formulazione e l'attuazione di importanti politiche europee (in particolare «nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e dello sviluppo tecnologico e dello spazio»).

## *2. L'emancipazione delle istanze territoriali regionali in relazione alla fase ascendente dei processi di decisione*

### *2.1. Considerazioni di ordine metodologico*

Il processo di valorizzazione delle istanze regionali a livello nazionale è, almeno in certa misura, andato in parallelo con l'incremento della sensibilità europea verso di esse, anche in ragione del fatto che negli anni hanno fatto il loro ingresso Stati che riconoscevano margini di autonomia alle proprie istanze territoriali.

Il lungo e non sempre uniforme processo di emancipazione e valorizzazione delle regioni nel contesto europeo si è svolto, come si è anticipato, su due livelli, quello europeo, appunto, e quello interno nazionale.

In relazione a quest'ultimo, si rileva come al progressivo riconoscimento di più o meno ampi margini di autonomia alle regioni da parte di vari Stati europei (cfr. *supra*, nota n. 2), sia corrisposta l'attenzione delle Comunità europee prima, e dell'Unione poi, a non interferire con le prerogative nazionali in punto di disciplina degli stessi.

Inoltre, si riscontra un panorama a geometria fortemente variabile: non esiste un modello unico di "regione europea": vari e articolati sono i margini di autonomia riconosciuti nei diversi contesti.

Per i profili che qui interessano si prenderà in esame l'esperienza italiana

in relazione alla fase ascendente dei processi europei di decisione<sup>4</sup> considerando sia due strumenti introdotti con il Trattato di Maastricht e poi via via implementati - la partecipazione regionale ai lavori del Consiglio dell'Unione europea e al Comitato delle regioni - sia le forme di partecipazione interna alla fase ascendente.

## 2.2. *La partecipazione delle regioni al Consiglio dell'Unione Europea*

Una delle principali novità del Trattato di Maastricht fu l'aver previsto che anche entità sub-statali (fossero essi regioni o Stati federati) potessero far parte delle delegazioni nazionali presso il Consiglio dell'Unione Europea (oltre che presso il Coreper)[ Per una analisi della dimensione regionale nel contesto europeo dopo l'approvazione del Trattato di Maastricht, con particolare riferimento ai profili oggetto del presente paragrafo, si vedano, *ex multis*, P.L. PETRILLO, 2007: 17 ss.; F. EGGERMONT, 2011: 3 ss., spec. 14 ss., nonché, A. SIMONATO, 2016: 117 ss.].

Se con tale Trattato innegabilmente si recepirono molte pressioni incentivanti più ampie sinergie tra le politiche regionali e quella europea, le potenzialità partecipative offerte dall'art. 203 dell'allora vigente TCE venivano, però, colte in modo fortemente disomogeneo dagli Stati membri, rimanendo nel loro potere discrezionale la scelta ultima in merito al coinvolgimento dei rappresentanti delle entità sub-statali caratterizzate da autonoma potestà legislativa. E questi, ove coinvolti, erano comunque tenuti ad esprimere determinazioni vincolanti l'intero Stato, e non specificatamente l'ente territoriale di appartenenza.

Inizialmente, grazie alle pressioni effettuate durante i negoziati che precedettero il Trattato di Maastricht, solo a Germania, Belgio ed Austria fu consentita, secondo modelli diversificati, la partecipazione dei rappresentanti dei propri enti territoriali [L. HOOGE, G. MARKS, 2001: 83 ss.]<sup>5</sup>. Accanto ad essi,

<sup>4</sup> intendendosi, con quest'espressione, i processi, svolgentesi, sia a livello europeo, sia all'interno dei vari ordinamenti nazionali, che portano alla elaborazione delle politiche e delle normative comunitarie.

<sup>5</sup> In relazione all'esperienza tedesca, si segnala che già con la legge di adesione all'Atto Unico Europeo del 1986 (legge del 19 dicembre 1986, BGBl. II, p. 1002) fu consentito al Bundesrat, nelle materie di competenza esclusiva dei Lander, di prendere una posizione vincolante per il Governo federale, salvo il caso di «irrinunciabili motivi di politica estera e di integrazione». Sul punto diffusamente: D. SCHEFOLD, 2003: 95 ss., spec. 99. In relazione all'esperienza belga si veda l'*Accord de coopération relatif à la représentation du Royaume de Belgique au sein du Conseil des Ministres de l'Union européenne* dell'8 marzo 1994, stipulato fra il Governo federale belga ed i governi delle Comunità e delle regioni sulla rappresentanza del Regno del Belgio in seno al Consiglio dei ministri dell'Unione Europea. Per maggiori approfondimenti sull'esperienza belga si vedano Y. LEJEUNE 1999; L. VAN LOY, 2016: 79 ss.

la medesima possibilità era riconosciuta ad un unico Stato non federale, il Regno Unito<sup>6</sup>.

Tali Paesi erano, così, in grado di valorizzare, quantomeno entro certi limiti, anche le istanze ed esigenze dei propri enti territoriali, facendole riconfluire nella posizione unitaria espressa in seno al Consiglio.

Diversamente, esperienze regionali come quella spagnola (che pure, entro certi limiti, era ispirata al modello tedesco), italiana, e finanche portoghese e finlandese, non riescono ad esprimere con pari forza la propria voce in seno al Consiglio – [M.L. DUARTE, 2003: 171 ss.; S. STEPHAN, 2010: 1 ss.; A. CARMONA CONTRERAS, 2002: 815 ss.; M.I. GONZÁLEZ PASCUAL, 2013; J. TUDELA ARANDA, F. 2016: 209 ss.

Per quel che concerne Spagna e Italia, solo in tempi relativamente recenti i rappresentanti delle Comunità Autonome spagnole e delle Regioni e Province autonome italiane hanno potuto accedere alle riunioni del Consiglio dell'Unione Europea.

In via generale, infatti, sono solo i membri del governo nazionale che possono rappresentare la Spagna o l'Italia al Consiglio, tuttavia a livello interno sono stati adottati alcuni meccanismi che si potrebbero definire “di compensazione”, atti a garantire una rappresentanza anche delle istanze regionali nella formazione della posizione ufficiale dello Stato<sup>7</sup>.

Sul versante nazionale il coinvolgimento regionale ai lavori del Consiglio dell'Unione Europea si deve, oltre che alla legge 131 del 2003 (art. 5, co. 1), anche all'*Accordo generale di cooperazione tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano per la partecipazione delle Regioni e delle Province autonome alla formazione degli atti comunitari*<sup>8</sup>, accordo sottoscritto in sede di Conferenza Stato-Regioni<sup>9</sup> il 16 marzo 2006.

<sup>6</sup> Con riferimento al Regno Unito, si consideri il *Concordat on Co-ordination of European Union Policy Issues* del 1999.

<sup>7</sup> In Spagna ciò è stato possibile a partire dal 2005. Fondamentale, a tal proposito, è stata l'approvazione, in seno alla *Conferencia de Asuntos Relacionados con la Unión Europea*, di due distinti accordi, datati 9 dicembre 2004. Il primo di questi, è relativo alla partecipazione dei rappresentanti delle Comunità Autonome nelle formazioni del Consiglio dell'Unione europea *Acuerdo sobre el sistema de representación autonómica en las formaciones del Consejo de la Unión Europea*; il secondo, è relativo alla partecipazione delle Comunità Autonome alla Rappresentanza permanente spagnola presso l'Unione e ai gruppi di lavoro del Consiglio Europeo *Acuerdo sobre la Consejería para Asuntos Autonómicos en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea y sobre la participación de las Comunidades Autónomas en los grupos de trabajo del Consejo de la Unión Europea*. Per maggiori approfondimenti di carattere istituzionale si veda [http://www.seat.mpr.gob.es/portal/areas/politica\\_autonomicaparticipacion-ccaa-eu/ccaa\\_y\\_ue/CARUE.html](http://www.seat.mpr.gob.es/portal/areas/politica_autonomicaparticipacion-ccaa-eu/ccaa_y_ue/CARUE.html)

<sup>8</sup> Atto n. 2537/CSR del 16 marzo 2006.

<sup>9</sup> Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di

Per effetto di tale accordo la delegazione nazionale che partecipa ai lavori del Consiglio si compone anche di due Presidenti di Giunta regionale (o di loro delegati), rispettivamente chiamati a rappresentare le regioni ad autonomia ordinaria e le regioni ad autonomia speciale. In via generale il capo delegazione deve essere un membro del governo statale, tuttavia, l'accordo prevede che nelle materie di cui al 4° comma dell'art 117 Cost., il capo delegazione possa anche essere un presidente di giunta regionale o di provincia autonoma (o un loro delegato), qualora ne facciano espressa istanza le regioni o le province autonome e intervenga una specifica intesa con il Governo, da raggiungersi in seno alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano (art. 4).

La legge n. 234 del 2012, inoltre, prevede che il Governo abbia precisi obblighi nei confronti delle regioni, dovendole informare «tempestivamente... per il tramite della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome» sulle proposte e sulle materie di loro competenza «che risultano inserite all'ordine del giorno delle riunioni del Consiglio dell'Unione europea», e dovendo, altresì, ove gli venga richiesto, illustrare alla Conferenza, riunita in sessione europea la posizione che intende assumere. Il Governo ha anche l'obbligo di riferire alle regioni e dalle province autonome, per il tramite della Conferenza, le risultanze delle riunioni del Consiglio [Art. 24. Per un commento: L. COSTATO, L.S. ROSSI, P. BORGHI (a cura di), 2015; nonché A. ESPOSITO, 2013: 1 ss.].

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non ha sostanzialmente mutato la situazione. Non è esplicitato alcun diritto (e men che meno dovere) degli Stati di farsi rappresentare da esponenti degli enti territoriali dotati di autonomia legislativa. L'art. 16 del TUE (che sostanzialmente ripropone i contenuti dell'art. 203 del TCE) si limita a prevedere che il Consiglio si compone di «un rappresentante di ciascuno Stato membro a livello ministeriale, abilitato a impegnare il governo dello Stato membro che rappresenta e ad esercitare il diritto di voto». Ne consegue l'assoluta centralità delle determinazioni nazionali, che paiono diversificate da Paese a Paese, e che condizionano l'incisività e l'efficacia della partecipazione regionale. Vari sono i livelli di autonomia riconosciuta agli enti sub-statali, estremamente articolata e disomogenea è l'attitudine di questi ultimi a sviluppare forme di concertazione e cooperazione tanto orizzontale, quanto verticale, diversificata è, altresì, l'influenza degli organi centrali di rappresentanza regionale.

### 2.3. *La rappresentanza regionale in seno al Comitato delle regioni: il rafforzamento del Comitato nel ruolo di custode della sussidiarietà*

Il Comitato delle regioni è organo frutto di un compromesso raggiunto nell'ambito della Conferenza intergovernativa del 1991 con la quale si è giunti a sostituire il precedente Consiglio consultivo degli enti regionali e locali, organo considerato inidoneo a rappresentare adeguatamente gli interessi degli enti sub-statali in sede europea [in tal senso M.M. VÁZQUEZ, 2001: 64 ss. Ma cfr., *ex multis*: G. FIENGO, 2012: 25 ss.; E. DOMORENOK, 2010; M. OLIVETTI, 2013: 333 ss.; L. DOMENICHELLI, 2007: 27 ss.; A.M. CECERE, 2003: 175 ss.; V. FALCONE, 2003: 247 ss.; M. MASCIA, 1996].

Il Comitato delle regioni è annoverato fra gli organi consultivi dell'Unione (art. 300 TFUE) ed è espressione dei rappresentanti regionali e locali nell'UE provenienti da tutti gli Stati membri.

I suoi componenti vengono nominati dal Consiglio dell'Unione europea per 5 anni, sulla base delle proposte presentate da ciascuno Stato membro (art. 305 TFUE, par. 2-3) ed esercitano le proprie funzioni, «in piena indipendenza, nell'interesse generale dell'Unione» e senza essere «vincolati da alcun mandato imperativo» (art. 300 TFUE, par. 4). Si tratta, tuttavia, di un «organo consultivo *sui generis*, con una funzione di rappresentanza politica, territoriale e funzionale» [A. SIMONATO, 2016: 134].

È organo che sin dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam (cfr. *supra*) si è visto riconoscere via via sempre più ampi margini di autonomia organizzativa e maggiori competenze. Grazie al Trattato di Nizza, poi, sono stati anche valorizzati i profili di legittimazione democratica dell'organo, richiedendosi che i suoi membri siano «rappresentanti delle collettività regionali e locali che sono titolari di un mandato elettorale nell'ambito di una collettività regionale o locale, o politicamente responsabili dinanzi ad un'assemblea eletta» (art. 263, par. 1 TCE, oggi art. 300, par. 3 TFUE).

Le pressioni del Comitato per vedersi riconoscere più ampie competenze e lo status di istituzione, espresse nel suo Parere in merito al *Libro bianco sulla governance europea*<sup>10</sup>, sono state solo in parte accolte e trasfuse nel Trattato di Lisbona.

Sebbene non ne sia stata riconosciuta la qualifica di vera e propria istituzione europea, se ne sono comunque incrementati i poteri in tutte le fasi dell'*EU decision-making process*, aumentando significativamente le ipotesi in cui Commissione, Consiglio e Parlamento sono tenuti a consultarlo in relazio-

<sup>10</sup> CDR 2001/103 del 13 marzo 2001. Si veda altresì il *Parere del Comitato delle regioni sul tema «Il seguito del Libro bianco e la governance europea»* (2003/C 256/04) del 2 luglio 2003.

ne alle politiche europee che possono avere un'incidenza sulle regioni e le autonomie locali.

Oggi il Comitato delle regioni esprime pareri su istanza delle istituzioni succitate in applicazione di specifiche norme del Trattato<sup>11</sup> ed in tutti i casi in cui tali istituzioni lo ritengano utile (art. 307 TFUE), può altresì, esprimere pareri di propria iniziativa su materie che ricadono nella competenza del Comitato Economico e Sociale, laddove rilevi la presenza di interessi regionali specifici e, più in generale, può esprimere anche pareri di propria iniziativa ogniqualvolta lo ritenga opportuno (art. 307 TFUE).

Mutano gli effetti della consultazione (o mancata consultazione) del Comitato. Essi hanno natura obbligatoria, ma non vincolante. Questo significa che l'atto normativo eventualmente adottato in assenza di acquisizione del parere obbligatorio del Comitato risulterà pregiudicato nella sua validità. Diversamente, nelle ipotesi di consultazione non obbligatoria, l'effettiva acquisizione (e considerazione) del parere avrà una natura meramente politica, non incidente sulla validità dell'atto in relazione al quale è stato reso.

Va rilevato, comunque, che lo spettro delle funzioni consultive attribuite al Comitato non si esaurisce nelle norme del TFUE. Infatti, già prima del Trattato di Lisbona, le istituzioni, ed in particolare la Commissione, avevano elaborato protocolli di consultazione del Comitato, al fine di acquisire informazioni prodromiche rispetto allo svolgimento delle procedure normative vere e proprie, in tutti quegli ambiti in cui il Comitato potesse disporre di canali informativi appropriati sul territorio<sup>12</sup>.

Inoltre, il Comitato delle regioni, in virtù dell'accordo di cooperazione concluso con il Parlamento europeo nel febbraio 2014, ha il compito di elaborare una serie di relazioni sull'impatto delle proposte legislative dell'Unione europea ed uno dei suoi membri è invitato a partecipare a tutte le pertinenti riunioni di commissione del Parlamento.

In seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il Comitato pare aver concentrato molta della propria attenzione sulla difesa del tema della sussidiarietà al fine anche di ulteriormente consolidare il proprio ruolo nel conte-

<sup>11</sup> Nello specifico, il Comitato delle regioni deve essere consultato in sede di elaborazione di normative in materia di trasporti e di reti trans-europee (artt. 91, 100 e 171 TFUE); di politiche occupazionali (artt. 149-149 TFUE), di politiche aventi natura sociale (artt. 153 e 164 TFUE); di incentivazione all'istruzione, alla formazione ed alla cultura (artt. 165, 166, 167 TFUE); di politiche inerenti la tutela della salute (art. 168 TFUE); di politiche di coesione economico-sociale (artt. 175 e 177 TFUE); in relazione al Fondo di Sviluppo Regionale (art. 178 TFUE); di politiche in materia di ambiente ed energia (artt. 192 e 194 TFUE).

<sup>12</sup> Si veda, ad esempio, il *Protocollo di cooperazione tra il Comitato delle regioni e la Commissione* DI CdR 81/2001, nonché *l'Addendum al protocollo sulle modalità di cooperazione tra la Commissione europea e il Comitato delle regioni* (5/6/2007).

sto istituzionale europeo. E sono i profili inerenti la vigilanza sul rispetto del principio di sussidiarietà a rappresentare l'elemento alla stregua del quale oggi analizzare e valutare il contributo del Comitato alla definizione dei processi decisionali europei.

Come noto, il principio di sussidiarietà (art. 5, par 3 TUE), include la dimensione locale e regionale sottolineando la necessità che siano rispettate le competenze che gli Stati membri le riconoscono.

Al fine di poter meglio vigilare sul rispetto del principio di sussidiarietà da parte delle Istituzioni europee, il Comitato delle regioni ha inciso sulla propria struttura interna e modulato le proprie competenze.

Pare opportuno ricordare, inoltre, che dal 2012 il Comitato delle regioni ha anche sottoscritto un ulteriore Protocollo sulle modalità di cooperazione con la Commissione Europea avente lo scopo di implementare le sinergie e la collaborazione fra i due organi nell'ambito delle azioni di monitoraggio del rispetto principio di sussidiarietà [F. PATERNITI, 2015: spec. 48 ss.]. Tale protocollo dà attuazione alle disposizioni del Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità allegato al Trattato di Lisbona. In particolare, laddove quest'ultimo incide sui percorsi di dialogo integrato tra i diversi livelli di governo (di cui all'art. 2), il Protocollo di Collaborazione fra Comitato delle regioni e Commissione prevede lo svolgimento di consultazioni pre-legislative (c.d. consultazione precoce) per tenere conto della dimensione regionale e locale delle azioni previste (par. 22).

Inoltre, sempre nel 2012, il Comitato delle regioni ha deciso di formalizzare le strategie da seguire per il controllo della sussidiarietà, procedimentalizzando l'attività di monitoraggio e di consulenza<sup>13</sup>.

Vari, poi, sono gli strumenti e i meccanismi procedurali che il Comitato delle regioni ha messo a punto in sede di svolgimento delle sue funzioni di coordinamento e supporto informativo realizzando un significativo coinvolgimento di molteplici soggetti, fra cui si annoverano le assemblee legislative regionali e gli enti locali. Si segnala, in particolare *Subsidiarity Monitoring Network* (SMN), rete di controllo della sussidiarietà attivata nel 2007, cui fanno parte oltre 150 membri che annoverano le assemblee legislative ed i governi delle regioni dotate di poteri legislativi; gli enti locali e le regioni prive di potestà legislativa propria e le associazioni di enti locali<sup>14</sup>. Questo network

<sup>13</sup> *Controllo della sussidiarietà una strategia riveduta per il Comitato delle regioni* (R/CdR 606/ 2101, in <https://portal.cor.europa.eu/subsidiarity/news/Pages/default.aspx>

<sup>14</sup> Per maggiori approfondimenti si consulti: <https://portal.cor.europa.eu/subsidiarity/thesmn/Pages/default.aspx>. Sul punto si veda anche lo studio del Comitato delle regioni intitolato *The Role of Regional Parliaments in the Process of Subsidiarity Analysis within the Early Warning System of the Lisbon Treaty*, reperibile al sito

opera come una piattaforma di comunicazione interattiva attraverso cui il Comitato delle regioni agevola lo scambio di informazioni fra i vari enti coinvolti, tanto nella fase di consultazione politica pre-legislativa, quanto durante la fase di produzione normativa vera e propria.

L'attività del Comitato è poi agevolata dalla creazione, nel 2012, di una nuova piattaforma, il *Regional Parliamentary Exchange* (REGIPEX), finalizzata ad incentivare la partecipazione delle regioni dotate di potestà legislativa alla fase ascendente del processo europeo di produzione normativa, in particolare, nel c.d. sistema di allerta preventiva (*early warning system*)<sup>15</sup>.

Infine, nella fase di controllo a posteriori sul processo europeo di produzione normativa, il Comitato delle regioni si è visto riconoscere il compito di monitorare l'implementazione della legislazione europea a livello regionale e locale, potendo anche adire la Corte di Giustizia nelle ipotesi in cui si lamenti una violazione del principio di sussidiarietà, ricorrendo «avverso atti legislativi per l'adozione dei quali il trattato sul funzionamento dell'Unione europea richiede la sua consultazione» (art. 8, Protocollo n. 2 annesso al TUE)<sup>16</sup>.

Volendo effettuare un bilancio, si osserva che negli ultimi anni il Comitato delle regioni, specialmente a seguito del Trattato di Lisbona, ha certamente implementato i rapporti con le istituzioni europee e statali, migliorandone, al contempo, il livello qualitativo.

Sono state messe a punto procedure di cooperazione inter-istituzionale e strumenti interni atti a svolgere la sua funzione cardine in sede di monitoraggio del rispetto del principio di sussidiarietà.

Certamente le forme di consultazione c.d. precoce hanno portato la voce del Comitato in seno alle istituzioni, venendo con una certa frequenza fatte proprie dalla Commissione [L. DOMENICHELLI, 2007: 64 ss., 135 ss.].

Tuttavia, nella pratica, molte delle proposte emendative effettuate dal Comitato, allorché obbligatoriamente consultato, spesso hanno avuto esito deludente e sono numerose le voci, in dottrina, che lamentano lo scarso peso pratico dell'organo, sebbene il numero dei pareri resi negli anni sia piuttosto cospicuo [M. OLIVETTI, 2013: 333 ss.; L. FROSINA, 2016: 107 ss.; F. PATERNITI, 2015: 1 ss.].

Inoltre, la concreta rappresentanza regionale in seno al Comitato delle regioni offre un panorama a geometria variabile poiché, ai sensi dell'art 300, co. 3, del TFUE, i Membri del Comitato sono scelti fra «i rappresentanti delle

[https://portal.cor.europa.eu/subsidiarity/Documents/Without%20Document%20Sets/Full%20Regional\\_parliaments\\_FINAL.pdf](https://portal.cor.europa.eu/subsidiarity/Documents/Without%20Document%20Sets/Full%20Regional_parliaments_FINAL.pdf), spec. 155 ss.

<sup>15</sup> Tale piattaforma è raggiungibile al sito <https://portal.cor.europa.eu/subsidiarity/regpex/Pages/default.aspx>

<sup>16</sup> Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

collettività regionali e locali» che siano «rappresentanti delle collettività regionali e locali»<sup>17</sup>.

Spetta, però, a ciascuno Stato qualificarli in concreto, stabilendo, altresì, in modo autonomo, come distribuire i seggi a disposizione tra i vari livelli di governo (regionale o locale).

Ne consegue una estrema variabilità di criteri e di procedure che rispecchia l'eterogeneità degli assetti ordinamentali presenti nell'Unione<sup>18</sup> e il lasciare agli Stati il potere di definire secondo il diritto interno cosa si debba intendere per "collettività territoriale" porta al sorgere di una serie di asimmetrie.

Inoltre, se, in via generale, gli ordinamenti in cui sono presenti regioni dotate di autonomia legislativa riconoscono a ciascuna di esse rappresentanza individuale in seno al Comitato (es. Belgio, Germania, Austria, Spagna, Finlandia), non mancano i casi, come quello italiano, in cui ciò non si verifica. Solo 14 dei 24 membri di cui si compone la delegazione italiana sono di estrazione regionale, mentre i restanti sono di estrazione locale<sup>19</sup>.

### 3. *Il versante "interno" della disciplina della fase ascendente dei processi europei di decisione: l'esperienza italiana*

#### 3.1. *Il quadro normativo nazionale*

Si è anticipato *supra* che, per quel che concerne l'Italia, è solo alla fine degli anni settanta del secolo scorso che si è assistito alle prime forme di reale valorizzazione dell'autonomia regionale, sia grazie all'adozione di provvedimenti normativi che hanno dato un significativo impulso al processo di regionalizzazione che ha interessato il nostro Paese<sup>20</sup>, sia grazie alle sollecitazioni europee.

<sup>17</sup> Il Comitato delle regioni si compone di 350 membri e di altrettanti supplenti individuati secondo un'impostazione territoriale tesa a garantire gli equilibri fra gli Stati membri secondo criteri di ripartizione dei seggi che tengono conto della popolazione in essi residente. Per periodo dal 26 gennaio 2015 al 25 gennaio 2020 il Consiglio ha adottato la decisione (UE) 2015/116, dd. 26.1.2015, relativa alla nomina dei membri titolari e dei membri supplenti del Comitato delle regioni.

<sup>18</sup> A fronte di situazioni in cui la dimensione regionale pare sottorappresentata (come in Portogallo e Regno Unito), in altri casi è la dimensione locale ad apparire in posizione defilata (come nel caso del Belgio, ma anche di Germania o Austria).

<sup>19</sup> Si veda l'art. 27 della l. 234 del 2012 nonché il D.P.C.M. 9 gennaio 2015, recante *Nuova ripartizione tra le collettività regionali e locali del numero dei componenti italiani del Comitato delle regioni, di cui all'articolo 263 del Trattato CE. Annullamento e sostituzione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 19 dicembre 2006*.

<sup>20</sup> Non è possibile, in questa sede, procedere con la ricostruzione analitica dell'evoluzione del quadro normativo precedente al 2001. Sul punto, si veda, *ex multis*: A. D'ATENA, 2010: 57 ss.

In Italia il contributo regionale alla formazione del diritto europeo è via via venuto ad acquisire un ruolo sempre più importante, specie perché le regioni sono attualmente titolari di molte competenze legislative riconducibili ad ambiti materiali di intervento europeo.

La riforma del Titolo V della Costituzione, e, in particolare il disposto del comma quinto dell'art. 117 Cost. avrebbero sancito in modo incontestabile la rilevanza costituzionale dell'intervento regionale nei processi europei di produzione normativa [G. SERGES, 2006: 2263 ss. Su questi temi diffusamente: F. RASPADORI, 2012; F. PATERNITI, 2015: 1 ss.; A. D'ATENA (a cura di), 2008; L. MEZZETTI, 2006: 161 ss.] e la legislazione ordinaria intervenuta successivamente pare confermare il rafforzamento della dimensione regionale<sup>21</sup>.

L'ultima tappa di tale processo si è avuta con l'approvazione della legge n. 234 del 2012, che, in considerazione delle numerose modifiche intervenute per effetto del Trattato di Lisbona, ha abrogato la legge n. 11 del 2005 introducendo una riforma organica delle norme che disciplinano la partecipazione dell'Italia, sia alla formazione delle politiche e degli atti normativi europei, sia ai processi di loro attuazione. Si tratta di una riforma normativa che introduce una serie di innovazioni tese a promuovere una maggior collaborazione e coesione fra tutti i soggetti politico-istituzionali coinvolti nel *decision-making process* europeo, perfezionando gli strumenti già esistenti ed introducendone di nuovi.

Le regioni, per parte loro, hanno approvato disposizioni statutarie e leggi regionali specifiche inerenti la loro partecipazione ai processi europei di produzione normativa.

Ne è scaturito un quadro in cui il combinato disposto fra le disposizioni costituzionali, la legislazione nazionale e le norme statutarie regionali «sembrano offrire elementi utili a poter immaginare una “logica incrementale” della Carta costituzionale tale per cui, avendo riguardo al coinvolgimento degli enti sub-statali nel processo decisionale europeo, i nuovi Statuti regionali rappresenterebbero un'integrazione in chiave evolutiva del Testo fondamentale nell'ottica di un sistema plurilivello» [F. PATERNITI, 2015: 3; L. FERRARO, 2007: 85 ss.].

### 3.2. Segue: *le regioni italiane nel processo di partecipazione alla formazione del diritto dell'unione europea e nel sistema di “allerta precoce”*

Nel nostro ordinamento il quadro normativo inerente *la partecipazione delle regioni alla fase ascendente del processo normativo dell'Unione europea* è piuttosto articolato e farraginoso.

<sup>21</sup> Cfr. le leggi nn. 131 del 2003 e 11 del 2005.

L'ideale centralità regionale pensata in un'ottica di effettiva protezione e valorizzazione del principio di sussidiarietà, e il possibile contributo regionale alla fase ascendente del *decision making process* europeo si svolgono attraverso procedure e passaggi che, seppur concatenati tra loro, scontano una serie di difficoltà che discendono «dalla scarsa sistematicità con la quale la disciplina normativa ha saputo delineare le interconnessioni e la progressività degli stessi» [F. PATERNITI, 2015].

In via generale, alle regioni, per il tramite della mediazione della Conferenza delle regioni e delle province autonome e della Conferenza dei presidenti delle assemblee legislative delle regioni e delle province autonome, sono riconosciuti ampi poteri informativi (art. 24 l. 234/2012). Laddove nei progetti normativi europei siano coinvolte materie ascrivibili alla competenza regionale la Presidenza del Consiglio dei ministri deve assicurare «un'informazione qualificata e tempestiva».

Contestualmente, alle regioni ed alle province autonome è riconosciuto il potere di trasmettere al Governo «osservazioni», nel termine di 30 giorni dalla ricezione del materiale informativo. Tali osservazioni devono essere finalizzate alla «formazione della posizione italiana» sui progetti normativi europei e ne deve essere contestualmente data comunicazione «alle Camere, alla Conferenza delle regioni e delle province autonome e alla Conferenza dei presidenti delle assemblee legislative delle regioni e delle province autonome».

La normativa, però, non è chiara circa l'effettiva portata delle osservazioni regionali, né sul loro ruolo nel processo finalizzato alla definizione della posizione nazionale in sede europea.

Inoltre, è possibile che il Governo, su richiesta della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, nel caso in cui un progetto di atto normativo europeo investa una materia di competenza regionale, apponga una riserva di esame in sede di Consiglio dell'Unione Europea. La Conferenza dispone di 30 giorni di tempo<sup>22</sup> per pronunciarsi, decorsi i quali il Governo il Governo può comunque procedere.

Infine, si ricorda che, ai sensi dell'art. 22 della legge 234 del 2012, la sessione europea della Conferenza permanente Stato-regioni e province autonome è individuata quale sede privilegiata per la «trattazione degli aspetti delle politiche dell'Unione europea di interesse regionale e provinciale, al fine di raccordare le linee della politica nazionale, relativa all'elaborazione degli atti dell'Unione europea, con le esigenze rappresentate dalle regioni e dalle province autonome, nelle materie di competenza di queste ultime» (comma 1).

<sup>22</sup> che decorrono dal momento in cui alla Conferenza è comunicata l'apposizione della riserva.

Pare opportuno ricordare, poi, i poteri di intervento delle regioni in sede di esercizio del c.d. dialogo politico di cui all'art. 9 della legge 234 del 2012. Infatti le regioni possono presentare alle Camere osservazioni utili alla definizione del contributo nazionale alla definizione delle politiche europee. Tale strumento presenta alcune potenzialità molto significative per le regioni in quanto le dota di uno strumento partecipativo flessibile ed elastico potenzialmente idoneo a valorizzare le sinergie collaborative fra centro e periferia, formalizzando un processo già attivatosi in via di prassi prima della novella legislativa del 2012 [C. Odone, 2013: 1 ss.; A. Esposito, 2013: spec. 45 ss.; sul punto diffusamente anche F. Paterniti, 2015: spec. 12 ss.].

Il complesso quadro normativo delineato sia dal Trattato di Lisbona (cfr. *supra*), sia dalla normativa statale e regionale, mostra profili di interesse, anche per quel che concerne la valorizzazione potenziale di regioni e province autonome, in relazione al ruolo che i loro organi legislativi possono esercitare nell'articolato sistema del controllo preventivo del rispetto del principio di sussidiarietà nei progetti degli atti normativi europei (c.d. *early warning system*), sistema che, come noto, rappresenta una delle innovazioni innegabilmente più significative nel panorama europeo.

Si tratta di uno strumento finalizzato, innanzitutto, alla salvaguardia del rispetto del principio di sussidiarietà tutelando l'esercizio dei poteri legislativi dei Parlamenti nazionali in tutte le ipotesi in cui l'Unione europea non ha competenza esclusiva.

Nonostante il sistema europeo di *early warning* veda i Parlamenti nazionali, e non le regioni, quali protagonisti, non è infrequente il coinvolgimento di quest'ultime, quantomeno in quegli ordinamenti in cui ad esse sono riconosciute autonome competenze legislative<sup>23</sup>. E sono proprio gli strumenti procedurali messi a punto a tal proposito che rappresentano una delle innovazioni più significative dell'ultimo decennio, alla cui stregua analizzare, e valutare, l'effettivo contributo regionale ai processi decisionali europei.

In concreto, tuttavia, le modalità del loro coinvolgimento sono estremamente variegata, dipendendo dalle scelte interne degli Stati membri dell'Unione, oltre che dalle pratiche di collaborazione più o meno virtuose dei Parlamenti nazionali [Su questi temi, *ex multis*, A.M. Russo, 2012: 1 ss.; L. Frosina, 2016: 107 ss.; P. Kiever, 2012]. Le regioni, infatti, devono necessariamente avvalersi della intermediazione dei Parlamenti nazionali per poter partecipare concretamente all'*early warning system*.

<sup>23</sup> Sul punto, per una panoramica, si segnala lo studio del Comitato delle regioni: *The Subsidiarity Early Warning System of the Lisbon Treaty – the role of regional parliaments with legislative powers and other subnational authorities*, 2013, reperibile in [www.cor.europa.eu](http://www.cor.europa.eu). In dottrina, di recente, anche L. Frosina, 2016:107 ss.

Nel nostro ordinamento il quadro normativo vigente risulta integrato da alcuni meccanismi messi a punto in via di prassi al fine di tentare di supplire ai limiti che esso presenta.

L'art. 8 della legge 234 del 2012, infatti, si limita a prevedere la consultazione generica delle assemblee legislative regionali in sede di esercizio del controllo di sussidiarietà sui progetti di atti normativi europei, mentre il successivo art. 25 facoltizza le assemblee e i consigli regionali e delle province autonome di Trento e di Bolzano a «far pervenire alle Camere le loro osservazioni in tempo utile per l'esame parlamentare dandone contestuale comunicazione alla Conferenza dei presidenti delle assemblee legislative delle regioni e delle province autonome».

Tale disposizione, se ha il merito di formalizzare il coinvolgimento regionale, tuttavia mostra un rilevante profilo di debolezza nel non prevedere alcuna procedura specifica di cooperazione verticale (fra assemblee legislative regionali e le Camere) o orizzontale (fra assemblee legislative regionali).

Manca, inoltre, la previsione di un termine entro cui i Consigli regionali devono trasmettere le proprie osservazioni alle Camere, con la conseguenza che la concreta fruttuosa operatività della disposizione in esame dipende in larga misura dal virtuosismo dei soggetti coinvolti.

Con riferimento alle procedure riconducibili all'*early warning system*, è possibile individuare la tendenza virtuosa di alcune regioni, le quali si sono dotate di specifiche leggi regionali di settore<sup>24</sup> (o sono intervenute a modificare i propri regolamenti consiliari<sup>25</sup>) che prevedono o apposite procedure di controllo del rispetto del principio di sussidiarietà, o l'istituzione di meccanismi di comunicazione e di raccordo fra Consigli e Giunte (come ad esempio in Emilia-Romagna, Sardegna, ma anche in Abruzzo e Sicilia) che si inscrivono nel più ampio ventaglio degli strumenti di iterazione e concertazione con le Camere ed il Governo previsto dalla normativa nazionale [L. FROSINA, 2013: 1097 ss.; nonché, più di recente ed in prospettiva comparata, ID., 2016: 107 ss.].

Volendo, tuttavia, effettuare un parziale bilancio della “virtuosità” del sistema del controllo preventivo della sussidiarietà, così come delineato dal legi-

<sup>24</sup> Talvolta anche prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in attuazione delle leggi nn. 131 del 2003 e 11 del 2005. A tal proposito si segnalano le seguenti leggi regionali: l.r. Marche n. 14 del 2006 e l.r. Valle d'Aosta n. 8 del 2006; l.r. Umbria n. 23 del 2007; l.r. Emilia Romagna n. 16 del 2008; l.r. Molise n. 32 del 2008; l.r. Campania n. 18 del 2008, l.r. Toscana n. 26 del 2009; l.r. Abruzzo n. 22 del 2009; l.r. Sicilia n. 10 del 2010; l.r. Sardegna n. 13 del 2010; l.r. Lombardia n. 17 del 2011; l.r. Veneto n. 26 del 2011.

<sup>25</sup> Come nel caso del Regolamento del Consiglio regionale dell'Emilia Romagna approvato già nel 2007 o del Regolamento del consiglio regionale dell'Abruzzo approvato nel 2010

slatore nazionale ed integrato dalle regioni e dalle province autonome, non si può non mostrare qualche perplessità.

Se si considera che la *ratio* di fondo del principio di sussidiarietà è la valorizzazione dei livelli di governo più decentrati, il loro effettivo coinvolgimento a livello nazionale continua ad essere in certa misura deludente.

Manca a livello nazionale un quadro normativo organico ed efficace di coinvolgimento e consultazione delle regioni.

Potrebbero esser meglio coordinati i diversi piani di intervento previsti dalla legge 234 del 2012. Spesso le osservazioni rese dalle regioni in sede di controllo del rispetto del principio di sussidiarietà (art. 25) tendono ad investire il merito delle decisioni (valutazioni che ricadrebbero, però, nelle previsioni di cui all'art. 24). A tal proposito, come osservato, «potrebbe forse ragionarsi sull'utilità di creare un nesso tanto funzionale, quanto temporale» tra le diverse tipologie di osservazioni che le regioni e le province autonome possono trasmettere [F. PATERNITI, 2015, spec. 34 ss.; L. FROSINA, 2016: 107 ss.; C. FASONE, 2011: 361 ss.].

Inoltre, l'assenza di modelli procedurali regionali uniformi contribuisce a delineare un panorama a geometria variabile ed asimmetrica. Al contrario, la configurazione di «un modello condiviso di attività istruttoria» potrebbe agevolare anche l'esame, in sede nazionale, delle risultanze delle determinazioni regionali contribuendo a migliorare la qualità dell'intervento nazionale in sede europea.

Come rilevato anche dal Comitato delle regioni, lo sviluppo di una più ampia e capillare cooperazione fra assemblee legislative regionali è determinante, sia per la qualità degli interventi proposti, sia per un efficace bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti.

#### 4. *Un (parziale) bilancio*

La multidimensionalità della questione della presenza regionale in Europa, nella sua dimensione europea, nazionale e regionale, costituisce la rappresentazione emblematica della complessità del costituzionalismo multilivello europeo [In tal senso M. OLIVETTI, 2013: 338, ma anche G. ARAVANTINO LEO-NIDI, 2016: 233 ss., 246.].

L'articolato processo di valorizzazione europea delle istanze territoriali sub-statali e la loro parallela valorizzazione a livello nazionale, unitamente ad un sempre loro maggior coinvolgimento nei processi decisionali europei, sia politici, sia normativi, che ha visto nel Trattato di Lisbona un punto di rafforzamento significativo, ci mostra che è in atto un processo teso a rendere sempre più incisiva la presenza delle regioni nel sistema di *multilevel governance* dell'UE.

In questo quadro hanno un ruolo determinante le previsioni normative europee che assegnano agli enti territoriali il potere di concorrere alla determinazione delle politiche europee rappresentando gli interessi territoriali, sia in sede politica, sia in sede di procedimento normativo vero e proprio (ancorché in via indiretta e comunque sempre mediata), nonché di “vegliare” sul rispetto del principio di sussidiarietà.

Continuano a persistere, tuttavia, rilevanti profili d'ombra.

Non può non rilevarsi che il peso effettivo delle autonomie territoriali nel *decision making process* europeo è ancora tendenzialmente limitato e l'azione dei legislativi regionali risulta necessariamente mediata e condizionata dall'intervento statale. La qualità e l'effettività della rappresentanza degli interessi territoriali discende sempre e comunque dalla virtuosità della normativa e delle prassi in essere di ciascuno stato membro.

Con riferimento al nostro Paese si è osservato che «se dalla superiore piattaforma normativa pare potersi dedurre una “alta partecipazione” delle regioni al processo normativo europeo, di più complessa attuazione sembra invece quella dal basso; ed ugualmente complesso è il ruolo assunto dal Governo rispetto alla deduzione della “posizione “ delle autonomie territoriali» [R. DI MARIA, 2017, 468].

Ciononostante, non può non riscontrarsi come, soprattutto dopo l'approvazione della legge 234 del 2012, la qualità dell'intervento regionale, ed in particolare, la strutturazione di un modello giuridico formale di partecipazione degli enti territoriali al “dialogo politico” esplicitato dal Trattato di Lisbona, sia decisamente migliorata.

Considerando una delle innovazioni più significative del Trattato di Lisbona, vale a dire *l'early warning system*, non si può non rilevare la sempre più diffusa volontà partecipativa delle regioni. Volontà che si estrinseca sia attraverso gli strumenti e le procedure istituzionalizzate all'interno dei vari Stati membri, sia attraverso i meccanismi attivati ed implementati a livello europeo.

Spesso, anzi, quantomeno con riferimento al panorama nazionale, la complessità (che talvolta si fa scarsa sistematicità) procedurale della normativa interna hanno spinto le regioni a promuovere l'integrazione regionale agendo direttamente a livello sovranazionale. Gli organi legislativi regionali hanno iniziato ad interagire direttamente con le istituzioni europee (specialmente la Commissione) e/o ad incrementare la partecipazione alle piattaforme attivate dal Comitato delle regioni (SMN o REgipex). Questo, invero, è un processo non limitato all'esperienza nazionale, ma esteso a tutti gli ordinamenti europei in cui sono presenti autonomie territoriali forti.

Infine, un significativo fattore di progressione nella “qualità” del peso regionale nella vita dell'Unione europea lo si può individuare nei molteplici ri-

voli in cui si articola la presenza delle regioni. Il prevedere che rappresentanti degli enti territoriali siano parte delle Rappresentanze permanenti, la presenza di uffici di rappresentanza a Bruxelles, l'implementazione di forme di cooperazione interregionale per il tramite di associazioni rappresentative in grado di esercitare finanche attività di lobbying consentono di contrastare il rischio di "sfaldamento" e de-regionalizzazione imputabile essenzialmente alla presenza di fattori di carattere endogeno quali, da un lato le tendenze centripete che in molti ordinamenti si sono riscontrate soprattutto negli ultimi anni e, dall'altro ai processi di disarticolazione territoriale che riguardano specialmente alcuni contesti.

Nel complesso, pare che uno dei profili più significativi del coinvolgimento degli enti territoriali nei processi europei di decisione sia da ascrivere alla capacità delle regioni di fornire un valido contributo al processo di democratizzazione dell'Unione, temperando il lamentato deficit democratico delle istituzioni europee che, per parte della dottrina, rappresenta uno dei maggiori ostacoli al rilancio del processo di integrazione [Per una ricostruzione S. GOZI, 2003: 339 ss.].

La valorizzazione del contributo degli enti territoriali alle dinamiche di integrazione europea, specialmente se perseguita attraverso i canali della democrazia rappresentativa, si può reputare, pertanto, un complemento indispensabile del processo di democratizzazione dell'Unione Europea, in quanto concorre a rafforzare la sua legittimità democratica [L. FROSINA, 2013: 1097 ss.]<sup>26</sup>.

Ed è questa la direzione in cui si orienta il Trattato di Lisbona che delineerebbe, quantomeno sulla carta, un modello di democrazia «che non si regge unicamente su una ridefinizione in senso pluralistico delle forme della democrazia rappresentativa, ma sulla progressiva e parallela realizzazione di una democrazia partecipativa e di prossimità il cui fine ultimo è quello di incentivare la partecipazione popolare e di avvicinare il cittadino alle istituzioni e alle politiche europee». In questo contesto, una maggiore integrazione regionale, sarebbe potenzialmente in grado di implementare il livello di legittimazione democratica dei meccanismi procedurali e decisionali europei, agevolando e promuovendo un più stretto coinvolgimento popolare e contribuendo a far sì che la cittadinanza percepisca in modo migliore (*rectius* più vicino a sé) l'Unione Europea.

La valorizzazione delle istanze territoriali a livello europeo può, quindi, ri-

<sup>26</sup> Secondo l'autrice, il binomio regioni/organismi legislativi regionali «si pone, infatti, pienamente in linea con un concetto di democrazia europea sempre più ampio e complesso, oggetto di approfondite e differenti riflessioni dottrinali, fondato sulla coesistenza e la compenetrazione di principi e istituti di varia natura che si inquadrano prevalentemente nell'ambito della democrazia rappresentativa, della democrazia partecipativa e della democrazia di prossimità».

velarsi un utile strumento di contrappeso e di riequilibrio funzionale nella situazione attuale di crisi dell'Unione [L. FROSINA, 2013: 1097 ss.]. Come noto, infatti, la situazione di crisi economica che da anni interessa l'Europa, ha determinato, da un lato, una nuova tendenza nella *governance* finanziaria europea, dall'altro una tendenza alla ri-centralizzazione statale e al rafforzamento del metodo intergovernativo con ricadute negative sul deficit democratico. In relazione a ciò, un possibile contrappeso ed elemento di equilibrio istituzionale potrebbe essere rappresentato proprio dal maggior coinvolgimento degli organi legislativi regionali nei processi europei di produzione normativa.

Analogamente, il rafforzamento dei poteri del Comitato delle regioni, pur inserendosi in un processo teso a valorizzare la partecipazione delle istanze regionali all'*europaean decision-making process*, non rappresenta un approdo, quanto piuttosto un punto di partenza per una ulteriore opportuna valorizzazione delle forme di raccordo con i legislativi regionali e nazionali, soprattutto con riferimento alla procedura di *early warning*.

È, pertanto, auspicabile che le regioni sappiano ottimizzare gli strumenti di cui dispongono al fine di intervenire significativamente nella *governance europea*, sia partecipando attivamente alla fase ascendente di produzione normativa europea di modo da sensibilizzare tanto la dimensione europea, quanto la dimensione statale nazionale, nei confronti delle specifiche (ed eterogenee) istanze territoriali, sia agendo per il tramite mediato del Comitato delle regioni.

#### Riferimenti bibliografici

ARAVANTINO LEONIDI G. (2016), "L'istituzionalizzazione della presenza regionale in Europa da Maastricht a Lisbona: affermazione della regionalizzazione dell'Unione europea", in F. Lanchester (a cura di), *Parlamenti sub-statali nella dimensione nazionale ed europea*, Milano: Giuffrè, p. 233 ss.

ARMANNO M. (2011), *Il principio costituzionale di sussidiarietà. Premesse teoriche. Modelli operativi. Esperienza dell'Unione europea*, Torino: Giappichelli

BALAGUER CALLEJÓN F. (2016), "I Parlamenti sub-statali e la costruzione di una democrazia pluralistica a livello europeo", in F. Lanchester (a cura di), *Parlamenti sub-statali nella dimensione nazionale ed europea*, Milano: Giuffrè, p. 11 ss.

CARMONA CONTRERAS A. (2002), "La partecipazione degli enti territoriali ai processi di elaborazione e applicazione del diritto comunitario: il caso spagnolo", in *le Regioni*, n. 4, p. 815 ss.

CECERE A.M. (2003), "La dimensione "regionale" della Comunità europea. Il Comitato delle regioni", in L. Chieffi (a cura di), *Regioni e dinamiche di integrazione europea*, Torino: Giappichelli, p. 175 ss.

COSTANZO P., MEZZETTI L., RUGGERI A. (2014), *Lineamenti di Diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino: Giappichelli

COSTATO L., ROSSI L.S., BORGHI P. (a cura di) (2015), *Commentario alla Legge 24.12.2012, n. 234, "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea"*, Napoli: Editoriale Scientifica

D'ATENA A. (2001), "Costituzione e principio di sussidiarietà", in *Quad. cost.*, p. 13 ss.

D'ATENA A. (2007), "Regionalismo ed integrazione sovranazionale in prospettiva europea e comparata", in G.G. Floridia, R. Orrù (a cura di), *Meccanismi e tecniche di normazione fra livello comunitario e livello nazionale e subnazionale*, Torino: Giappichelli, p. 148 ss.

D'ATENA A. (2009), "Dimensioni e problema della sussidiarietà", in G.C. de Martin (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Padova: Cedam, p. 29 ss.

D'ATENA A. (2010), *Diritto regionale*, Torino: Giappichelli

D'ATENA A., (2008), "Regioni e sovranazionalità", in ID (a cura di), *Regionalismo e sovranazionalità*, Milano: Giuffrè, p.1 ss.

DI MARIA R. (2017), "Regioni ed enti locali al cospetto di Stato e Unione europea: la "crisi nazionale ed euro-unitaria" della rappresentanza delle autonomie territoriali – relazione di sintesi", in C. Buzzacchi, A. Morelli, F. Pizzolato (a cura di), *Rappresentanza politica e autonomie*, Milano: Giuffrè, p. 457 ss.

DOMENICHELLI L. (2007), "La partecipazione del Comitato delle regioni alla produzione legislativa comunitaria", in G.G. Floridia, R. Orrù (a cura di), *Meccanismi e tecniche di normazione fra livello comunitario e livello nazionale e subnazionale*, Torino: Giappichelli, p. 27 ss.

DOMENICHELLI L. (2007), *Le regioni nella Costituzione europea. Elogio delle virtù nascoste della consultazione*, Milano: Giuffrè

DOMORENOK E. (2010), *Regioni in Europa. Il ruolo del Comitato delle regioni nelle governance europea*, Roma: Carocci

DUARTE M.L. (2003), "L'Unione europea e le entità regionali: le regioni autonome e il processo comunitario di decisione", in A. D'Atena (a cura di), *L'Europa delle autonomie. Le regioni e l'Unione europea*, Milano: Giuffrè, p. 171 ss.

EGGERMONT F. (2011), "In the Name of Democracy: The External Representation of the Regions in the Council", in C. Panara, A. De Becker (a cura di), *The Role of Regions in EU Governance*, Heidelberg: Springer-Verlag, p. 3 ss.

ESPOSITO A. (2013), "La legge 24 dicembre 2012, n. 234, sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE. Parte I – Prime riflessioni sul ruolo delle Camere", in *Federalismi.it*, n. 2, p. 1 ss.

ESPOSITO M. (2004), "Dal Libro bianco sulla governance europea alla Convenzione sul futuro dell'Europa: il Comitato delle regioni e le sue componenti", in *Ist. federalismo*, n. 1, p. 123 ss.

FALCONE V. (2003), "Il Comitato delle regioni: esperienze e prospettive", in A. D'Atena (a cura di), *L'Europa delle autonomie. Le regioni e l'Unione europea*, Milano: Giuffrè, p. 247 ss.

FASONE C. (2011), "Gli effetti del Trattato di Lisbona sulla funzione di controllo parlamentare", in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 2, p. 361 ss.

FASONE C. (2013), *Competing Concepts of Subsidiarity in the Early Warning Mechanism*, in LUISS Guido Carli School of Government Working Paper No. SOG-WP4/2013, reperibile in <https://ssrn.com/abstract=2243503>

FERRARO L. (2007), "Gli statuti regionali e l'Europa", in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1, p. 85 ss.

FIENGO G. (2012), "La valorizzazione della dimensione regionale nel Trattato di Lisbona: il ruolo del Comitato delle regioni", in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1, p. 25 ss.

FROSINA L. (2013), "Regioni e Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Il Comitato delle regioni, i Parlamenti regionali e le sfide della *multilevel governance*", in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 4, p. 1097 ss.

FROSINA L. (2016), "Le assemblee legislative regionali nell' *early warning system* e i problemi della cooperazione interparlamentare", in F. Lanchester (a cura di), *Parlamenti sub-statali nella dimensione nazionale ed europea*, Milano: Giuffrè, p. 107 ss.

GONZÁLEZ PASCUAL M.I. (2013), *Las Comunidades autónomas en la Unión Europea*, Catalogna.

GOZI S. (2003), "Regioni europee e processi decisionali dell'Unione: quale equilibrio? I casi di Belgio, Spagna, Germania e Regno Unito", in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, n. 2, p. 339 ss.

HOOGE L., MARKS G. (2001), *Multi-level Governance and European Integration*, Lanham MD: Rowman & Littlefield

IPSEN H.P. (1966), "Als Bundesstaat in der Gemeinschaft" in AA.VV., *Probleme des europäischen Rechts*, Francoforte, p. 254 ss.

KIIVER P. (2012), *The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity: Constitutional Theory and Empirical Reality*, Routledge

LEJEUNE Y. (a cura di), *La participation de la Belgique à la élaboration et à la mise en oeuvre du droit européen*, Bruxelles: Bruylant, 1999

LUPO N. (2015), "I poteri "europei" dei parlamenti nazionali", in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio d'Atena*, III, Milano: Giuffrè, p. 1713 ss.

MASCIA M. (1996), *Il Comitato delle regioni nel sistema dell'Unione Europea*, Padova: Cedam

MEZZETTI L. (2006), "Regioni e fase ascendente di partecipazione al processo normativo europeo quali forme di rappresentanza europea e nazionale?", in P. Bilancia (a cura di), *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione Unione europea e mercosur*, Milano: Giuffrè, p. 161 ss.

MORELLI M. (2011), *La democrazia partecipativa nella governance europea*, Milano: Giuffrè

OLIVETTI M. (2013), "The Regions in the EU decision making processes", in M. Cartabia, N. Lupo, A. Simoncini (a cura di), *Democracy and subsidiarity in the EU*, Bologna: il Mulino, p. 319 ss.

PATERNITI F. (2015), "La partecipazione delle Regioni alla formazione delle norme e alle procedure dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea nel guado tra la riforma legislativa del 2012 e la auspicabile revisione dell'architettura istituzionale italiana", in *Federalismi.it*, n. 8, p. 1 ss.

PETRILLO P.L. (2007), "Unione Europea, Governo nazionale e Regioni nella c.d.

“fase ascendente” tra azioni di filtro e tentativi di coordinamento”, in G. Carpani, T. Groppi, M. Olivetti, A. Siniscalchi (a cura di), *Le regioni italiane nei processi normativi comunitari dopo la legge n. 11/2005*, Bologna: il Mulino, p. 17 ss.

RASPADORI F. (2012), *La partecipazione delle regioni italiane all'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Torino: Giappichelli

RIDOLA P., (2009), “Sussidiarietà e democrazia”, in G.C. de Martin (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Padova: Cedam, p. 1 ss.

RUSSO A.M. (2012), “Il controllo politico sul principio di sussidiarietà europea: “prove tecniche” per un dialogo interparlamentare nello scenario post-Lisbona”, in *Federalismi.it*, n. 20, p.1 ss.

SCHEFOLD D. (2003), “L'Europa delle autonomie: le regioni e l'Unione europea, l'esperienza tedesca”, in A. D'Atena (a cura di), *L'Europa delle autonomie. Le regioni e l'Unione europea*, Milano: Giuffrè, p. 95 ss.

SERGES G. (2006), “art. 117, 5° comma”, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino: Utet, III, p. 2263 ss.

SIMONATO A. (2016), *Multilevel governance. Profili costituzionali*, Padova: Cleup

STEPHAN S. (2010), “Regional Voices in the European Union – Regions with Legislative Power and Multilevel Governance. Perspectives for the Åland Islands”, in *Report from the Åland Islands Peace Institute* – n. 1, p. 1 ss.

TUDELA ARANDA J. (2016), “The Spanish Autonomous Parliaments Participation in European Decision-making Process”, in F. Lanchester (a cura di), *Parlamenti sub-statali nella dimensione nazionale ed europea*, Milano: Giuffrè, p. 209 ss.

VAN LOY L. (2016), “The Flemish Parliament: A Regional Parliament in Belgium, a Chamber of the National Parliament in Europe”, in F. Lanchester (a cura di), *Parlamenti sub-statali nella dimensione nazionale ed europea*, Milano: Giuffrè, 79 ss.

VÁZQUEZ M.M. (2001), *Comité de las regiones y Unión Europea*, Tirant lo Blanch: Valencia

WEATHERILL S., BERNITZ U. (a cura di) (2005), *The Role of Regions and Sub-National Actors in Europe*, Oxford & Portland: Hart Publishing.

PARTE III:  
AUTONOMIE TERRITORIALI



## BICAMERALISMO E RAPPRESENTANZA TERRITORIALE: LE AUTONOMIE AL CENTRO?

*Valentina Capuozzo\**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il bicameralismo italiano «all'unisono»: le ragioni di una scelta. – 3. Bicameralismo paritario e forma di governo parlamentare. – 4. Perché il Senato delle Regioni? L'importanza dei territori nell'organizzazione costituzionale dello Stato. Riferimenti bibliografici.

### 1. *Premessa*

Il legame tra bicameralismo e rappresentanza è evidente se si pone mente al significato essenziale dei due concetti. Se il principio nodale della rappresentanza è “il fatto di render presente un'entità che per una qualsiasi causa è corporeamente assente” (NOCILLA-CIAURRO, 1987: 544) e il bicameralismo è definibile come una modalità organizzativa del Parlamento<sup>1</sup>, si può sostenere che l'analisi dei due concetti e delle relazioni che tra essi intercorrono è essenziale nello studio del tipo di rappresentanza che sarebbe auspicabile realizzare attraverso il bicameralismo per un'efficiente forma di governo.

Da sempre, invero, il Parlamento ha avuto il compito di contenere idealmente ciò che non poteva essere presente<sup>2</sup>, collocandosi in una “posizione intermedia fra la società e il vertice delle istituzioni” (BARBERA, 1996: 472) per la sua funzione rappresentativa in virtù della quale “è generalmente considerato la più genuina espressione della grande forza che è al centro della vita istituzionale: il popolo” (TESAURO, 1951: 1).

È in ciò che risiede l'importanza della sua conformazione, nel riflesso che, insieme, subisce ed esplica sulla tipologia delle organizzazioni istituzionali e sul complessivo equilibrio del sistema dei poteri. Un'importanza di cui si aveva consapevolezza in Assemblea Costituente, dove il dibattito relativo all'organizzazione da dare al potere legislativo fu molto faticoso a causa della difficoltà di conciliare le posizioni ideologiche delle diverse anime politiche protagoniste del secondo dopoguerra.

\* Università di Napoli Federico II.

<sup>1</sup> Per una definizione di bicameralismo si v. PALADIN, 1988: 1; BRADBURY - CRAIN, 2004.

<sup>2</sup> Cfr. PITKIN, 1967; NOCILLA-CIAURRO, 1987: 544; CIOLLI, 2008: 157.

## 2. Il bicameralismo italiano «all'unisono»: le ragioni di una scelta

«L'Assemblea Costituente afferma che il Senato sarà eletto con suffragio universale e diretto col sistema del collegio uninominale»<sup>3</sup>: così recita l'ordine del giorno Nitti, considerabile come il primo passo concreto nell'*iter* di costruzione del modello bicamerale italiano.

Si trattava, invero, del punto di approdo di quel tormentato dibattito che aveva visto le diverse forze politiche presenti in Costituente confrontarsi in ordine alla legittimazione della seconda Camera e che, inevitabilmente, lasciava con sé l'altrettanto difficile tema della parità delle funzioni delle due Assemblee.

Dopo la scelta del sistema bicamerale, infatti, il problema della definizione dei connotati della seconda Camera aveva dovuto scontrarsi con le diverse ideologie che ispiravano gli schieramenti politici in Costituente, che, già protagoniste in sede di seconda Sottocommissione, riemersero con forza anche nel *Plenum*.

L'idea rousseauiana dell'indivisibilità della sovranità popolare, cara alle sinistre, sostenitrice dapprima di un modello monocamerale e poi, una volta accettata la soluzione bicamerale<sup>4</sup>, avverse a qualsiasi sistema che avrebbe compromesso l'affermazione univoca della volontà del popolo, si scontrava con quella montesqueiana della separazione dei poteri, collocantesi, nell'ideologia delle forze di centro e di destra, alla base dell'avvertita esigenza di una seconda Camera forte, che fosse in grado di completare la rappresentanza della prima.

Il nodo centrale che rese tormentato il dibattito risiede nella eterogeneità degli scopi che i costituenti si proponevano di raggiungere attraverso il bicameralismo, così diversi tra loro da risultare praticamente inconciliabili.

Il problema di rendere la seconda Camera diversa dalla prima in modo da conferirle un "fondamento solido e una giustificazione non ideologica" (FERRARA, 1984: 7) non riusciva a comporsi, perché, tra l'esigenza di "dare completezza di espressione politica a tutte le forze vive della società nazionale"<sup>5</sup> sostenuta dai costituenti democristiani, che ritenevano lo schieramento dei partiti non più idoneo, da solo, a rappresentare la concreta realtà sociale<sup>6</sup>, e

<sup>3</sup> Cfr. Assemblea costituente, seduta del 7 ottobre 1947.

<sup>4</sup> Si v. la seduta del 7 settembre 1946.

<sup>5</sup> Così recita l'ordine del giorno Mortati, Bozzi, Castiglia ed Einaudi in Assemblea costituente, seconda Sottocommissione, seduta del 7 settembre 1946.

<sup>6</sup> Postulando l'esigenza di una forma di rappresentanza, quella organica di interessi, che, integrando la rappresentanza politica della prima Camera, fosse adeguata "alla complessità dello

quella repubblicano-liberale di rappresentare “in maniera uniforme gli interessi della regione”<sup>7</sup>, aveva prevalso la strategia ostruzionistica delle sinistre, che puntavano ad ottenere una seconda Camera quanto più possibile omogenea alla prima ed anch’essa espressione del principio democratico<sup>8</sup>.

Sia pure vinti sulla scelta del sistema bicamerale, marxisti e socialisti modularono i loro interventi nel dibattito in modo da realizzare quella rappresentanza indifferenziata del popolo in Parlamento che ritenevano indispensabile, a fronte del timore che una seconda Camera rappresentativa di interessi particolari avrebbe potuto insidiarne la connotazione democratica.

Solo dopo l’approvazione dell’ordine del giorno Nitti che sanciva la legittimazione politica della seconda Camera, infatti, venne meno l’atteggiamento oppositivo rispetto alla parità delle funzioni tra le due Assemblee, che le sinistre avevano manifestato anche in seconda Sottocommissione per il timore di una seconda Camera espressiva di interessi non perfettamente coincidenti con la sovranità popolare<sup>9</sup>.

Stato moderno” riflettendola “nei suoi aspetti significativi”, così MORTATI, 1972: 433; RIDOLA, 1990: 259 e ss.; ANTONUCCI, 2007: 40 e ss. Sulle formazioni sociali e sull’inadeguatezza dei partiti nei confronti di una mutata e complessa trama di relazioni sociali si v. MORTATI, 1971; ID., 1957; ID., 1941: 279 e ss.; DE SIERVO: 301 e ss.

<sup>7</sup> Così Laconi in Assemblea costituente, seconda Sottocommissione, seduta del 24 aprile 1946. Sulla posizione espressa in sede costituente per una seconda Camera che fungesse da raccordo tra Stato e Regioni cfr., in particolare, la relazione di Conti in Assemblea costituente, seconda Sottocommissione, seduta del 4 settembre 1946 che sottolineava come le ragioni del bicameralismo risiedessero in un Senato rappresentativo “della Nazione come si presenta differenziata nelle varie forme di organizzazione e di istituzioni in cui si esplica la vita sociale”. Si v., poi, la ricostruzione di AIMO, 1977: 124 e ss.

<sup>8</sup> CRISAFULLI, 1946: 144 e 145 spiega che, se lo scopo in vista del quale si andava costruendo il nuovo Stato democratico era quello di impedire il riproporsi dell’incubo totalitario e realizzare “condizioni tali che consent(issero) alle classi lavoratrici di assurgere al governo dello Stato con metodi legali”, occorreva imparare dall’esperienza la necessità di superare il “distacco” tra “paese legale e paese reale” e che l’unico modo per farlo era quello di costruire le nuove istituzioni su “una solida base popolare”. Quindi bisognava realizzare una seconda Assemblea legislativa che costituisse espressione del principio rappresentativo.

<sup>9</sup> Il timore, come emerge dalle parole di La Rocca in Assemblea costituente, seconda Sottocommissione, seduta del 25 settembre 1946, era che gli interessi particolari potessero danneggiare, soverchiandoli, quelli generali di carattere popolare. Sulla discussione in sede di seconda Sottocommissione si vedano, della medesima seduta, gli interventi di Tosato, Perassi, Bozzi, dai quali emerge il motivo alla base della propensione di destre e centro per la parità funzionale: una volta costituita una seconda Assemblea si doveva dare a quest’ultima la possibilità di partecipare alla vita politica in condizioni di parità con la prima, altrimenti ne sarebbe caduto il presupposto, di freno rispetto al pericolo di una dittatura dell’Assemblea unica. Prevalenti da un punto di vista numerico, i sostenitori della parità funzionale ebbero la meglio con l’approvazione dell’ordine del giorno Leone durante la seduta del 26 settembre del 1946, cui

Fu così possibile definire il modello, che, sullo sfondo di un dibattito in balia delle incolmabili divergenze ideologiche<sup>10</sup>, si risolse in un bicameralismo «all'unisono» che, indifferenziato sul piano funzionale, concepiva un Senato garante di maggiore elaborazione e perfezionamento tecnico della legge attraverso il vaglio ulteriore di una seconda Camera di “raffreddamento”.

A ben guardare, quindi, nell'ambito di una situazione in cui non prevaleva nessuna forza politica, il compromesso finale non vedeva l'affermazione assoluta di alcuno dei valori emersi nella discussione. Le sinistre dovettero accettare l'organizzazione bicamerale sia pure riuscendo ad imporre la rappresentanza politica, a causa della quale non aveva potuto trovare campo né la rappresentanza per categorie, né l'idea di una Camera rappresentativa degli interessi regionali.

A prevalere fu invece un altro valore, condiviso da ciascuna delle forze presenti in Costituente: l'esigenza di innalzare gli elementi di garanzia, in considerazione della quale fu possibile superare la fase di stallo cui era giunto il dibattito.

Quella prescelta, infatti, era l'unica soluzione capace di soddisfare sia l'istanza di dar vita ad una “struttura unica o comunque del tutto omogenea e priva di contraltari di diversa natura” sul piano della rappresentanza, che quella “di mantenere aperta con la seconda camera la possibilità di una sua utilizzazione correlata alle vicende del quadro politico” (CARETTI, 1981: 67).

V'è un elemento alla luce del quale pare potersi leggere questa scelta, stante nella necessità di adattare l'organizzazione del Parlamento al contesto storico-politico di attuazione<sup>11</sup>. In questa esigenza, invero presente negli obiettivi

seguiti, a causa dell'aspra polemica sollevata dalle sinistre, l'ordine del giorno La Rocca-Grieco che stabilì la natura elettiva del Senato.

<sup>10</sup> Cfr. FERRARA, 1984: 7 “La soluzione adottata fu il risultato di un compromesso strappato da ciascuna forza politica a tutte le altre: più per precludere che gli obiettivi non condivisibili delle forze antagoniste potessero prevalere che per conseguire il risultato ottimale (per ciascuna di dette forze impossibile) nel quale sarebbe stato possibile riconoscere, almeno in parte, la propria concezione della struttura dell'organo Parlamento”.

<sup>11</sup> Sull'importanza di una scelta organizzativa alla luce del contesto storico si v. TESAURO, 1951: 3 e 4, in cui l'A. sottolinea come “volere stabilire qual è il sistema che in via assoluta sia più idoneo alle esigenze di uno Stato moderno, in modo che possa essere accolto indifferentemente in questo o in quell'ordinamento, è destinato a rendere ancora più difficile la soluzione al tormentato problema e ad avviarlo quasi su un binario morto” perché “non esiste un sistema del monocameralismo o del bicameralismo che sia intrinsecamente buono, indipendentemente dalla situazione politica dell'ordinamento in cui deve trovare attuazione. La seconda camera è un meccanismo destinato a realizzare uno scopo; è, in particolare, uno strumento di realizzazione di un fine politico attraverso l'inserimento di una forza costituzionale nell'ingranaggio più o meno complesso delle altre forze costituzionali di un paese”. Nello stesso senso cfr., *ex aliis*, COTTA, 1971; GUARINO, 1953: 213 e ss.; PALADIN, 1988: 1.

dei Costituenti fin dalla prima relazione di Mortati dalla quale prese avvio il dibattito<sup>12</sup>, è possibile rinvenire la *ratio* del compromesso finale.

In un contesto nuovo come quello sullo sfondo della nascente Repubblica, di fronte al “reciproco paralizzarsi di posizioni minoritarie, troppo diverse le une dalle altre per potersi conciliare in modo costruttivo” (PALADIN, 1987: 39), si decise di attestare la decisione sugli elementi essenziali su cui era stato possibile raggiungere l'accordo, lasciando una situazione “fluida”, adattabile “al fatto nuovo e positivo della formazione dei grandi partiti democratici”<sup>13</sup>.

Ad essi e ai loro accordi, da cui sarebbe nata la concreta disciplina delle istituzioni repubblicane venivano rimessi tutti gli “adeguamenti” che, *ex ante*, avrebbero potuto dar luogo a divisioni o rotture<sup>14</sup>.

Questo per il ruolo che i partiti hanno svolto in Italia in una fase in cui la crisi degli apparati pubblici conseguente alla caduta del fascismo li rendeva “le strutture portanti dell'intero processo di transizione dalla catastrofe bellica al nuovo ordinamento” (PIZZETTI, 1984: 19)<sup>15</sup>.

Nel contesto di una società lacerata e profondamente divisa come quella sullo sfondo dell'Assemblea costituente, i partiti creavano appartenenza, facendosi portatori di progetti di organizzazione e costruzione del nuovo Stato molto diversi tra loro, troppo per potersi conciliare in modo costruttivo<sup>16</sup>.

E, nel perdurare di concezioni assai diverse su aspetti essenziali del sistema, si approvavano norme “a potenzialità multiple” (D'ONOFRIO, 1983: 86), elastiche nell'adattarsi al contesto di relazioni esistenti e alle possibili trasformazioni future.

### 3. *Bicameralismo paritario e forma di governo parlamentare*

Le variabili della dimensione contestuale e del sistema partitico spiegano, dunque, la connotazione “troppo garantista” (ELIA-SCOPPOLA, 2003) del nascente bicameralismo. Si trattava di una scelta dettata dallo scetticismo di “forze attraversate da timori reciproci” (STAIANO, 2016:135) che,

<sup>12</sup> Assemblea costituente, seconda Sottocommissione, seduta del 3 settembre 1946.

<sup>13</sup> Si v. l'intervento di Amendola in Assemblea costituente, seconda Sottocommissione, seduta del 5 settembre 1946.

<sup>14</sup> In questo senso si v. quanto, a proposito della scelta sulla forma di governo, afferma STAIANO, 2016a: 4 e ss.; ID., 2016b: 135 e ss.

<sup>15</sup> Nello stesso senso cfr. CRISAFULLI, 1969: 110 e 111; RESCIGNO, 2012: 307.

<sup>16</sup> Cfr. l'analisi di PALADIN, 1987: 39 e ss.; PIZZETTI, 1984: 18 e ss.; VIOLANTE, 2016: 21 e 22.

nell’“incertezza sull’esito degli sviluppi politici futuri” (CARETTI, 1981: 66), avevano prescelto un modello paritario che consentisse di mantenere aperto quel dialogo che aveva inaugurato i rapporti tra le grandi aree politiche confrontatesi durante i lavori in Costituente.

In questo senso si può parlare di una prima “vittoria della partitocrazia” (PALADIN, 1987: 40), volta ad evitare che una compagine politica potesse compiere scelte istituzionali senza un confronto con le altre.

Per l’eguale forza delle due Assemblee, invero, laddove si fossero verificate divergenze, l’unica soluzione per addivenire ad una decisione sarebbe stata quella del dialogo, necessario per raggiungere un accordo senza cui non vi sarebbe potuto essere alcun atto parlamentare.

Il problema della soluzione paritaria, però, risiede nel rapporto con la forma di governo parlamentare entro cui si colloca.

Non è un caso, infatti, che i dati del diritto comparato evidenzino che quella del bicameralismo uguale è un’organizzazione poco comune nei sistemi parlamentari<sup>17</sup>. Avendo riguardo ai Paesi bicamerali dell’Unione Europea, l’Italia è il solo Stato che presenta un modello paritario nel contesto di una forma di governo parlamentare<sup>18</sup>.

Il problema risiede nel rapporto di emanazione permanente che, nel regime parlamentare, lega il Governo al Parlamento. La Costituzione italiana all’art. 94 prevede che nel bicameralismo simmetrico i voti delle due Assemblee assumano forza autonoma nella dinamica del procedimento fiduciario, dando vita ad un atto complesso che contiene le uguali volontà delle due Camere di concedere la fiducia, pur potendo esservi motivazioni diverse alla base delle stesse.

In pratica, tra i due atti con cui le Camere conferiscono la fiducia vi è un coordinamento in vista di un interesse comune di più alto livello, per il perseguimento del quale occorre che un’eventuale diversità delle motivazioni non comprometta l’eguale volontà di accordare o mantenere la fiducia, perché questo darebbe luogo a situazioni di contrasto che bloccherebbero l’attività di governo<sup>19</sup>.

Una diversa composizione politica delle due Assemblee, quindi, potrebbe rendere difficile, in questo contesto, l’accordo sulla fiducia e originare una paralisi del sistema.

La sopravvivenza del bicameralismo «all’unisono» nel regime parlamenta-

<sup>17</sup> Sul punto si v., *ex aliis*, RUSSELL, 2012.

<sup>18</sup> Cfr. la banca dati dell’Unione Interparlamentare *Parliaments at a glance*, reperibile al seguente indirizzo web: <http://www.ipu.org/parline/ParliamentsAtaGlance.asp>.

<sup>19</sup> GALIZIA, 1972: 446 e ss. e, in part., 454 e 455; LIPPOLIS, 2012: 34.

re italiano, invece, è ascrivibile al ruolo determinante che gli equilibri partitici hanno svolto nella sua costruzione. In quanto “istituzioni capaci di esercitare una crescente influenza sugli organi costituzionali” (RIDOLA, 1982: 66), i partiti hanno omogeneizzato le due Assemblee attraverso un “effetto unificante” (CARLASSARE, 2011: 347)<sup>20</sup> che ha attutito, col tempo, le poche differenze che il Senato della Costituente presentava rispetto alla prima Camera.

All'indomani dell'Assemblea costituente, i sistemi elettorali di Camera e Senato erano distinti: proporzionale per la prima, maggioritario per il secondo. La discrasia era tuttavia neutralizzata dall'altissima soglia del 65% necessaria per vincere il collegio uninominale che, laddove non raggiunta, lasciava spazio ad una ripartizione dei seggi su base proporzionale col metodo *d'Hondt*<sup>21</sup>.

Si trattava di un sistema solo formalmente maggioritario, congegnato per operare come un proporzionale allo scopo di evitare che una differente composizione politica delle due Camere potesse impedire il raggiungimento dell'accordo necessario alla decisione<sup>22</sup>.

Nello stesso senso “unificante” sembrano potersi leggere le vicende relative alla differente durata delle due Assemblee. Il termine di cinque anni per la Camera e di sei per il Senato, infatti, avrebbe implicato momenti diversi per le elezioni dei due organi e la sfasatura avrebbe potuto condurre ad una diversa composizione politica delle Assemblee. Tuttavia, la previsione non ha mai trovato riscontro nell'esperienza a causa degli scioglimenti anticipati del Senato succedutisi dal 1953 al 1963, che hanno sempre fatto coincidere le consultazioni elettorali per le due Assemblee.

Il consolidamento in via di prassi di questa regola ben distinta dalla previsione costituzionale scritta<sup>23</sup> è un indicatore di quelle tendenze partitocratiche che, nell'“intento di non inserire fattori di disturbo nel giuoco politico” (PALADIN, 1981: 41) condussero alla legge costituzionale n. 2 del 1963, che equiparò la durata del Senato a quella della prima Assemblea, evidenziando la forza di una prassi divenuta convenzione costituzionale<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Cfr. anche MAZZONI HONORATI, 1997: 33 e ss.

<sup>21</sup> Cfr. FUSARO - RUBECCHI, 2006: 1149. Per un'analisi approfondita si v. VUOLO, 2007.

<sup>22</sup> Si v. sul punto l'analisi di CIAURRO, 1977: 42. AMATO, 1980: 183 parla in proposito di una legge elettorale che ha travolto la previsione dell'elezione del Senato «su base regionale», privilegiando gli allineamenti partitici.

<sup>23</sup> Si v. SICLARI, 2015:444.

<sup>24</sup> D'altra parte, in ciò risiede l'influenza dei partiti politici sulla forma di governo. Attraverso l'adozione di comportamenti “uniformi e costanti” che si consolidano in convenzioni costituzionali, essi definiscono “la disciplina del sistema di relazioni tra organi costituzionali” (STAIANO, 2012: 4).

Nel contesto della simmetria del meccanismo elettorale e di un sistema di partiti “molto connotati ideologicamente e fortemente strutturati” (LIPPOLIS, 2012: 37), si ottenevano composizioni armoniche delle due Assemblee<sup>25</sup>. In questa prima fase, dunque, il bicameralismo era sostanzialmente trainato dai partiti, il cui potere di mediazione aveva determinato alcune caratteristiche fondamentali sulle quali si basava il funzionamento del modello.

Il concetto che meglio può descriverle pare individuarsi nella “stabilità”. Per quanto paradossale possa sembrare considerati gli innumerevoli governi che abitualmente si succedevano nel corso delle legislature<sup>26</sup>, per stabilità si vuole qui intendere la persistenza di alcuni caratteri sistemici.

Stabile era l’articolazione del sistema partitico. Sia nelle sue unità, tra cui spiccava il contrasto tra Democrazia Cristiana e Partito Comunista Italiano, sia nel suo andamento funzionale, fondamentale invariato nel tempo quanto alle dinamiche competitive e coalizionali<sup>27</sup>.

La situazione è cambiata quando, alla fine degli anni Settanta, è iniziata quella fase di crisi del sistema politico intesa quale momento di transizione che ancora oggi non accenna a comporsi. Era scontato che della crisi partitica avrebbe risentito il modello bicamerale. Se, infatti, i partiti svolgevano il ruolo primario che fin qui si è cercato di mettere in luce, è chiaro che la loro crisi non poteva non condizionare profondamente la funzionalità delle istituzioni<sup>28</sup>.

Non sembra un caso, infatti, che i primi concreti tentativi da parte degli attori politici di determinare un cambiamento del sistema istituzionale risalgano proprio agli anni Ottanta, né che la pervasività delle «bicamerali» De Mita-Iotti e D’Alema si collochi rispettivamente nel 1992 e nel 1997, anni caldi di un conflitto politico non più capace di autoregolamentarsi, in un sistema imbrigliato in una transizione avviata ma non ancora compiuta.

E nella difficoltà di trovare un accordo politico sulle riforme istituzionali il cambiamento è stato avviato su altra via: quella della legislazione elettorale, prima con le ll. 276 e 277 del 1993 e poi con la l. 270 del 2005 (dichiarata incostituzionale con la storica sent. n. 1/2014)<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> L’omogeneità politica delle Camere è verificabile sulla base dei dati reperibili sul sito delle due Assemblee, ai seguenti indirizzi web: <http://legislature.camera.it> e <http://www.senato.it/leg/> dove sono riportate le composizioni post-elettorali di Camera e Senato per ciascuna legislatura. Di particolare interesse è la sezione “Composizione” - “Gruppi parlamentari”.

<sup>26</sup> Su cui si v. BALDASSARRE, 1979: 343 e ss.

<sup>27</sup> In questo senso cfr. COTTA, 2002: 18.

<sup>28</sup> Sul punto cfr. quanto osservato da VIOLANTE, 2016: 25. Riguardo alla pervasività delle dinamiche partitiche sulla forma di governo e al loro “intenso processo di trasformazione” si v., tra tutti, STAIANO, 2014b.

<sup>29</sup> RESCIGNO, 2001: 321 osserva come le ll. 276 e 277 del 1993 siano “la traduzione istitu-

Tuttavia, mentre con il Mattarellum si era riusciti a mantenere omogenea la composizione dei rami parlamentari, l'apparente ritorno al proporzionale del 2005, prevedendo diversi premi di maggioranza, nazionale per la Camera e regionale per il Senato, ha incagliato il meccanismo delle simmetrie, indebolendo il sistema istituzionale in un circolo vizioso di accentuata disfunzionalità tra corpo elettorale, Parlamento e Governo<sup>30</sup>.

Il bicameralismo paritario, che si era adattato con fatica alla forma di governo parlamentare, pagando il prezzo del ridimensionamento funzionale della seconda Camera, non può convivere con una distorsione maggioritaria di questo tipo perché nel contesto di un Parlamento che divarica l'espressione della volontà popolare in due rami, una diversa composizione politica delle due Assemblee finisce col determinare una situazione di antagonismo e divisione in cui l'una Camera può diventare opposizione dell'altra<sup>31</sup>.

Queste le considerazioni alla base del monito che la Corte rivolge al legislatore nella sentenza n. 35 del 2017 con la quale il Giudice delle leggi ha corretto alcuni profili di incostituzionalità della legge elettorale n. 52 del 2015, introdotta per la sola Camera dei deputati nella convinzione dell'esito positivo della riforma costituzionale cd. Renzi-Boschi finalizzata, tra l'altro, al superamento dell'assetto bicamerale paritario e bocciata dal corpo elettorale al referendum costituzionale del 4 dicembre 2016<sup>32</sup>.

Stante, dunque, l'inidoneità della legge elettorale a modificare, da sola, i meccanismi istituzionali e preso atto dello stato di difficoltà in cui versa l'ordinamento, la disfunzione nel sistema è evidente.

Ma affermare che la disfunzione risieda *sic et simpliciter* nel modello simmetrico di bicameralismo, forse, può apparire inesatto, o meglio superficiale, perché l'analisi dei dati statistici relativi alla funzione legislativa nell'esperienza repubblicana sembra smentirlo.

zionale" dello sconvolgimento che il sistema dei partiti ha subito dai primi anni Novanta. Sulla l. 270 del 2005 come imposta dalla trasformazione partitica cfr. STAIANO, 2012: 17; ID., 2014: XV.

<sup>30</sup> Cfr. FALCON, 2007: 8 e 9; LIPPOLIS, 2012: 40 e ss.

<sup>31</sup> Su questo rischio si v. CRISAFULLI, 1987: 44.

<sup>32</sup> Il Giudice delle leggi sottolinea l'importanza del sistema delle simmetrie, per il cui assetto in via di definizione ricorda che "la Costituzione, se non impone al legislatore di introdurre, per i due rami del Parlamento, sistemi elettorali identici, tuttavia esige che, al fine di non compromettere il corretto funzionamento della forma di governo parlamentare, i sistemi adottati, pur se differenti, non ostacolino, all'esito delle elezioni, la formazione di maggioranze parlamentari omogenee" (p.to 15.2 del considerato in diritto).

TABELLA 1

Legislatura	Durata		Leggi approvate	Media mensile
	Mesi	Periodo		
I	61,5	8 maggio 1948 - 24 giugno 1953	2317	38
II	59,5	25 giugno 1953 - 11 giugno 1958	1897	32
III	59	12 giugno 1958 - 15 maggio 1963	1796	30
IV	60,5	16 maggio 1963 - 4 giugno 1968	1768	29
V	47,5	5 giugno 1968 - 24 maggio 1972	841	18
VI	49,5	25 maggio 1972 - 4 luglio 1976	1128	23
VII	35,5	5 luglio 1976 - 19 giugno 1979	666	19
VIII	48,5	20 giugno 1979 - 11 luglio 1983	963	20
IX	47,5	12 luglio 1983 - 1 luglio 1987	799	17
X	57,5	2 luglio 1987 - 22 aprile 1992	1076	19
XI	23,5	23 aprile 1992 - 14 aprile 1994	314	13
XII	24,5	15 aprile 1994 - 8 maggio 1996	295	12
XIII	60,5	9 maggio 1996 - 29 maggio 2001	906	15
XIV	59	30 maggio 2001 - 27 aprile 2006	686	12
XV	24	28 aprile 2006 - 28 aprile 2008	112	5
XVI	58,5	29 aprile 2008 - 14 marzo 2013	391	7
XVII	48	15 marzo 2013 - oggi	295	6
	***le rilevazioni si fermano al 4/3/2017***			

Fonte: Camera dei deputati e Senato della Repubblica

La tabella 1<sup>33</sup> – che alla voce “Leggi approvate” comprende, per ogni legislatura, anche le leggi di delega, di conversione di d.l., quelle collegate alla manovra finanziaria e di ratifica ai trattati internazionali – illustra la produzione legislativa da un duplice punto di vista: quello della quantità e quello della rapidità, indicando il numero e la media mensile di leggi approvate per legislatura.

L’evidenza immediatamente riscontrabile è una flessione graduale che mostra un ridimensionamento quantitativo progressivo nell’approvazione delle leggi.

Nelle prime legislature la produzione è molto serrata; si produce, in media, addirittura una legge al giorno, tanto che gli studi di diritto comparato hanno evidenziato una tendenza del Parlamento italiano a limitare i propri

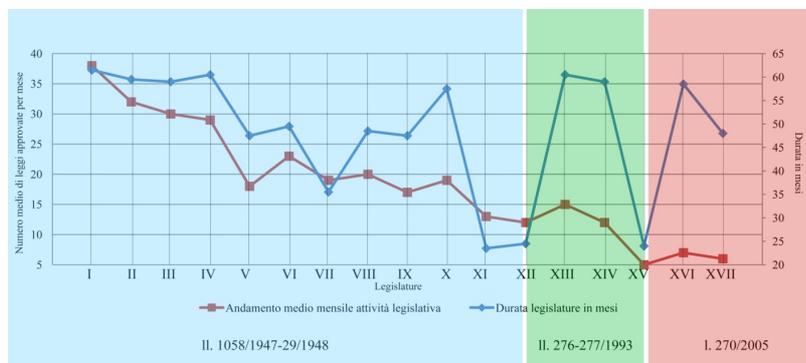
<sup>33</sup> I dati utilizzati nell’elaborazione della tabella sono tratti, fino alla XII legislatura, dal *Compendio statistico dalla I alla XII legislatura* del Notiziario della Camera dei deputati sull’Attività di indirizzo, controllo e informazione dati statistici e quantitativi; dalla XIII legislatura in poi, dalle *Statistiche sull’attività legislativa* reperibile sul sito istituzionale del Senato della Repubblica, alla sezione Lavori.

*output* nei primi decenni della Repubblica per avvicinarsi agli standard delle altre democrazie occidentali<sup>34</sup>.

Dall'osservazione dei dati il momento di rottura principale di questa evoluzione verso il basso sembra collocarsi nella X legislatura, che, attraverso un periodo di transizione, indicato dalla XI, segna il passaggio al sistema elettorale maggioritario.

Il grafico 1 mostra che in concomitanza con questa transizione, a fronte di un aumento medio della durata delle legislature, è possibile riscontrare una caduta vertiginosa nella produzione legislativa.

GRAFICO 1



Il dato è di particolare interesse e ad esso va aggiunta anche la considerazione che, col passare degli anni, il procedimento ordinario ha perso rilevanza come mezzo per imporre gli indirizzi di governo, sempre più perseguiti attraverso la decretazione d'urgenza e i decreti legislativi<sup>35</sup>, cui si è aggiunto un progressivo e sistematico ricorso alle norme di delegificazione.

I dati raccolti in tabella 2<sup>36</sup> mostrano come cambia la produzione normativa a partire dalla X legislatura in poi. Sul totale degli atti normativi le leggi

<sup>34</sup> Si v., *ex aliis*, DE MICHELI, 1997:151 e ss.

<sup>35</sup> DE MICHELI, VERZICHELLI, 2004: 217.

<sup>36</sup> La tabella è stata realizzata attraverso lo studio di due diverse fonti, dalla X alla XV legislatura i dati sono tratti da DI PORTO, 2007: 195; per la XVI legislatura i riferimenti sono ricavati dal Dossier *Dati e tendenze della legislazione statale* a cura dell'Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati. Per la XVII legislatura in corso, i dati non sono ancora disponibili. È opportuno sottolineare che il cambiamento si è analizzato a partire dalla X legislatura perché i dati sul complesso della produzione legislativa sono disponibili soltanto a partire da quest'ultima.

occupano uno spazio sempre più ristretto, a fronte di un aumento notevole del peso dei decreti legislativi e dei regolamenti di delegificazione.

TABELLA 2

LEGISLATURA	LEGGI	DECRETI LEGISLATIVI	DECRETI - LEGGE ESCLUSI RITERATI	DECRETI - LEGGE INCLUSI RITERATI	REGOLAMENTI DI DELEGIFICAZIONE	TOTALE ATTI NORMATIVI
X	1076	129	213	433	10	1428
XI	314	97	192	475	7	610
XII	295	52	163	669	65	575
XIII	906	378	204	369	179	1667
XIV	686	288	216	-	133	1323
XV	112	110	43	-	63	328
XVI	299	186	-	92	77	654

Fonte: Camera dei deputati

Una tesi dottrinale<sup>37</sup> ha teorizzato che il trasferimento di una serie di provvedimenti complessi dalle sedi parlamentari a quelle dell'esecutivo<sup>38</sup> trova una delle sue cause nell'attenuazione, nelle seconde, dell'influenza che il conflitto maggioranza-opposizione esercita sul contenuto del prodotto normativo finale.

Ecco il punto: non si può sostenere che il bicameralismo paritario abbia

<sup>37</sup> CARETTI, MORISI, 2001: 521.

<sup>38</sup> Ivi: 501 gli Aa. parlano di "opzioni che non toccano le *policies* di livello superiore ma che innovano significativamente, e per il lungo termine, ambiti decisivi della vita economica, sociale, istituzionale, internazionale" che hanno scontato "una duplice fonte di «sofferenza» decisionale. Da una parte, il frequente gravitare di queste politiche nell'orbita delle metapolitiche, con ricorrenti eccessi di ideologizzazione e non meno ricorrenti propensioni della classe politica a rimuovere o a procrastinare, nelle rispettive agende, simili tematiche, o a frammentarne e diluirne la portata decisionale entro le prassi incrementali delle micropolitiche per non rischiare di mettere in pericolo le posizioni raggiunte nella competizione sul primo livello. Dall'altra parte, il parallelo radicarsi della frequentazione consociativa dei partiti nelle micropolitiche, il formarsi di vincoli sostantivi, a lungo insormontabili, la possibilità di trattare i relativi ambiti di intervento decisionale nei termini di una qualche ridefinizione o razionalizzazione settoriale: per la «obiettiva» difficoltà di intervenire o correggere aspettative, tutele e rendite particolaristiche, reiteratamente legittimate e pervasivamente alimentate mediante le politiche di taglio *micro*". Nello stesso senso cfr. COTTA, 1996: 29.

prodotto un difetto di legislazione, e neppure è possibile riscontrare – in assoluto – una lentezza del procedimento. Quello che, invece, pare potersi affermare è che la disfunzione risiede nella difficoltà da parte delle forze politiche di trovare l'accordo in ordine alle scelte ordinamentali da perseguire.

Le procedure non sono cambiate, ma è mutato il contesto: manca quella dimensione dialogico – compromissoria che aveva condotto alla costruzione del modello aperto di bicameralismo italiano e che ha funzionato “sino a quando i partiti sono stati in grado di porre una regola e un confine allo scontro politico” (VIOLANTE, 2016:24).

Uno scontro politico che neppure il passaggio al sistema maggioritario è riuscito ad arginare e che si è esasperato col sistema proporzionale delineato dalla legge n. 165 del 2017. Il problema è che il sistema partitico in crisi non riesce a svolgere in maniera efficiente quel ruolo trainante che il modello di bicameralismo paritario gli affida nell'esperienza italiana<sup>39</sup>.

E questo riconduce l'analisi alla dimensione contestuale. Emblema della diffidenza in sede costituente, l'esigenza di garanzia sottesa al modello simmetrico può ormai considerarsi “esaurita”<sup>40</sup>, non nel senso che di contrappesi non vi sia più la necessità, perché affermare questo vorrebbe dire andare contro la logica di limitazione del potere che connota il concetto stesso di democrazia costituzionale, ma perché a contesto mutato sembra opportuno un ripensamento della funzione della seconda Assemblea nel sistema dei poteri.

#### 4. Perché il Senato delle Regioni? L'importanza dei territori nell'organizzazione costituzionale dello Stato

L'attuale *ratio* del bicameralismo italiano è un'altra “e precisamente quella di sede di congiunzione e mediazione tra indirizzo politico nazionale ed esigenze autonomistiche” (CARETTI, 2015:103).

L'esigenza a cui rispondere è quella di una sede politica di composizione tra unità e autonomia, in una fase storica di crisi del regionalismo, sintomo della necessità di portarne a compimento il travagliato percorso.

È noto, infatti, come quello di affermazione del modello di “Stato regionale” tracciato dal compromesso in Costituente sia un *iter* contrastato che tenta, da allora, di districarsi tra la pervasiva “eccedenza retorica degli ideologismi” (STAIANO, 2016c:1) e la necessità, sempre più avvertita, di consentire

<sup>39</sup> LUCIANI, 1995: 99 parla della rottura del sistema “di partiti forti e strutturati, capaci di assolvere a compiti di integrazione e di veicolare interessi e bisogni non solo particolaristici”.

<sup>40</sup> Così CARETTI, 2015: 103.

un'adeguata partecipazione delle Regioni alle organizzazioni e alle attività degli organi costituzionali dello Stato centrale<sup>41</sup>.

Tappa fondamentale di questo percorso è la riforma del titolo V della Costituzione, di cui resta l'evidenza giuridica di un ordinamento regionale che è rimasto imbrigliato nelle "incompletezze" e "incongruenze del disegno legislativo" che, nell'assenza di "soluzioni normative forti, idonee a essere messe efficacemente in opera" (STAIANO, 2014a: 5)<sup>42</sup>, hanno condotto ad un'elevata tensione nei rapporti tra Stato e Regioni in ordine alle rispettive competenze<sup>43</sup>.

E questo, nell'assenza di una sede politica di raccordo centro - periferia capace di contenere i conflitti, ha determinato un'espansione dell'opera di supplenza della giurisdizione costituzionale, evidenziando la necessità per il regionalismo italiano di una soluzione che sia in grado di portare a compimento il suo faticoso percorso, soprattutto in questa fase del suo sviluppo, definibile, a partire dalle riforme del 1999 e del 2001, come della "sfida della differenziazione" (RAGONE, 2013: 109 e ss.).

Una sfida, o meglio, un'opportunità che la Costituzione enuncia all'art. 123 nel riconoscere a ciascuna Regione la competenza di differenziare la propria forma di governo e i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento<sup>44</sup>.

Un'opportunità che, tuttavia, non è stata ancora colta, perché vi sarebbe bisogno di un organo costituzionale che, attraverso una funzione insieme "decentratrice" e "omogeneizzante" (ALLEGRETTI, 1996: 428 e ss.), rispondesse alla necessità che i territori hanno di essere rappresentati nell'organizzazione della volontà statale.

In questo contesto il voto referendario di reiezione della riforma costituzionale cd. Renzi-Boschi, lungi dall'essere visto come un motivo politico di freno alla riforma del bicameralismo, sembrerebbe doversi considerare, invece, come un punto di partenza. V'è in dottrina chi ha ritenuto si tratti di una censura popolare da leggersi come una richiesta di metodo<sup>45</sup>.

Se da un lato, infatti, questa riforma aveva il merito di prospettare l'estromissione della seconda Assemblea dalla relazione fiduciaria, scelta con-

<sup>41</sup> Sulla quale si v. AMATO, 1979; ID., 1980: 173 e ss.

<sup>42</sup> Nello stesso senso e specificamente in ordine alla mancata previsione di norme attuative da parte della l. cost. n. 3/2001 si v., *ex multis*, GROPPI, 2001: 219 e ss.

<sup>43</sup> Cfr., *ex aliis*, DE SIERVO, 2007.

<sup>44</sup> Su cui cfr. l'analisi di BIFULCO, 2001: 113 e ss.

<sup>45</sup> Legge in questo senso l'esito referendario BARTOLE, 2016: 431 e ss. L'A. parte dal presupposto che, essendo la riforma da leggersi in chiave spiccatamente centralista, il voto confermerebbe una volontà di valorizzazione dei territori.

divisibile per realizzare quell'esigenza di stabilità dell'Esecutivo<sup>46</sup> che in questo modo potrebbe essere sottratto al condizionamento dell'"alea" (LUCIANI, 2014:2) delle diverse maggioranze, dall'altro prevedeva una seconda Camera solo formalmente rappresentativa dei territori.

A parte la composizione incerta, che il proposto art. 57 al quinto comma prevedeva da determinarsi tra i componenti dei Consigli regionali "in conformità alle scelte degli elettori"<sup>47</sup>, l'elemento di maggiore criticità era l'assenza di vincolo di mandato per i senatori.

Sebbene il libero mandato parlamentare sia una caratteristica irrinunciabile della rappresentanza politica, esso non conferisce all'effettività di quella territoriale, perché, affinché questa sia autentica, occorre assicurare la rispondenza dell'operato dei rappresentanti alle istanze dei territori<sup>48</sup>.

Un esempio di rappresentanza territoriale mal congegnata è offerto dall'esperienza spagnola, in cui, pur essendo qualificato in Costituzione come una Camera a rappresentanza territoriale, il *Senado* assume un assetto «ibrido», che lo rende mero duplicato delle forze politiche già rappresentate nel *Congreso*, rispetto al quale, però, risulta in una posizione di subordinazione funzionale che non gli consente di svolgere un ruolo autonomo<sup>49</sup>.

Laddove concretamente realizzata, invece, la Camera territoriale darebbe un nuovo corso ai rapporti tra Stato e Regioni, in attuazione dell'art. 5 Cost. che, nell'unità e indivisibilità della Repubblica, ne prevede la funzione di promuovere le autonomie locali, così rendendo quello di autonomia una delle esplicazioni del principio democratico<sup>50</sup>, come ricordato dalla Corte costituzionale nella pronuncia n. 106/2002.

In questa sentenza, peraltro, la Corte dice che le Assemblee legislative nazionali sono "la sede esclusiva" in cui "prende forma la sovranità del popolo"<sup>51</sup>, affermazione dalla quale pare dedursi che l'unico modo per mettere gli

<sup>46</sup> Tanto ricercata per via elettorale, su cui si v., *ex multis*, SCUDIERO, 1983: 79, che spiega come "non è possibile che una riforma del sistema elettorale possa rappresentare la panacea per la modifica del quadro esistente".

<sup>47</sup> Sul punto si v. le osservazioni di CIOLLI, 2016: 13 e ss.; FROSINI, 2016: 4; DE SANTIS, 2015.

<sup>48</sup> Sul punto si v. CARETTI, 2015:104. Cfr. l'audizione di M. Luciani in Prima Commissione Affari Costituzionali del Senato, 28 luglio 2015.

<sup>49</sup> Nell'ambito della vasta letteratura sulla questione si v., in particolare, AJA - ALBERTÍ ROVIRA - RUIZ RUIZ, 2005; AJA, 1996; ALBERTÍ ROVIRA, 2004; ID., 2005; MONTILLA MARTOS, 2016.

<sup>50</sup> Cfr. l'analisi di BERTI, 1975: 286.

<sup>51</sup> Così Corte costituzionale, sent. n. 106/2002 al p.to 3 del Considerato in diritto. Si tratta di un principio assai radicato nella giurisprudenza costituzionale, su cui si v. le sentt. nn. 6/1970, 306/2002, 195 e 365/2007, 279/2008.

interessi territoriali in condizione di partecipare a quello centrale, è quello di inserire le Regioni in Parlamento, così conducendole al centro della forma di governo e portando a compimento il processo di regionalizzazione.

### *Riferimenti bibliografici*

- AIMO, Piero (1977). *Bicameralismo e Regioni*, Milano: Giuffrè.
- AJA, Eliseo (1996). "El Senado y su función de impulso de la colaboración en el Estado autonómico". In Aa. Vv., *Ante el futuro del Senado*, Barcellona: Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics.
- AJA, Eliseo - ALBERTÍ ROVIRA, Enoch - RUIZ RUIZ, Juan José (2005). *La Reforma constitucional del Senado*, Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales.
- ALBERTÍ ROVIRA, Enoch (2004). "La representación territorial". *Fundamentos*, n° 3.
- ALBERTÍ ROVIRA, Enoch (2005). "Senado y representación territorial". In Aguiar de Luque (a cura di), *Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ALLEGRETTI, Umberto (1996). "Per una Camera territoriale: problemi e scelte". *Le Regioni*, n° 3.
- AMATO, Giuliano (1979). "La via italiana alle Regioni", in Serrani (a cura di), *La via italiana alle Regioni*, Milano: Edizioni di Comunità.
- AMATO, Giuliano (1980). *Una Repubblica da riformare. Il dibattito delle istituzioni in Italia dal 1973 ad oggi*, Bologna: il Mulino.
- ANTONUCCI, Carla (2007). "Il bicameralismo nell'opera di Costantino Mortati". In Galizia (a cura di), *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Milano: Giuffrè.
- BALDASSARRE, Antonio (1979). "Ingovernabilità e riforma delle istituzioni". *Democrazia e diritto*, n° 3.
- BARBERA, Augusto (1996), "Parlamento". *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Roma: Treccani.
- BARTOLE, Sergio (2016). "Stato e Regioni dopo il referendum". *Le Regioni*, n° 3.
- BERTI, Giorgio (1975). "Art. 5". In Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna: Zanichelli.
- BIFULCO, Raffaele (2001). "Federalismo e diritti". In Groppi, Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino: Giapichelli.
- CARETTI, Paolo (1981). "Funzionalità del parlamento e proposte di riforma". *Democrazia e diritto*, n° 3.
- CARETTI, Paolo (2015). "Venti domande su Regioni e riforme costituzionali". *Le Regioni*, n° 1.
- CARETTI, Paolo - MORISI, Massimo (2001). "Parlamento e politiche pubbliche". *Quaderni costituzionali*, n° 3.

CARLASSARE, Lorenza (2011). *Un bicameralismo discutibile*, in Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 17. Il Parlamento*, Torino: Einaudi.

CIAURRO, Luigi (1977). "La legislazione elettorale italiana e i suoi effetti sul sistema politico". In *Il Politico*.

CIOLLI, Ines (2008). "Le seconde Camere e la rappresentanza territoriale". In Bonfiglio (a cura di), *Composizione e funzioni delle seconde Camere. Un'analisi comparativa*, Padova: Cedam.

CIOLLI, Ines (2016). "Il Senato della riforma tra forma e sostanza". *Rivista AIC*, n° 4.

COTTA, Maurizio (1971). "Il problema del bicameralismo-monocameralismo nel quadro di una analisi struttural-funzionale del Parlamento". *Rivista italiana di scienze politiche*.

COTTA, Maurizio (1996). "La crisi del governo di partito all'italiana". In Cotta, Isernia (a cura di), *Il gigante di argilla. Le ragioni della crisi della repubblica: partiti e politiche dagli anni '80 a Mani pulite*, Bologna: Il Mulino.

COTTA, Maurizio (2002). "Dopo tre elezioni: il sistema politico italiano a dieci anni dalla crisi". In D'Alimone, Bartolini (a cura di), *Maggioritario finalmente?*, Bologna: Il Mulino.

CRISAFULLI, Vezio (1946). "Per una Costituzione democratica". *Rinascita*, n° 7.

CRISAFULLI, Vezio (1969). "I partiti nella Costituzione". In Aa. Vv., *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, Firenze: Vallecchi.

CRISAFULLI, Vezio (1987). "Il Parlamento come opposizione nella crisi". In Cuccodoro (a cura di), *Le regole del gioco nella Costituzione. Disposti e attuazioni fra crisi e tramonto*, Firenze: Nocchioli Editore.

D'ONOFRIO, Francesco (1983). "Intervento", in Aa. Vv., *La Costituzione fra attuazione e revisione. Lo Stato in una società pluralista. Atti del XXXIII Convegno nazionale di studio (Roma, 3-5 dicembre 1982)*, Milano: Giuffrè.

DE MICHELI, Chiara (1997). "L'attività legislativa dei governi al tramonto della Prima Repubblica". *Rivista Italiana di Scienza Politica*, n° 1.

DE MICHELI, Chiara - VERZICHELLI, Luca (2004). *Il Parlamento*, Bologna: Il Mulino.

DE SANTIS, Valerio (2015). "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". *Forumcostituzionale.it*.

DE SIERVO, Ugo (1990). "Parlamento, partiti e popolo nella progettazione costituzionale di Mortati". In Galizia (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano: Giuffrè.

DE SIERVO, Ugo, (2007). "Il regionalismo italiano fra i limiti della riforma del Titolo V e la sua mancata attuazione". *www.issirfa.cnr.it*.

DI PORTO, Valerio (2007). "I numeri delle leggi. Un percorso tra le statistiche delle legislature repubblicane". In *Il Filangieri - Quaderno 2007*.

ELIA, Leopoldo - SCOPPOLA, Pietro (2003). *A colloquio con Dossetti e Lazzati*, Bologna: il Mulino.

FALCON, Giandomenico (2007). "Riflettendo su legge elettorale e bicameralismo". *Le Regioni*, n° 1.

FERRARA, Gianni (1984). *Art. 55*. In Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Le Camere*, Tomo I, Bologna: Zanichelli.

FROSINI, Tommaso Edoardo (2016). “Bicameralismo differenziato e governabilità”. *Federalismi.it.*, n° 12.

GALIZIA, Mario (1972), *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Giuffrè: Milano.

GRANGÉ, Jean (1987). “Italie: Le Sénat de la République”. In Mastias, Grangé, *Les secondes chambres du Parlement en Europe occidentale*, Parigi: Economica.

GROPPI, Tania (2001). “La legge costituzionale n. 3/2001 tra attuazione e auto applicazione”. In Groppi, Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino: Giappichelli.

GUARINO, Giuseppe (1953). “Del sistema bicamerale”. *Studi senesi*, n° 2.

LIPPOLIS, Vincenzo (2012). “Il bicameralismo e la singolarità del caso italiano”. In *Rassegna Parlamentare*, n° 1.

LUCIANI, Massimo (1995). “Riforme elettorali e disegno costituzionale”. In Luciani, Volpi (a cura di), *Riforme elettorali*, Roma-Bari: Laterza.

LUCIANI, Massimo, (2014). “Sul d.d.l. cost. recante “Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte seconda della Costituzione”. *www.senatodelleautonomie.it*.

MAZZONI HONORATI, Maria Luisa (1997). *Lezioni di diritto parlamentare. Terza edizione*, Torino: Giappichelli.

MONTILLA MARTOS, Josè Antonio (2016). “El Senado como Consejo territorial”. *idpbarcelona.net*.

MORTATI, Costantino (1941). “Sulla posizione del partito nello Stato”. *Stato e diritto*.

MORTATI, Costantino (1946). “Il potere legislativo: unicameralismo o bicameralismo?”. *Realtà politica*, n° 8.

MORTATI, Costantino (1947). “La seconda Camera”. *Cronache sociali*, n° 9.

MORTATI, Costantino (1957). “Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano”. In *Scritti giuridici in onore di V. E. Orlando*, Padova: Cedam.

MORTATI, Costantino (1971). *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino: Edizioni radio italiana.

MORTATI, Costantino (1972). *Raccolta di scritti, I, Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Milano: Giuffrè.

NOCILLA, Damiano - CIAURRO, Luigi (1987), “Rappresentanza politica”. *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè.

OCCHIOCUPO, Nicola (1989). “Le Regioni in Parlamento. Attualità di una ormai antica proposta: la Camera delle Regioni”. *Le Regioni*, n° 5.

PALADIN, Livio (1988). “Bicameralismo”. *Enciclopedia Giuridica*, Roma: Treccani.

PALADIN, Livio (1987), “Il Parlamento come crisi della rappresentanza”. In Cucodoro (a cura di), *Le regole del giuoco nella Costituzione. Disposizioni e attuazioni fra crisi e tramonto*, Firenze: Nocchioli.

PITKIN, Hanna Fenichel (1967). *The concept of representation*, Berkley: University of California Press.

PIZZETTI, Franco (1984). *Riforme istituzionali e sistema politico*, Roma: AREL.

RAGONE, Sabrina (2013). "El regionalismo italiano en tres etapas". In Mendoza Martelo, Cepeda Amarís, Estupiñán Achury (a cura di), *Una mirada a las regiones desde la justicia consitucional*, Bogotá 2013: Editorial Universidad del Rosario.

RESCIGNO, Giuseppe Ugo (2012). *Corso di diritto pubblico XIV edizione*, Bologna: Zanichelli.

RIDOLA, Paolo (1982). "Partiti politici". In *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè.

RIDOLA, Paolo (1990). *Democrazia e rappresentanza nel pensiero di Costantino Mortati*, Milano: Giuffrè.

ROMANELLI, Raffaele (1995). "Centralismo e autonomie". In Romanelli (a cura di), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, Roma: Donzelli Editore.

RUSSELL, Meg (2012). "Elected Second Chambers and Their Powers: An International Survey". *The Political Quarterly*, n° 1.

SCUDIERO, Michele (1983). "La rappresentanza politica". In Benvenuti, Cuocolo, Scudiero, *La costituzione fra attuazione e revisione. Lo Stato in una società pluralista (Atti del XXXIII Convegno nazionale di studio Roma, 3-5 dicembre 1982)*, Milano: Giuffrè.

SICLARI, Massimo (2015). "Il Presidente della Repubblica". In Modugno (a cura di), *Diritto pubblico. Seconda edizione*, Torino: Giappichelli.

STAIANO, Sandro (2012). *Prolegomeni minimi a una ricerca forse necessaria su forma di governo e sistema dei partiti*. *Federalismi.it*, n° 3.

STAIANO, Sandro (2014a). "Alcuni ragionevoli motivi per prendere sul serio la proposta di riforma del bicameralismo". *Federalismi.it*, n° 8.

STAIANO, Sandro (2014b). "Forma di governo e sistema dei partiti. Una ricerca necessaria (che deve continuare)". In Id. (a cura di), *Nella rete dei partiti. Trasformazione politica. Forma di governo. Network analysis*. Napoli: Jovene Editore.

STAIANO, Sandro (2016a). "Metodo. Merito. Contesto". *Federalismi.it*, n° 15.

STAIANO, Sandro (2016b). "La forma di governo: come cambia l'organizzazione del rapporto tra potere legislativo e potere esecutivo". In Aa. Vv., *La riforma della Costituzione. Una guida con le analisi di 15 costituzionalisti*, Milano: RCS Media Group S.p.a.

STAIANO, Sandro (2016c). "La Regione Campania: omologazione, specificità, prospettive". In Id. (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Campania*, Torino: Giappichelli.

TESAURO, Alfonso (1951). "Il sistema bicamerale nell'esperienza costituzionale". *Rassegna di Diritto pubblico*.

VIOLANTE, Luciano (2016). "La Costituzione e le riforme". In Aa. Vv., *La riforma della Costituzione. Una guida con le analisi di 15 costituzionalisti*, Milano: RCS Media Group S.p.a.

VUOLO, Alfonso (2007). "La legge elettorale per il Senato nel quadro del bicameralismo perfetto". In Scudiero (a cura di), *Le autonomie al centro*, Napoli: Jovene.

CRISI DELLA RAPPRESENTANZA ED ELEZIONI INDIRETTE:  
ALCUNE CONSIDERAZIONI  
SUL PIÙ RECENTE DIBATTITO ITALIANO

*Tanja Cerruti\**

SOMMARIO: 1. Rappresentanza indiretta e partecipazione alle elezioni. – 2. L'esperienza degli enti di area vasta fra il dibattito avvio della riforma e le valutazioni della Corte costituzionale. – 3. La rappresentanza indiretta al Senato: note critiche e profili problematici. – 4. Prime conclusioni. Riferimenti bibliografici.

*1. Rappresentanza indiretta e partecipazione alle elezioni*

L'istituto della rappresentanza, di cui quasi all'unisono si denuncia la crisi, pare sottoposto oggi, in Italia, ad almeno due diverse forme di tensione.

Da un lato si registra una forte disaffezione al voto, con un considerevole aumento dell'astensionismo. Questo fenomeno, che si riscontra non solo in molti altri Paesi dalla democrazia c.d. "matura" (LUCIANI, 2001: 111), ma anche in alcuni di quelli che hanno potuto approcciarsi ad elezioni davvero libere solo in un periodo relativamente recente, risulta spesso non omogeneo fra i diversi livelli di governo, testimoniando così la convinzione, nei cittadini, del fatto che non tutte le istituzioni rappresentative meritino la stessa importanza.

Dall'altro lato i recenti interventi normativi denotano il tentativo di sostituire, in alcune sedi, il sistema rappresentativo diretto con uno indiretto, ripensando altresì le funzioni che l'organo così eletto è chiamato a compiere. L'allusione è al sistema di governo degli enti di area vasta, come disciplinati dalla l. 56 del 2014 ("legge Delrio") ed alla stessa Seconda Camera del Parlamento, per la quale la nuova modalità sarebbe diventata effettiva solo in caso di vittoria del sì nel referendum costituzionale del dicembre del 2016.

Lo scorcio parziale dell'ampio dibattito dottrinario che ha accompagnato, in entrambi i casi, l'approvazione delle modifiche costituisce la base per alcune prime riflessioni sulle possibili interazioni fra i due fenomeni – astensionismo e rappresentanza indiretta – per quanto in particolare concerne la possibilità che la sperimentazione del sistema dell'elezione indiretta negli enti di area vasta, unita alla sua eventuale introduzione nel ramo alto del Parlamento, possa portare o verso un rinvigorismento, negli elettori, della consapevolezza

\*Università degli Studi di Torino.

dell'importanza di partecipare alla "cosa pubblica", intervenendo nella scelta di quegli organi la cui elezione rimane diretta o, viceversa, verso un aumento della distanza fra rappresentanti e rappresentati.

*2. L'esperienza degli enti di area vasta fra il dibattuto avvio della riforma e le valutazioni della Corte costituzionale*

Per gli enti territoriali intermedi l'introduzione di un sistema di rappresentanza indiretta è avvenuto per la prima volta nel 2011, con il decreto legge n. 201, che ha ridotto gli organi provinciali a due (il Consiglio, votato dagli organi elettivi dei Comuni appartenenti alla Provincia, e il Presidente, espresso dal Consiglio al proprio interno), facendone venire meno la derivazione diretta dal corpo elettorale dell'ente. La declaratoria d'incostituzionalità che ha colpito tali disposizioni (unitamente a quelle del successivo decreto legge n. 95 del 2012, che prevedevano il subentro, ad alcune Province italiane, di altrettante Città metropolitane, rette a propria volta prevalentemente da organi di derivazione indiretta) non si è appuntata però sulla natura della rappresentanza che andavano ad introdurre e, in particolare, sul fatto che non fosse diretta, ma sull'utilizzo dello strumento della decretazione d'urgenza per realizzare una riforma "dell'intera disciplina ordinamentale di un ente locale territoriale, previsto e garantito dalla Costituzione"<sup>1</sup>.

Poco tempo dopo, le scelte effettuate dai sopraccitati decreti sono state riprese nel contesto della più ampia e organica riforma degli enti di area vasta realizzata con l'approvazione della legge Delrio che prevede, sia per le Province che per le Città metropolitane, cui nuovamente si è provato a dare vita, una terna di organi di governo strettamente collegati agli organi dei Comuni ricompresi nelle rispettive aree.

In particolare per le Province sono previsti un Consiglio provinciale, il cui elettorato attivo e passivo spetta ai Sindaci e ai Consiglieri comunali; un'Assemblea dei Sindaci, composta dai Sindaci di tutti i Comuni appartenenti alla Provincia; un Presidente della Provincia, eletto da Sindaci e Consiglieri

<sup>1</sup> Corte cost., sent. n. 220 del 2013, *Cons. Dir.* 12.1. La questione di costituzionalità ha ad oggetto l'art. 23, c. 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 e 20-bis, del d.l. n. 201 del 2011, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, c. 1, della l. n. 214 del 2011, e gli artt. 17 e 18 del d.l. n. 95 del 2012, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, c. 1, della l. n. 135 del 2012, dichiarati tutti incostituzionali. Per una ricostruzione dei tentativi di riforma che hanno interessato il sistema degli enti territoriali nelle ultime tre legislature e sulle conseguenze della sentenza sopraccitata sulla disciplina legislativa successiva v. *amplius* PIZZETTI, 2013: 2, ss.

comunali fra i Sindaci dei Comuni della Provincia il cui mandato non scada prima dei successivi diciotto mesi. Alle Città metropolitane spetta un Consiglio metropolitano, composto con criterio analogo a quello del Consiglio provinciale (di cui fa parte il Sindaco metropolitano); una Conferenza metropolitana, formata dai Sindaci di tutti i Comuni dell'area; un Sindaco metropolitano, che coincide con il Sindaco del Comune capoluogo. La legge attribuisce agli Statuti la facoltà di prevedere l'elezione diretta del Consiglio e del Primo Cittadino metropolitano ma attraverso un procedimento così tortuoso e di difficile applicazione (che trova una parziale semplificazione per le Città con popolazione superiore a tre milioni di abitanti) da essere definito diabolico (STAIANO, 2014b: 9; *contra*, MONE, 2014: 30 che reputa ragionevole, per il tipo di funzioni che è chiamata a svolgere la Città metropolitana, la coincidenza fra i due Sindaci, la quale, secondo PIZZETTI, 2015a: 49, evita la diarchia che si creerebbe fra quello del Comune capoluogo e quello metropolitano).

Sin dalle prime fasi di preparazione della riforma non sono mancati i rilievi critici di chi ravvisava, nella soppressione del legame diretto fra la popolazione di Province e Città metropolitane e i loro organi di governo, un inguaribile *vulnus* al principio democratico (MANGIAMELI, 2013: 4), che deve necessariamente estrinsecarsi nelle forme dell'elezione diretta in tutti gli enti territoriali resi costituzionalmente necessari dalla previsione dell'art. 114 (PORTALURI, 2014: 5; DE MARTIN, 2014: 40). Un ulteriore profilo di criticità è stato ravvisato sul fronte delle funzioni svolte dagli enti di area vasta, il cui adempimento beneficerebbe della previsione di una responsabilità diretta degli organi che vi fanno fronte davanti ai cittadini cui sono destinate (MERLONI, 2013: 2), evitando inoltre sia che gli amministratori si trovino ad operare in una situazione di conflitto fra gli interessi dell'ente di area vasta e quelli del loro Comune di provenienza (TUBERTINI, 2016: 4), sia che non riescano, loro malgrado, a fare fronte al doppio ordine di compiti (DE MARTIN, 2013: 8).

Nel coro di coloro che avversavano la riforma si annoveravano anche opinioni che non mettevano in discussione la rappresentanza indiretta in sé ma le soluzioni elaborate dalla l. 56 in riferimento alle Province. L'accento è posto sul fatto che all'unico organo in qualche modo raccordabile ad un'elezione diretta, cioè l'Assemblea dei Sindaci, è riconosciuto un "ruolo decisionale marginale" mentre per gli organi eletti indirettamente non è prevista una responsabilità davanti ad altri scelti dal popolo (CHESSA, 2013: 11).

Le stesse disposizioni costituzionali utilizzate dagli oppositori del nuovo meccanismo rappresentativo sono state richiamate però anche a difesa della riforma da chi sosteneva che dalla natura di ente costituzionalmente necessario non discende automaticamente l'obbligo dell'elezione diretta (GROSSO, 2013: 1-2; BASSANINI, 2013: 4), stanti anche il silenzio dell'art. 114 sulla com-

posizione degli organi di governo dei singoli enti (CARETTI, 2013: 2) e la valorizzazione impressa dalla revisione costituzionale del 2001 al principio di differenziazione, sulla cui base ben si può giustificare la convivenza di diversi modelli di rappresentanza (GROSSO, 2013: 2).

La riforma avrebbe avuto anzi il merito di incardinare la rappresentanza a livello territoriale su due categorie elette direttamente, riducendo così l'elevato numero di classi politiche, chiamate tutte a rispondere alle medesime esigenze dei cittadini. Fra queste, particolare importanza riveste quella comunale, "elemento primo di innovazione e consolidamento della rappresentanza politica" e titolare del compito di creare la massima sinergia possibile con gli enti di area vasta (PIZZETTI, 2013: 14; PIZZETTI, 2014: 11).

Le scelte della legge Delrio sono state infine apprezzate anche in rapporto all'elaboranda revisione costituzionale, sia perché attribuivano alle Province un assetto ragionevole alla luce della loro probabile eliminazione dalla Carta fondamentale (FUSARO, 2013: 5), sia perché anticipavano la soluzione ivi prevista in riferimento al Senato (PIZZETTI, 2015b: 2. Sulla necessità che riforme istituzionali e costituzionali procedano di pari passo, POGGI, 2014b: 4).

I rilievi critici sollevati dalla dottrina sono stati recepiti anche da alcune Regioni che li hanno utilizzati, insieme ad altri asseriti profili d'illegittimità costituzionale, per impugnare la legge Delrio davanti alla Corte. Com'è noto, però, con la sentenza n. 50 del 2015 la Consulta ha assolto la nuova disciplina anche nelle disposizioni concernenti la composizione degli organi di governo, affermando, sulla scia di precedenti pronunce, che dalla natura di enti costituzionalmente necessari e dal carattere autonomistico ex artt. 5 e 114 Cost. non discende la necessità dell'elezione diretta dei loro organi, potendo la rappresentanza politica assumere forme diversificate fra i diversi livelli di governo. Il "*freely elected*" di cui alla Carta europea delle Autonomie locali – alla quale è riconosciuta inoltre solo la facoltà di esercitare un "mero indirizzo" – è ritenuto altresì rispettato in quanto postula unicamente l'"esigenza di una effettiva rappresentatività dell'organo rispetto alle comunità interessate". L'elezione indiretta è quindi ammessa, ha concluso la Corte, "purché siano previsti meccanismi alternativi che comunque permettano di assicurare una reale partecipazione dei soggetti portatori degli interessi coinvolti" (*Cons. Dir.* 3.4.3).

Accusata diffusamente di eccessiva laconicità (MOBILIO, 2015: 11; VANDELLI, 2015), la pronuncia costituzionale, oltre a rivelarsi non convincente per chi già nutriva dei dubbi sulla legittimità della forma di governo prevista per gli enti di area vasta, ha suscitato per alcuni aspetti anche le perplessità di coloro che invece ne appoggiavano la scelta.

Nel merito, si è rimproverato alla Corte di non aver approfondito a sufficienza i tratti più deboli della nuova forma di governo, identificati, soprattutto nelle Città metropolitane, nelle modalità di designazione degli organi e nel rapporto fra tali modalità e le funzioni loro attribuite. Il carattere decisamente politico di molte delle funzioni assegnate alla Città metropolitana (BARBERO, VIGATO, 2015: 8) richiederebbe che il loro esercizio sia affidato ad organi politicamente responsabili davanti alla Comunità di riferimento. Secondo la legge, invece, il Consiglio, cui compete la maggior parte delle decisioni dell'ente, non risponde né al corpo elettorale né alla Conferenza, unica assemblea di provenienza "diretta" (MOBILIO, 2015: 11). Il problema, trascurato dalla Corte, non sarebbe quindi l'elezione indiretta in sé ma la mancanza di un organo che sia "pienamente rappresentativo e dotato di reali poteri decisionali" (BARBERO, VIGATO, 2015: 8). Ulteriori rilievi concernono la figura del Sindaco, alla cui elezione la popolazione non residente nel capoluogo non partecipa né in modo diretto, né in modo indiretto. In riferimento alla possibilità, prevista dalla legge, di procedere all'elezione diretta di Consiglio e Sindaco, il Giudice delle Leggi avrebbe inoltre sorvolato sull'ingiustificata differenziazione fra Città con popolazione superiore e inferiore ai tre milioni di abitanti (BARBERO, VIGATO, 2015: 14, 15).

Pur riconoscendo quindi alla Corte il merito di aver elaborato, sull'ammissibilità del modello di secondo grado, un impianto di "consistente solidità" (basato sulla constatazione per cui "la legittimazione democratica non debba necessariamente esprimersi secondo una modalità unica e predefinita, ma possa essere declinata in una pluralità" di forme, fra cui l'elezione di secondo grado), le si è rimproverato di non averlo sviluppato in modo più ampio (VANDELLI, 2015).

Un altro profilo di criticità è stato ravvisato nell'ultroneità della motivazione della Corte laddove lascia intravedere che, in astratto, gli organi di governo di tutti gli enti autonomi potrebbero essere di secondo grado (STERPA, GRANDI, FABRIZZI, DE DONNO, 2015: 4), portando così a legittimare un sistema piramidale in cui tutti i Consigli, tranne quelli comunali, siano eletti da quelli di livello inferiore (SPADARO, 2015: 18) o addirittura superiore (SALERNO, 2015: 14). La connessione interorganica fra i collegi rappresentativi di enti territoriali diversi potrebbe poi risultare in contrasto con l'autonomia che deve sussistere fra gli stessi ex art 114 Cost. (SALERNO, 2015: 14).

Un ultimo, ma non meno problematico, aspetto ha riguardato il trattamento riservato dalla Corte alla Carta europea delle Autonomie locali sia per l'improprio "declassamento" di cui l'ha resa vittima (SPADARO, 2015: 23; MONE, 2015: 2), sia per la lettura riduttiva di cui l'ha fatta oggetto, che si è basata solo sull'espressione "*freely elected*" senza prendere in considerazione

la parte restante dell'art. 3 (STERPA, GRANDI, FABRIZZI, DE DONNO, 2015: 4, 5; VANDELLI, 2015). La conformità delle disposizioni impugnate con la Carta europea è stata peraltro revocata in dubbio sia da chi apprezzava il tentativo, compiuto dalla Corte, di valorizzare dimensioni della democrazia alternative alla rappresentanza (LUCARELLI, 2015: 5), sia da chi difendeva, anche alla luce del principio di differenziazione fra enti, la legittimità costituzionale della legge (MONE, 2015: 7, 19).

### *3. La rappresentanza indiretta al Senato: note critiche e profili problematici*

Sperimentata negli enti di area vasta, la rappresentanza indiretta è approdata anche ai vertici dell'ordinamento costituzionale dello Stato, per quanto in particolare concerne la Seconda Camera del suo Parlamento. L'idea di un Senato di derivazione, almeno in parte, indiretta non costituisce peraltro un *quid novum* del pensiero riformatore odierno, essendo stata prospettata, oltre che nei lavori dell'Assemblea costituente (CECCANTI, 2014: 1; TONDI, 2014: 6), anche in alcune precedenti proposte di modifica della Carta fondamentale (si vedano ad esempio la c.d. "Bozza Violante", elaborata durante la XV legislatura e i lavori del Comitato Speroni, durante la XII; Camera dei Deputati, 2013: 18, 45; POGGI 2014c: 1).

Il testo di legge costituzionale su cui si sono pronunciati i cittadini italiani il 4 dicembre 2016 prevedeva che nessuno dei cento componenti del Senato derivasse più dall'espressione diretta del corpo elettorale. In caso di approvazione della riforma, novantacinque sarebbero stati designati dai Consigli regionali che li avrebbero scelti, in numero proporzionale alla popolazione del loro ente, fra consiglieri regionali (74) e Sindaci (21). Permanevano i cinque senatori di nomina presidenziale, il cui mandato avrebbe avuto però durata settennale mentre restava invariata la disposizione sull'assunzione della carica per gli ex Presidenti della Repubblica.

Rispetto all'originario disegno di legge costituzionale presentato dal Governo, la composizione del Senato è uno degli aspetti della riforma su cui i lavori parlamentari hanno inciso in modo più significativo (FABRIZZI, PICCIRILLI, 2014-2016). Le modifiche hanno riguardato, in particolare, la venuta meno dell'appartenenza di diritto all'organo di Presidenti di Regione e Sindaci dei Comuni capoluogo di Regione e il riequilibrio del numero dei senatori sia fra la componente municipale (allora votata da un collegio di Sindaci) e quella regionale, che prima avevano lo stesso peso, sia fra le diverse Regioni, che prima

esprimevano tutte lo stesso numero di senatori, indipendentemente dalle loro dimensioni<sup>2</sup>.

Le soluzioni approvate dal legislatore della revisione non hanno mancato di suscitare, accanto a comprensibili dubbi interpretativi relativi alla loro attuazione, molteplici rilievi da parte della dottrina, espressi, pur con una differente prospettiva, sia da coloro che si dichiaravano favorevoli alla riforma, sia da coloro che vi si opponevano.

In riferimento alla provenienza dei senatori, il plauso dei sostenitori della nuova scelta era indirizzato soprattutto alla presenza della componente regionale, che da un lato avrebbe assicurato la rappresentanza degli enti territoriali di maggiori dimensioni (ALLEGRETTI, 2016: 3; DE SANTIS, 2015), dall'altro avrebbe contribuito a delineare un Parlamento espressivo dei due corpi legislativi della Repubblica (MANGIAMELI, 2015, che rilevava come quest'obiettivo sarebbe stato perseguito ancor meglio se il Senato fosse stato composto solo da delegati regionali).

Taluni dubbi interpretativi sono stati sollevati però in relazione alle modalità di designazione della componente regionale, per quanto in particolare concerneva il margine di scelta effettivamente riconosciuto ai Consigli dalla previsione secondo cui, per l'elezione dei propri membri, questi si sarebbero dovuti conformare alle "scelte espresse dagli elettori per i candidati consiglieri in occasione del rinnovo dei medesimi organi". Tale disposizione avrebbe potuto infatti essere intesa nel senso di ritenere il Consiglio vincolato a designare quei consiglieri maggiormente o appositamente premiati dal voto degli elettori, svolgendo così una funzione di prevalente ratifica, o anche nel senso di reputarlo invece più libero nell'elezione dei delegati di spettanza regionale, magari all'interno di una rosa già sottoposta agli elettori (DE SANTIS, 2015; CASTELLI, 2015; AMBROSELLI, 2016).

Maggiori perplessità si sono appuntate invece sulle altre due componenti. In particolare, la presenza dei senatori di nomina presidenziale avrebbe rischiato di rendere "ibrida" la Seconda Camera, ancorando alla rappresentanza nazionale un organo preposto solo a quella delle istituzioni territoriali (DI GESÙ, 2015; FERRARA, 2015). Meglio sarebbe stato prevederne il trasferimento nella Camera dei Deputati, nella quale avrebbero potuto anche esercitare un "peso percentuale più consono alla specificità della loro nomina" (PIZZETTI, 2016: 27).

<sup>2</sup> Cfr. art. 57 del disegno di legge costituzionale presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri (Renzi) e dal Ministro per le riforme costituzionali e i rapporti con il Parlamento (Boschi), comunicato alla Presidenza l'8 aprile 2014, n. 1429.

La partecipazione dei Sindaci ha visto raffrontarsi invece, pur diversamente modulate, le posizioni di chi, alla luce della millenaria tradizione municipalista del nostro Paese, ne reputava inevitabile la presenza (CATELANI, 2014: 3), con quelle di chi l'avrebbe preferibilmente estromessa dal Parlamento nazionale, a motivo della mancata titolarità, in capo agli enti locali, della competenza legislativa (ALLEGRETTI, 2016: 3), o del contrasto con la tendenza, invalsa nella più recente legislazione, di sottrarre funzioni ai Comuni singoli per attribuirle alle Unioni (TONDI, 2014: 6, in riferimento al d.d.l. originario). La "sussunzione" della rappresentanza comunale in quella della Regione di appartenenza avrebbe potuto invece, a detta di altri, ovviare al rischio che all'interno della Seconda Camera si creasse una spaccatura fra le due componenti (MASTROMARINO, 2016: 10).

Sul fronte opposto, l'opzione di far derivare la rappresentanza municipale dai consigli regionali poteva apparire quasi umiliante per i Comuni, che ben avrebbero potuto mantenere, ad esempio attraverso i CAL, l'elettorato attivo per la scelta dei propri rappresentanti (ALLEGRETTI, 2016: 3).

In riferimento alla funzionalità dell'organo, la titolarità del doppio incarico, nazionale e locale, unita alla previsione di tempistiche predeterminate e relativamente brevi che scandivano la partecipazione della Seconda Camera al procedimento legislativo, suscitava le preoccupazioni di chi temeva che i Senatori non sarebbero riusciti ad assolvere in modo soddisfacente la duplice funzione, nazionale e locale, cui erano chiamati a fare fronte (LUCHENA, 2014: 7; ZACCARIA, 2016: 2). Il legame fra la durata dei due mandati e le ripercussioni delle cause di cessazione di quello locale su quello senatoriale avrebbero potuto inoltre portare a dei "vuoti di rappresentanza" (LUCHENA, 2014: 6), a scapito del buon andamento dei lavori.

Per quanto infine concerneva la rappresentatività del nuovo Senato, il dibattito si è incentrato sulla possibilità che, a fronte della sua formale investitura a favore delle istituzioni territoriali, continuasse a risultare preponderante la soggezione alle logiche politico-partitiche nazionali (e consiliari).

Attenta dottrina infatti, pur non mancando di sottolineare come la modifica del dettato costituzionale in riferimento alla composizione delle commissioni interne al Senato (artt. 72 e 82) e ai contenuti del suo regolamento (che avrebbe menzionato i diritti delle minoranze ma non, come quello della Camera, lo statuto dell'opposizione, art. 64) avrebbe dovuto sancire uno scivolamento della rappresentanza verso una maggiore valorizzazione del legame territoriale (DICKMANN, 2016: 4-6; FABRIZZI, 2015; LUPO, 2016: 12-13), facendo anche leva sulla nuova connotazione tecnico-funzionale dell'organo (FERRARA, 2015), ha rilevato però che la tendenziale estraneità del nostro ordinamento a questo tipo di impostazione, unita alla struttura dei partiti nazio-

nali e all'assenza del mandato imperativo, avrebbe potuto invece tornare a far pendere l'ago della bilancia verso le dinamiche partitiche proprie della nostra tradizione assembleare (FABRIZZI, 2015; DI GESÙ, 2015; ZACCARIA, 2016: 3; SCHMIT, 2014, che, nel contesto di una serrata critica alle scelte dei nostri legislatori, parla della "perdita del diritto elettorale ceduto senza compenso ai gruppi consiliari"), soprattutto in riferimento a quelle Regioni che disponendo, a causa della loro densità demografica, del "peso della rappresentanza" (MANGIAMELI, 2015), avrebbero potuto "combinare la loro forza numerica con quella politica" (RUGGIU, 2015: 120). A questo proposito proprio una diversa modulazione del mandato imperativo costituiva secondo alcuni una carta che si sarebbe potuta giocare, al posto del suo tassativo divieto, per mantenere più saldo il legame fra i senatori e le Regioni di cui erano espressione (ZACCARIA, 2016: 3; POGGI, 2014a: 3). A tale obiezione si sarebbe tuttavia potuto ribattere efficacemente citando l'autorevole opinione di chi, pur ribadendo che i Senatori - essendo, come i Deputati, titolari della totalità della rappresentanza della Camera di appartenenza - li reputava nondimeno legati da un forte nesso al Consiglio regionale che li aveva eletti, come emergeva anche dalle disposizioni sulla durata del loro mandato (PIZZETTI, 2016: 30).

Si è ritenuto inoltre che la modifica del criterio di composizione della Seconda Camera potesse risultare utile per mantenere la "vitalità" della rappresentanza (STAIANO, 2014a: 3), soprattutto in riferimento agli enti territoriali maggiori e in sintonia con il ruolo di garanzia che a tale Camera sarebbe spettato nel procedimento legislativo (FERRARA, 2015), risultando inoltre in accordo con le scelte effettuate da altri Stati europei (MASTROMARINO, 2016: 9).

#### 4. *Prime conclusioni*

I recenti dibattiti che hanno visto contrapposti sostenitori e detrattori dell'introduzione del sistema della rappresentanza indiretta negli enti di area vasta e nel Senato della Repubblica presentano dei tratti che risultano nel complesso comuni, pur venendo modulati sulla base delle profonde differenze che intercorrono, sia in riferimento alla natura e al ruolo costituzionale, sia in relazione alle funzioni, fra una Camera del Parlamento e le assemblee elettive degli enti territoriali intermedi.

In entrambi i casi, la maggior parte delle perplessità sulla trasformazione dell'elezione da diretta ad indiretta si incentra intorno a due ordini di motivazioni. Il primo attiene alla possibilità che la riduzione delle sedi della rappresentanza diretta possa imprimere un *vulnus* alla democraticità del sistema, come declinata all'art. 1 della Costituzione. Il secondo si appunta invece sul

rischio che le eventuali difficoltà, per i titolari della doppia rappresentanza, di conciliare gli impegni derivanti dai due incarichi o di dare espressione agli interessi di entrambe le comunità rappresentate, soprattutto nel caso di un eventuale conflitto fra gli stessi, possano incidere sull'efficienza e sul buon funzionamento degli organi di secondo grado.

Sul fronte opposto ci sono invece le ragioni di chi ritiene che la presenza, accanto ad organi eletti direttamente, di organi di secondo livello, costituisca una valida risposta alla richiesta di una rappresentatività diversa e dell'adempimento di funzioni differenziate. A fronte di tali esigenze ed, in particolare, di quella di rispondere ad una diversa rappresentatività, ben si sarebbe giustificata, allora, la compresenza, nel Parlamento italiano disegnato dalla riforma, di un ramo di derivazione popolare con uno di derivazione indiretta. Parimenti rispondente all'esercizio delle funzioni che Province e Città metropolitane sono chiamate ad assolvere è la modalità di designazione dei loro Consigli, i cui componenti risultano i migliori conoscitori delle esigenze non solo delle comunità di cui sono espressione ma anche degli enti territoriali in cui queste sono radicate.

Quanto alla, costantemente calante, partecipazione elettorale, la riduzione del numero di organi votati potrebbe forse responsabilizzare gli elettori, convincendoli dell'importanza di partecipare alla formazione di quei canali che, oltre a dare vita all'insediamento di assemblee direttamente rappresentative, portano, in due casi, anche all'espressione di organi di secondo grado.

Si potrebbe quindi avanzare l'ipotesi – bisognosa però di approfondimenti ulteriori, che non è possibile operare in questa sede – che la democraticità di un sistema non derivi necessariamente dall'elezione diretta di tutti gli organi che lo governano ma dalle dinamiche che si instaurano, anche in relazione ai compiti loro assegnati, fra organi di primo e di secondo grado, oltre che dal riconoscimento di ulteriori forme di partecipazione popolare.

### *Riferimenti bibliografici*

ALLEGRETTI, Umberto (2016). *Un giudizio positivo e notevoli riserve. Appunti critici sulla riforma costituzionale*. *Astrid Rassegna*, n° 12.

AMBROSELLI, Davide Antonio (2016). *Spunti di riflessione sulla legge elettorale per il Senato della Repubblica nel modello delineato dalla riforma costituzionale*. *Federalismi*, n° 18, focus riforma costituzionale.

BARBERO, Matteo; VIGATO, Elisabetta (2015). *Il sindaco di diritto e l'elezione a suffragio universale e diretto nelle città metropolitane*. *Federalismi*, n° 7.

BASSANINI, Franco (2013). *Sulla riforma delle istituzioni locali e sulla legittimità costituzionale della elezione in secondo grado degli organi delle nuove Province*. *Astrid Rassegna*, n° 19.

CAMERA DEI DEPUTATI (2013). XVII LEGISLATURA, Documentazione e ricerche. *Il bicameralismo nei progetti di riforma costituzionale*, Legislature IX-XVI.

CARETTI, Paolo (2013). *Sui rilievi d'incostituzionalità dell'introduzione di meccanismi di elezione indiretta negli organi di governo locale*. *Astrid Rassegna*, n° 19.

CASTELLI, Luca (2015). *Le (ambigue) modalità di elezione dei Senatori: scelta consiliare o designazione popolare?*. *Italian Papers on Federalism*, n° 3.

CATELANI, Elisabetta (2014). *Stato federale o stato regionale nel Senato delle Autonomie? Note sul progetto di riforma costituzionale del Governo*. *Federalismi*, n° 8.

CECCANTI, Stefano (2014). *Riforme costituzionali e composizione del Senato: il ritorno alla rappresentanza territoriale*. *Federalismi*, n° 8.

CHESA, Omar (2013). *La forma di governo provinciale nel ddl n. 1542: profili d'incostituzionalità e possibili rimedi*. *Federalismi*, n° 25.

DE MARTIN, Gian Candido (2014). *Il disegno autonomistico disatteso tra contraddizioni e nuovi scenari problematici*. *Le Istituzioni del federalismo*, n° 1.

DE MARTIN, Gian Candido (2013). *Sul disegno di legge 1542 in materia di Province, Città metropolitane e Unione di Comuni*. *Astrid Rassegna*, n° 19.

DE SANTIS, Valeria (2015). *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*. *Rassegna del forum di Quaderni costituzionali*, n° 11.

DI GESÙ, Jacopo (2015). *Problematiche aperte riguardanti il testo di riforma costituzionale Renzi-Boschi*. *Italian Papers on Federalism*, n° 3.

DICKMANN, Renzo (2016). *Appunti sul ruolo del Senato nel nuovo Parlamento repubblicano*. *Federalismi*, n° 1, focus riforma costituzionale.

FABRIZZI, Federica (2015). *Per una riorganizzazione del Senato su basi diverse*. *Italian Papers on Federalism*, n° 3.

FABRIZZI, Federica; PICCIRILLI, Giovanni (2014-2016). *Osservatorio parlamentare sulla riforma costituzionale*. *Federalismi*.

FERRARA, Antonio (2015). *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*. *Italian Papers on Federalism*, n° 3.

FUSARO, Carlo (2013). *Appunto in ordine alla questione delle Province*. *Astrid Rassegna*, n° 19.

GROSSO, Enrico (2013). *Possono gli organi di governo delle province essere designati mediante elezioni "di secondo grado", a Costituzione vigente?*. *Astrid Rassegna*, n° 19.

LUCARELLI, Alberto (2015). *La sentenza della Corte costituzionale n. 50 del 2015. Considerazioni in merito all'istituzione delle Città metropolitane*. *Federalismi*, n° 8.

LUCHENA, Giovanni (2014). *Il nuovo Senato: quale rappresentanza?*. *Rivista AIC*, n° 4.

LUCIANI, Massimo (2001). *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in Zanon, Biondi (cur), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Atti del Convegno, Università degli Studi di Milano, 2000. Milano: Giuffré.

LUPO, Nicola (2016). *La (ancora) incerta natura del nuovo Senato: prevarrà il cleavage politico, territoriale o istituzionale?*. *Federalismi*, n° 1, focus riforma costituzionale.

MANGIAMELI, Stelio (2015). *Quale ruolo del nuovo Senato: composizione, rappresentanza e procedimenti alla luce del riparto delle competenze*. *Italian Papers on Federalism*, n° 3.

MANGIAMELI, Stelio (2013). *Brevi note sulle garanzie delle autonomie locali e sui limiti alla potestà legislativa statale*. *Astrid Rassegna*, n° 19.

MASTROMARINO, Anna (2016). *Alcune prime (sparse e brevi) riflessioni in merito al progetto di superamento del bicameralismo paritario in approvazione alle Camere*. *Federalismi*, n° 5, focus riforma costituzionale.

MERLONI, Francesco (2013). *Qualche ulteriore riflessione sul "nodo delle Province"*. *Astrid Rassegna*, n° 19.

MOBILIO, Giuseppe (2015). *Le Città metropolitane non si toccano: la Corte costituzionale si pronuncia sulla legge "Delrio"*. *Osservatorio sulle fonti*, n° 2.

MONTE, Daniela (2015). *La sentenza della Corte costituzionale n. 50 del 2015 e la Carta europea dell'autonomia locale: l'obbligo di elezione diretta tra principi e disposizioni costituzionali*. *Rassegna del forum di Quaderni costituzionali*, n° 7.

MONTE, Daniela (2014). *Città metropolitane. Area, procedure, organizzazione del potere*. *Federalismi*, n° 8.

PIZZETTI, Franco (2016). *Dal bicameralismo perfetto al bicameralismo asimmetrico: il nuovo Senato della Repubblica*. *Astrid Rassegna*, n° 9.

PIZZETTI, Franco (2015 a). *La riforma degli enti territoriali. Città metropolitane, nuove Province e unioni di Comuni. Legge 7 aprile 2014, n. 56 (legge "Delrio")*, Milano: Giuffré.

PIZZETTI, Franco (2015 b). *La legge Delrio: una grande riforma in un cantiere aperto. Il diverso ruolo e l'opposto destino delle Città metropolitane e delle Province*. *Rivista AIC*, n° 3.

PIZZETTI, Franco (2014). *Una grande riforma istituzionale: la legge n. 56 del 2014*. *Astrid Rassegna*, n° 13.

PIZZETTI, Franco (2013). *La riforma Delrio tra superabili problemi di costituzionalità e concreti obiettivi di modernizzazione e flessibilizzazione del sistema degli enti territoriali*. *Astrid Rassegna*, n° 19.

POGGI, Anna Maria (2014 a). *Funzioni e funzionalità del Senato delle Autonomie*. *Federalismi*, n° 8.

POGGI, Anna Maria (2014 b). *Sul disallineamento tra il ddl Delrio ed il disegno costituzionale attuale*. *Federalismi*, n° 1.

POGGI, Anna Maria (2014 c). *Introduzione a Il superamento del bicameralismo paritario. Il Piemonte delle Autonomie*, n° 1.

PORTALURI, Pier Luigi (2014). *Note minime sulle Città metropolitane nel d.d.l. costituzionale AS n. 1429 (Renzi-Boschi)*. *Federalismi*, n° 8.

RUGGIU, Ilenia (2015). *Il futuro Senato della Repubblica: un contributo alla risoluzione dei problemi del bicameralismo, ma irrilevante, se non dannoso, per il regionalismo*. *Costituzionalismo*, n° 3.

SALERNO, Giulio M. (2015). *La sentenza n. 50 del 2015: argomentazioni efficientistiche o neo-centralismo repubblicano di impronta statalistica?*. *Federalismi*, n° 7.

SCHMIT, Henri (2014). *La riforma del Senato e la rappresentanza democratica*. *Rassegna del forum di Quaderni costituzionali*, n° 1.

SPADARO, Antonino (2015). *La sentenza cost. n. 50/2015. Una novità rilevante: talvolta la democrazia è un optional*. *Rivista AIC*, n° 2.

STAIANO, Sandro (2014 a). *Alcuni ragionevoli motivi per prendere sul serio la proposta di riforma del bicameralismo*. *Federalismi*, n° 8.

STAIANO, Sandro (2014 b). *Tecniche normative e qualità della normazione: il caso della Città metropolitana*. *Federalismi, Osservatorio città metropolitane*, n° 3.

STERPA, Alessandro; GRANDI, Federica; FABRIZZI, Federica; DE DONNO, Marzia (2015). *Corte costituzionale, sentenza n. 50 del 2015: scheda di lettura*. *Federalismi*, n° 7.

TONDI DELLA MURA, V. (2014). *Se il Senato delle Autonomie non "rappresenta la Nazione"*. *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, maggio.

TUBERTINI, Claudia (2016). *Le Province a due anni dalla legge 56/2014*. *Astrid Rassegna*, n° 16.

VANDELLI, Luciano (2015). *La legge "Delrio" all'esame della Corte: non meritava una motivazione più accurata?*. *Rassegna del forum di Quaderni costituzionali*, n° 5.

ZACCARIA, Roberto (2016). *Riforma del bicameralismo, composizione e ruolo del Senato*. *Astrid Rassegna*, n° 12.

LA RAPPRESENTANZA DELLE REGIONI E L'INSUFFICIENZA  
DEI TRADIZIONALI ORGANISMI DI CONCERTAZIONE  
(IN PARTICOLARE, LA CONFERENZA STATO-REGIONI  
E IL COMITATO DELLE REGIONI).  
PRIME OSSERVAZIONI\*

*Alberto Randazzo\*\**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Rappresentanza politica *vs.* rappresentanza territoriale o rappresentanza politica e rappresentanza territoriale. – 3. Le vie della rappresentanza regionale: il versante interno. – 4. Il “versante” esterno: qualche riflessione sul ruolo del Comitato delle Regioni. – 5. Conclusioni. – Riferimenti bibliografici.

1. *Premessa*

Come tutti sanno, la contingenza politica in cui ci troviamo appare connotata da non poca incertezza, a motivo dell'esito referendario che ha portato alle dimissioni del Governo Renzi; la riforma costituzionale sottoposta al vaglio dei cittadini, qualora fosse giunta a compimento, incidendo sul sistema bicamerale che da perfetto sarebbe divenuto imperfetto (con la trasformazione del Senato in Camera delle istituzioni territoriali), avrebbe comportato rilevanti conseguenze sulle dinamiche della rappresentanza (politica e territoriale).

Non si ritiene opportuno soffermare l'attenzione sul merito della revisione costituzionale in parola, che adesso appartiene alla storia costituzionale, sebbene non si possa escludere che proprio sulla base di essa riprenderanno vigore, presto o tardi, quelli che a me piace chiamare “moti riformatori”, che da almeno un trentennio non si sono di fatto mai arrestati; ciò che preme dire, però, è solo che non è affatto sicuro che il Senato, qualora la revisione fosse stata approvata dal corpo elettorale, sarebbe stato davvero ciò che avrebbe dovuto essere nelle intenzioni del legislatore di riforma (RANDAZZO, 2016: § 3)<sup>1</sup>. Qualche altra considerazione in merito si proporrà in sede di osservazioni

\* Lo scritto è aggiornato alla data del 21 gennaio 2017.

\*\* Università degli Studi di Messina.

<sup>1</sup> In tema di riforma costituzionale, la letteratura è sconfinata; da ultimo, v. i contributi contenuti in AA.VV., 2016. *Ivi*, una ricostruzione storica particolarmente interessante sul dibattito che si ebbe sulla seconda Camera “nel periodo di fondazione della Repubblica” e in generale sulle riforme tentate (o riuscite) è operata da MOSCHELLA, 2016: 5 ss.

conclusive; in ogni caso, al di là delle riflessioni che possono farsi in merito al risultato referendario, ciò che è certo è che l'ampia affluenza dei cittadini manifesta l'esigenza avvertita da questi ultimi di far sentire la propria voce e quindi la voglia di partecipare, il che appare un dato non affatto trascurabile che non fa altro che dare rinnovato rilievo al tema della rappresentanza.

Quanto adesso detto sembra da considerare alla luce del contesto più ampio in cui ci troviamo inseriti; la contingenza storico-politica che viviamo appare connotata, almeno secondo alcuni, da una crescente crisi (o comunque limitazione) della sovranità degli Stati, quale principale ricaduta (non necessariamente negativa) del fenomeno della globalizzazione e del connesso e sempre più pervasivo ruolo delle istituzioni sovranazionali (cfr. MOSCHELLA, 1999: 199 ss., e RUGGERI, 2016: 444 ss.). Tale crisi, a sua volta, non può che tradursi nella (o, se si preferisce, essere il riflesso della) compressione della sovranità popolare. Se questo si condivide, non si può che prendere atto, in una consequenzialità logica che non sembra avere alternative, che l'ordinamento oggi è costretto a convivere con un *deficit* democratico che non è possibile sottovalutare (o, peggio, ignorare) e che, in ultima istanza, ne indebolisce la struttura.

Soffermando l'attenzione sulla democrazia rappresentativa e su quella diretta, si può rilevare che queste due forme di democrazia costituiscono due facce della stessa medaglia, il concetto di democrazia riempiendosi di significato grazie al virtuoso ed equilibrato combinarsi dell'uno e dell'altro tipo, entrambi serventi la medesima causa<sup>2</sup>; per quanto riguarda la prima<sup>3</sup>, il cui "cuore pulsante" è appunto la rappresentanza politica, non si può fare e meno di notare che essa risenta (e non poco) della crisi che ormai da tempo investe i partiti politici<sup>4</sup>, della quale essi costituiscono strumenti di attuazione costituzionalmente previsti<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Non si tratta infatti di "sistemi alternativi [...], ma sono due sistemi che possono integrarsi a vicenda"; potrebbe dirsi, infatti, che "in un sistema di democrazia integrale le due forme di democrazia sono entrambe necessarie ma non sono [...] sufficienti" (BOBBIO, 1995: 47). Come si sa, la democrazia rappresentativa si inverte attraverso i rappresentanti eletti dai cittadini e quella diretta si attua per mezzo degli strumenti predisposti dall'ordinamento per consentire la partecipazione, appunto diretta, del popolo, compresa – in alcuni casi – la possibilità di revocare gli eletti. Tale possibilità, ossia quella che vi siano rappresentanti che possono essere revocati dai rappresentati, manifesta come i due tipi di democrazia possano anche intrecciarsi, la linea di confine tra l'una e l'altra essendo molto labile (sul punto, v. BOBBIO, 1995: 47).

<sup>3</sup> ... e "la democrazia moderna è strutturalmente rappresentativa", come rileva MORELLI, 2016: 475.

<sup>4</sup> In argomento, tra i tanti, v., da ultimo, GIUFFRÈ, 2016: 49 ss.

<sup>5</sup> Anche sulla stretta connessione tra rappresentanza e partiti, la letteratura è incontenibile; v. tra i tanti NOCILLA-CIAURRO, 1987: 571 ss.; COTTA, 2004: 803. Non è mancato chi si è chiesto

Alla luce di quanto detto e riavvolgendo le fila del discorso, pertanto, se non v'è dubbio che la rappresentanza politica è alla base della democrazia rappresentativa<sup>6</sup>, sembra adesso opportuno interrogarsi sulla possibilità di “calare” i ragionamenti fin qui fugacemente svolti alla realtà delle autonomie territoriali, anche nella consapevolezza della loro incidenza sulle dinamiche democratiche del nostro ordinamento nella misura in cui “danno luogo ad una nuova modalità per la partecipazione dei cittadini” (DUSO, 2016: 1 ss., spec. 15). A questo proposito, vediamo adesso, quindi, quali sono le sedi (o almeno alcune di esse) nelle quali si realizza la rappresentanza delle Regioni, alla luce della Carta costituzionale.

## *2. Rappresentanza politica vs. rappresentanza territoriale o rappresentanza politica e rappresentanza territoriale*

Per prima cosa, però, sembra opportuno affrontare, seppure in modo succinto, un profilo che appare funzionale al prosieguo della riflessione.

Se si volesse definire, in poche battute, cosa si intende per rappresentanza politica si potrebbe osservare che essa appare precipua attuazione della sovranità popolare ed espressione dell’“autogoverno sovrano del popolo” (FURLANI, 1976: 872; sulle molteplici definizioni della rappresentanza politica, v., tra i tanti, anche FERRARI, 1991: § 3); non si può fare a meno di ricordare come in capo al rappresentante debba potersi ricondurre una responsabilità politica nei confronti del rappresentato<sup>7</sup>, strettamente connessa al potere che il primo ha in forza dell’“investitura” popolare<sup>8</sup>, grazie alla quale i rappresentati possono far valere la responsabilità degli stessi rappresentanti<sup>9</sup>; lungi dall’essere un elemento di poco conto, quest’ultimo aspetto conferisce il

se si tratta di crisi della rappresentanza politica o piuttosto delle istituzioni rappresentative (a tal proposito, v. MOSCHELLA, 1999: 187 ss.); sulla crisi della rappresentanza politica, v. anche NOCILLA-CIAURRO; 1987: 594 ss.; MANGIA, 2010: 758, che al riguardo si rifà a quanto affermato da V.E. Orlando.

<sup>6</sup> Non a caso FERRARI, 1991: § 5, osserva che “la rappresentanza politica costituisce l’insostituibile presupposto su cui riposa l’assetto politico-ordinamentale delle democrazie occidentali contemporanee”. Si domanda invece se “la rappresentanza fond[i] ancora l’ordine democratico”, nonché se “la democrazia della modernità sia, ancora oggi, la democrazia rappresentativa”, DELLA MORTE, 2015: 9.

<sup>7</sup> Sul collegamento tra rappresentanza politica e responsabilità, v., tra i molti altri, NOCILLA-CIAURRO, 1987: 567 ss.; MOSCHELLA, 1999: 217, e COTTA, 2004: 803 s.

<sup>8</sup> Il momento fondamentale in cui si esercita il controllo sui rappresentanti è quello delle elezioni: cfr. NOCILLA-CIAURRO, 1987: 569; LABRIOLA, 2006: 4827.

<sup>9</sup> ... in specie, con la mancata rielezione. In argomento, cfr. LABRIOLA, 2006: 4829.

“senso della rappresentanza politica”, quale “possibilità di controllare il potere politico attribuita a chi il potere non può esercitare di persona” (COTTA, 2004: 801; cfr. anche MOSCHELLA, 1999: 343 s.).

Per un verso, allora, in sintesi, ne deriva quindi un “nesso indefettibile tra potere e responsabilità” (LABRIOLA, 2006: 4828), e quindi tra quest’ultima e la rappresentanza (NOCILLA-CIAURRO, 1987: 568), mentre, per un altro verso, la rappresentanza politica è pacificamente e storicamente subordinata al momento elettivo, non potendo cioè prescindere dal conferimento di potere che solo può aversi, appunto, con le elezioni<sup>10</sup>, che al tempo stesso costituiscono uno dei mezzi con i quali meglio si esercita la funzione di controllo di cui si è detto (COTTA, 2004: 804); in altre parole, non può esservi rappresentanza (e “mandato rappresentativo”) senza “procedimento elettorale”, che ne è la “fonte” da cui origina e che è la principale modalità con la quale il popolo esplica la sua sovranità (FERRARI, 1991: § 4)<sup>11</sup> (a ciò si aggiunga che a chi esercita la rappresentanza politica è dato anche il compito di esercitare un controllo sull’operato del Governo: LABRIOLA, 2006: 4829).

Discorrendo, invece, di rappresentanza territoriale<sup>12</sup>, si fa riferimento alla capacità, che diventa dovere e mandato, dei rappresentanti di farsi portavoce degli interessi e delle istanze di un determinato territorio e della comunità che in esso è stanziata (e quindi di interessi “settoriali”: I. RUGGIU, 2006: 83). In questo caso, il momento elettivo può esserci o meno, come nel caso di un assessore nominato dal Presidente della Giunta regionale (a sua volta, eletto a suffragio universale).

L’uno e l’altro tipo di rappresentanza lungi dall’essere in contrapposizione appaiono piuttosto “complementari”, entrambi concorrendo allo sviluppo ed alla compiuta realizzazione della democrazia rappresentativa, imprescindibile via da percorrere perché – combinandosi con le forme della democrazia diretta – possa inverarsi la democrazia *tout court*<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Sconfinata è la letteratura al riguardo (con orientamenti di diverso segno); per tutti, cfr., almeno, FURLANI, 1976: 872; NOCILLA-CIAURRO, 1987: 564 s., 567 s.; FERRARI, 1991: §§ 3 s.; MOSCHELLA, 1999: 23, ma *passim*.

Nella giurisprudenza costituzionale, v. sentt. nn. 15 e 16 del 2008, p. 6.2 del *cons. in dir.*

<sup>11</sup> Di diverso avviso sono BUFFONI-CARDONE, 2016: 71, che osservano che il “rapporto rappresentanza-elezioni non è costitutivo”; questi autori sono dell’idea che “l’elezione non è condizione necessaria perché si abbia rappresentanza politica” (72). Tuttavia, “il legame tra elezioni e rappresentanza politica diventa più forte quando i rappresentanti producono leggi” (72).

<sup>12</sup> ... le cui origini sono approfonditamente indagate da RUGGIU, 2006: 11 ss.

<sup>13</sup> Una ricostruzione dei rapporti tra i due tipi di rappresentanza qui evocati è di RUGGIU, 2006: 14 ss. Più di recente, v. quanto osserva CIOLLI, 2010: 79 ss. In generale, MOSCHELLA, 1999: 50, rileva che il “nodo” della rappresentanza è proprio dato dalla “contrapposizione tra interesse generale e interessi particolari”.

A questa considerazione è da aggiungere che il rapporto che lega i rappresentanti territoriali (come i consiglieri regionali) con il corpo elettorale è certamente di rappresentanza politica; non a caso, il giudice delle leggi ha riconosciuto alle Regioni “il ruolo [...] di rappresentanza generale degli interessi delle rispettive collettività”<sup>14</sup>. Ecco allora che nell’ambito territoriale di riferimento non si può negare che i rappresentanti agiscano nell’interesse generale, seppure la loro funzione e la loro azione siano contestualizzate e circoscritte, appunto, entro i confini di quell’ente<sup>15</sup>.

La ricostruzione qui accennata mette in luce la profonda commistione esistente tra rappresentanza politica e territoriale; in sede locale, i rappresentanti territoriali sono anche politici, ma anche al livello centrale essi operano in questa doppia veste. In questo senso, allora, si possono intendere “gli organi territoriali come luoghi di ricomposizione dell’unità politica” (RUGGIU, 2006: 83), il che parrebbe trovare il conforto degli artt. 5 e 114 della Carta (RUGGIU, 2006: 87). Inoltre, non è mancato chi ha osservato che “non è possibile separare l’aspetto politico da quello territoriale”, in quanto quest’ultimo non può che essere anche politico e “tutte le politiche sono territoriali, perché sono necessariamente radicate” (BUFFONI-CARDONE, 2016: 59). La rappresentanza territoriale avrebbe quindi, secondo questa ricostruzione, una ineliminabile “natura politica” (BUFFONI-CARDONE, 2016: 62), anche a motivo delle ricadute che questioni specificamente territoriali possono avere (e solitamente hanno) sul piano politico (BUFFONI-CARDONE, 2016: 59): a riprova di quanto sia arduo distinguere in modo netto i due tipi di rappresentanza, la “linea di demarcazione” tra di esse sembrando essere alquanto sfumata (CARIDÀ, 2015: 150). Ciò che si intende dire, riflettendo sulla realtà regionale, è che è certamente configurabile una forma di rappresentanza (di tipo politico) che gli elettori hanno attraverso l’opera e la funzione dei Consigli regionali nell’ambito territoriale di riferimento<sup>16</sup>, tuttavia il punto debole pare essere il *deficit* di rappresentanza che essi – e gli enti regionali in generale – soffrono se dalla periferia ci si sposta verso il centro, ossia a livello statale. In ogni caso, se lo Stato rappresentativo rappresenta il popolo (soprattutto per la presenza del momento elettivo)<sup>17</sup>, va da sé che

<sup>14</sup> Corte cost. n. 379 del 2004 (p. 2 del *cons. in dir.*), alla quale accenna RUGGIU, 2006: 87 s.

<sup>15</sup> Al riguardo, v. Corte cost. n. 426 del 1999, dove in un *obiter dictum* si legge del “carattere strettamente territoriale della rappresentanza politica regionale” (p. 4 del *cons. in dir.*).

<sup>16</sup> È di questa idea anche MANGIA, 2010: 759 s. (v. anche 771), muovendo dalla distinzione tra rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi. In argomento, v. CARUSO, 2016; un ridimensionamento del ruolo dei Consigli regionali è operato da BUCALO, 2016: 28 ss.

<sup>17</sup> Cfr. MOSCHELLA, 1999: 28, che osserva come, per essere tale, sia comunque necessario che “la sua articolazione si fond[i] su un legame stabile ed incisivo con il popolo attivato

anche gli elettori regionali trovino a livello statale adeguata rappresentanza dei propri interessi (nella misura in cui questi ultimi rientrano nell'alveo dell'interesse generale). Quanto detto, però, com'è ovvio, non può essere sufficiente per soddisfare gli interessi (che per forza di cose possono essere) particolari, connessi alle istanze del territorio di appartenenza; ecco perché occorre domandarsi se e come le istanze regionali possano trovare adeguata "sede" di espressione a livello parlamentare. Secondo un orientamento dottrinale (tra i tanti, MARTINES, 1956: 100 ss., pure richiamato da MANGIA, 2010: 761), alle Regioni sarebbe data la possibilità di dettare un indirizzo politico anche capace di discostarsi da quello di Parlamento e Governo; a prescindere da questa impostazione, sulla quale non pochi dubbi sono sorti negli anni (di cui si è fatta interprete anche la Corte costituzionale) (MANGIA, 2010: 761 s.), non si può fare a meno di notare – per tornare alla questione principale – come gli interessi degli elettori regionali siano tutt'al più rappresentati a livello regionale (appunto, nei Consigli regionali<sup>18</sup>), ma il problema che ci siamo posti (relativo, come detto, alla possibilità che gli interessi regionali siano poi rappresentati al livello statale) permane. È su questo profilo, allora, che dobbiamo appuntare la nostra attenzione.

Se quanto detto si condivide, occorre però chiedersi a che "serva" discorrere di rappresentanza delle Regioni (sia essa politica o territoriale) a fronte di una evidente e crescente crisi delle autonomie<sup>19</sup>, che paradossalmente fa da *pendant* alle spinte federaliste che oggi si registrano nella società. Non si può fare a meno di notare, infatti, come all'interno delle dinamiche ordinamentali si assista ad una "asfissiante pressione centralistica" (BIN, 2012: 738).

Tuttavia, appuntare l'attenzione sull'ente in discorso sembra opportuno proprio alla luce delle pressanti "istanze autonomiste", che spingono l'ordinamento verso "nuovi lidi", quelli appunto tipici del federalismo (lemma che invero dice ben poco, se non si precisa a che tipo di federalismo si vorrebbe tendere); peraltro, l'attenzione verso le Regioni (oltre che nei riguardi delle altre autonomie territoriali) si giustifica ancora di più se si pensa che esse svolgono un continuo, prezioso ed imprescindibile ruolo

attraverso organi che abbiano come fine quello di rappresentare il popolo e che di norma vengano formati attraverso l'elezione dei loro titolari". L'A. rileva poi che "il carattere rappresentativo di un organo è legato inscindibilmente al requisito dell'elettività" (60).

<sup>18</sup> ... che comunque – com'è stato fatto notare – fanno leggi specialmente rivolte alla Amministrazione (MANGIA, 2010: 764, ma *passim*).

<sup>19</sup> Sul tema, tra i tanti, v. FALCON, 2012: 767 ss.; MERLONI, 2012: 783 ss.; ONIDA, 2012: 791 ss. Di recente, PIRAINO, 2015: 3, ha rilevato che "l'attuale regionalismo è considerato 'al capolinea'".

(specialmente attraverso la legislazione) nella tutela dei diritti (e delle libertà) fondamentali.

### 3. *Le vie della rappresentanza regionale: il versante interno*

Riflettendo sulla “declinazione regionale” (BIANCHI, 2014: 652) della rappresentanza (politica), non si può fare a meno di ricordare – seppure per brevissimi cenni – le note pronunce della Corte costituzionale con cui quest’ultima ha escluso che negli statuti di Liguria e Marche si potesse parlare di “Parlamento” in riferimento al Consiglio regionale (sentt. n. 106 e 306 del 2002) (BIANCHI, 2014: 654 ss.; CARUSO, 2016: 70 s.); queste decisioni appaiono particolarmente degne di nota, in quanto in esse il giudice delle leggi ha ben definito le diverse posizioni tra i due organi ai quali è demandata la funzione legislativa a livello statale e regionale, ciò ulteriormente rafforzando l’idea che, conseguentemente, i tipi di rappresentanza che in ognuno di essi si attua non siano omologabili<sup>20</sup>.

Volgendo quindi lo sguardo all’esperienza regionale, sembra il caso di distinguere due diversi livelli nei quali si esplica la rappresentanza: quello interno e quello esterno. In merito al primo, sembra opportuno appuntare l’attenzione sul ruolo della Conferenza Stato-Regioni<sup>21</sup>, nella quale pare che quella mescolanza tra i due tipi di rappresentanza trovi espressione tangibile. Com’è noto, essa è composta – per la parte delle autonomie – dai Presidenti delle Giunte, i quali a loro volta sono eletti a suffragio universale e diretto. Questi ultimi, quando operano all’interno della Conferenza, si fanno certamente portatori degli interessi peculiari della propria Regione, tuttavia il loro rapportarsi con il Governo comporta una continua integrazione dei valori

<sup>20</sup> Sembra interessante notare che la Consulta, nella sent. n. 50 del 2015, p. 3.4.3, del *cons. in dir.* discorrendo dei “diversi livelli di governo territoriale”, ha prospettato “la possibilità di diversificare i modelli di rappresentanza politica ai vari livelli”. Quanto ora detto, se da un lato, appunto, mette in luce come sussistano talune differenze sotto il profilo della rappresentanza tra i vari livelli, dall’altro sembra rilevare che si tratti pur sempre di rappresentanza politica (sebbene diversa). Non è forse il caso di indugiare oltre sul punto, tuttavia sarebbe da chiedersi se al riguardo la Corte abbia “cambiato idea”, abbandonando la tradizionale differenza tra rappresentanza politica e territoriale (o di interessi).

<sup>21</sup> ... sulla quale, in aggiunta alla letteratura che si è occupata del tema, v. da ultimo l’indagine conoscitiva svolta dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali ed avviata l’11 novembre 2015 (consultabile su [www.senato.it](http://www.senato.it)), sulla quale cfr. anche D’AMICO, 2017a. Non a caso, come risulta dall’indagine conoscitiva ora cit. (17), c’è chi ha rilevato che il sistema delle conferenze abbia finora svolto “una forma di supplenza della rappresentanza territoriale” (S. Mangiameli).

di unità (e quindi dell'interesse nazionale) e di autonomia (e quindi degli interessi territoriali). D'altra parte, però, qualcuno ha fatto notare che la Conferenza sia finita per essere “cassa di risonanza delle decisioni del Governo, piuttosto che un organo teso a canalizzare le istanze elaborate a livello regionale”<sup>22</sup> (MARINI, 2003: 162), ma c'è anche chi si è dichiarato dell'idea che essa costituisca il “braccio armato’ del modello di regionalismo italiano” (D'AMICO, 2017b: § 6).

Sebbene la Corte abbia sostenuto essere il Parlamento il “luogo privilegiato della rappresentanza politica”<sup>23</sup>, la legge essendo il “prodotto della rappresentanza politica” stessa<sup>24</sup> e la funzione legislativa essendo funzione di rappresentanza politica<sup>25</sup>, non v'è dubbio che quest'ultima trovi espressione anche in sede regionale sulla base di quanto sopra detto.

La Conferenza Stato-Regioni, come tutti sanno, costituisce una delle principali sedi di concertazione tra i due enti<sup>26</sup>, nonché “luogo” di concreta attuazione del principio di leale collaborazione tra di essi<sup>27</sup>; essa consente

<sup>22</sup> Cfr. anche BIN-RUGGIU, 2006: 918. Non è mancato chi ha rilevato che una delle maggiori “criticità” del sistema delle conferenze sia proprio l’“assenza di autonomia rispetto al Governo” (v. indagine conoscitiva, cit., 17, con riferimento ad un pensiero di S. Mangiameli, nonché, A. Morelli e L. Vandelli, richiami a 50 s.).

<sup>23</sup> Corte cost. n. 26 del 1997, p. 3 del *cons. in dir.* Invero, qualche anno più tardi, il giudice delle leggi è apparso più drastico, avendo affermato che “solo il Parlamento è sede della rappresentanza politica nazionale” (Corte cost. n. 106 del 2002, p. 4 del *cons. in dir.*, c.vo ovviamente aggiunto), per poi rilevare che il Parlamento è la “massima espressione della rappresentanza politica” (Corte cost. n. 230 del 2012, p. 7 del *cons. in dir.*). Più di recente, v. anche Corte cost. n. 1 del 2014, con la quale la Consulta non solo ha ribadito che il Parlamento è “organo della rappresentanza politica, che è al centro del sistema di democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare”, ma pure che “le assemblee parlamentari sono sedi esclusive della «rappresentanza politica nazionale» (art. 67 Cost.)” (p. 3.1. del *cons. in dir.*). In argomento, v. Corte cost. n. 46 del 2014, p. 3 del *cons. in dir.*

<sup>24</sup> Corte cost. n. 49 del 1998, p. 4 del *cons. in dir.*; v. anche Corte cost. n. 174 del 2009, p. 5 del *cons. in dir.* Opera un'indagine sulla rappresentanza politica alla luce della “qualità della legislazione” ALBANESI, 2015: 127 ss.

<sup>25</sup> Cfr. Corte cost. n. 200 del 2008, p. 3 del *cons. in dir.*

<sup>26</sup> ... in particolare, attuando il federalismo amministrativo, come osserva CAPRIO, 20 giugno 2008: § 1; sulla partecipazione della Conferenza alla funzione amministrativa, v. anche RUGGIU, 2011: 540 ss.; MANCINI, 2013: 971, ma *passim*.

<sup>27</sup> Sul principio in parola, per tutti, v. AGOSTA, 2008. Nella giurisprudenza costituzionale, è nota la sent. n. 116 del 1994, dove si legge che “la Conferenza è un'istituzione operante nell'ambito della comunità nazionale come strumento per l'attuazione della cooperazione fra lo Stato e le regioni (e le province autonome)” (p. 4 del *cons. in dir.*); v. anche sentt. nn. 31 del 2006 (p. 4.2 del *cons. in dir.*), 232 (p. 24.1 del *cons. in dir.*) e 292 del 2009 (p. 14 del *cons. in dir.*). Invero, non è mancato chi ha notato che “non è facile apprezzare quanto questo sistema [delle conferenze] abbia contribuito davvero a realizzare il principio di leale collaborazione.

quindi alle Regioni (o meglio ai loro esecutivi) di rapportarsi con il Governo, quali “naturali interlocutori” per i problemi inerenti ai territori (RUGGIU, 2006: 298), mentre resta escluso ad oggi un raccordo diretto Regioni-Parlamento e la stessa formazione delle leggi risente solo politicamente e non pure giuridicamente delle attività poste in essere dalla Conferenza<sup>28</sup>. Il problema fondamentale, infatti, rimane quello della “effettiva ricaduta” dei poteri della Conferenza Stato-Regioni “sugli atti statali in base a tali deliberazioni adottati”, specialmente nel caso in cui si tratti di atti aventi natura legislativa<sup>29</sup>.

Non sembra necessario qui ripercorrere l'*excursus* storico che ha riguardato la Conferenza Stato-Regioni, né indugiare su una pedissequa elencazione di ogni suo compito<sup>30</sup>; una cosa è certa (almeno ad avviso di buona parte della dottrina): tale organismo, ideato per svolgere un ruolo che “sulla carta” appare di primo piano, in realtà ha mostrato non pochi punti deboli, tanto da far affermare a taluno che esso abbia “finito per sollevare più problemi di quanti in origine non si prefiggesse di risolvere” (AGOSTA, 2008: 57 s.). Discorrendo in termini generali, la sua funzione prevalentemente consultiva<sup>31</sup> non pare idonea a far valere in modo adeguato le istanze regionali, se si pensa che i pareri che essa offre, sebbene debbano essere richiesti obbligatoriamente, non sono però vincolanti, con la conseguenza di poter essere elusi quando negativi<sup>32</sup>; questo, a mio modesto avviso, è il vero e

Probabilmente ciò è avvenuto in certi settori, meno in altri, ancor meno in altri ancora” (CARETTI-TARLI BARBIERI, 2016: 426).

<sup>28</sup> In argomento, AGOSTA, 2008: 65; CARMINATI, 2009: 258 ss. (v. anche 295); MANGIAMELI, 2010: 265; RUGGIU, 2011: 531 ss.; MANCINI, 2013: 968 ss.; CARETTI-TARLI BARBIERI, 2016: 429. Sul ridotto ruolo della Conferenza Stato-Regioni nell'ambito della funzione legislativa, alla luce della giurisprudenza costituzionale, v. anche quanto osservano CARIDÀ, 2016, e POLACCHINI, 2016: 414 e 447.

<sup>29</sup> AGOSTA, 2008: 64. Di recente, CARETTI-TARLI BARBIERI, 2016: 429, richiamando Corte cost. n. 437 del 2001, hanno fatto notare che “gli accordi conclusi in Conferenza Stato-Regioni non vincolano il Parlamento”.

<sup>30</sup> A tale proposito, si rinvia a RUGGIU, 2006: 277 ss.; AGOSTA, 2008: 57 ss.; MANGIAMELI, 2010: 262 ss.; POLACCHINI, 2016: 441 ss.

<sup>31</sup> Sul punto, per tutti, v. CARPANI, 2006: 35 ss.

<sup>32</sup> A dire il vero, è pure accaduto che il Governo non abbia tenuto in debito conto neanche quelli positivi, con i quali la Conferenza proponeva eventuali modifiche da apportare a deliberazioni raggiunte (sul punto, v. MANGIAMELI, 2010: 265). Queste considerazioni, in realtà, non appaiono facilmente conciliabili con quanto dichiarato dalla Corte (viene da pensare, a mo' di auspicio): “la premessa per l'intervento della conferenza è sempre la presenza di una qualche implicazione degli ‘indirizzi di politica generale’ di pertinenza degli organi statali, e la conferenza è sede di raccordo per consentire alle Regioni di partecipare a processi decisionali che resterebbero altrimenti nella esclusiva disponibilità dello Stato” (Corte cost. n. 408 del 1998, p. 21 del *cons. in dir.*). Sul tema, v. RUGGIU, 2011: 536, ma v. anche 542 ss.

insuperato (ma non insuperabile) *vulnus* che attiene alla disciplina ed alla competenza della Conferenza Stato-Regioni. A ciò si aggiunga che pure le intese, altro strumento attraverso il quale si realizza la collaborazione tra esecutivi (statale e regionale), possono essere superabili (specialmente) quando “deboli”<sup>33</sup>; non sono mancati i casi in cui il giudice delle leggi ha escluso che lo Stato possa prendere una determinata decisione in assenza di intesa, dovendo piuttosto attivare “procedure volte a superare le situazioni di stallo che si dovessero creare”<sup>34</sup>. A questo proposito, infatti, non si può fare a meno di rilevare come la stessa Corte costituzionale abbia, nel tempo, sempre più valorizzato la leale collaborazione<sup>35</sup> ed in particolare l’intesa, quest’ultima essendo “la soluzione che meglio incarna la collaborazione”<sup>36</sup>; ed infatti, nella recentissima sent. n. 251 del 2016<sup>37</sup>, il giudice delle leggi considera l’intesa come “il cardine della leale collaborazione anche quando l’attuazione delle disposizioni dettate dal legislatore statale è rimessa a decreti legislativi delegati”<sup>38</sup>. Ciò che davvero balza agli occhi è che il giudice delle leggi si spinge a dichiarare l’illegittimità costituzionale di una norma che “prescrive, per l’adozione dei decreti legislativi delegati attuativi, una forma di raccordo con le Regioni – il parere in Conferenza unificata – da ritenersi lesiva del principio di leale collaborazione perché non idonea a realizzare un confronto autentico con le autonomie regionali, necessario a contemperare la compressione delle loro competenze”; a ciò si aggiunge che “solo l’intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, contraddistinta da una procedura che consente lo svolgimento di genuine trattative, garantisce un reale

<sup>33</sup> È nota la distinzione operata dalla stessa Consulta tra intese “forti” e intese “deboli”, essendo solo le prime necessarie per il raggiungimento delle decisioni finali; nel secondo caso, le intese, pur quando previste come passaggio obbligato nel procedimento, sono appunto superabili dallo Stato (sul punto, tra i tanti, v. CARETTI-TARLI BARBIERI, 2016: 422). Sullo strumento delle intese, tra gli altri, v. AGOSTA, 2004; v. anche CARIDÀ, 2016: 415 s.

<sup>34</sup> CARETTI-TARLI BARBIERI, 2016: 422, che richiamano Corte cost. nn. 121 del 2010 e 33 del 2011. V., inoltre, Corte cost. n. 239 del 2013, p. 3 del *cons. in dir.* Cfr. l’indagine conoscitiva cit., 13, e giur. *ivi*.

<sup>35</sup> Tra le altre, v. Corte cost. nn. 298 del 2012, p. 5 del *cons. in dir.*, e 261 del 2015, p. 4 del *cons. in dir.*, con la quale è stata dichiarata costituzionalmente illegittima una norma (e spec. l’art. 29, I comma, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133) per il fatto di non prevedere “che il piano strategico nazionale della portualità e della logistica, da essa disciplinato, sia adottato in sede di Conferenza Stato-Regioni”; v. RUGGIU, 2011: 548. Un’opinione in senso inverso, nell’annotare la sent. n. 35 del 2012, è di BENELLI, 2012; POLACCHINI, 2016: 447.

<sup>36</sup> ... come si legge in Corte cost. n. 251 del 2016 (p. 3 del *cons. in dir.*, ma v. anche p. 6.1), con richiamo delle sentt. nn. 1 e 21 del 2016.

<sup>37</sup> ... sulla quale, tra gli altri, v. POGGI-BOGGERO, 2016; BALBONI, 2017; AGOSTA, 2017, nonché D’AMICO, 2017b.

<sup>38</sup> Corte cost. n. 251 del 2016 (p. 3 del *cons. in dir.*).

coinvolgimento”<sup>39</sup>. Si badi, peraltro, come la leale collaborazione trovi finalmente ingresso nell’ambito dell’esercizio della funzione legislativa, seppure a determinate condizioni<sup>40</sup>.

Non potendoci dilungare sul punto, quanto appena detto sembra essere sufficiente a chiarire che, ad avviso della Consulta, alla debolezza dello strumento del parere fa da *pendant* il rilievo delle intese “forti”, la cui violazione o elusione attiva “conseguenze sanzionatorie”<sup>41</sup>; non si può negare, quindi, che attraverso queste ultime le istanze regionali, per il tramite della Conferenza, possano essere con maggiore efficacia rappresentate nei confronti del Governo. Il problema, però, è capire se questa “via della rappresentanza” possa essere sufficiente agli enti in discorso o se, invece, la pluralità degli interessi e delle esigenze territoriali richieda ulteriori strumenti che possano favorire una migliore interazione tra apparato centrale e periferico e quindi una maggiore incisività dell’attività posta in essere dal secondo presso il primo. Il punto è, peraltro, rimarcato dalla stessa giurisprudenza costituzionale, a cui avviso le intese “forti” non sono “superabili con una determinazione unilaterale dello Stato se non nella ‘ipotesi estrema, che si verifica allorché l’esperimento di ulteriori procedure bilaterali si sia rivelato inefficace”<sup>42</sup>. La qual cosa, dunque, dimostra che lo strumento delle intese (quand’anche forti) non è in grado di garantire, sempre e comunque, che le istanze delle Regioni ricevano ascolto.

Un ruolo consultivo è svolto dalla Conferenza anche nei rapporti con l’Unione europea nell’ambito della c.d. “sessione europea”<sup>43</sup>, che viene convocata dal Presidente del Consiglio dei ministri (anche su richiesta di Regioni e Province autonome), almeno ogni quattro mesi. Quanto fin qui accennato, e volutamente si è scelto di sorvolare su altri profili (come ad esempio sul “raccordo informativo” o sul potere sostitutivo<sup>44</sup>), sembra sufficiente a mostrare come pure nei rapporti con l’Unione lo spazio lasciato alla Conferenza non sia di particolare rilievo<sup>45</sup>. In aggiunta a quanto detto,

<sup>39</sup> Corte cost. n. 251 del 2016, p. 4.2.2 del *cons. in dir.*; v., inoltre, pp. 6.1 e 7.1 del *cons. in dir.* Si veda anche Corte cost. nn. 58 del 2007 e 178 del 2007, nella quale un’intesa è stata considerata parametro interposto di legittimità costituzionale (in argomento, CARMINATI, 2009: 282 s. e 289 ss.).

<sup>40</sup> Cfr. D’AMICO, 2017b: § 5.

<sup>41</sup> CARMINATI, 2009: 294 s.

<sup>42</sup> Così, Corte cost. n. 7 del 2016, p. 2 del *cons. in dir.*, con richiamo delle sentt. nn. 165 del 2011 e 179 del 2012.

<sup>43</sup> In argomento, tra i molti altri, v. CARPANI, 2006: 120 ss., e PATERNITI, 2015: 30 ss.

<sup>44</sup> Su questi due profili, v. FALCONE, 2015: 692 s.

<sup>45</sup> Solo un cenno, infine, sembra opportuno fare all’art. 5, II comma, della l. n. 131 del 2003, a norma del quale il Governo è *tenuto* a ricorrere alla Corte di giustizia, nelle materie di

quindi, pare che il sistema delle Conferenze, complessivamente considerato, non sia in grado di conciliare adeguatamente i “principi unitari europei” con i “principi autonomistici”, anche a causa dell’“approccio tutto sommato Stato-centrico della disciplina delle Conferenze regionali” (FALCONE, 2015: 693).

Concludendo, se ai limiti qui espressi si aggiungono gli altri, quali la mancata costituzionalizzazione della Conferenza (AGOSTA, 2008: 65) oppure l’aurea di informalità<sup>46</sup> che ne avvolge l’attività, ben si comprende quanti e quali elementi critici si accompagnino a tale organismo<sup>47</sup>, il cui rilievo negli anni appare comunque aumentato, con inevitabili ricadute sotto il profilo che a noi interessa (quello, appunto, della rappresentanza regionale, a prescindere che la si voglia intendere come politica o territoriale). Al di là del fatto che questo corrisponda ad una corretta lettura della realtà, a me sembra che il futuro della Conferenza in parola debba però “passare” da altre vie, maggiormente sicure e piane, cui si accennerà in sede di considerazioni conclusive. Infatti, pur non mettendo in dubbio “la validità delle conferenze quale modello rappresentativo di natura parafederale”<sup>48</sup>, ciò che si è tentato di sottolineare è che, *rebus sic stantibus*, l’organismo in parola non sembra in grado di garantire quel “grado” di rappresentanza che pure gli enti regionali (e i loro cittadini) meriterebbero<sup>49</sup>.

#### 4. Il “versante” esterno: qualche riflessione sul ruolo del Comitato delle Regioni

Spostando l’attenzione sul “versante” esterno, oltre a quanto detto in merito al ruolo che spetta alla Conferenza Stato-Regioni (e alle molte altre

competenza regionale o provinciale, nel caso in cui ciò sia richiesto dalla Conferenza, a maggioranza assoluta dalle Regioni e Province autonome; al riguardo, risalta agli occhi il fatto che nella circostanza in esame il Governo appaia vincolato da una deliberazione della Conferenza, circostanza alquanto rara.

<sup>46</sup> Si veda, ad es., quanto rilevano BIN, 2010: 378, e RUGGIU, 2006: 304 ss. Quest’A. non manca di discorrere della grande utilità che avrebbe poi una adeguata pubblicità delle attività di tale organo, nonostante i rischi di subire condizionamenti da logiche partitiche che ad essa si accompagnerebbero (393 s.). In argomento, v. anche DELL’ATTI, 2016: § 4; POLACCHINI, 2016: 444 ss.

<sup>47</sup> ... ma, in generale, all’intero sistema delle Conferenze, reputato dalle “basi sistemiche fragili” (CAMMELLI, 2012: 697).

<sup>48</sup> RUGGIU, 2006: 329, per la quale, invece, già oggi le Conferenze svolgono questo ruolo.

<sup>49</sup> Addirittura c’è stato chi ha definito le Conferenze “non luoghi” per i cittadini”, ma “postazioni ‘chiave’, avocate nella sfera di competenza di pochi politici e burocrati che le usano da tempo, a seconda dell’esigenza, come sedi negoziali oppure come sedi antagoniste”; e ancora: “‘buco nero’ della democrazia” (CAPRIO, 2008: § 1, a quest’ultimo proposito cfr. anche § 2).

cose che potrebbero dirsi sulla partecipazione regionale alla fase “ascendente” e a quella “discendente”<sup>50</sup>, sembra adesso opportuno svolgere solo qualche osservazione in merito al Comitato delle Regioni ed alla sua idoneità (nonché capacità) a rappresentare le istanze regionali a livello sovranazionale<sup>51</sup>. Nell’ambito dell’Unione europea, com’è noto, esso non è annoverato tra le istituzioni, ma è solo un organo (o, se si preferisce, un organismo)<sup>52</sup>; da subito, si può ricordare come questo sia apparso a molti un limite, che è andato a discapito del suo rilievo e della sua “incisività” sul piano “eurounitario”, tanto da auspicare il suo riconoscimento tra le istituzioni stesse<sup>53</sup>. Inoltre, il suo ruolo essenzialmente consultivo<sup>54</sup> lo espone a talune critiche (o, se si preferisce, fa sorgere perplessità) molto simili rispetto a quelle riguardanti la Conferenza Stato-Regioni. Da questo punto di vista, infatti, essi appaiono accomunati da una serie di elementi che li rendono deboli rispetto al fondamentale compito che potrebbero assolvere quali portatori delle istanze regionali<sup>55</sup>. Non a caso, già nel 1993, c’era chi rilevava che “il Comitato non soddisfa certamente le aspettative di coloro che auspicavano una presenza più rilevante delle regioni, quale strumento idoneo, tra l’altro, ad aumentare il tasso di democraticità comunitario” (CHITI, 2010: 90) e nel tempo non è mancato chi ha discusso delle sue “gravi carenze ed insuperate insufficienze” (RUGGERI, 2005b: 187). Come si sa, il Comitato è composto da soggetti non vincolati da mandato imperativo (essi, infatti, sono chiamati ad agire nell’interesse della Comunità: v. art. 300, IV comma, TFUE)<sup>56</sup>, che abbiano “la titolarità di un mandato elettivo nell’ambito di una collettività regionale o locale” o “la qualità di soggetto politicamente responsabile dinanzi a

<sup>50</sup> Tra gli altri, v. PORRO, 2005; RUGGERI, 2005b: 181 ss. Da ultimo, a proposito della fase ascendente, v. BANDERA-CEFFA, 2016: 377.

<sup>51</sup> Un richiamo ai precedenti storici relativi alla rappresentanza regionale in Europa è di ALLEGRI, 2002: *Premessa*. In argomento, v. anche PANKIEWICZ, 2001: 71 ss.

<sup>52</sup> Cfr. PANKIEWICZ, 2001: 76 ss.

<sup>53</sup> PORRO, 2005: § 7.

<sup>54</sup> Il Comitato può formulare pareri di sua iniziativa (cfr. PANKIEWICZ, 2001: spec. 96 s. e 100 s.) e, in alcuni casi, può anche proporre ricorso alla Corte di giustizia, come ricorda anche COSTANZO, 2014: 467; da ultimo, un cenno è anche in BANDERA-CEFFA, 2016: 378.

<sup>55</sup> Non ci si può qui soffermare sul rilievo delle Regioni e degli enti minori, nell’ambito dell’Unione, per la tutela dei diritti fondamentali, per una più compiuta integrazione europea e quale risposta al *deficit* democratico. Discorre della stretta correlazione tra autonomia e integrazione RUGGERI, 2005b: 199; sul punto, cfr. quanto rileva PORRO, 2005: § 6.

<sup>56</sup> COSTANZO, 2014: 465. Sulle criticità che presenta le modalità di nomina dei componenti del Comitato, e spec. della “delegazione nazionale” in esso presente, v. PATERNITI, 2015: 10; peraltro, proprio l’assenza di un vincolo di mandato pone tali soggetti in una posizione tale da non poter essere “considerati veri e propri rappresentanti degli enti di provenienza e, quindi, degli interessi territoriali di cui gli stessi sono portatori” (11).

un'assemblea elettiva" (COSTANZO, 2014: 466) (in questo caso, quindi, membri possono essere oltre i Presidenti anche i consiglieri regionali, i membri della Giunta e i sindaci). Da questo punto di vista, a fronte delle debolezze già messe in luce, pare ulteriormente rafforzata (rispetto alla Conferenza Stato-Regioni) la capacità di rappresentanza territoriale dell'organo in parola<sup>57</sup>. Il punto, però, è che il Comitato non è elettivo e quindi per questo verso, al contrario, non sarebbe configurabile un vero e proprio rapporto di rappresentanza politica tra i suoi componenti e i cittadini. Questo sembra essere il vero *vulnus* che caratterizza questo organo, per quanto i suoi pareri abbiano una portata politica (MASCIA, 1996: 109 ss.). Non si dimentichi, poi, come già accennato, che i suoi componenti "non rappresentano in quanto tali le singole istituzioni subnazionali di appartenenza e sono tenuti ad agire in piena indipendenza nel perseguimento dell'interesse generale dell'Unione"<sup>58</sup>. Non c'è la possibilità di soffermarsi oltre sul punto, ma appare chiaro che pure il Comitato manchi di presupposti necessari ed indefettibili per assicurare alle Regioni adeguata rappresentanza; ciò non toglie che, di fatto, esso abbia avuto (attraverso i suoi pareri) un qualche "impatto" nell'ambito del "processo decisionale" europeo (MASCIA, 1996: 165), rispetto al quale però, almeno ad avviso di alcuni, appare "tenue [...] la [sua] effettiva capacità di influenza"<sup>59</sup> (ANZON, 2003: 149).

### 5. Conclusioni

Le perplessità fin qui manifestate inducono quindi a ritenere che la rappresentanza territoriale delle Regioni potrebbe essere meglio garantita seguendo altre strade.

Sul piano interno, due appaiono le opzioni da suggerire.

La prima è data dalla auspicabile costituzionalizzazione della Conferenza

<sup>57</sup> È stato fatto notare che coloro che fanno parte del Comitato sono dotati di una maggiore legittimazione democratica rispetto a quella dei membri delle altre Istituzioni dell'Unione europea (così, quasi testualmente, MASCIA, 1996: 134); quella del Comitato è stata infatti considerata una rappresentanza "forte" (*ibidem*, 159 e 161 s.).

<sup>58</sup> MASCIA, 1996: 35. L'A., però, non manca di rilevare che "la rappresentanza esercitata dal CdR, per la dimensione territoriale che le inerisce, è una rappresentanza «forte»" (159 e 161 s.). Cfr., sul punto, anche PATERNITI, 2015: 11 (nota 31), ma anche 51.

<sup>59</sup> Ecco perché, ad esempio, il "Libro bianco sulla governance adottato dalla Commissione il 25-7-2001" ha auspicato il riconoscimento in capo ad esso di una funzione propositiva in merito a "temi che il Comitato ritenga utile per l'attuazione di una coerente politica regionale europea" [PORRO, 2005: § 1].

Stato-Regioni di cui si è detto (e su cui da tempo molti discutono)<sup>60</sup>, con tutto ciò che da essa ne discenderebbe a beneficio della “giustiziabilità” (ed anche possibile vincolatività) dei suoi atti<sup>61</sup>. La seconda è data dal raddoppio dei canali della rappresentanza regionale presso le sedi dell’apparato centrale dello Stato (e, segnatamente, Parlamento e Governo)<sup>62</sup>. A tal proposito, a me pare che quand’anche, infatti, dovesse essere assicurata la rappresentanza delle Regioni attraverso la seconda Camera<sup>63</sup>, sarebbe comunque opportuno mantenere la rappresentanza stessa anche sul versante dei raccordi tra gli esecutivi, in considerazione del fatto che è proprio presso questi ultimi che prende forma la progettazione politica nella sua più significativa espressione (cfr. DUSO, 2016: 20). Pertanto, l’inserimento della Conferenza nella Carta avrebbe certamente meglio consentito alle istanze regionali (e delle autonomie in genere) di trovare ascolto da parte degli organi della direzione politica dello Stato (sebbene, secondo un’opinione, il sistema delle conferenze non si presti “a risolvere problemi e contrasti che richiedono il massimo di assunzione di responsabilità politica”: ALLEGRETTI, 2016: 32); a tal proposito, pertanto, e a prescindere dalle considerazioni che possono farsi in merito alla riforma recentemente fallita, la scelta di non provvedere in tal senso sembra difficilmente comprensibile (cfr. POLACCHINI, 2016: 452; DI MARIA, 2016: 470), sebbene proprio la mancata riuscita della revisione abbia, per taluno, prodotto un indiretto “potenziamento” del sistema delle conferenze (D’AMICO, 2017b: § 6).

La buona riuscita di una tale operazione dipende – com’è ovvio – dalle modalità attraverso le quali può essere concretizzata l’idea di dar voce alle Regioni nella seconda Camera<sup>64</sup>. In ogni caso, diverse sono le ragioni che fanno ritenere questa una scelta da non scartare. Per prima cosa, in questo

<sup>60</sup> Tra gli altri, v., RUGGIU, 2006: 377 ss., e, ora, ID., 2015: 116; MANCINI, 2013: 981; CITRIGNO, 2016: 116 s. e 122 ss., e DELL’ATTI, 2016: § 4.

<sup>61</sup> Cfr. RUGGIU, 2006: 323. Interessante, al riguardo, pare Corte cost. n. 261 del 2015 (p. 4 del *cons. in dir.*), sopra richiamata.

<sup>62</sup> Manca, ad oggi, una adeguata sede di rappresentanza delle autonomie al livello legislativo (MANCINI, 2013: 976).

<sup>63</sup> Contraria RUGGIU, 2006: 345 ss., ad avviso della quale questa strada non favorirebbe quel dialogo con il Parlamento tanto auspicato (377) e ID., 2015: 121 ss.; v. anche R. BIN-I. RUGGIU, 2006: 904 ss., ma *passim*. Tuttavia, RUGGIU, 2011: 553, osserva che “la Corte ha più volte puntualizzato che le conferenze sono il fulcro di riferimento del sistema, ma sempre in attesa che si realizzi la seconda camera delle Regioni o quanto meno la Commissione bicamerale integrata da rappresentanti regionali prevista nell’art. 11 della legge cost. 3/2001. Sembra, dunque, che anche la Corte guardi ad un modello camerale come vera espressione della rappresentanza territoriale”.

<sup>64</sup> Non pochi dubbi infatti solleva la riforma in atto, sui quali non ci si può qui soffermare (sia solo consentito rinviare a RANDAZZO, 2016).

modo le Regioni potrebbero partecipare, sebbene in alcuni casi, alla funzione legislativa dello Stato realizzandosi in tal modo una reale commistione tra interesse generale e interessi territoriali, l'uno e gli altri essendo strettamente collegati. Peraltro, non sembra da trascurare quanto affermato da una parte della dottrina e cioè che il modo migliore di valorizzazione delle autonomie territoriali sarebbe quello di portare l'autonomia al centro<sup>65</sup>. In ogni caso, rappresentanza politica e rappresentanza territoriale si integrerebbero e sorreggerebbero a vicenda.

Sul versante esterno, non pare che il Comitato possa “appagare compiutamente il bisogno pressante di realizzazione dell'autonomia”<sup>66</sup> e quindi, anche su questo fronte, parrebbe necessario percorrere altre strade; una di queste potrebbe essere senz'altro una “federalizzazione” del Parlamento europeo<sup>67</sup> ed una trasformazione, nella forma o nella sostanza, del Comitato in Camera delle Regioni<sup>68</sup>. Inoltre, non sarebbe da scartare l'idea di rendere tale organo elettivo e di legare i suoi componenti a mezzo di un vero e proprio mandato<sup>69</sup>; lungi dall'andare nel verso opposto all'integrazione, queste due novità rafforzerebbero le autonomie territoriali e, come si diceva, in definitiva muoverebbero nel senso dell'integrazione stessa. Quanto ora detto presupporrebbe, però, un cambiamento di prospettiva, se si pensa alle origini del Comitato; ed infatti la non idoneità a rappresentare le istanze territoriali è, potrebbe dirsi, in “*re ipsa*”, in un certo senso “voluta”, in quanto i timori da alcune parti avanzati erano proprio quelli che con tale organo si potesse rischiare di indebolire la sovranità statale nel caso di esigenze locali, sorrette da soggetti politici forti, contrastanti con l'interesse nazionale<sup>70</sup>. Non sarebbe “inopportuno”, allora, un intervento legislativo volto a ridefinire la rappresentanza nazionale in seno al Comitato, in modo da rendere quest'ultimo all'altezza del rilievo che è ad esso riconosciuto dall'Unione (PATERNITI, 2015: 51).

A ciò potrebbe aggiungersi un maggiore ruolo della Conferenza Stato-Regioni in occasione della “sessione europea” (oltre al fatto che si potrebbe

<sup>65</sup> ... secondo quanto rileva RUGGERI, 2005a: 16. Sull'opportunità di “immettere le Regioni nella sede parlamentare”, CARETTI, 2012: 753.

<sup>66</sup> RUGGERI, 2005b: 191. Non è mancato chi ha osservato che “il ruolo svolto dal Comitato non garantisce certamente il pieno riconoscimento istituzionale a livello europeo delle Regioni e degli Enti locali” (PANKIEWICZ, 2001: 104).

<sup>67</sup> RUGGERI, 2005b: 191 s. e ID., 2005a: 16 s.

<sup>68</sup> Cfr. PANKIEWICZ, 2001: 105 e 117 ss. (l'A. non manca di mettere in luce i non pochi problemi che una tale operazione comporterebbe).

<sup>69</sup> Non di questa idea è PANKIEWICZ, 2001: 125 s.

<sup>70</sup> FALCONE, (2003): 248, il quale osserva pure che anzi “prevaleva [...] la volontà di indebolire la legittimazione” del Comitato.

rafforzare la partecipazione delle Regioni in fase ascendente e discendente, come pare si volesse fare con il nuovo Senato previsto dalla riforma Renzi-Boschi). Infine, non è mancato chi ha rilevato che la stessa creazione, all'interno del Parlamento, di una Camera delle Regioni giocherebbe un ruolo non indifferente nel "garantire l'accesso costante, strutturato ed effettivo delle istanze regionali nel dialogo politico europeo" (PATERNITI, 2015: 53).

Non si ha la pretesa di considerare quanto in questa sede prospettato quale soluzione idonea a colmare il *deficit* di rappresentanza delle Regioni (e delle autonomie in genere); quelle appena avanzate sono solo proposte da sottoporre alla prova dell'esperienza<sup>71</sup>, anche condizionate al modello di rappresentanza (spec. territoriale) prescelto<sup>72</sup>, nel convincimento che come la Costituzione *vivente* può discostarsi da quella *vigente* così ogni previsione che oggi si tenta di formulare può essere smentita dai fatti. D'altra parte, la realtà supera spesso l'immaginazione (ecco perché certe previsioni che oggi si cerca di avanzare sotto forma di proposte e di strade da percorrere non possono che essere "affette" da una inevitabile relatività)<sup>73</sup>. Tuttavia talune cose sono certe, in conclusione, e cioè che la "sorte" dell'autonomia è strettamente collegata alla effettività della rappresentanza e che quest'ultima merita di essere considerata alla luce dei tempi che viviamo, caratterizzati da notevoli spinte "dal basso" e da un "risveglio" delle comunità locali e del senso di cittadinanza (attiva), in questa contingenza storica particolarmente avvertito; ecco perché si rafforza l'idea che l'attuale sistema appaia insufficiente, necessiti di essere aggiornato e che ancora molta strada si debba fare perché possano trovare voce le istanze delle Regioni.

<sup>71</sup> ... alle quali potrebbe aggiungersi quella di creare un organo *ad hoc*, che non sia incardinato né presso il Parlamento né presso il Governo (al riguardo, v. quanto rileva RUGGIU, 2015: 130).

<sup>72</sup> Si tratta cioè di aderire al modello che si delinea rispondendo a talune domande: la rappresentanza degli enti in parola sarebbe meglio garantita in sede parlamentare o extra-parlamentare? Sarebbe da affidare ai Presidenti regionali o ai consiglieri regionali? Molte altre domande potremmo porci che ci indurrebbero a risalire alle "radici" della rappresentanza.

<sup>73</sup> Inoltre non si può neanche trascurare il fatto che la componente soggettiva può assumere un qualche rilievo sulle dinamiche della rappresentanza, quest'ultima rimanendo condizionata dalle concrete modalità attraverso le quali i rappresentanti svolgono il loro ruolo (la responsabilità che dovrebbe avvertire chi svolge una funzione pubblica è cosa altra rispetto a quanto regole scritte potrebbero prevedere).

### Riferimenti bibliografici

AA.VV. (2016), *Forma di Governo, bicameralismo e sistema delle autonomie nella riforma costituzionale e sistema delle autonomie nella riforma costituzionale*, a cura di A. Morelli e G. Moschella. Napoli: Editoriale Scientifica.

AGOSTA, Stefano (2004). "Dall'intesa in senso debole alla leale collaborazione in senso forte? Spunti per una riflessione alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale tra (molte) conferme e (qualche) novità". *www.federalismi.it*, n° 6.

AGOSTA, Stefano (2008). *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*. Giuffrè: Milano.

AGOSTA, Stefano (2017). "Nel segno della continuità (più che della vera e propria svolta) l'apertura alla leale collaborazione tra Stato e Regioni della sent. n. 251/2016 sulla delega in materia di riorganizzazione della P.A.". *www.forumcostituzionale.it*, 18 gennaio.

ALBANESI, Enrico (2015). "Circuito della rappresentanza politica e qualità della legislazione, tra ruolo della tecnica e torsioni della forma di governo". In AA.VV., *La democrazia rappresentativa: declino di un modello*, Milano: Giuffrè.

ALLEGRETTI, Umberto (2016). "Presente e futuro delle autonomie regionali in Italia e in Europa". *Le Regioni*, n° 1.

ALLEGRI, Giuseppe (2002). "Il Comitato delle Regioni d'Europa nelle Istituzioni comunitarie in trasformazione". *www.federalismi.it*, Osservatorio sul federalismo, 4 dicembre.

ANZON, Adele (2003). "Le Regioni e l'Unione europea: l'esperienza italiana". In AA.VV., *L'Europa delle Autonomie. Le Regioni e l'Unione europea*, a cura di A. D'Atena, Milano: Giuffrè.

BALBONI, Enzo (2017). "La Corte richiede e tutela la leale collaborazione tra Stato e Regioni... e l'intendenza seguirà". *www.forumcostituzionale.it*, 10 gennaio.

BANDERA, Sabrina - CEFFA, Claudia Bianca (2016). "La (reale) partecipazione delle Regioni italiane alla fase ascendente del processo normativo europeo. Uno studio "sul campo": dalle norme alla pratica nell'esperienza della Regione Lombardia". In AA.VV., *Rappresentanza politica e autonomie*, Atti del Convegno di *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, Università Milano Bicocca 13 giugno 2016, a cura di C. Buzzacchi-A. Morelli-F. Pizzolato. Milano: Giuffrè.

BENELLI, Filippo (2012). "Recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale sul riparto per materie tra Stato e Regioni e sul declino del principio di leale collaborazione". *Le Regioni*, n° 3.

BIANCHI, Davide Gianluca (2014). "Rappresentanza politica e trasformismo nelle assemblee regionali italiane. Verso un'agenda di ricerca". *Le Istituzioni del federalismo*, n° 3.

BIN, Roberto (2010). "La prassi della cooperazione nel sistema italiano di multilevel government". *Istituzioni del federalismo. Quaderni*, n° 2.

BIN, Roberto (2012). "La crisi delle Regioni. Che fare?". *Le Regioni*, n° 4.

BIN, Roberto - RUGGIU, Ilenia (2006), "La rappresentanza territoriale in Italia. Una proposta di riforma del sistema delle conferenze, passando per il definitivo abbandono del modello Camera delle Regioni". *Le Istituzioni del federalismo*, n° 6.

BOBBIO, Norberto (1995). "Democrazia rappresentativa e democrazia diretta". ID., *Il futuro della democrazia*. Torino: Einaudi.

BUCALO, Maria Esmeralda (2016). "Sovranità e rappresentanza politica nelle Regioni. Crisi del sistema politico e "mobilità" parlamentare". In AA.VV., *Rappresentanza politica e autonomie*, Atti del Convegno di *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, Università Milano Bicocca 13 giugno 2016, a cura di C. Buzzacchi - A. Morelli - F. Pizzolato. Milano: Giuffrè.

BUFFONI, Laura - CARDONE, Andrea (2016). "La rappresentanza politica delle 'istituzioni territoriali' della Repubblica". *Le Istituzioni del federalismo*, n° 1.

CAMMELLI, Marco (2012). "Regioni e regionalismo: la doppia impasse". *Le Regioni*, n° 4.

CAPRIO, Giovanni (2008). "Una vera Conferenza delle Regioni per l'attuazione del federalismo". *www.forumcostituzionale.it*, 20 giugno.

CARETTI, Paolo (2012). "La strana voglia di ricominciare sempre tutto daccapo". *Le Regioni*, n° 4.

CARETTI, Paolo - TARLI BARBIERI, Giovanni (2016). *Diritto regionale*. Torino: Giappichelli.

CARIDÀ, Rossana (2015). "Le autonomie territoriali tra rappresentanza, istanze pluralistiche e deficit di valorizzazione". In AA.VV., *La democrazia rappresentativa: declino di un modello*, Milano: Giuffrè.

CARIDÀ, Rossana (2016). "Il sistema delle conferenze". In AA.VV., *Rappresentanza politica e autonomie*. Atti del Convegno di *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, Università Milano Bicocca 13 giugno 2016, a cura di C. Buzzacchi-A. Morelli-F. Pizzolato. Milano: Giuffrè.

CARMINATI, Arianna (2009). "Dal raccordo politico al vincolo giuridico: l'attività della Conferenza Stato-Regioni secondo il giudice costituzionale". *Le Regioni*, n° 2.

CARPANI, Guido (2006). *La Conferenza Stato-Regioni. Competenza e modalità di funzionamento dall'istituzione ad oggi*. Bologna: Il Mulino.

CARUSO, Corrado (2016). "Consigli regionali e rappresentanza politica". *www.federalismi.it*, n° 17.

CHITI, Mario P. (2010). "Per una dimensione europea del 'nuovo regionalismo'". *Istituzioni del federalismo. Quaderni*, n° 2 (già in *Regione e governo locale*, 3/1993).

CIOLLI, Ines (2010). *Il territorio rappresentato*. Napoli: Jovene.

CITRIGNO, Anna Maria (2016). "La riforma del bicameralismo paritario e del Titolo V Cost. Quale prospettiva per il sistema delle Conferenze?". In AA.VV., *Forma di Governo, bicameralismo e sistema delle autonomie nella riforma costituzionale*, a cura di A. Morelli e G. Moschella. Napoli: Editoriale Scientifica.

COSTANZO, Pasquale (2014). "Unione europea ed autonomie territoriali". In P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino: Giappichelli.

COTTA, Maurizio (2004). (voce) "Rappresentanza politica". In *Il Dizionario di Politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino: Utet.

D'AMICO, Giacomo (2017), "Il sistema delle conferenze alla prova di maturità. Gli esiti di un'indagine conoscitiva". *Quaderni costituzionali*, n° 1.

D'AMICO, Giacomo (2017). *La sentenza sulla legge Madia, una decisione (forse) innovatrice*, in *Questione giustizia*, 23 gennaio.

DELLA MORTE, Michele (2015). "Quale futuro per la rappresentanza politica?", in AA.VV., *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, a cura di A. Morelli. Milano: Giuffrè.

DELL'ATTI, Luca (2016). "La Conferenza Stato-Regioni: vizi e virtù di un organo a 'geometria variabile'". *www.rivistaaic.it*, n° 2.

DI MARIA, Roberto (2016). "Regioni ed Enti locali al cospetto di Stato e Unione europea. La "crisi nazionale ed euro-unitaria" della rappresentanza delle autonomie territoriali". In AA.VV., *Rappresentanza politica e autonomie*, Atti del Convegno di *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, Università Milano Bicocca 13 giugno 2016, a cura di C. Buzzacchi-A. Morelli-F. Pizzolato. Milano: Giuffrè.

DUSO, Giuseppe (2016). "Le autonomie per ripensare la democrazia". In AA.VV., *Rappresentanza politica e autonomie*, Atti del Convegno di *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, Università Milano Bicocca 13 giugno 2016, a cura di C. Buzzacchi - A. Morelli - F. Pizzolato. Milano: Giuffrè.

FALCON, Giandomenico (2012). "A che servono le Regioni?". *Le Regioni*, n° 4.

FALCONE, Vincenzo (2003). "Il Comitato delle Regioni: esperienze e prospettive". In AA.VV., *L'Europa delle Autonomie. Le Regioni e l'Unione europea*, a cura di A. D'Atena, Milano: Giuffrè.

FALCONE, Matteo (2015). "Il sistema delle Conferenze regionali in funzione europea: un necessario equilibrio tra principi unitari europei e principi autonomistici interni". *Istituzioni del federalismo*, n° 3.

FERRARI, Giuseppe Franco (1991). (voce) "Rappresentanza istituzionale". In *Enciclopedia giuridica*, vol. XXV, Roma: Treccani.

FURLANI, Silvio (1976). (voce) "Rappresentanza politica". In *Novissimo Digesto*, vol. XIV, Torino: Utet.

GIUFFRÈ, Felice (2016), "Crisi dei partiti, trasformazione della politica ed evoluzione della forma di governo". In AA.VV., *Forma di Governo, bicameralismo e sistema delle autonomie nella riforma costituzionale*, a cura di A. Morelli e G. Moschella. Napoli: Editoriale Scientifica.

LABRIOLA, Silvano (2006). (voce) "Rappresentanza". In *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. V, Milano: Giuffrè.

MANCINI, Marco (2013). "La resistibile ascesa, l'inesorabile declino e l'auspicabile rilancio del principio di leale collaborazione". *Le Regioni*, n° 5-6.

MANGIA, Alessandro (2010). "Regioni, rappresentanza politica e rappresentanza di interessi". *Le Regioni*, n° 4.

MANGIAMELI, Stelio (2010), "Riflessioni sul principio cooperativo, prima della riforma delle Conferenze". *Istituzioni del federalismo. Quaderni*, n° 2.

MARINI, Francesco Saverio (2003). "La partecipazione regionale alle decisioni statali dirette alla formazione del diritto dell'Unione europea". In AA.VV., *L'Europa delle Autonomie. Le Regioni e l'Unione europea*, a cura di A. D'Atena, Milano: Giuffrè.

MARTINES, Temistocle (1956). "Studio sulla autonomia politica delle regioni". *Rivista trimestrale di diritto pubblico*.

MASCIA, Marco (1996), *Il Comitato delle Regioni nel sistema dell'Unione europea*, Padova: Cedam.

MERLONI, Francesco (2012). "Alla ricerca di un nuovo senso per un regionalismo in crisi". *Le Regioni*, n° 4.

MORELLI, Alessandro (2016). "Rappresentanza politica, autonomie territoriali e costituzionalismo". In AA.VV., *Rappresentanza politica e autonomie*, Atti del Convegno di *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, Università Milano Bicocca 13 giugno 2016, a cura di C. Buzzacchi - A. Morelli - F. Pizzolato. Milano: Giuffrè.

MOSCHELLA, Giovanni (1999). *Rappresentanza politica e costituzionalismo. Teoria e giurisprudenza costituzionale: un'analisi comparatistica*. Santarcangelo di Romagna (RM): Maggioli Editore.

MOSCHELLA, Giovanni (2016). "La riforma della Costituzione tra ruolo della II Camera, forma di governo e referendum costituzionale". In AA.VV., *Forma di Governo, bicameralismo e sistema delle autonomie nella riforma costituzionale*, a cura di A. Morelli e G. Moschella. Napoli: Editoriale Scientifica.

NOCILLA, Damiano-CIAURRO, Luigi (1987). (voce) "Rappresentanza politica". In *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVIII, Milano: Giuffrè.

ONIDA, Valerio (2012). "Le cause profonde della crisi del regionalismo". *Le Regioni*, n° 4.

PANKIEWICZ, Adalberto Wojtek (2001). *Realtà regionali ed Unione Europea: il Comitato delle Regioni*. Milano: Giuffrè.

PATERNITI, Francesco (2015). "La partecipazione delle Regioni alla formazione delle norme e alle procedure dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea nel guado tra la riforma legislativa del 2012 e la auspicabile revisione dell'architettura istituzionale italiana". *www.federalismi.it*, n° 8.

PIRAINO, Andrea (2015). "La dimensione europea della riorganizzazione macroregionale". *www.federalismi.it*, n° 3.

POGGI, Annamaria-BOGGERO, Giovanni (2016). "Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto", *www.federalismi.it*, n° 25.

POLACCHINI, Francesca (2016). "La funzione di raccordo della Conferenza Stato-Regioni: normativa e prassi al cospetto del disegno di riforma costituzionale". In AA.VV., *Rappresentanza politica e autonomie*, Atti del Convegno di *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, Università Milano Bicocca 13 giugno 2016, a cura di C. Buzzacchi - A. Morelli - F. Pizzolato. Milano: Giuffrè.

PORRO, Giuseppe (2005). (voce) "Regioni e Unione europea". In *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Aggiornamento.

RANDAZZO, Alberto (2016). "Riflessioni sulla riforma Renzi-Boschi, con specifico riguardo al nuovo Senato". *www.dirittiregionali.it*, 10 ottobre. Anche in AA.VV. (2016). *Forma di Governo, bicameralismo e sistema delle autonomie nella riforma costituzionale*, a cura di A. Morelli e G. Moschella. Napoli: Editoriale Scientifica.

RUGGERI, Antonio (2005). “Integrazione europea e ruolo delle autonomie territoriali (lineamenti di un “modello” e delle sue possibili realizzazioni)”. *www.federalismi.it*, n° 24.

RUGGERI, Antonio (2005). “Unione Europea e Regioni, nella prospettiva del riordino istituzionale e della integrazione delle competenze”. In ID., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, VIII, *Studi dell’anno 2004*, Torino: Giappichelli.

RUGGERI, Antonio (2016). “Prime note per uno studio su crisi della sovranità e crisi della rappresentanza politica”. *Consulta OnLine*, n° III.

RUGGIU, Ilenia (2006). *Contro la Camera delle Regioni. Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, Jovene: Napoli.

RUGGIU, Ilenia (2011). *Il sistema delle conferenze ed il ruolo istituzionale delle Regioni nelle decisioni statali. Le Regioni*, n° 2-3.

RUGGIU, Ilenia (2015). “Il futuro Senato della Repubblica: un contributo alla risoluzione dei problemi del bicameralismo, ma irrilevante, se non dannoso, per il regionalismo”. *www.costituzionalismo.it*, n° 3.

AUTONOMIA DEGLI ENTI REGIONALI  
E DIRITTI FONDAMENTALI:  
QUANDO I CAMBIAMENTI GLOBALI TRASFORMANO  
I TERRITORI E LE COMUNITÀ.  
UN COMMENTO ALLA SENTENZA  
DELLA CORTE COSTITUZIONALE n. 63 del 2016

*Michele Gradoli\**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I requisiti della Legge n. 2 del 3 febbraio 2015 per i culti che non hanno firmato un'intesa con lo Stato italiano. – 3. La sentenza della Corte Costituzionale – 3.1. Rappresentanza e tutela dei diritti fondamentali. – 4. Conclusioni – Riferimenti bibliografici.

1. *Introduzione*

Nel 2015, la Regione Lombardia ha tentato di modificare la legge n. 12 dell'11 marzo 2005 per il governo del territorio con la nuova legge regionale n. 2 del 3 febbraio al fine di regolamentare in maniera ancor più puntuale la costruzione di nuovi luoghi di culto.

Anche in virtù della crescente attenzione dedicata quotidianamente alla regolamentazione in Europa del fenomeno religioso – in particolare quello islamico – tale provvedimento normativo è stato al centro di numerose critiche tanto da divenire in seguito oggetto di un ricorso di fronte alla Corte Costituzionale sollevato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri. In particolare, la normativa lombarda è stata contestata per aver introdotto alcune disposizioni ritenute fortemente discriminanti in materia di libertà religiosa per le confessioni diverse da quelle che hanno già firmato con lo Stato l'intesa prevista dall'art. 8 della Costituzione<sup>1</sup>.

Anche se l'intervento normativo non andava esplicitamente a menzionare il culto islamico, di fatto, pare che il riferimento all'eventuale costruzione di moschee sia inevitabile, considerando anche il contesto storico e sociale di riferimento nel quale tale misura è disciplina è stata elaborato. In particolare,

\* Università LUISS Guido Carli, Dipartimento di Scienze Politiche, Professore a contratto per il corso "Islam in Europa: migrazioni, integrazione e sicurezza", a.a. 2017-2018.

<sup>1</sup> In tale ricostruzione va ricordato che, oltre alla religione cattolica, la maggior parte delle confessioni più diffuse in Italia ha già provveduto a firmare un'intesa con lo Stato italiano, eccezion fatta per le comunità islamiche che - per ragioni diverse - ancora non hanno raggiunto un accordo simile con lo Stato italiano.

dopo la diffusione del jihadismo di ISIS nel Mediterraneo e in Europa, si è registrato un aumento preoccupante dell'islamofobia e di tutti quei sentimenti di intolleranza verso qualsiasi presenza islamica nello spazio pubblico europeo. Nonostante ci siano stati sforzi d'interazione e dialogo con le comunità islamiche anche di una parte della politica – basti citare il lavoro svolto dal Ministro dell'Interno Minniti che nel febbraio 2017 è riuscito a redigere e firmare il Patto nazionale per un Islam Italiano<sup>2</sup> – di fatto va riconosciuto che altri movimenti e altre voci politiche hanno avanzato istanze fortemente ostili alla presenza islamica in Italia, sfruttando la paura innescata anche nei cittadini italiani dalle stragi compiute dai militanti di ISIS e dai *foreign fighter* europei.

I dati del PEW Research Center dimostrano come in Europa i sentimenti d'intolleranza e di ostilità nei confronti dei musulmani siano cresciuti e, in alcuni Paesi, abbiano ormai raggiunto livelli preoccupanti. Ad esempio, i Paesi Ue che per primi sono stati interessati dalla crisi migratoria più recente come l'Ungheria, la Polonia e la Grecia presentano una visione negativa della presenza islamica sul proprio territorio e si registra che in Italia il 69% della popolazione ha un'opinione negativa dei musulmani<sup>3</sup>. Tale situazione è spesso sfruttata da certi movimenti e partiti politici tanto che alcuni di loro sembrano aver inserito nel proprio progetto politico anche l'opposizione a qualsiasi presenza islamica, sempre più frequentemente presentata come un'interferenza negativa nella democrazia occidentale ed europea.

In questo modo l'islamofobia si è sviluppata dando luogo a una sorta d'ideologia anti-islamica che strisciando è riuscita a “mascherarsi” come argomento politico: se è evidente che, trattandosi di un sentimento d'intolleranza e di un'ideologia discriminatoria, non trova una sua esplicitazione formale nei dibattiti politici, di fatto, è presente come dimostrano altri dati del 2016 del PEW Research Center. In Italia, ad esempio, sono i partiti che appartengono alle ideologie della destra (79%) a presentare un atteggiamento insofferente rispetto ai musulmani (PEW RESEARCH CENTER, 2016) scatenando così una maggiore diffusione dei sentimenti islamofobi nel Paese. Inoltre tale insofferenza – anche in politica – sembra destinata a cresce-

<sup>2</sup> Il Patto nazionale per un Islam italiano è stato redatto con la collaborazione del Consiglio per i rapporti con l'Islam italiano e recepito dal ministero dell'Interno l'1 febbraio 2017. La formulazione del Patto ha coinvolto diverse associazioni e organizzazioni islamiche rappresentative della grande maggioranza di musulmani presenti sul territorio italiano.

<sup>3</sup> Dati del 2016 del Pew Research Center dimostrano che il 72% degli ungheresi ha una visione negativa dei musulmani così come il 69% degli Italiani, il 66% dei polacchi e il 65% dei greci. Dati più confortanti sono quelli riguardanti i Paesi dove la presenza islamica è più numerosa e radicata come la Francia dove il dato scende al 29% come in Germania (29%) nel Regno Unito (28%), (LIPKA, 2017).

re perché tale percentuale è aumentata dal 2014 quando la percentuale era il 72% (PEW RESEARCH CENTER, 2014). Sicuramente anche in Italia, un impatto fondamentale per l'aumento di tale dato è rappresentato dalla diffusione della violenza jihadista nel Mediterraneo e in Europa, dove il numero di attentati e di *foreign fighter* è cresciuto rapidamente suscitando una serie di sospetti e paure verso le comunità islamiche: alla domanda “secondo te, quanti musulmani nel tuo Paese sostengono gruppi estremisti come i gruppi militanti islamici in Iraq e Siria conosciuti come ISIS?” il 10% degli italiani pensano che siano la maggioranza, il 36% ha risposto *molti*, il 33% *solo qualcuno* e il 15% *molto pochi* (PEW RESEARCH CENTER, 2016).

Va inoltre precisato che, come suddetto, la presenza di posizioni islamofobe nel dibattito politico è spesso mascherata sotto argomentazioni diverse, il più delle volte legate a valori percepiti positivi dai cittadini come la sicurezza – e il caso del sondaggio del PEW Research Center summenzionato è emblematico – oppure l'amore per la propria cultura e per il proprio Paese. Sempre più frequentemente, infatti, i partiti islamofobi tendono a presentare argomentazioni che non si riferiscono direttamente alla questione religiosa o dell'inclusione sociale dei musulmani – come nel caso oggetto del presente lavoro – ma vanno a trattare temi attigui la cui regolamentazione ha un impatto evidente soprattutto sulla minoranza islamica. Facendo leva su argomentazioni come la difesa dei valori democratici, l'islamofobia riesce così a penetrare una fascia sempre maggiore di cittadini che, anche a causa della sovraesposizione della “questione islamica”, tende ad avere una visione assai distorta della realtà. Se, infatti, i musulmani in Italia sono il 4% della popolazione italiana, il dato percepito della loro presenza è del 20% scatenando così un preoccupante circuito di alterazioni della realtà<sup>4</sup>.

Nel caso specifico, infine, la peculiarità del caso islamico è evidenziata da due fattori ulteriori: da un lato infatti si registra tale specificità anche a fronte del riferimento al regime dedicato ai culti che hanno stretto un'intesa con lo Stato della crescente disponibilità delle autorità dello Stato a elaborare intese con culti che presentano caratteristiche istituzionali differenti dalle confessioni cristiane, come le unioni buddiste e induiste che negli ultimi dieci anni sono

<sup>4</sup> Dinamiche simili si riscontrano in tutti i Paesi europei: in Francia il dato reale della presenza islamica è dell'8% mentre il dato percepito è il 31%. In Germania i musulmani sono il 6% della popolazione anche se sono percepiti come il 19%; i belgi credono che i musulmani nel Paese siano il 29% della popolazione quando ne sono solamente il 6% e nel Regno Unito il 5% della popolazione è islamica anche se è percepita come il 21%. Anche in Svezia i musulmani (5% della popolazione) sono percepiti come il 17%; in Spagna i musulmani sono il 2% e sono percepiti come il 16% e anche in Polonia e in Ungheria, dove la popolazione islamica è assai ridotta (0,1%) viene percepita come il 5% dai polacchi e il 7% dagli ungheresi (INTERNAZIONALE, 2015)

riuscite a stringere le proprie intese con lo Stato italiano<sup>5</sup>. Dall'altro lato, la presenza islamica in Lombardia è assai rilevante poiché, secondo la Fondazione ISMU, nel 2016 in questa regione si concentrano 368mila stranieri musulmani, il 26% di quelli presenti in Italia (ISMU, 2016)<sup>6</sup>.

Per tali ragioni il provvedimento lombardo è stato al centro delle polemiche perché si potrebbe ipotizzare il tentativo da parte di una certa maggioranza politica nel Consiglio Regionale di limitare – o in qualche modo comprimere – la libertà religiosa dei musulmani che vivono su quel territorio.

## *2. I requisiti della Legge n. 2 del 3 febbraio 2015 per i culti che non hanno firmato un'intesa con lo Stato italiano*

A i fini della costruzione di nuovi edifici e attrezzature destinate al culto, la legge della Regione Lombardia n. 2 del 3 febbraio 2015 richiedeva alle confessioni religiose diverse da quella cattolica requisiti specifici (come una presenza «diffusa, organizzata e consistente a livello territoriale» e un «significativo insediamento nell'ambito del comune nel quale vengono effettuati gli interventi», statuti con l'indicazione della finalità religiosa degli enti e «il rispetto dei principi e dei valori della Costituzione») per la stipulazione di una «convenzione a fini urbanistici» con il Comune interessato con l'ulteriore possibilità di risoluzione o di revoca «in caso di accertamento da parte del Comune di attività non previste nella convenzione». A tal fine, la legge ha anche previsto l'istituzione di una consulta da parte della Giunta regionale, responsabile per la composizione e le modalità di funzionamento della prima.

Sul piano formale questa nuova disciplina prevede che il piano delle attrezzature religiose sia costituito inoltre da un «atto separato facente parte del piano dei servizi» che quindi sarebbe soggetto alle tipiche procedure di ap-

<sup>5</sup> L'Unione Buddisti Italiani ha firmato un'intesa con lo Stato il 4 aprile 2007 e tale intesa è stata approvata con legge 245/12. Lo stesso giorno è stata firmata anche un'intesa con l'Unione Induista Italiana, approvata con legge n. 246/12.

Più recentemente, il 27 giugno 2015, è stata firmata un'intesa anche con L'Istituto Buddista Soka Gakkai e tale intesa è stata poi approvata con la legge n. 130 del 28 giugno 2015.

<sup>6</sup> Secondo l'ISMU la seconda regione italiana ove si concentra la popolazione straniera islamica è l'Emilia Romagna con 183.000 musulmani (12,8% del totale). Gli stranieri musulmani in Veneto sono 142.000 (10% del totale), in Piemonte 119.000. Per ciò che concerne la provenienza, in Lombardia, Emilia Romagna, Veneto e Piemonte la comunità più diffusa e numerosa è quella marocchina. Nel Lazio la maggior parte dei musulmani proviene dal Bangladesh mentre in Toscana è costituita prevalentemente da albanesi. Va inoltre precisato che la popolazione musulmana in Italia costituisce il 3,7% della popolazione totale con 2,220,000 persone. (HACKETT, 2016).

provazione come qualsiasi altro piano di governo del territorio. Per tale ragione ne conseguirebbe che andrebbero così acquisiti anche i pareri di organizzazioni, dei comitati di cittadini, delle forze dell'ordine, degli uffici provinciali di questura e prefettura al fine di valutare gli eventuali rischi per la sicurezza pubblica. La lista dei requisiti per i culti richiedenti e degli adempimenti da parte delle confessioni non si esaurisce in quanto la nuova normativa regionale richiede che la costruzione dei luoghi di culto sia anche congrua architettonicamente al paesaggio lombardo, mentre alle comunità religiose locali è richiesto di provvedere a proprio onere alla realizzazione di strade di collegamento adeguate, di parcheggi sufficienti e di sistemi di videosorveglianza esterni collegati agli uffici di polizia.

### 3. *La sentenza della Corte Costituzionale*

Il ricorso presentato era composto da otto punti che hanno reso particolarmente complesso il lavoro della Corte la quale ha emanato una sentenza contenente due dichiarazioni di illegittimità costituzionale – oggetto del presente lavoro –, due rigetti interpretativi e tre inammissibilità semplici e manifeste.

Il Governo, in particolare, ha contestato la normativa regionale perché ritenuta lesiva del principio di uguaglianza e di libertà religiosa come previsti dagli artt. 3, 8, e 19 della Costituzione e dell'art. 117 Cost. che attribuisce allo Stato la competenza esclusiva in materia di ordine pubblico e nei rapporti con le confessioni religiose. Da parte sua la Corte costituzionale ha ritenuto che alcune disposizioni della legge regionale violassero i suddetti principi di non discriminazione a causa del diverso regime normativo applicato alle confessioni che ancora non hanno firmato un'intesa con lo Stato e alle quali, secondo la disciplina lombarda, erano richiesti requisiti ulteriori e specifici<sup>7</sup>. La presenza

<sup>7</sup> Le disposizioni oggetto della questione di costituzionalità sono state le seguenti: artt. 70, comma 2, 2-bis e 2-quater, e 72, comma 4,5, e 7 lett. e). In particolare, l'art. 70 prevedeva che le religioni richiedenti l'intervento diverse dalla cattolica - o da quelle che avessero firmato un'intesa con lo Stato - fossero caratterizzate da una presenza diffusa, organizzata e stabile nel Comune interessato. Inoltre tale normativa richiedeva la stipulazione di un accordo con il Comune e che nel loro statuto fosse indicato il carattere religioso delle proprie azioni insieme al rispetto dei valori della Costituzione italiana. Infine, la stessa normativa prevedeva, come suddetto nell'Introduzione, che tale convenzione con il Comune fosse oggetto di un parere obbligatorio e preventivo di una consulta regionale nominata dalla Giunta.

L'art. 72 della Legge lombarda infine complicava questo iter già di per sé non semplice con la previsione della raccolta dei pareri di comitati di cittadini, delle forze dell'ordine, della questura e della prefettura. Inoltre, i Comuni che avessero voluto concordare con i culti nuovi

di tali requisiti sarebbe inoltre stata oggetto di esame da parte di una consulta nominata dalla Giunta regionale ma tali previsioni sono state considerate illegittime in quanto non rispettose del principio di uguaglianza e di libertà religiosa che la Costituzione garantisce universalmente su tutto il suo territorio, escludendo le Regioni dalla regolamentazione dei rapporti con le confessioni religiose.

### 3.1. *Rappresentanza e tutela dei diritti fondamentali*

Va rilevato che il ricorso del Governo di fronte alla Corte costituzionale ha presentato alcuni rilievi interessanti in merito non solo alla presunta violazione dell'esercizio di una libertà fondamentale come quella religiosa ma anche in merito alla dimensione della rappresentanza nelle assemblee regionali e alla definizione dell'autonomia delle Regioni italiane sulla gestione del piano di governo del territorio e sul loro rapporto con le confessioni locali.

Le maggiori criticità in questi casi sono, infatti, presentate sul piano del governo e della *governance*: è evidente infatti che in alcuni casi i cittadini aventi il diritto di voto non coincidono con il numero degli abitanti delle comunità di riferimento e quando tale divario si allarga in maniera sensibile, come nel caso lombardo, nelle assemblee legislative potrebbe non trovare più rappresentazione il pluralismo delle comunità ma solo una parte di esse. Relativamente al punto della rappresentanza infatti la presenza islamica – prevalentemente costituita da stranieri immigrati in Italia – costituisce contemporaneamente un nodo e una sfida soprattutto per le istituzioni locali, chiamate ad amministrare comunità sempre più eterogenee e culturalmente composita.

Come premesso nell'Introduzione, l'Italia sta attraversando un momento di grande trasformazione, prevedibile dopo la stabilizzazione dei flussi migratori che dagli anni Novanta a oggi hanno trasformato l'Italia da un Paese di migranti a meta delle migrazioni mediterranee e globali<sup>8</sup>. L'inevitabile com-

edifici religiosi, secondo tale normativa, avrebbero dovuto approvare il piano entro diciotto mesi dall'entrata in vigore della legge e tale piano avrebbe dovuto prevedere una serie di oneri a carico dei richiedenti fra i quali la costruzione di parcheggi e di strade adeguate di collegamento, d'impianti di videosorveglianza collegati con la polizia, di strutture accessibili ai disabili e conformi alle specificità del paesaggio lombardo.

<sup>8</sup> Secondo i dati del Dossier statistico Immigrazione 2016 a cura del Centro Studi e Ricerche Idos riportati da SALVATORE GIUFFRIDA (2016), "Migranti, sono loro che trainano l'Italia che è a tasso di natalità quasi a zero", pubblicato il 28 ottobre 2016 e su Repubblica.it, gli stranieri costituiscono l'8,3% della popolazione totale: si concentrano prevalentemente nel nord-ovest dove sono il 34%, segue il nord-est dove la concentrazione di stranieri è del 24,5%, poco inferiore rispetto a quella del centro (25%). Un numero considerevolmente inferiore di stranieri si trova nel sud Italia dove la presenza di immigrati è del 16%. Volendo completare il quadro

plexità che deriva da tali trasformazioni sociali, culturali e pure religiose, tuttavia non è stata ancora pienamente colta dal legislatore nazionale tanto che in molti casi sono state le amministrazioni locali a tentare una regolamentazione della più quotidiana convivenza. Infatti, anche a causa della mancanza di un'intesa con le comunità islamiche per ragioni imputabili pure alla frammentazione del panorama islamico italiano (ALICINO, 2016), in passato alcune amministrazioni locali come quella del Comune di Torino si sono attivate per regolamentare, per quanto possibile e secondo le competenze previste dal Titolo V della Costituzione, il ruolo delle comunità islamiche locali nel territorio comunale. Nel febbraio 2016 il Comune di Torino ha firmato un c.d. Patto di Condivisione con le comunità islamiche locali proprio perché queste società "possono e devono vivere in pace, nel rispetto delle differenze e dei diritti umani fondamentali" e la novità di tale patto sta nella previsione di una serie di attività concrete dedicate alla formazione di una cittadinanza attiva e condivisa. Fra queste era stata prevista la costituzione di un coordinamento permanente con le comunità religiose e la Città, la presenza di spazi informativi sulle attività del Comune presso le moschee, l'organizzazione di eventi come "Moschea aperta, spazio di tutti" che potessero avvicinare i torinesi alla conoscenza delle tradizioni islamiche, la cui immagine è sempre più distorta dal terrorismo jihadista e da alcuni media occidentali.

In questo caso specifico l'amministrazione comunale ha operato secondo le proprie competenze, riuscendo a coinvolgere 35mila musulmani residenti a Torino anche attraverso uno sforzo di governance strategica che esce dai binari più convenzionali della normazione tradizionale e utilizza invece gli strumenti della partecipazione civica e della cittadinanza attiva.

Invece la legge regionale lombarda presentava un tentativo normativo di ostacolare l'esercizio di una libertà fondamentale – quella di culto – sempre più discussa anche in seguito agli attacchi jihadisti che continuano a minacciare la pace in Europa. Come ribadito anche dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>9</sup>, la disponibilità di luoghi di culto appropriati è un elemento essenziale dell'esercizio della libertà religiosa che, come diritto fondamentale dell'Uomo, non può essere ristretto se non nei limiti stabiliti. Ad esempio nel 2016, nel caso richiamato *Association for Solidarity with Jehovah Witnesses and Others contro Turchia*, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo aveva constatato una violazione dell'art. 9 della Convenzione che

della presenza non solo islamica ma anche straniera in Lombardia si evidenzia che gli stranieri presenti sul territorio della Regione lombarda sono 1 milione e 150mila e a Milano sfiorano il 14% della popolazione residente (a Roma gli stranieri sono il 12% della popolazione).

<sup>9</sup> Si veda la sentenza del 24 maggio 2016, *Association for Solidarity with Jehovah Witnesses and Others contro Turchia*.

tutela la libertà religiosa poiché a tali confessioni religiose era stata negata la possibilità di ottenere un luogo appropriato per svolgere il culto in quanto accusate di minacciare l'ordine pubblico. Anche in quell'occasione tale diniego fu ritenuto sproporzionato rispetto alle finalità di pubblica sicurezza e fu considerato come una diretta interferenza dello Stato nell'esercizio di una libertà fondamentale come quella religiosa. Anche in questo caso è ribadita la possibilità di limitare anche solo momentaneamente – ma con legge –, la libertà religiosa, tuttavia è altrettanto sottolineata l'integrità assoluta della libertà di religione, costituita da un elemento psicologico-soggettivo (la convinzione personale) e dall'espressione del culto che avviene necessariamente attraverso l'esercizio. Quest'ultimo elemento non può essere scisso da qualsiasi dichiarazione di libertà religiosa e, per essere concreto, necessita degli spazi adeguati.

Accertato che la legge lombarda non rientri nemmeno nelle limitazioni previste alla libertà religiosa, resta la sfida della rappresentanza delle comunità locali nelle sedi decisionali perché emerge sempre più concreto il rischio che un provvedimento normativo sia il prodotto esclusivo di una formazione politica parziale. Il Patto di Convivenza di Torino e la legge regionale lombarda dimostrano, infatti, come l'intervento correttivo della Corte costituzionale sia stato più che necessario perché l'azione delle amministrazioni locali, sebbene risulti spesso efficace ove ben organizzata e debitamente programmata, è limitata dalle stesse maggioranze politiche che le animano e che non sempre rappresentano la totalità della popolazione residente.

Va aggiunto che è evidente che il caso islamico presenti criticità specifiche perché il contesto europeo in cui si inserisce è sempre più spesso ostile a qualsiasi presenza islamica nello spazio e nella simbologia pubblica. In seguito anche agli attacchi jihadisti susseguitosi negli ultimi anni in Europa, il culto islamico è spesso accusato da parte di alcuni gruppi e movimenti politici di essere in palese contrasto con l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale, con una conseguenziale crescita di sentimenti e argomentazioni islamofobe (SINO, LEVANTINO, 2015).

In questa cornice che svantaggia notevolmente le comunità islamiche che ordinariamente svolgono le proprie funzioni religiose e che non sono coinvolte in alcun tipo di attività terroristica<sup>10</sup>, l'intervento del legislatore lombardo sottolinea come i diritti delle comunità musulmane siano ormai diventate il

<sup>10</sup> È stato più volte dimostrato che la diffusione dell'ideologia jihadista avviene tramite internet o nelle carceri così come nelle periferie delle grandi città, evitando i circuiti delle moschee o dei centri religiosi che per primi si metterebbero in contatto con le polizie degli Stati ospiti. Le moschee quindi non rappresenterebbero il maggior – o l'unico – centro d'indottrinamento di potenziali jihadisti, anzi rappresentano un alleato indispensabile per tutti i Paesi europei nella lotta al terrorismo islamico contemporaneo.

vulnerabile oggetto di campagne politiche "a costo zero" per i partiti che le svolgono poiché i titolari dei diritti in discussione – i musulmani – spesso sono stranieri senza diritto di voto. Il nodo della rappresentanza emerge e diventa centrale perché, come dimostrato, è complicato per tali categorie di residenti riuscire a ottenere rappresentanti che contrastino all'interno degli stessi Consigli regionali eventuali maggioranze che vogliono limitare l'esercizio di alcuni loro diritti.

È evidente che tale sbilanciamento fra assemblea legislativa e popolazione destinataria della normativa prodotta non è automatico, tuttavia il rischio che si possa verificare soprattutto in una materia così politicamente sensibile come l'esercizio del culto islamico è ancora alto. Se da un lato l'assenza di un'intesa con le comunità islamiche necessariamente richiede uno sforzo di *governance* alle amministrazioni locali, dall'altro è necessario prevedere un limite e un controllo all'azione di tali enti, qualora questi possano dirigersi verso soluzioni limitative dei diritti di qualche minoranza. In questa prospettiva l'intervento della Corte costituzionale, senza del quale i diritti delle minoranze potrebbero essere soggetti a una serie di restrizioni politicamente travisate, si pone come un'azione di controllo che incarna la protezione delle libertà fondamentali prevista dalla Costituzione e il rispetto del Titolo V nel riparto delle competenze Stato-Regioni.

Un ultimo punto rilevante della sentenza in esame è rappresentato infine dal limite che la Corte costituzionale stessa si pone nell'assumere il ruolo di giudice dei diritti: nella definizione delle possibili cause di limitazione della libertà religiosa per intervento del legislatore a tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza, secondo alcuni come CROCE "nel dichiarare incostituzionali tutte le disposizioni della legge regionale relative alla sicurezza e all'ordine pubblico non si esclude che tali interventi possano essere legittimi se presi dallo Stato che ha competenza esclusiva in materia" (2016: 4-5). In questo senso si assisterebbe a un temperamento "che potrebbe anche essere ragionevole delle esigenze egualitarie laddove si fa notare che le risorse sono finite e che quindi la quantificazione nell'attribuzione delle stesse (siano essi contributi o porzioni di suolo) può legittimamente dipendere da questioni di carattere quantitativo, e anche in questo caso qualche motivo di perplessità resta perché non si dovrebbe mai dimenticare che l'art. 3, comma 2, Cost., esige comunque che gli individui e le minoranze svantaggiate possano vedersi tributati trattamenti di favore per rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, e la condizione delle minoranze religiose in relazione all'edilizia di culto sembra proprio concretare una di quelle situazioni di svantaggio da rimuovere (e che invece la legislazione correttamente dichiarata incostituzionale tendeva ad accentuare)" (CROCE, 2016, 5).

#### 4. Conclusioni

In seguito agli attacchi jihadisti che negli ultimi anni hanno insanguinato le città europee, la presenza della simbologia religiosa – in particolare quella islamica – nello spazio pubblico solleva sempre maggiori criticità e tensioni in quanto considerata e presentata come estranea alle tradizioni laiche nazionali. La violenza scoppiata a Nizza nell'estate 2016 e i successivi divieti di indossare simboli religiosi come il velo o il c.d. *burkini* in alcune spiagge francesi hanno concentrato l'attenzione degli europei su una presenza che, seppur crescente nelle città europee, fatica ancora a farsi conoscere mentre subisce continui attacchi e accuse di stampo islamofobo (PEPICELLI, 2016).

Soprattutto in seguito agli attacchi di Charlie Hebdo nel gennaio 2015, la presenza islamica è stata sempre più sofferta e mal sopportata tanto che il livello di intolleranza nei confronti dei musulmani è divenuto uno dei punti della retorica politica di alcuni partiti e movimenti tanto da concretizzarsi in discipline normative in alcune regioni europee come nel caso della legge del Consiglio Regionale della Lombardia. Ciò dimostra che ancora il discorso islamofobo è molto lontano dall'essere superato e che minaccia la convivenza pacifica delle città europee.

Caduti nella trappola più subdola del terrorismo jihadista, alcuni movimenti politici continuano ad accusare le comunità islamiche di essere complici dei jihadisti europei, di reclutare *foreign fighter* in partenza per i territori dell'ISIS oppure di essere inconciliabili con le tradizioni occidentali ed europee.

D'altro canto, invece, il Mediterraneo, nel quale l'Italia rappresenta il ponte privilegiato, dimostra come la convivenza sia stata possibile più di una volta (DECARO, 2013) e che l'esclusione delle comunità islamiche dalla vita pubblica delle società europee sia non solo in contrasto con la tradizione europea laica e inclusiva ma anche un grave errore strategico nella lotta al terrorismo di matrice islamica. Come nel caso del patto di Condivisione della Città di Torino, le comunità islamiche devono essere chiamate a riconoscersi nei valori costituzionali italiani ed europei, ma al tempo stesso va offerto uno spazio comune per lavorare insieme e per accrescere la conoscenza reciproca al fine di combattere insieme l'esclusione sociale e il terrorismo jihadista.

Il percorso verso la costruzione di una convivenza serena è ancora lungo e complesso e sicuramente l'assenza di un'intesa fra lo Stato e le comunità islamiche rappresenta un ostacolo considerevole perché, nonostante le proposte d'intesa che si sono susseguite nel tempo (MANCUSO, 2012), ancora non si è raggiunto un accordo, anche se il Patto del 2017 sembra un presupposto concreto e positivo per la conclusione definitiva dell'intesa. La frammentazione

del panorama islamico del nostro Paese infatti costituisce una questione fondamentale e interna all'Islam stesso che non può risolversi se non attraverso una serie di azioni interne e gestite dalle stesse comunità italiane. Va però osservato che se le comunità islamiche non riescono a superare le divisioni interne, i musulmani italiani e le comunità ospiti necessitano comunque di un riferimento per la regolamentazione, gestione e il rispetto del culto islamico e in questa cornice le amministrazioni locali come le Regioni o i Comuni sono chiamate a intervenire.

Le istituzioni locali, più vicine alle comunità e più radicate nei territori, si trovano esattamente dove avvengono – o dovrebbero avvenire – i processi di integrazione e dove garantire la convivenza pacifica perché sono chiamate oggi a rispondere alla sfida del pluralismo prodotto dalla globalizzazione e dai flussi migratori contemporanei, elaborando nuove connessioni e stringendo nuovi canali di dialogo con i territori e le loro comunità.

In assenza di un'intesa Stato-Islam, tale ruolo sarà affidato loro ancora per i prossimi anni, nonostante si evidenzino come queste istituzioni locali siano spesso sprovviste degli adeguati meccanismi di rappresentanza effettiva delle comunità di riferimento.

Si auspica così che la decisione della Corte costituzionale, oltre a ribadire la protezione necessaria per una libertà fondamentale come quella religiosa, apra una riflessione più approfondita sull'evoluzione dei meccanismi di rappresentanza che possano includere tutti coloro che vivono sul territorio italiano soprattutto in quei casi in cui l'attività legislativa abbia ad oggetto l'esercizio dei diritti e delle libertà.

In questi casi, il ruolo della Corte costituzionale si riconferma essenziale per l'interpretazione delle disposizioni della Costituzione in materia, divenendo riferimento e controllo per i legislatori regionali e centrale. È essenziale infatti che il giudice costituzionale continui la propria azione di garanzia dei diritti costituzionalmente definiti, proteggendoli da eventuali restrizioni inadeguate come nel caso della legge della Regione Lombardia. La protezione dei diritti infatti non può che caratterizzarsi anche per una fondamentale omogeneità della loro applicazione sul territorio italiano come garantito dall'art. 117 Cost. nel caso dei rapporti Stato-religioni.

Medesima attenzione va però dedicata, come summenzionato, anche al monitoraggio dell'applicazione delle cause di giustificazione delle limitazioni dell'ordine pubblico o della sicurezza. Seppur previsti dalla legge, le cause di limitazione della libertà religiosa vanno sempre valutate in proporzione all'eventuale minaccia rappresentata e, in virtù del loro carattere generico e astratto, le ragioni per la sospensione di tale libertà vanno considerate con massima attenzione anche da parte del giudice costituzionale. Se così non

fosse, il rischio che si corre per via dell'azione di alcune maggioranze politiche locali come nel caso oggetto della sentenza n. 63 del 2016, si ripeterebbe con esiti disastrosi anche a livello nazionale.

In conclusione, si auspica che le amministrazioni locali, ognuna secondo le proprie competenze previste dalla Costituzione e secondo le capacità di ciascuna, riescano a includere, al di là dei tradizionali meccanismi di rappresentanza, tutte le formazioni sociali presenti sul territorio, confessioni religiose incluse anche quando queste sono costituite prevalentemente da stranieri residenti in Italia. In questo percorso, la guida della Corte costituzionale come giudice dei diritti è essenziale perché è ispirazione per i contenuti da attribuire ai diritti e fornisce la protezione adeguata contro eventuali politiche che possano sminuire o limitare l'esercizio di alcune libertà fondamentali come quella di culto.

### *Riferimenti bibliografici*

ALICINO, Francesco, (a cura di) (2016), "I diritti umani nel mondo globale", Editoriale Scientifica, Napoli.

CROCE, Marco (2016), "L'edilizia di culto dopo la sentenza n. 63/2016: esigenze di libertà, ragionevoli limitazioni e riparto di competenze fra Stato e Regioni", in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

COLAIANNI, Nicola (2012), "Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianze e differenze nello Stato costituzionale", Il Mulino, Bologna.

DECARO, Carmela (a cura di) (2013), "Tradizioni religiose e tradizioni costituzionali. L'Islam e l'Occidente", Carocci, Roma.

HACKETT, Conrad (2016), "5 facts about the Muslim Population in Europe", 19 luglio 2016, disponibile su: [www.pewresearch.org](http://www.pewresearch.org)

LIPKA, Michael (2017), "Muslims and Islam: Key findings in the U.S. and around the world" in Pew Research Center, 9 agosto 2017, disponibile al sito: <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/08/09/muslims-and-islam-key-findings-in-the-u-s-and-around-the-world/>

PEPICELLI, Renata (2016), "5 ragioni per cui è un errore vietare il burkini in Francia e in Italia" in Huffington Post, 18 agosto 2016, disponibile su [www.huffingtonpost.it](http://www.huffingtonpost.it)

MANCUSO, Anna Sveva (2012), "La presenza islamica in Italia: forme di organizzazione, profili problematici e rapporti con le istituzioni" in Stato, chiese e pluralismo confessionale, 32/30212, disponibile su [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)

SIINO, Grazia Alessandra, LEVANTINO, Nadia (2015) "Islamophobia in Italy National Report 2015", in BAYRAKLI, Enes, HAFEZ, Farid (a cura di), "Islamophobia Report 2015", Seta, Istanbul

*Documenti e Atti consultati*

CENTRO STUDI E RICERCHE IDOS (2015), Dossier Statistico Immigrazione 2015, Roma

INTERNAZIONALE (2015), "Quanti sono i musulmani in Europa, davvero", disponibile online: <https://www.internazionale.it/notizie/2015/01/08/quant-sono-i-musulmani-in-europa-davvero>

ISMU (2013), "Immigrati e religioni in Italia: gli ortodossi sono più numerosi dei musulmani", disponibile online: [www.ismu.org](http://www.ismu.org)

PEW RESEARCH CENTER (2016), "Those on ideological right more unfavorable toward Muslims in most countries", disponibile online: <http://www.pewglobal.org/2016/07/11/europeans-fear-wave-of-refugees-will-mean-more-terrorism-fewer-jobs/unfav-muslim-dot-plot-web-version/>

PEW RESEARCH CENTER, (2014), "A Fragile Rebound for EU Image on Eve of European Parliament Elections", disponibile online: <http://www.pewglobal.org/2014/05/12/a-fragile-rebound-for-eu-image-on-eve-of-european-parliament-elections/>

PEW RESEARCH CENTER (2016), "Few Europeans say significant numbers of Muslims in their country support ISIS", disponibile online: [http://www.pewglobal.org/2016/07/11/negative-views-of-minorities-refugees-common-in-eu/ga\\_2016-07-11\\_national\\_identity-02-04/](http://www.pewglobal.org/2016/07/11/negative-views-of-minorities-refugees-common-in-eu/ga_2016-07-11_national_identity-02-04/)

## RAPPRESENTANZA O PARTECIPAZIONE: IL DILEMMA DELLE CITTÀ METROPOLITANE

*Filomena Manganiello\**

SOMMARIO: 1. Le coordinate legislative e i problemi sollevati. – 2. Note brevi su democraticità e rappresentanza... – 2.1. ... nella sentenza n. 50/2015. – 2.2. ... negli Statuti delle Città metropolitane. – 3. Riferimenti bibliografici.

### 1. *Le coordinate legislative e i problemi sollevati*

Con la legge n. 56 del 2014 il Parlamento ha approvato un'ampia riforma in materia di enti locali. In essa si prevede l'attuazione dell'art. 114 Cost. (che annovera le Città metropolitane tra gli enti costitutivi della Repubblica), la ridefinizione del sistema delle Province e una nuova disciplina in materia di unioni e fusioni di Comuni. L'intento che ha animato il legislatore di riforma è stato precipuamente quello della riduzione delle spese per gli enti territoriali subregionali, tentando di bilanciare il loro accorpamento/ridimensionamento col rispetto del principio autonomistico.

Ai fini che qui interessano, l'art. 1, comma 7, della l. n. 56/2014<sup>1</sup> ha previsto che gli organi della Città metropolitana siano eletti indirettamente: il Sindaco metropolitano è il Sindaco del Comune capoluogo; il Consiglio metropolitano è composto dal Sindaco metropolitano e da un numero di consiglieri variabile in base alla popolazione, eletti dai sindaci e dai consiglieri comunali dei Comuni della Città metropolitana<sup>2</sup>; la Conferenza metropolitana è formata dal Sindaco metropolitano e dai Sindaci dei Comuni della Città metropolitana.

Tuttavia, il comma 22 stabilisce che lo Statuto possa prevedere l'elezione diretta del Sindaco e del Consiglio metropolitano<sup>3</sup>, purché siano soddisfatte le seguenti condizioni espressamente ritenute dal legislatore come *necessarie*:

\* Università degli Studi di Napoli Federico II.

<sup>1</sup> Ricostruisce il percorso normativo che ha condotto alla formulazione della l. n. 56/2014, nonché le difficoltà di raccordo tra i testi COCOZZA GIOVANNI, (2014: 459-478). Cfr. altresì LUCARELLI ALBERTO, (2012:1-15).

<sup>2</sup> Sono eleggibili a consigliere metropolitano i sindaci e i consiglieri comunali in carica (art. 1, comma 25).

<sup>3</sup> Per un approfondimento sull'ipotetica incostituzionalità di organi di governo locali indirettamente eletti si rinvia a CHESSA OMAR, (2013: 11). BOGGERO GIOVANNI, (2014: 573-598). CARETTI PAOLO, (2013: 1 ss.).

approvazione del sistema elettorale con legge statale; articolazione del territorio del Comune capoluogo in più Comuni, entro la data di indizione delle elezioni<sup>4</sup>; istituzione dei nuovi Comuni e loro denominazione ad opera della Regione ai sensi dell'art. 133 della Costituzione.

Hanno optato per l'elezione diretta gli Statuti delle Città Metropolitane di Milano, Roma Capitale e Napoli<sup>5</sup>.

Si pone a questo proposito un duplice problema, atteso che si sono diffusi due modelli di elezione. Per le Città metropolitane che hanno scelto l'elezione indiretta, ove emerge la necessità di colmare un *deficit di rappresentanza*, occorre verificare quanto spazio i singoli Statuti abbiano lasciato alle forme di *partecipazione*. In altri termini, si tratta di constatare se attraverso la previsione degli strumenti di *partecipazione* si sia recuperato ciò che, inevitabilmente, si è perso in termini di *rappresentanza*, posto che di sicuro per queste non possa parlarsi di democrazia rappresentativa *stricto sensu*<sup>6</sup>.

Per quelle, invece, che hanno preferito introdurre nei propri Statuti l'elezione diretta resta da esaminare la *qualità* degli strumenti partecipativi previsti, visto che per esse non si pone, almeno in astratto, un problema di *vulnus* della rappresentanza.

La ricerca è volta, dunque, all'esame degli istituti di partecipazione disciplinati nei singoli Statuti per comprendere fino a che punto possa sostenersi che le Città metropolitane siano enti *democratici*.

Il *prius* di queste riflessioni è costituito dall'analisi di alcuni passaggi della sentenza della Corte costituzionale n. 50/2015 intervenuta a valutare la conformità a Costituzione proprio della l. n. 56/2014.

<sup>4</sup> Tale articolazione deve avvenire su proposta del Consiglio comunale del Comune Capoluogo adottata secondo la procedura prevista dall'art. 6, comma 4, del TUEL (vale a dire con il voto favorevole dei due terzi dei consiglieri assegnati o, in alternativa, della maggioranza assoluta espressa per due volte consecutive), che deve essere, inoltre, sottoposta a *referendum* tra tutti i cittadini dell'area metropolitana ed approvata dalla maggioranza dei partecipanti al voto.

<sup>5</sup> La dottrina fa notare che "non è un caso che si tratta delle tre Città metropolitane che, avendo più di tre milioni di abitanti, non devono necessariamente (diversamente dalle altre sette) sciogliere il Comune capoluogo in più Comuni prima di poter aderire all'elezione a suffragio universale e diretto dei propri organi". Così ALESSANDRO STERPA, FEDERICA GRANDI, FEDERICA FABRIZZI, MARZIA DE DONNO, (2015:5).

<sup>6</sup> Cfr. DELLA MORTE MICHELE, (2012: 31 ss).

## 2. Note brevi su democraticità e rappresentanza...

### 2.1. ... nella sentenza n. 50/2015

La Corte costituzionale con la sentenza n. 50/2015 si è pronunciata, respingendoli, sui ricorsi presentati da quattro Regioni (Veneto, Campania, Puglia, Lombardia) su diversi commi dell'unico articolo della l. n. 56 del 2014<sup>7</sup>.

Nel dettaglio, le ricorrenti hanno dubitato della compatibilità della disciplina impugnata, *inter alia*, con i principi della rappresentanza politica democratica e della sovranità popolare sanciti sia dalla Costituzione che dalla Carta europea dell'autonomia locale.

Tali principi sarebbero violati, *in primis*, dal fatto che nessuno degli organi delle Città metropolitane è eletto direttamente dai cittadini, sicché mancherebbero per tali enti gli *standard* minimi di rappresentatività e responsabilità politica che devono essere rispettati, invece, anche nel caso di elezioni di secondo grado. Come anticipato, infatti, il Sindaco metropolitano è identificato "di diritto" con quello del Comune capoluogo: tale previsione è oggetto di censura poiché impone all'intero corpo elettorale metropolitano le scelte operate dai soli elettori del Capoluogo.

Ancora, secondo le Regioni nella legge n. 56/2014 mancherebbe qualunque meccanismo di responsabilità politica nei confronti dei veri organi decisionali delle Città metropolitane, vale a dire il Sindaco e il Consiglio, tanto ciò vero che anche nella nota n. 1/2014, del 23/10/2014, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, non si riconosce agli Statuti delle Città metropolitane, "in assenza di ogni previsione legislativa in merito", l'applicazione al Sindaco metropolitano dell'istituto della mozione di sfiducia *ex art. 52 TUEL*. La l. n. 56/2014 stabilisce, appunto, che i Sindaci metropolitani ricoprono l'incarico in virtù della omologa carica nel Comune capoluogo (salva, si ricorda, l'ipotesi di elezione diretta) e, come tali, sono inamovibili fino quando restano in carica a livello comunale, come conferma il comma 21<sup>8</sup>.

Infine, le ricorrenti sostengono che la Conferenza metropolitana, pur essendo l'unico organo composto da soggetti eletti direttamente e, quindi, rappresentativo dell'intera comunità di elettori del territorio di riferimento, di-

<sup>7</sup> Cfr. BARBERO MATTEO, VIGATO ELISABETTA, (2015: 2 ss.). SPADARO ANTONINO, (2015: 15 ss.).

<sup>8</sup> Esso introduce un meccanismo *simul stabunt simul cadent* in base al quale, quando avviene il rinnovo del Consiglio del Comune capoluogo e, quindi, cessa il mandato del relativo Sindaco, si procede a nuove elezioni anche del Consiglio metropolitano.

sponde di poteri assai limitati<sup>9</sup> e non esercita alcuna funzione che sia tipica di una camera elettiva<sup>10</sup>.

La Corte costituzionale respinge, innanzitutto, il tentativo delle ricorrenti di identificare la sovranità popolare con i soli istituti di democrazia diretta e precisa che «la natura costituzionalmente necessaria degli enti previsti dall'art. 114 Cost., come “costitutivi della Repubblica”, ed il carattere autonomistico ad essi impresso dall'art. 5 Cost. non implicano (...) ciò che le ricorrenti pretendono di desumerne, e cioè l'automatica indispensabilità che gli organi di governo di tutti questi enti siano direttamente eletti»<sup>11</sup>.

In merito alla posizione del Sindaco metropolitano, la Corte afferma che l'individuazione di questo nel Sindaco del Comune Capoluogo «non è irragionevole» sia perché si è in presenza di una fase di prima attuazione della riforma, sia poiché non è irreversibile potendo gli Statuti preferire l'elezione diretta.

Infine, sulle contestazioni aventi ad oggetto la Conferenza metropolitana, la Corte risponde sostenendo che gli Statuti possono ampliare le sue attribuzioni, così superando il ruolo riduttivo che, secondo le Regioni, la l. n. 56/2014 ha previsto per le stesse, e prevedere ulteriori meccanismi per superare, eventuali *deficit* di rappresentanza.

Pertanto, per la Corte, con riferimento all'elezione di secondo livello degli organi della Città metropolitana, non «sussiste la denunciata incompatibilità della normativa impugnata con l'art. 3, comma 2, della Carta europea dell'autonomia locale, invocata dalle ricorrenti – come parametro interposto ai fini della violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. – nella parte in cui prevedrebbe che almeno uno degli organi collegiali sia ad elezione popolare diretta».

Secondo la Corte, infatti, «a prescindere dalla natura di documento di me-

<sup>9</sup> Ai sensi del comma 9, infatti «adotta o respinge lo statuto e le sue modifiche proposti dal Consiglio metropolitano».

<sup>10</sup> Viene in rilievo, soprattutto, l'assenza del controllo politico sul Sindaco. La Conferenza, nel dettaglio, esercita un potere deliberativo circoscritto alla sola adozione dello Statuto, che può approvare o respingere, ma non modificare; esprime parere obbligatorio sugli schemi di bilancio; svolge, inoltre, poteri esclusivamente “propositivi e consultivi”, ma rimessi alla disciplina degli Statuti.

<sup>11</sup> La Corte richiama la sentenza n. 274 del 2003 e l'ordinanza n. 144 del 2009, che hanno escluso la totale equiparazione tra i diversi livelli di governo territoriale; anzi i principi di adeguatezza e differenziazione comportano la possibilità di diversificare i modelli di rappresentanza politica ai vari livelli. Ancora, la Corte richiama la sentenza n. 96 del 1968, nella quale si è affermata la compatibilità di un meccanismo elettivo di secondo grado con il principio democratico e con quello autonomistico, escludendo che il carattere rappresentativo ed elettivo degli organi di governo del territorio venga meno in caso di elezioni di secondo grado. Punto 3.4.3. del Considerato in diritto.

ro indirizzo della suddetta Carta europea, che lascia ferme “le competenze di base delle collettività locali (...) stabilite dalla Costituzione o della legge” (...), è comunque decisivo il rilievo che l’espressione usata dalla norma sovranazionale, nel richiedere che i membri delle assemblee siano “freely elected”, ha, sì, un rilievo centrale quale garanzia della democraticità del sistema delle autonomie locali, ma va intesa nel senso sostanziale della esigenza di una effettiva rappresentatività dell’organo rispetto alle comunità interessate».

Quindi, la compatibilità con la Carta europea delle autonomie locali sarebbe assicurata, per la Corte, da un organo monocratico e da un organo collegiale, eventualmente eletti direttamente dai cittadini; nonché dagli strumenti di democrazia partecipativa e diretta presenti nella legge impugnata ed eventualmente da quelli previsti dagli Statuti delle Città metropolitana: da qui, allora, la necessità di verificare, soprattutto per quegli Statuti che non hanno optato per l’elezione diretta, quali strumenti hanno previsto per superare il difetto di rappresentanza politica.

## 2.2. ... negli Statuti delle Città metropolitane

Dalla decisione esaminata emergerebbe che il principio di sovranità popolare, la natura costituzionalmente necessaria degli enti di cui all’art. 114 Cost. e il carattere autonomistico ad essi impresso dall’art. 5 Cost. non comporterebbero l’obbligo di elezione diretta<sup>12</sup>.

Occorre verificare, perciò, se siano almeno assicurati negli Statuti delle Città metropolitane<sup>13</sup> gli strumenti che incentivano la democrazia partecipativa. Notoriamente questa espressione «riguarda processi in cui intervengono sia direttamente i cittadini comuni<sup>14</sup> che istanze istituzionali<sup>15</sup>, con l’intento di

<sup>12</sup> Cfr. LUCARELLI ALBERTO (2015: 4 ss.).

<sup>13</sup> L’esame è limitato agli Statuti non potendo in questa sede estendere l’analisi anche ai regolamenti attuativi.

<sup>14</sup> Si precisa che qualche Statuto mira a garantire direttamente il diritto di partecipare ai *referendum* e agli altri strumenti di partecipazione anche ai cittadini maggiorenni extra-europei residenti nei Comuni metropolitani e titolari di permesso di soggiorno (art. 7, comma 4, Statuto di Milano).

<sup>15</sup> In particolare, l’art. 8 dello Statuto di Bologna sottolinea il ruolo primario dei Comuni in relazione alla partecipazione, quali soggetti di prossimità a diretto contatto con i cittadini. Con riferimento a questo profilo compito della Città metropolitana è quello di sostenere e valorizzare gli strumenti di partecipazione attivati a livello comunale, assicurando il collegamento tra le esperienze di partecipazione comunali e i processi decisionali della Città metropolitana, anche mediante la considerazione delle priorità emerse nei territori. Anche lo Statuto di Bari prevede che «al fine di promuovere la massima collaborazione con la Regione e i Comuni in essa compresi, la Città metropolitana promuove forme idonee di confronto e consultazione anche permanenti» (art. 1, comma 5).

pervenire al risultato unitario di una decisione pubblica»<sup>16</sup>. Tutti gli Statuti prevedono genericamente il “diritto” alla partecipazione, enunciato già tra i principi generali che informano l’amministrazione del nuovo ente. Ma vi è di più: gli Statuti delle Città metropolitane di Milano, Bologna e Napoli antepongono al testo un preambolo che include la partecipazione democratica tra gli obiettivi e i valori fondamentali cui il testo stesso si ispira<sup>17</sup>.

È necessario, però, valutare come questi *principi* si trasformano in *regole* di partecipazione.

Diversi gli strumenti partecipativi previsti dagli Statuti: l’istruttoria pubblica, per la formazione di atti normativi o amministrativi di carattere generale (Milano, art. 8); il dibattito pubblico, per la realizzazione di opere pubbliche strategiche (Bologna, art. 8, comma 6); i bilanci partecipativi (Milano, art. 14, comma 5)<sup>18</sup>; le deliberazioni di iniziativa popolare (in base a proposte presentate da residenti o da Consigli comunali, sulle quali il Consiglio metropolitano si pronuncia entro 60 giorni: Milano, art. 10; Napoli, art. 15); i *referendum* di tipo abrogativo, consultivo, propositivo (Milano, art. 11; Napoli, art. 16)<sup>19</sup>.

Ancora, si può evidenziare che in forme varie è sottolineata l’importanza del confronto con le rappresentanze delle organizzazioni economiche, sociali e culturali, riunite, ad esempio, in un «*Forum* metropolitano della società civile» (Milano, art. 4; Napoli, art. 14, ove si prevede anche un *forum* dei giovani) e coinvolte soprattutto nei procedimenti di pianificazione strategica e territoriale (Firenze, art. 9, comma 1; Bologna, art. 8, comma 5; Napoli, art. 12, comma 2).

Tra l’altro, lo Statuto della Città metropolitana di Bologna presenta una peculiarità: in esso la partecipazione costituisce titolo a sé stante (Titolo II, Partecipazione popolare e trasparenza amministrativa), nell’ambito del quale all’art. 11 si valorizzano significativamente anche i diritti di cittadinanza digi-

<sup>16</sup> ALLEGRETTI UMBERTO, (2011: 295).

<sup>17</sup> Cfr. VANDELLI LUCIANO, (2014: 213 ss.). BIANCHINI STEFANO, (2014: 80 ss.). BROCCA MARCO, (2014: 56 ss.). PIAZZA IPPOLITO, (2014: 97 ss.). CALZOLAIO SIMONE (2014: 114 ss.). DE DONNO MARZIA, (2014: 142 ss.). ROTA FRANCESCO, (2014: 167 ss.). DEMICHELIS ELENA, (2014: 185 ss.). FORMICHELLA GIUSEPPE, (2015: 9 ss.). MARESCA DOMENICO, (2015: 3).

<sup>18</sup> Per lo Statuto di Napoli, invece, si segnala l’assenza di forme specifiche di istruttoria pubblica per la formazione di atti normativi o amministrativi generali come quelle previste dallo Statuto di Milano, o forme di discussione come il dibattito pubblico per la realizzazione di opere strategiche previsto dallo Statuto di Bologna. Inoltre, manca la previsione di forme partecipative al bilancio che, adeguatamente disciplinate, avrebbero potuto rappresentare un importante elemento di partecipazione e informazione. Cfr. ROTA FRANCESCO, (2014: 168).

<sup>19</sup> L’art. 12, comma 2, dello Statuto di Milano precisa, inoltre, che l’esito del *referendum* propositivo o abrogativo è vincolante per il Consiglio metropolitano, tenuto a prenderne atto con apposito provvedimento e ad adottare le ulteriori deliberazioni necessarie, ma non indica le conseguenze di un’eventuale inottemperanza.

tale: la Città metropolitana si impegna, nel dettaglio, a sviluppare progettualità adeguate al fine di garantire l'esercizio di questi diritti, rimuovendo «ogni ostacolo di ordine economico, sociale e territoriale» e ad assicurare un ampio ricorso a modalità di consultazione e di partecipazione in rete, sviluppando forme di democrazia digitale. Alla stessa Città metropolitana, del resto, si attribuisce il compito di promuovere e coordinare i sistemi di informatizzazione e digitalizzazione in ambito metropolitano.

Particolare attenzione, infine, è rivolta in diversi Statuti al principio di sussidiarietà orizzontale e di collaborazione con le istanze sociali ed economiche nell'area metropolitana, favorendo la crescita e la diffusione dell'iniziativa privata negli ambiti di interesse generale e di cura dei beni comuni, anche prevedendo modalità di stabile confronto con forme associative, categorie produttive, organizzazioni sindacali (Bologna, art. 4; Roma, art. 4, comma 1; Milano, art. 46; Bari, art. 4).

In sintesi, gli Statuti più deludenti per il profilo oggetto dell'indagine sono quelli di Firenze e Genova, che per giunta hanno scelto l'elezione indiretta dei propri organi. Il primo si dedica espressamente alla partecipazione solo agli articoli 2 (che individua tra le finalità della Città metropolitana, la valorizzazione del principio di partecipazione) e 9 (incluso nel Titolo II «Ruolo e funzioni della Città metropolitana»), ma la disciplina che esso reca è alquanto scarna, per diversi profili. In *primis*, lo Statuto non disciplina gli istituti di partecipazione ma si limita a prevedere che la Città metropolitana «favorisce e promuove» procedure di informazione e partecipazione (art. 9, comma 1): le forme e le modalità attuative sono interamente rimesse a un apposito regolamento. Ancora, l'ambito applicativo delle procedure partecipative è limitato all'adozione degli atti di pianificazione strategica e territoriale (art. 9, comma 1). Da ultimo, lo Statuto finalizza la partecipazione esclusivamente alla trasparenza: ne valorizza, perciò, la dimensione di strumento informativo ma, contestualmente, ne trascura quella di istituto di coinvolgimento attivo degli interessati<sup>20</sup>.

La partecipazione, allora, è connessa all'informazione e alla conoscenza dei cittadini, anziché essere intesa come strumento che essi hanno per rappresentare i propri interessi e contribuire alla definizione dell'azione della Città metropolitana. Ciò porta a rilevare un'evidente lacuna dello Statuto: non sono, infatti, previsti gli istituti di partecipazione democratica (a cominciare dal *referendum*) e l'assenza è resa ancor più grave, in termini di legittimità democratica, proprio dall'elezione indiretta del Sindaco e del Consiglio metropolitano.

Similmente, anche lo Statuto della Città metropolitana di Genova appare

<sup>20</sup> In tal senso si esprime PIAZZA IPPOLITO, (2014: 97 ss.).

assai limitato in merito alle disposizioni in materia di partecipazione, lasciando al regolamento sulla partecipazione di sviluppare, o meno, aspetti che, invece, sono stati puntualmente contemplati in altri Statuti<sup>21</sup>. Solo l'ultimo articolo del Titolo V è, infatti, dedicato alla «partecipazione» (art. 31, St.). Lo Statuto vi fa rientrare, in primo luogo, il «principio del coinvolgimento e della più ampia consultazione dei Comuni, singoli o associati, e delle comunità» ricomprese nel territorio della Città metropolitana, ma rinvia ad un «Regolamento sulla partecipazione» la disciplina dei casi e delle modalità di attuazione delle forme di consultazione e di *referendum* popolare (art. 31, commi 2-3, St.)<sup>22</sup>.

Se si adoperano queste osservazioni per rispondere alla domanda “è possibile sostenere che le Città metropolitane siano enti *democratici*?”, la risposta non può essere univoca e deve tenere conto di ulteriori elementi.

Nelle Città metropolitane i cui organi sono eletti indirettamente il metodo della democrazia partecipata potrebbe coinvolgere, di certo, anche i soggetti residenti al di fuori del Comune capoluogo (quelli che, di fatto, non eleggono il Sindaco e i Consiglieri metropolitani). In tal modo si recupera in via *partecipata* ciò che si perde in *rappresentanza*.

Tuttavia, il giudizio sul grado di democraticità di questi enti dipende dalla sinergia e dalla combinazione di diversi elementi: quali la previsione dell'elezione diretta o indiretta, la quantità degli istituti di partecipazione previsti negli Statuti, il loro spessore qualitativo e soprattutto le prassi, ossia il concreto atteggiarsi e la reale fruibilità di questi istituti ad opera dei cittadini. Per queste ragioni è impossibile formulare un giudizio aprioristico e astratto sul *quantum* di democraticità di un ente: il giudizio, infatti, va formulato nel medio-lungo termine ed è perciò decisamente casistico.

### 3. Riferimenti bibliografici

ALLEGRETTI, UMBERTO (2011). Voce “Democrazia partecipativa”. En *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, p. 295-335.

BARBERO MATTEO, VIGATO ELISABETTA, (2015). “Il sindaco di diritto e l'elezione a suffragio universale e diretto nelle Città metropolitane”. En [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 7, p. 1-16.

BIANCHINI, STEFANO (2014), “Lo Statuto della Città metropolitana di Bologna”. En *Istituzioni del federalismo* numero speciale, p. 59-82.

<sup>21</sup> Cfr. CALZOLAIO SIMONE, (2014: 114 ss.).

<sup>22</sup> La medesima critica è mossa allo Statuto di Bari che, proprio in merito alla partecipazione popolare, rimette alla fonte regolamentare la disciplina della casistica e delle procedure, ambiti che, invece, avrebbe potuto compiutamente determinare. Così BROCCA MARCO, (2014: 57).

BOGGERO, GIOVANNI (2014), “Il diritto all’elezione diretta negli Enti locali tra Carta europea dell’autonomia locale e convenzione europea dei diritti dell’uomo dopo c.d. legge Delrio”. *Istituzioni del federalismo*, n. 3, p. 573-598.

BROCCA, MARCO (2014), “Lo statuto della città metropolitana di Bari”. En *Istituzioni del federalismo* numero speciale, p. 35-58.

CALZOLAIO, SIMONE (2014). “Lo statuto della città metropolitana di Genova”. En *Istituzioni del federalismo* numero speciale, p. 101-117.

CARETTI, PAOLO (2013). “Sui rilievi di incostituzionalità dell’introduzione di meccanismi di elezione indiretta negli organi di governo locale”, in *Astrid Rassegna*, n. 19, p. 1-3.

CHESA, OMAR (2013). “La forma di governo provinciale nel DDL n. 1542: profili d’incostituzionalità e possibili rimedi”, in *Federalismi.it*, n. 25, p. 1-23.

COCOZZA, GIOVANNI (2014). “Esigenze di continuità legislativa e riforme costituzionali nella disciplina delle Città metropolitane e delle Province”. *Annali 15/2013*, Università degli Studi del Molise, Ripalimosani (Campobasso), p. 459-478

DE DONNO, MARZIA (2014). “Lo statuto della città metropolitana di Milano”. En *Istituzioni del federalismo* numero speciale, p. 119-145.

DELLA MORTE, MICHELE (2012), *Rappresentanza vs. partecipazione? L’equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano.

DEMICHELI, ELENA (2014). “Lo statuto della città metropolitana di Torino”. En *Istituzioni del federalismo* numero speciale, p. 189-211.

FORMICHELLA, GIUSEPPE (2015). “Lo statuto della Città metropolitana di Torino”. En Osservatoriosullefonti.it, fasc. 1, p. 1-24.

LUCARELLI, ALBERTO (2012). “Prime considerazioni in merito all’istituzione della Città metropolitana”. En [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) n. 19, p. 1-15.

LUCARELLI, ALBERTO (2015). “Le sentenza della Corte costituzionale n. 50 del 2015. Considerazioni in merito all’istituzione delle Città metropolitane” n. 8, p. 1-7.

MARESCA, DOMENICO (2015). “Lo statuto della Città metropolitana di Bologna”. En Osservatoriosullefonti.it, fasc. 1, p. 1-8.

PARISI, STEFANIA (2008). “Potestà residuale e «neutralizzazione» della riforma del titolo V”. En AA.Vv., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, p. 1597-1609.

PIAZZA, IPPOLITO (2014). “Lo statuto della città metropolitana di Firenze”. En *Istituzioni del federalismo* numero speciale, p. 83-99.

ROTA, FRANCESCO (2014). “Lo statuto della città metropolitana di Napoli”. En *Istituzioni del federalismo* numero speciale, p. 147-168.

SPADARO, ANTONINO (2015). “La sentenza cost. n. 50/2015. Una novità rilevante: talvolta la democrazia è un *optional*”. En *Rivista AIC* n. 2, p. 1-27.

STERPA ALESSANDRO, GRANDI FEDERICA, FABRIZZI FEDERICA, DE DONNO MARZIA, (2015). “Corte costituzionale, sentenza n. 50 del 2015: scheda di lettura”. En [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) n. 7, p. 1-23.

VANDELLI, LUCIANO (2014). “L’innovazione del governo locale alla prova: uno sguardo comparato agli Statuti delle Città metropolitane”. En *Istituzioni del federalismo* numero speciale, p. 213-238.

PER UN DISEGNO COERENTE DELL'«AREA VASTA»:  
IL COORDINAMENTO AMMINISTRATIVO TRA AUTONOMIA  
POLITICA E AUTONOMIA ORGANIZZATIVA DEI COMUNI

*Marzia De Donno\**

SOMMARIO: 1. Premessa. Le tendenze riformatrici del livello intermedio negli altri Stati UE. – 2. Il nuovo disegno dell'area vasta nella Legge Delrio, negli statuti metropolitani e nella legislazione regionale di attuazione. – 2.1. Alcune precisazioni sulla natura e la possibilità giuridica di funzioni di coordinamento «verticale» in capo alle Province. – 3. Per un disegno coerente dell'area vasta dopo il fallimento della riforma costituzionale. Alcune considerazioni conclusive.

*1. Premessa. Le tendenze riformatrici del livello intermedio negli altri Stati UE*

Nel contesto della crisi economica, numerosi Stati europei hanno proceduto ad un significativo riordino dei propri assetti territoriali e amministrativi. Per molti di essi, la crisi ha rappresentato un'occasione per intervenire su un sistema locale e regionale che presentava ormai significativi elementi di complessità nei livelli di rappresentanza locale, nella distribuzione delle competenze, nella gestione dei servizi. Al tempo stesso, tali interventi hanno spesso costituito anche la risposta obbligata alle politiche di condizionalità dell'Unione europea, che, com'è noto, hanno vincolato alcuni dei Paesi membri all'assunzione di precise misure di carattere strutturale, al fine di potere beneficiare dei sostegni necessari per fronteggiare la recessione.

Così, nella fase recente, gli Stati maggiormente colpiti dalla crisi (Grecia, Portogallo, Irlanda, Spagna, ma anche l'Italia e la stessa Francia) si sono mossi con soluzioni legislative spesso molto simili, verso obiettivi comuni di riordino e riorganizzazione, di chiarificazione e semplificazione, di cambiamento e modernizzazione del proprio sistema territoriale<sup>1</sup>.

Nella prospettiva del riordino e della semplificazione dei livelli territoriali, una tendenza comune ai vari ordinamenti statali si intravede proprio nella messa in discussione delle Province, da cui è scaturita, soprattutto nei Paesi a tradizione amministrativa napoleonica, anche una più generale riflessione sulla

\* Università degli studi di Ferrara.

<sup>1</sup> Per un'analisi delle riforme territoriali nei diversi Paesi dell'Unione europea, cfr. CO-SCULLUELA MONTANER, MEDINA ALCOZ (2012); ALMEIDA CERREDA, TUBERTINI, COSTA GONÇALVES (2015); VANDELLI, GARDINI, TUBERTINI (2017).

stessa perdurante efficacia del proprio tradizionale modello di organizzazione dei poteri locali, incardinato attorno al livello intermedio.

A questo modello si è così spesso preferito un nuovo assetto ispirato alle logiche della c.d. *multilevel governance* scandite, di recente, anche dall'Unione europea e dall'OCSE<sup>2</sup>, e basato su una semplificazione dei livelli territoriali a discapito degli enti intermedi e a vantaggio di Regioni e Comuni.

Così, se, da un lato, diversi Paesi hanno dato avvio ad un complessivo riassetto delle Province e, più in generale, del livello intermedio<sup>3</sup>; dall'altro, hanno puntato a rafforzare le Regioni e i Comuni mediante il riconoscimento di nuove potestà normative o il loro accrescimento dimensionale a mezzo di fusione e, allo stesso tempo, hanno potenziato i meccanismi di raccordo, consultazione e coordinamento tra i vari centri di potere.

È assolutamente significativo di queste tendenze il fatto che la soppressione dei *Conseils départementaux* (Consigli provinciali), la scomparsa dei Dipartimenti stessi come collettività territoriali e la loro sopravvivenza come mere circoscrizioni amministrative dello Stato fossero state proclamate, a metà del 2014, proprio dal Presidente della Repubblica francese<sup>4</sup>, in risposta, peraltro, ad alcune esortazioni provenienti dalla Commissione europea e dall'OCSE<sup>5</sup>. Nella prospettiva di un primo depotenziamento dei Dipartimenti si collocavano, poi, tanto la *loi n° 2015-991, portant nouvelle organisation territoriale de la République* (c.d. *Loi NOTRe*), che ha soppresso la clausola di competenza generale di questi enti, provvedendo altresì ad un primo trasferimento delle loro competenze in capo alle Regioni, alle *Métropoles* e agli altri organismi di cooperazione intercomunale; quanto la *loi n° 2015-29* e il *Décret n° 2015-510, por-*

<sup>2</sup> Cfr. OECD, *Multilevel Governance Reforms. Overview of OECD Country Experiences*, 2017; CdR 89/2009 fin. Libro bianco del Comitato delle Regioni sulla *governance* multilivello; CdR 199/2010 fin. Risoluzione del Comitato delle regioni. Un maggiore coinvolgimento degli enti regionali e locali nella strategia Europa 2020; CdR 72/2011 Parere del Comitato delle Regioni. Il ruolo degli enti regionali e locali nel raggiungimento degli obiettivi della strategia Europa 2020. ma si vedano anche gli obiettivi già fissati nel 2001 dalla Commissione europea nel Libro bianco sulla *governance* europea COM(2001) 428 def.

<sup>3</sup> Per un'analisi più ampia e dettagliata delle sorti del livello intermedio in Europa, vd. BERTRANA, HEINELT (2013).

<sup>4</sup> Vd. François Hollande, *Réformer les territoire pour réformer la France – Tribune publiée dans la presse quotidienne régionale datée du 3 juin 2014*; dichiarazioni espresse anche dall'allora Primo Ministro francese Manuel Valls nel suo *Discours de politique générale* dell'8 aprile 2014. Sulla prospettiva della soppressione dei Dipartimenti, già adombrata dalla *loi du 16 décembre 2010*, cfr. il Dossier AJDA *Quel avenir pour le département?* (2011), interamente dedicato al tema.

<sup>5</sup> Vd. COM(2013) 360 final, *Évaluation du programme national de réforme et du programme de stabilité 2013 de la France*, p. 14; e *Études économiques de l'OCDE France*, Mars 2013. *Synthèse*, p. 3.

*tant Charte de la déconcentration*, che hanno proceduto ad un primo riordino delle circoscrizioni dipartimentali, delle Prefetture e della stessa amministrazione periferica dello Stato<sup>6</sup>.

Ma un ripensamento del ruolo delle Province si è avuto, in fondo, anche in Spagna, dove già prima della *Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local* (c.d. LRSAL) non erano mancate alcune proposte di soppressione delle *Diputaciones provinciales*<sup>7</sup>. Benché con la LRSAL il legislatore spagnolo avesse inteso, almeno formalmente, rafforzare il livello intermedio tramite il trasferimento di nuove funzioni di supporto e coordinamento dei Municipi, a ben vedere, con la nuova disciplina, la Provincia spagnola appare più «*una administración periférica estatal*», a carattere strumentale, e preordinata esclusivamente a massimizzare l'efficienza dei Comuni, che «*una entidad dotada de verdadera autonomía*»<sup>8</sup>.

Una drastica ed immediata soppressione delle Province si è avuta, invece, in Grecia, in attuazione del rigido programma *Kallikratis* del 2010 (*Law 3582/2010, New Architecture for Self-Governance and Decentralisation*), imposto dalla *Troika*. Anche in questo Paese, in realtà, la messa in discussione ed un primo riordino del livello intermedio – di dimensioni insufficienti per svolgere funzioni di supporto dei Comuni o, comunque, per assumere competenze di livello sovracomunale – risale ad un periodo antecedente alla crisi, e già a partire dalle riforme degli anni '90, meglio note come *Capodistrias Plan*<sup>9</sup>.

È dunque soprattutto nell'avversa congiuntura economica che le Province sono irrimediabilmente apparse come l'anello più debole della catena. Schiacciate tra il potere regionale, da un lato, e quello comunale, dall'altro, esse sono state additate come una delle principali cause delle complessità amministrative del tradizionale sistema locale di matrice napoleonica, cui occorreva ormai porre rimedio.

Del resto, e non a caso, sul fronte delle riforme che hanno inciso sulle Regioni, torna a risultare esemplare il caso francese, dove si è proceduto ad una vera e propria fusione a freddo di questi enti. Non senza accesi contrasti istituzionali, la *loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015, relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral* ha realizzato una robusta semplificazione degli enti regionali, prevedendone la riduzione nel numero da 22 a 12. L'operazione peraltro – avallata dalla stessa Corte costituzionale – è stata condotta unilateralmente dal Gover-

<sup>6</sup> Per un'analisi delle recenti riforme francesi, anche in comparazione con quelle italiane, vd. VANDELLI, DE DONNO (2016).

<sup>7</sup> Vd. BERNADÍ I GIL, GALÁN GALÁN (2012).

<sup>8</sup> Vd. GRACIA RETORTILLO (2015: 223).

<sup>9</sup> Cfr. su questi aspetti, AKRIVOPOULOU, DIMITROPOULOS, KOUTNATZIS (2012).

no, senza il coinvolgimento né dei consigli regionali, né dei rappresentanti locali, né degli stessi elettori.

Ma possono certamente ricordarsi anche la già citata riforma greca, con la creazione di 13 Regioni come secondo livello amministrativo in luogo delle sopresse Prefetture e delle Province rimanenti, o quella irlandese attuata con il *Local government reform act* del 2014, dove le 8 autorità regionali e le 2 assemblee regionali sono state sostituite da 3 nuove assemblee, con contestuale riduzione anche della relativa classe politica (da 290 a 83 componenti).

Al rafforzamento del versante comunale si ascrivono invece tutte quelle riforme tese all'istituzione e alla valorizzazione delle aree metropolitane, delle forme associative tra Comuni e delle fusioni.

In particolare, per ciò che concerne il ricorso a forme di collaborazione nel livello intercomunale, esso si riconferma nei Paesi europei come la Francia, la Spagna, la Grecia e l'Olanda, che già a partire dagli anni Settanta dello scorso secolo avevano preferito questa soluzione rispetto a quelle più drastiche della soppressione e della fusione dei Comuni<sup>10</sup>. Ma analoga tendenza può registrarsi, per esempio, anche in Portogallo. Nonostante infatti le riforme portoghesi siano conosciute per la notevole riduzione del numero delle *freguesias* (parrocchie)<sup>11</sup>, esse hanno puntato ugualmente, soprattutto con la *Lei n° 75/2013*, al rafforzamento delle *Comunidades intermunicipais*.

In taluni casi, poi, la predilezione manifestata per la cooperazione intercomunale ha sviluppato meccanismi concorrenziali tra i territori, dando origine a nuove dinamiche evolutive. In Spagna, tali meccanismi si sono manifestati prevalentemente negli equilibri istituzionali con le Province, specialmente nell'esercizio delle funzioni di supporto a favore dei Comuni (riconosciute, ora, con maggior vigore in capo alle *Diputaciones*). In Francia, al contrario, logiche competitive sono proliferate anzitutto all'interno degli stessi enti di cooperazione intercomunale e tra i Comuni membri, per reazione ai problemi di rappresentatività in seno alle assemblee intercomunali. Così, mentre il legislatore iberico ha risolto la sovrapposizione tra Province e aggregazioni intercomunali esprimendo un netto *favor* per modelli flessibili e negoziali di cooperazione<sup>12</sup> (*convenios interadministrativos*) a discapito di quelli istituzionali (*Consortios*, ma anche *Mancomunidades*, per le quali ultime è stato fortemente ridotto l'ambito competenziale); in Francia, dal riordino coatto e dall'aumento esponenziale delle dimensioni degli *établissements publics de coopération inter-*

<sup>10</sup> VANDELLI (2012: 845); DE MARTIN (2014); GASPARRI (2017).

<sup>11</sup> Vd., in particolare, *Lei n° 22/2012* e *Lei 11-A/2013*. Per un'analisi, cfr. LOPES MARTINS (2015: 571).

<sup>12</sup> Vd. art. 57 della *Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local* (LBRL), come modificato dalla *Ley 27/2013*.

*comunale* (EPCI) esistenti è scaturito un importante, inusitato e soprattutto spontaneo processo di fusione dei Comuni più piccoli. Un fenomeno assai sorprendente, soprattutto ove si consideri che in questo Paese, come in Italia, la soluzione della fusione non ha mai permesso di conseguire in passato risultati significativi.

Infine, non possono non essere citate le numerose e sempre ricorrenti tipologie di relazioni interistituzionali basate su convenzioni e moduli negoziali, impiegati, in tempi recenti, soprattutto nei processi di riordino funzionale degli enti territoriali. Proprio infatti con l'intento di superare le duplicazioni e di chiarificare il riparto delle competenze, da un lato, molti Stati hanno disposto un'attrazione verso l'alto nella titolarità delle funzioni amministrative, ma, dall'altro, hanno intensificato i meccanismi di distribuzione negoziata delle stesse e delle relative risorse. Sia che prendano il nome di *convention territoriale d'exercice concerté pour les compétences partagées*<sup>13</sup>, di *contrato de delegação*<sup>14</sup> o di *convenio de delegación*<sup>15</sup>, il proprio di queste convenzioni è di dar luogo ad una delegazione negoziata delle competenze amministrative che può coinvolgere, a vario titolo, lo Stato, le Regioni, le Province e le Città metropolitane, le associazioni intercomunali e i Comuni.

Si tratta, com'è intuibile, di riforme destinate a modificare sensibilmente le relazioni tra i poteri locali, e in particolare, l'assetto del livello intermedio; riforme che, com'è noto, hanno caratterizzato in maniera assai simile anche i tentativi di riforma del nostro Paese.

È sul sistema italiano che dunque dirigeremo la nostra analisi. Sullo sfondo delle tendenze e degli andamenti dei governi locali in Europa, una volta analizzato il disegno dell'area vasta emergente dalla l. 56/2014, c.d. legge Delrio (§ 2), verranno affrontati alcuni degli aspetti più delicati del nuovo modello provinciale (§ 2.1.), per trarre, in conclusione, alcune considerazioni di sintesi sul futuro delle Province e dell'area vasta dopo il fallimento della riforma costituzionale del 2016 (§ 3).

## 2. Il nuovo disegno dell'area vasta nella Legge Delrio, negli statuti metropolitani e nella legislazione regionale di attuazione

Nel disegno anticipato dalla Legge Delrio e che avrebbe dovuto essere completato con la riforma costituzionale, la soluzione alle diverse complessità

<sup>13</sup> Su cui, sia consentito il rinvio a DE DONNO (2014).

<sup>14</sup> Previsto dalla Lei n.° 75/2013 e dal Decreto-Lei n.° 30/2015, su cui COSTA GONÇALVES (2017: 435).

<sup>15</sup> VELASCO CABALLERO (2014: 48).

istituzionali, organiche e funzionali proprie del modello di matrice napoleonica, è stata ricercata, attraverso la riorganizzazione dell'ente intermedio, nella costruzione di un nuovo modello di *governance* territoriale finalizzato al superamento del c.d. *millefeuilles territoriale*<sup>16</sup>.

La presenza a livello locale di diversi strati territoriali, tra loro separati e spesso non comunicanti, tipica del modello napoleonico, ha ceduto ad un sistema territoriale di tipo integrato, attraverso anzitutto l'introduzione dell'elezione di secondo grado per gli organi politici delle Province e delle neo-istituite Città metropolitane.

L'operazione, contestata da molti ma che ha ottenuto l'avallo della stessa Corte costituzionale nella nota sentenza n. 50/2015, ha consentito di porre i Comuni al centro delle relazioni politiche e istituzionali locali. Ad essi la legge ha così inteso affidare tanto l'azione amministrativa di prossimità quanto l'elaborazione degli indirizzi e delle strategie di governo dell'area vasta.

Al tempo stesso, la l. 56 ha puntato all'obiettivo dell'integrazione territoriale anche attraverso l'impiego di disparati meccanismi di cooperazione e coordinamento amministrativo sia a livello sub-provinciale che sub-metropolitano, e, in particolare, attraverso la moltiplicazione dei modi di impiego delle convenzioni (quando non strettamente funzionali ad assolvere agli obblighi di gestione associata) e la stessa valorizzazione delle Unioni di comuni.

I due versanti della riforma hanno così consentito di definire l'area vasta come un nuovo spazio giuridico e territoriale dentro e fuori dal quale possono svilupparsi le più disparate forme di raccordo, integrazione e collaborazione tra i vari attori locali e istituzionali, ora a carattere strutturato ora di tipo flessibile.

Per quanto riguarda le Città metropolitane (enti di area vasta al pari delle Province), questa visione è affidata anzitutto al comma 11 della l. 56. La norma esprime esattamente l'intendimento del legislatore di voler costruire una *governance* del territorio metropolitano basata esattamente su un coordinamento flessibile e differenziato, rimesso, peraltro, nella sua concreta definizione all'autonomia statutaria degli stessi enti metropolitani.

Allo statuto spetta infatti oltre alla disciplina delle modalità di indirizzo e coordinamento dell'azione complessiva di governo metropolitano, la previsione di forme di organizzazione, anche su base convenzionale e differenziate per aree territoriali, tra Comuni, loro Unioni e la Città metropolitana, la costituzione di zone omogenee e la contestuale istituzione di organismi di coordinamento collegati con gli organi di governo centrale dell'area metropolitana, in-

<sup>16</sup> VANDELLI, (2013: 103); CARLONI, (2015: 160).

fine, la possibilità per la stessa Città metropolitana di concludere accordi con i Comuni ad essa esterni.

Non occorrono molte parole per comprendere le potenzialità di questa norma, che consente la massima esplicazione degli strumenti di raccordo, coordinamento e collaborazione e soprattutto dei moduli consensuali, tanto nello svolgimento delle funzioni strategiche, di programmazione e di indirizzo dell'ente metropolitano quanto in vista di un coerente decentramento amministrativo anche nella gestione dei servizi pubblici e delle altre funzioni metropolitane e di prossimità.

Si pensi, solo per fare alcuni esempi, alla possibilità di concludere convenzioni tra Comuni o Unioni di comuni e Città metropolitana per l'esercizio di funzioni comunali e/o metropolitane; tra Unioni di comuni, tra Unioni di comuni e Comuni ad esse esterni, aventi ad oggetto forme di avvalimento degli uffici o deleghe di funzioni amministrative; e ancora, tra Città metropolitana e Comuni o Unioni di comuni esterni; tra questi e le zone omogenee; tra zone omogenee confinanti; tra zone omogenee e zone dotate di autonomia amministrativa del Comune capoluogo; infine, ma non per ultimo, tra zone omogenee e la stessa Città metropolitana<sup>17</sup>.

In questo quadro, peraltro, non va dimenticata una componente essenziale ed ulteriore del disegno riformatore: il perimetro delle Città metropolitane, infatti, è stato definito solo temporaneamente dalla legge 56. La delimitazione al territorio della (soppressa) Provincia omonima è stata stabilita, come noto, solo in via provvisoria<sup>18</sup>. Il comma 6 della l. 56 rimette non a caso ai Comuni esterni, ivi compresi i Comuni capoluogo delle province limitrofe, l'iniziativa per la modifica delle rispettive circoscrizioni territoriali e l'adesione alla Città metropolitana.

Non è un caso, allora, che durante la stagione statutaria del 2015 diverse Città metropolitane abbiano manifestato la volontà di stabilire congrue relazioni con i Comuni esterni, funzionali ad un'estensione territoriale oltre gli attuali confini, ed improntate allo spirito della leale collaborazione e ad un metodo cooperativo e di tipo negoziale<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Sulla possibilità delle zone omogenee di concludere accordi e convenzioni con i più svariati enti ed istituzioni, si veda, per esempio, il *Regolamento per il funzionamento delle Zone omogenee* della Città metropolitana di Milano.

<sup>18</sup> Lettura, questa, confermata dalla stessa Corte Costituzionale con la sentenza n. 50/2015. Cfr. Considerato in diritto n. 3.4.2.

<sup>19</sup> Per un'analisi degli statuti metropolitani, cfr.: Numero Speciale *IdF* (2014); LUCARELLI, FABRIZZI, MONE (2015).

Ma lo stesso discorso può essere fatto anche a proposito delle Province, dove, il ricorso a forme di coordinamento e collaborazione ha assunto un innegabile valore.

Il riferimento, in tal caso, è al comma 89 della l. 56, relativo al riordino delle funzioni provinciali non fondamentali, che ha puntato, come noto, su forme di collaborazione «tra più enti locali» di tipo flessibile per l'esercizio delle relative funzioni amministrative su ambiti territoriali ottimali più ampi.

Così, non è stato raro intravedere nelle successive leggi regionali di attuazione di tale riordino<sup>20</sup> un espresso *favor* per la gestione in forma associata e su base consensuale delle funzioni “ex provinciali” da parte di più enti locali (Comuni, incluso il Comune capoluogo, e Unioni di comuni).

Inoltre alcune Regioni hanno scelto di trasferire una parte di queste funzioni direttamente in capo ai Comuni o alle loro Unioni, prevedendo, ora in via facoltativa ora in via obbligatoria, che il loro esercizio venga effettuato a livello intercomunale (Abruzzo, Emilia-Romagna, Liguria, Piemonte, Toscana, Umbria).

Al tempo stesso, alcune leggi regionali, preparando in una certa misura il riordino del livello intermedio che si sarebbe preannunciato dopo il referendum costituzionale, hanno immaginato anche la creazione di un sistema di *governance* territoriale integrata su scala interprovinciale e basato, ancora una volta, su forme di coordinamento e collaborazione più o meno istituzionalizzate.

È questo il caso, anzitutto, dell'Emilia-Romagna, che ha previsto l'istituzione di aree vaste interprovinciali e la creazione di centri di competenza interistituzionale per la realizzazione di interventi straordinari finalizzati allo sviluppo dell'attrattività economica-produttiva, turistica e culturale del territorio<sup>21</sup>. Il Piemonte, invece, ha suddiviso il proprio territorio in tre ambiti territoriali ottimali interprovinciali per l'esercizio in forma obbligatoriamente associata delle funzioni amministrative da parte delle Province, e ha previsto altresì la possibilità di accorpamento di più ambiti territoriali ottimali interprovinciali previa stipula di un'intesa tra Regione e Province<sup>22</sup>. In Lombardia, infine, sono state istituite in tutta la Regione zone omogenee quali ambiti territoriali ottimali per l'esercizio di specifiche funzioni, conferite o confermate alle Province, con il concorso di Comuni, forme associative intercomunali o Comunità montane<sup>23</sup>.

Come si nota dai passaggi precedenti emerge un quadro estremamente po-

<sup>20</sup> Per un'analisi dettagliata, sia qui consentito il rinvio a DE DONNO (2016).

<sup>21</sup> Vd. artt. 6 e 11, l.r. 30 luglio 2015, n. 13.

<sup>22</sup> Vd. artt. 2 e 3, l.r. 29 ottobre 2015, n. 23.

<sup>23</sup> Vd. art. 7, l.r. 8 luglio 2015, n. 19.

sitivo per la cooperazione interistituzionale, ma anche complessivamente diverso rispetto alle soluzioni approntate nel passato.

Le varie forme di coordinamento amministrativo all'interno dell'area vasta previste dalla l. 56 (ma anche dalla legislazione regionale di attuazione e da alcuni statuti metropolitani) non costituiscono infatti più solo una modalità di esercizio delle funzioni amministrative e di gestione dei servizi ad un livello adeguato, la risposta al miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza amministrativa tramite il conseguimento di idonee economie di scala. Esse, al contrario, rappresentano anche un importante laboratorio per la costruzione di un nuovo sistema di governo territoriale integrato (metropolitano e non), un diverso metodo per l'istituzionalizzazione di nuove relazioni tra gli enti locali, possibile preludio per nuovi futuri assetti territoriali.

Così, le diverse forme di cooperazione interistituzionale ora accennate tornano ad essere anzitutto strumenti di inconsueta potenzialità per l'autonomia organizzativa dei Comuni, intesa come autonoma capacità di questi enti di organizzare in tutto o in parte sé stessi, attraverso l'individuazione concordata degli enti competenti (centri di imputazione di capacità decisionali e di responsabilità) e quindi tramite il riparto delle attribuzioni e delle funzioni amministrative loro conferite e la combinazione delle rispettive risorse. Per altro verso, tali forme di collaborazione preservano anche le logiche del pluralismo e del decentramento amministrativo, saldandosi ad un metodo quanto più possibile ordinante ed unificante dell'azione di governo del territorio, necessariamente plurale e per essenza complessa.

Certamente, dunque, la trasformazione delle Province (e delle Città metropolitane) in enti ad elezione indiretta ha privato questi enti della capacità di fornire un indirizzo politico distinto rispetto a quello comunale. Al contempo, però, l'originaria autonomia politica delle Province ha lasciato il passo ad una rafforzata autonomia politica dei Comuni, che trova, ora, il suo punto di snodo prevalente proprio all'interno di un'amministrazione condivisa del livello intermedio.

Si tratta di un cambiamento notevole e che richiede una classe politica comunale preparata e pronta ad accettare le sfide del governo dell'area vasta, dalla pianificazione territoriale di coordinamento alla tutela dell'ambiente, dalla programmazione del trasporto pubblico locale sino alla gestione delle strade provinciali e dell'edilizia scolastica (v. comma 85 della l. 56). Funzioni, come si nota, che spesso richiedono un indirizzo ed una visione unitaria del territorio, una composizione efficace e democratica degli stessi interessi territoriali di partenza ed alla quale devono sovrintendere i medesimi Comuni.

*2.1. Alcune precisazioni sulla natura e la possibilità giuridica di funzioni di coordinamento «verticale» in capo alle Province*

Il riferimento ora compiuto a proposito dell'autonomia politica del livello intermedio ci spinge, invero, a compiere alcune considerazioni a proposito delle funzioni di indirizzo e coordinamento riconosciute alla Provincia dalla legge Delrio, nonché a proposito della loro compatibilità con la nuova forma di governo prevista per questo ente.

Sembra necessario ripartire, ancora una volta, dal coordinamento amministrativo.

Come noto, infatti, nella dottrina classica taluni hanno distinto il «coordinamento orizzontale», inteso in termini di collaborazione e cooperazione tra soggetti equiordinati, dal «coordinamento verticale» o coordinamento in senso stretto.

Mentre al primo schema organizzativo è possibile ricondurre le diverse occasioni di collaborazione che si svolgono nell'ambito della cooperazione intercomunale, il secondo coincide, per definizione, con una relazione organizzativa diversa, non gerarchica ma di tendenziale sovraordinazione, che si realizza, da un lato, nel potere del coordinante di esprimere indirizzi, di adottare atti di alta amministrazione, atti amministrativi generali, di pianificazione e programmazione, e, dall'altro, nel dovere di uniformarsi dei coordinati, i quali, cionondimeno, conservano ampi margini di autonomia<sup>24</sup>.

È in questo senso, quindi, che può parlarsi di funzione di coordinamento «verticale», la cui titolarità deve continuare a spettare, pure nel riformato sistema territoriale italiano, al livello intermedio.

Un conto è infatti l'esercizio su base consensuale e collaborativa di funzioni da parte di soggetti equiordinati (coordinamento orizzontale e su base intercomunale); un altro è l'esercizio di funzioni di coordinamento espressione di una potestà di indirizzo sovraordinata (coordinamento verticale e su base sovracomunale)<sup>25</sup>. E questa necessaria dualità delle funzioni di coordinamento continua a trovare una giustificazione, anche nel nuovo disegno dell'area vasta, proprio nel principio di sussidiarietà, che richiede per alcune funzioni un esercizio unitario all'interno di un territorio più ampio, certamente non coincidente con quello delle forme associative tra Comuni.

Tali precisazioni si rendono necessarie poiché la configurazione istituzionale pensata per le Province dalla l. 56 potrebbe risultare assai prossima a quella delle Unioni. La loro trasformazione in enti di secondo grado le rende un ente adibito ad essere luogo di diretta rappresentanza dei Comuni, ciò che

<sup>24</sup> BACHELET, (1962: 635)

<sup>25</sup> Questo, per esempio, il monito di MERLONI (2006: 45).

potrebbe condurre ad una progressiva coincidenza di vocazione rispetto alle Unioni.

Tuttavia la semplificazione della complessità amministrativa italiana non può passare, anche dopo il fallimento della riforma costituzionale, attraverso il riconoscimento di una valenza associativa delle Province<sup>26</sup>, premessa logica necessaria per poterne poi dichiarare il carattere del tutto surrogabile da parte delle Unioni di comuni. O, all'opposto, per poter dichiarare l'inefficacia di queste ultime e, di conseguenza, optare per l'attribuzione delle loro funzioni alle sole Province<sup>27</sup>.

La Provincia, al contrario, «si pone come l'ente di governo delle funzioni di area vasta, riguardanti almeno vaste zone intercomunali»<sup>28</sup>. Essa, inoltre, non ha carattere associativo o federativo, ma, soprattutto dopo il rigetto della riforma costituzionale, mantiene saldamente ferma la propria natura di ente costitutivo della Repubblica: la sua costituzione non dipende cioè dalla volontà dei Comuni di associarsi, né, soprattutto, dalla necessità degli enti di base di ricercare un'adeguatezza dimensionale per l'esercizio delle funzioni loro attribuite<sup>29</sup>.

Almeno idealmente, del resto, anche la stessa legge Delrio ha distinto tra tre diversi tipi di funzioni amministrative: 1) funzioni amministrative sovracomunali, di “*area vasta*”, comprensive di funzioni di coordinamento delle funzioni comunali e/o intercomunali, cui si affiancano alcune, poche, funzioni di amministrazione attiva; 2) funzioni amministrative intercomunali, di “*adeguata prossimità*”, che richiedono ambiti territoriali di esercizio più ampi (comprensivi di almeno 10.000 abitanti) rispetto alla dimensione meramente comunale, e per le quali è previsto l'obbligo di gestione associata; 3) funzioni amministrative comunali, di “*stretta prossimità*”, che possono essere svolte singolarmente da ciascun Comune.

Sia pure con alcuni limiti e criticità, questa classificazione palesa l'intento del legislatore di voler superare il modello di una Provincia preposta all'esercizio di qualsiasi funzione amministrativa, limitandola per l'opposto all'esercizio di funzioni fondamentali di area vasta, a funzioni, cioè, che, «per loro natura, necessitano di essere svolte in un ambito territoriale sovracomu-

<sup>26</sup> In questo senso, tra gli altri, RENNA (2006); BIN (2012:906); PINELLI (2015: 569); CAIA (2016: 193); MERLONI, (2017: 27).

<sup>27</sup> Che è quanto già avvenuta in passato, quando le leggi regionali attuative della l. 59/1997, dinanzi all'assenza di reali forme associative intercomunali, hanno preferito conferire numerose funzioni amministrative alle province, ravvisando in esse una dimensione sovracomunale adeguata. Cfr. TUBERTINI (2015).

<sup>28</sup> DE MARTIN, (2010: 5).

<sup>29</sup> DE MARTIN, MELONI (2008: 74-75).

nale di dimensione tale da non poter essere soddisfatto dalle tradizionali (sia pur rafforzate) forme di coordinamento intermunicipale»<sup>30</sup>.

D'altra parte, la funzione di coordinamento verticale svolta dalla Provincia su scala sovracomunale non sembra possa essere compromessa dall'attuale assenza di alterità soggettiva tra coordinante (la Provincia) e coordinati (i Comuni). Tale identità non incide infatti sul risultato di sintesi cui tende anche l'attività di coordinamento verticale, ed anzi tale coincidenza è destinata a stemperarsi nel metodo collegiale, che implica sempre negoziazione e raggiungimento del consenso tra i suoi membri, e, quindi, al più, nel criterio della maggioranza (qualificata).

Un conto è, del resto, l'interesse del Comune di cui (ovviamente) il Sindaco o il Consigliere comunale si farà direttamente portatore in seno al Consiglio provinciale; un altro è però l'interesse di questi a raggiungere, all'interno del più ampio collegio, una decisione quanto più vicina possibile alle proprie posizioni e ai propri obiettivi (politici) di partenza.

Ciò che, in fondo, pone gli attuali Consiglieri provinciali in una condizione non dissimile da quella in cui operavano i loro predecessori prima dell'entrata in vigore della legge Delrio. Per quanto, infatti, il legame dei Consiglieri provinciali con le realtà comunali si realizzasse allora per il tramite dei collegi uninominali<sup>31</sup> e non, come avviene oggi, in forza di un'investitura diretta durante le elezioni comunali, non pare che essi incontrassero minori problemi nell'affrontare il proprio corpo elettorale all'atto di definire le invarianti di un PTC, o la localizzazione di una discarica, o, infine, le traiettorie della viabilità provinciale.

Come, del resto, ogni altra forma di semplificazione amministrativa che si realizza tramite il coordinamento di più soggetti pubblici, anche l'attuale organo collegiale provinciale, direttamente rappresentativo delle istanze locali, mira alla definizione di un interesse pubblico concreto, l'interesse provinciale, che è e continua ad essere la sintesi (politica) e la ponderazione (amministrativa) di una pluralità di interessi pubblici comunali di partenza, anche potenzialmente in contrasto tra di loro.

Inoltre, è bene ribadirlo, se pure è vero che l'istanza del coordinante e

<sup>30</sup> TUBERTINI, (2015: 439); GARDINI (2016: 4-5).

<sup>31</sup> Si ricordi che in ogni Provincia il numero dei collegi uninominali variava in base al numero dei Consiglieri assegnati dalla legge ad ogni Consiglio provinciale, e che andava da un minimo di 24 ad un massimo di 45 membri (v. art. 2, l. 122/1951). Un numero, come si noterà, di gran lunga maggiore rispetto a quello dei Consiglieri che attualmente, in base al comma 67 della l. 56/2014, sono chiamati a comporre il nuovo organo provinciale (e che va da un minimo di 10 ad un massimo di 16).

quella dei coordinati con il nuovo modello provinciale tendono a coincidere<sup>32</sup>, se è certo che alla definizione del disegno di coordinamento prendano adesso parte direttamente anche i coordinati, cionondimeno il discrimine tra funzioni di coordinamento verticale delle Province e funzioni di coordinamento orizzontale delle Unioni continua a restare nella diversa dimensione (territoriale) degli interessi in gioco e, dunque, nel diverso tipo di funzione di composizione e di indirizzo unitario che ad essi sovrintende.

In definitiva, ci sembra si possa dire che la Provincia, costruita come “casa dei Comuni”, secondo un modello assai prossimo a quello francese e spagnolo<sup>33</sup>, realizza precisamente un'integrazione corresponsabile tra gli enti comunali, che è democratica ed adeguata rappresentazione delle istanze e degli interessi locali verso la realizzazione di interessi pubblici (territorialmente) più ampi, prima ancora che effimera misura di taglio dei costi della politica.

Ciò, tuttavia, è vero su un piano del tutto concettuale. Tali affermazioni infatti devono convivere, loro malgrado, con il drastico ridimensionamento del Consiglio provinciale, l'attuale scarsa rappresentatività di tutti i Comuni in seno a tale organo, e, dunque, con l'assenza di uguaglianza formale tra le specifiche realtà comunali. Ed è esattamente su questo versante che si appuntano alcuni degli aspetti più critici della legge, cui si accompagnano le resistenze degli amministratori locali a farsi carico (a titolo gratuito) anche del secondo livello di rappresentanza.

Il rischio di una scarsa tenuta del sistema vi è ed è percepibile. Ma se il modello delle Province ad elezione indiretta, che evidentemente abbisogna di alcuni correttivi, non regge e le Unioni, a loro volta, non vengono rinvigorite, delle prime si finirà col riconoscere la natura di forma associativa di Comuni; o, in alternativa, delle seconde si arriverà a predicare la titolarità di funzioni di coordinamento sovracomunale.

<sup>32</sup> MIGLIARESE TAMBURINO (1979: 59) individuava l'elemento differenziale tra coordinamento «con sopraordinazione» e coordinamento «con equiordinazione» esattamente nella collocazione dell'interesse al coordinamento rispettivamente in capo a un coordinatore distinto ovvero sugli stessi centri coordinati.

<sup>33</sup> Pur essendo eletti a suffragio universale e diretto, i Consiglieri provinciali francesi sono, infatti, prevalentemente Sindaci e Consiglieri comunali in carica. Fatte invece salve alcune differenze, il modello italiano replica quello vigente da lungo tempo in Spagna, caratterizzato dall'elezione indiretta dei Consiglieri comunali in seno agli organi delle *Diputaciones provinciales*.

### 3. *Per un disegno coerente dell'area vasta dopo il fallimento della riforma costituzionale. Alcune considerazioni conclusive*

Per essere realmente coerente il disegno dell'area vasta sin qui tratteggiato avrebbe dovuto essere completato dalla riforma costituzionale, che, seguendo esattamente il modello comunitario della *multilevel governance* prima accennata, puntava ad una ampia ristrutturazione della Repubblica delle autonomie, da fondare su un sistema “a tre punte” – Stato, Regioni e Comuni – che avrebbero potuto interloquire anche all'interno del nuovo Senato.

La definitiva revisione dell'area vasta, invece, veniva affidata prevalentemente alle Regioni dal ben noto art. 40 comma 4. Essa avrebbe dovuto coincidere, secondo la Relazione di accompagnamento, con un livello intermedio strutturato secondo «forme organizzative, molto flessibili e articolate», che lo collocavano «in una visione funzionale più ad una razionale e coerente organizzazione dell'attività dei Comuni insistenti sul territorio che non ad un livello di democrazia locale»<sup>34</sup> vero e proprio.

Ad oggi, com'è evidente, di tutto questo disegno sopravvivono solo le disposizioni della legge Delrio, e la mancata approvazione della riforma rende adesso ancora più impellente la necessità di aprire una riflessione concreta sul futuro del livello intermedio.

Per un lato, infatti, la l. 190/2014 e le leggi di stabilità successive hanno stroncato sul nascere un adeguato e coerente riordino delle funzioni provinciali da parte delle Regioni e pregiudicato la stessa possibilità per le Province di esercitare quelle che la legge Delrio aveva confermato loro<sup>35</sup>; per l'altro, il venir meno di uno dei due assi portanti della riforma territoriale richiede degli oculati rimaneggiamenti della stessa l. 56, ma senza compiere passi indietro rispetto al cammino già intrapreso.

<sup>34</sup> Atti parlamentari – XVII legislatura, A.C. 1452, Relazione di accompagnamento al disegno di legge recante Disposizioni sulle Città metropolitane, sulle Province, sulle unioni e fusioni di Comuni, p. 2. Prioritaria risultava, così, la costruzione di «un modello di interlocuzione e di più intensa collaborazione interistituzionale [...] volto a favorire il protagonismo dei territori», tramite «sedi, strumenti, procedure e metodi nuovi, che assicur[assero] il dispiegamento del principio autonomistico in un quadro di cooperazione interistituzionale e di composizione delle istanze dei territori nell'interesse generale del Paese» (p. 4).

<sup>35</sup> Più precisamente, la leggi di stabilità hanno tagliato risorse alle province per 1 miliardo di euro nel 2015, 2 miliardi nel 2016 e 3 miliardi per il 2017. Inoltre le Province hanno dovuto disporre una riduzione della spesa per il personale pari al 50%, ciò che ha comportato la messa in mobilità di circa 20 mila funzionari. Sulla legittimità costituzionale delle disposizioni della l. 190/2014, vd. le sentenze C. Cost. nn. 143/2016, 159/2016, 176/2016, 202/2016 e 205/2016. Per converso, è stata la Corte dei Conti a denunciare la sostenibilità costituzionale dei bilanci provinciali, cfr. in particolare, l'audizione della Sezione Autonomie della Corte dei Conti presso la Commissione bicamerale per il federalismo fiscale del 23 febbraio 2017.

Il che costituirebbe anche l'occasione per apportare delle modifiche all'impianto complessivo della legge rispetto ad alcuni aspetti che ora abbisognano di completamento (si pensi alla mancata adozione della legge elettorale per l'elezione diretta degli organi metropolitani) e ora richiedono delle correzioni rispetto ad inefficienze (il riferimento è innanzitutto all'obbligo di gestione associata e, più in generale, alla disciplina della cooperazione intercomunale) o a problemi applicativi riscontrati nella prassi (soprattutto in materia di fusioni di Comuni)<sup>36</sup>.

Non sono del resto da condividere le obiezioni di quanti ravvisano nella mancata approvazione della riforma costituzionale la ragione di una incostituzionalità sopravvenuta di diverse disposizioni della legge Delrio, a cominciare dalle norme sull'elezione indiretta del Presidente e del Consiglio provinciale<sup>37</sup>. È al contrario in nostra opinione che l'obiettivo dell'integrazione territoriale debba continuare ad essere perseguito, e debba continuare a basarsi sull'idea di una Provincia come “casa dei Comuni”, luogo in cui gli interessi locali si compongono in maniera inclusiva all'interno di un disegno complessivo ed unitario di area vasta.

Ed invero, questo obiettivo non sarebbe smentito da un ritorno all'elezione diretta, purché, tuttavia, si continui a prevedere, anche sull'esempio francese e spagnolo, il cumulo dei mandati elettorali, con elettorato passivo limitato ai Sindaci e Consiglieri comunali, ed a patto che sia garantita la rappresentanza e l'uguaglianza formale di tutti i Comuni in seno agli organi provinciali.

Un disegno coerente e sostenibile dell'area vasta richiederebbe, poi, la configurazione di una Provincia “leggera” e possibilmente collocata su territori più ampi, frutto di un riordino territoriale, da affidare ormai alle procedure cadenzate dall'art. 133, 1 comma della Costituzione.

A delle Province quasi del tutto prive di personale e di risorse, dotate ancora di una pluralità eterogenea di funzioni amministrative – quelle elencate dall'art. 1 comma 85 della legge Delrio – è preferibile un ente di area vasta leggero, appunto, titolare di sole funzioni di coordinamento verticale dei Comuni, alle quali faccia da contraltare un'adeguata corrispondenza di risorse finanziarie. L'identità soggettiva tra ente coordinante ed enti coordinati non pare, a chi scrive, costituire un reale ostacolo alla concreta ed efficace esplicazione di tali funzioni di coordinamento. Al contrario, le funzioni di controllo, che implicano un reale rapporto di sovraordinazione, dovrebbero, queste sì, essere affidate alle Regioni.

A queste funzioni altre se ne potrebbero aggiungere, a cominciare da quel-

<sup>36</sup> VANDELLI (2017).

<sup>37</sup> Per tutti, cfr. MERLONI (2017).

le di supporto dei Comuni. Già, del resto, il comma 88 della l. 56 prevede la possibilità per la Provincia di esercitare, d'intesa con i Comuni stessi, le funzioni di predisposizione dei documenti di gara, di stazione appaltante, di monitoraggio dei contratti di servizio e di organizzazione di concorsi e delle procedure selettive.

Inoltre, in una prospettiva più generale e di consolidamento della Provincia come "casa dei Comuni", quale ente con funzioni di coordinamento e di supporto per i Comuni, ma anche in attuazione dei principi costituzionali di differenziazione, adeguatezza e di leale collaborazione tra tutti gli enti territoriali, alla Provincia potrebbe essere affidato anche un ruolo ulteriore, di motore ed impulso dello stesso riordino della mappa comunale (tramite unioni e fusioni), da svolgere di concerto con la Regione. Il coinvolgimento di un ente di area vasta composto da amministratori locali garantirebbe, in effetti, un coinvolgimento "dal basso", ampio ed efficace degli stessi Comuni nei processi di riordino che li vedono direttamente coinvolti. Si tratta, a ben vedere, di una soluzione non sconosciuta anche in altri ordinamenti (così come di un ruolo già in parte sperimentato nella nostra stessa legislazione regionale) e che potrebbe favorire una reale spinta per l'attivazione di concreti e reali processi aggregativi. In questo senso, dunque, si potrebbero valorizzare le funzioni propositive dell'Assemblea dei Sindaci affinché quest'organo possa procedere, nell'ambito della programmazione regionale di riordino territoriale, ad una proposta di definizione dei bacini omogenei (ovvero di perimetrazione territoriale delle stesse Unioni) per l'esercizio associato delle funzioni di prossimità.

A Province così riviste continuerebbero ad affiancarsi (non a sostituirsi) forme di cooperazione intercomunale e di coordinamento orizzontale, in particolare le Unioni di comuni.

Ed anzi, se si tiene ben salda la distinzione tra i due enti, le Unioni potrebbero svolgere un ruolo fondamentale di rappresentanza, coesione e rafforzamento degli stessi enti di base all'interno degli organi di area vasta (Province ma anche Città metropolitane). Inoltre, sempre nell'ottica dell'adeguatezza comunale, Unioni e Province ben potrebbero definire quali delle funzioni comunali debbano essere esercitate a livello intercomunale e quali possano invece essere svolte a livello provinciale (o interprovinciale). Il che, come è evidente, richiede anche la puntuale definizione di ambiti territoriali adeguati, da far coincidere, possibilmente, con il territorio della Provincia. Ne beneficerebbe certamente anche la stessa cooperazione intercomunale, che abbisogna del resto di ulteriori aggiustamenti, dalla riduzione delle rigidità istituzionali sino ad ora riscontrate al rafforzamento della legittimazione democratica e della capacità tributaria e fiscale.

Proiettandosi in scenari di questo tipo, in cui Unioni di comuni forti siano

presenti possibilmente su tutto il territorio nazionale, non sarebbe allora da escludere del tutto anche il riordino territoriale delle Province cui prima si faceva riferimento, tramite aggregazione tra più enti limitrofi e secondo procedure – quelle previste, in particolare, dall'art. 21 TUEL – possibilmente semplificate.

Si potrebbe dischiudere, allora, un nuovo ruolo per l'area vasta, in una fase di incertezze e di nodi istituzionali che, evidentemente, abbisognano di risposte e rimedi coerenti e sostenibili. Non si tratterebbe, dunque, di mettere in discussione le scelte già compiute dal legislatore statale con la l. 56, ma, al contrario, scemate ormai definitivamente le prospettive dischiuse dalla riforma costituzionale, di proseguire nel solco delle novità della legge Delrio e di apporvi correttivi mirati e puntuali nel rispetto della Costituzione vigente. Continuerebbe a pagarne l'(originaria) autonomia politica del livello intermedio, ma risulterebbe irrobustita l'autonomia organizzativa e le forme di coordinamento dei Comuni, nello spirito, si auspica, di una reale partecipazione degli enti più prossimi ai cittadini ai processi decisionali.

#### *Riferimenti bibliografici*

AKRIVOPOULOU, Christina, DIMITROPOULOS, Georgios, KOUTNATZIS, Stylianos-Ioannis G., (2012) “The “Kallikratis Program”. The Influence of International and European Policies on the Reforms of Greek Local Government”. *Istituzioni del Federalismo*, n° 3, 2012, p. 653 ss.

ALMEIDA CERREDA, Marcos, TUBERTINI, Claudia, COSTA GONÇALVES, Pedro (2015), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Cizur Menor: Aranzadi Thomson-Reuters, 2015

BACHELET, Vittorio (1962) “Coordinamento”. In *Enciclopedia del Diritto.*, X, 1962, p. 630 ss.

BERNADÍ I GIL, Xavier, GALÁN GALÁN Alfredo (2012), “El debate actual sobre las diputaciones provinciales: un análisis de las últimas propuestas electorales”, *Fundación Democracia y Gobierno Local*, 2012, p. 7 ss.

BERTRANA, Xavier, HEINELT, Hubert (2013), “The second tier of local government in the context of european multi-level government systems: institutional setting and prospects for reform”. In *Revista catalana de dret públic*, n° 46, 2013, pp. 72 ss.

BIN, Roberto (2012), “Il nodo delle province”. In *Le Regioni*, nn. 5-6, 2012, p. 899 ss.

CAIA, Giuseppe (2016), “I nuovi enti locali di area vasta”. In *Enciclopedia Treccani*, Libro dell'Anno 2016, pp. 193 ss.

CARLONI, Enrico (2015), “Differenziazione e centralismo nel nuovo ordinamento delle autonomie locali: note a margine della sentenza n. 50/2015”. *Diritto Pubblico*, n°1, 2015, p. 145 ss.

COSCULLUELA MONTANER, Luis Manuel, MEDINA ALCOZ, Luis (2012), *Crisis económica y Reforma del Régimen Local*, Madrid: Civitas, 2012

COSTA GONÇALVES, Pedro (2017) “Crise e transformação do regime jurídico das autarquias locais em Portugal”. In Vandelli, Gardini, Tubertini, *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, Rimini: Maggioli, 2017, p. 435 ss.

DE DONNO, Marzia (2014), “Riordino delle competenze e nuovo regime delle métropoles: prime prove per l’Acte III de la décentralisation”. *www.federalismi.it*.

DE DONNO, Marzia (2016), “Le politiche regionali di riordino territoriale locale: Unioni, fusioni e altre forme associative tra Comuni”, in Bassanini, Cerniglia, Quadrio Curzio, Vandelli, *Territori e autonomie. Un’analisi economico-giuridica*, Bologna: il Mulino, 2016, p. 95 ss.

DE MARTIN, Gian Candido (2010), “La “nuova” provincia per semplificare e potenziare l’amministrazione locale”. *www.amministrazioneincammino.it*

DE MARTIN, Gian Candido (2014) *L’intercomunalità in Italia e in Europa*, Padova: Cedam, 2014

DE MARTIN, Gian Candido, MELONI, Guido (2008), “L’amministrazione di area vasta (Provincia ed area metropolitana)”, in Bassanini, Castelli, *Semplificare l’Italia. Stato, Regioni, Enti locali*, Firenze: Passigli Editori, 2008, p. 67 ss.

GARDINI, Gianluca (2016), “Brevi note sulla incostituzionalità sopravvenuta della legge Delrio”. *www.federalismi.it*

GASPARRI, Wladimiro (2017), *L’associazionismo municipale. Esperienze nazionali e europee a confronto*, Torino: Giappichelli, 2017

GRACIA RETORTILLO, Ricard (2015), “Las provincias”. In Almeida Cerredá, Tubertini, Costa Gonçalves, *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Cizur Menor: Aranzadi Thomson-Reuters, 2015, p. 175 ss.

LOPES MARTINS, Licínio (2015), “As comunidades intermunicipais”. In Almeida Cerredá, Tubertini, Costa Gonçalves, *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Cizur Menor: Aranzadi Thomson-Reuters, 2015, p. 571 ss.

LUCARELLI, Alberto, FABRIZZI, Federica, MONE, Daniela (2015), *Gli statuti delle Città metropolitane*, Napoli: Jovene, 2015

MERLONI, Francesco (2006), “Le funzioni sovracomunali tra Provincia e Regione”. *Istituzioni del Federalismo*, n° 5, 2006, p. 45 ss.

MERLONI, Francesco (2017), “Riforme (necessarie) del sistema amministrativo e garanzia dell’autonomia locale tra principi costituzionali e Carta europea delle autonomie locali”. In De Martin, Merloni, *Per autonomie responsabili. Proposte per l’Italia e l’Europa*, Roma: Luiss University Press, 2017, p. 21 ss.

MIGLIARESE TAMBURINO, Francesca (1979), *Il coordinamento nell’evoluzione dell’attività amministrativa*, Padova: Cedam, 1979.

Numero Speciale IdF (2014), *Gli statuti delle Città metropolitane. Modelli a confronto*

PINELLI, Cesare (2015), “Gli enti di area vasta nella riforma del governo locale di livello intermedio”. *Istituzioni del Federalismo*, n° 3, 2015, p. 569 ss.

RENNA, Mauro (2006), “Brevi considerazioni su province e altri enti “intermedi” o di area vasta”. *www.astrid-online.it*.

TUBERTINI, Claudia (2015) “Le province”. In Almeida Cerreda, Tubertini, Costa Gonçalves, *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Cizur Menor: Aranzadi Thomson-Reuters, 2015, p. 417 ss.

VANDELLI, Luciano (2012), “Sovranità e federalismo interno: l'autonomia territoriale all'epoca della crisi”. *Le Regioni*, 5-6, 2012, p. 845 ss.

VANDELLI, Luciano (2013), “La Provincia italiana nel cambiamento: sulla legittimità di forme ad elezione indiretta”, in *Revista catalana de dret públic*, n. 46, 2013, p. 90 ss.

VANDELLI, Luciano (2017), “Quali prospettive per il sistema delle autonomie, dopo il referendum del 4 dicembre 2016”. *Le Regioni* 1-2, 2017, p. 35 ss.

VANDELLI, Luciano, DE DONNO, Marzia (2016), “Evolutions de la décentralisation en France et en Italie: un regard comparé”. *Istituzioni del Federalismo*, n° 4, 2016, p. 867 ss.

VANDELLI, Luciano, GARDINI, Gianluca, TUBERTINI, Claudia (2017), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, Rimini: Maggioli, 2017.

VELASCO CABALLERO, FRANCISCO (2014), “Desarrollos normativos autonómico de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”. *Anuario de Derecho Municipal* 2014, p. 21 ss.

## LE NUOVE SEDI DELLA RAPPRESENTANZA IN SICILIA: I LIBERI CONSORZI COMUNALI E LE CITTÀ METROPOLITANE\*

*Francesca Leotta\*\**

SOMMARIO: 1. Il nuovo regime degli enti locali in Sicilia ed il rapporto con la disciplina statale. – 2. La rappresentanza negli organi di governo degli enti di area vasta in Sicilia. – 3. Considerazioni conclusive. Riferimenti bibliografici.

### *1. Il nuovo regime degli enti locali in Sicilia ed il rapporto con la disciplina statale*

La Regione siciliana, esercitando la propria competenza esclusiva in mate-

\* **Postilla di aggiornamento.** Il presente saggio riproduce il testo della relazione svolta dall'Autrice presso l'Università degli studi di Catania il 6 dicembre 2016, in occasione del Seminario italo-spagnolo, III Convegno internazionale - linea di ricerca n. 3 (Rappresentanza e autonomia degli enti territoriali locali e regionali). Successivamente, il 9 marzo 2017, il Presidente dell'Assemblea regionale siciliana ha autorizzato la I Commissione legislativa – Affari Istituzionali ad avvalersi, ai sensi dell'art. 71, co 3, Regolamento interno, dell'Autrice del presente saggio per l'elaborazione di un disegno di legge in materia di riforma del sistema elettorale dei liberi consorzi comunali delle città metropolitane. Il 15 marzo 2017, in occasione della seduta della I Commissione legislativa n. 300 della XVI Legislatura, ha avuto luogo l'audizione sul punto (resasi necessaria a seguito di un previo incontro svoltosi a Roma tra una delegazione della Commissione ed il Ministro per gli Affari regionali, durante il quale si era convenuto di elaborare una proposta normativa per la introduzione dell'elezione diretta degli organi dei liberi Consorzi comunali e delle Città metropolitane): dopo aver illustrato gli elementi di incompatibilità del sistema di preposizione ad organi previsto dalla L. 7 aprile 2014, n. 56 con le peculiarità dell'ordinamento siciliano degli enti di area vasta, l'Autrice ha presentato una bozza di disegno di legge regionale per la (re)introduzione dell'elezione diretta a suffragio universale sia del Presidente e del Consiglio del libero Consorzio comunale, sia del Consiglio metropolitano, nonché la possibilità di introdurre nello statuto della Città metropolitana l'elezione diretta del Sindaco metropolitano. Parte delle proposte ivi contenute sono state inserite nel D.D.L.Reg. n. 1307 “Disposizioni in materia di elezione diretta del Presidente e del Consiglio del libero Consorzio comunale e del Consiglio metropolitano” del 24 marzo 2017, approvato con modifiche dall'Assemblea regionale siciliana il 10 agosto 2017 e tradotto nella L.R. 11 agosto 2017, n. 17 “Disposizioni in materia di elezione diretta del Presidente del libero Consorzio comunale e del Consiglio del libero Consorzio comunale nonché del Sindaco metropolitano e del Consiglio metropolitano”, con la quale, per l'appunto, sono state sostituite le disposizioni della L.R. 4 agosto 2015, n. 15, riguardanti le modalità di preposizione ad organi degli enti di area vasta siciliani, introducendo l'elezione diretta delle menzionate cariche secondo modalità analoghe a quelle previste per le elezioni nei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti.

\*\* Ricercatore confermato di Diritto Costituzionale. Università degli studi di Catania.

ria di “regime degli enti locali e delle circoscrizioni relative” (prevista dall’art. 14, lett. o, dello Statuto speciale), ha ridisegnato il quadro degli enti territoriali intermedi tramite la L.R. 24 marzo 2014, n. 8 (“Istituzione dei liberi Consorzi comunali e delle Città metropolitane”) e la L.R. 4 agosto 2015, n. 15 (“Disposizioni in materia di liberi Consorzi comunali e Città metropolitane”), provvedimenti con cui sono state abolite le Province regionali e sono stati istituiti, quali enti di area vasta, i liberi Consorzi comunali.

La riforma, che era stata anticipata dalla L.R. 27 marzo 2013, n. 7 (“Norme transitorie per l’istituzione dei liberi Consorzi comunali”) ed il cui *iter* è stato abbastanza contorto<sup>1</sup>, è stata fortemente sollecitata e indirizzata dai concommitanti – ed altrettanto travagliati – interventi dello Stato sull’ordinamento degli enti locali nelle Regioni a statuto ordinario (ex art. 117, co. 2, lett. p, Cost.), da ultimo confluiti nella L. 7 aprile 2014, n. 56 (“Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni”).

Obiettivo comune del legislatore statale e di quello siciliano è stata la razionalizzazione dell’assetto istituzionale decentrato, sui versanti della riduzione dei costi (anche in relazione alla profonda crisi economica tuttora in atto ed alle sollecitazioni provenienti dalle istituzioni finanziarie europee) e di una maggiore efficacia ed efficienza dell’azione di governo dei soggetti pubblici che hanno un contatto diretto e costante con i consociati ed il territorio.

Peculiare attenzione è stata dedicata ad un ente territoriale, la Provincia, la cui stessa *raison d’être*, com’è noto, era stata già contestata in epoca pre-repubblicana per la difficoltà di delinearne un adeguato ruolo istituzionale e che, nonostante il rilievo attribuitole nel testo costituzionale del 1948 (sostanzialmente ribadito con la novella del 2001, malgrado la contestuale previsione delle città metropolitane), ha vissuto alterne vicende, segnate “da un vivace dibattito, oscillante tra superamento e rivitalizzazione delle amministrazioni provinciali” (VANDELLI, 1998: 814)<sup>2</sup>.

Nell’ultimo quinquennio il legislatore statale ha ripetutamente mostrato l’intenzione di eliminare questo livello intermedio di governo quale soggetto politico esponenziale di una comunità territoriale, adducendo ragioni di contenimento della spesa pubblica. In un primo momento, ne sono state quasi del tutto azzerate le competenze, limitate a mere funzioni di coordinamento, addirittura con provvedimenti d’urgenza, il D.L. 6 dicembre 2011, n. 201<sup>3</sup> (art.

<sup>1</sup> Sul punto si rinvia diffusamente ai commenti raccolti nel volume AA.VV. (2014), nonché a URSI (2014) e DI MARIA (2016).

<sup>2</sup> Per un’analisi della controversa storia dell’ente provinciale a partire dall’unità d’Italia, cfr., tra gli altri, ESPOSITO (1988: 797-811), e più di recente, BACCETTI (2014: 285 ss.).

<sup>3</sup> Convertito, con modificazioni, dall’art. 1, co. 1, L. 22 dicembre 2011, n. 214.

23, co. 14 ss.) e il D.L. 6 luglio 2012, n. 95 (artt. 17 e 18)<sup>4</sup>. Tali provvedimenti sono stati dichiarati incostituzionali dalla Corte costituzionale per violazione dell'art. 77 Cost., determinata dalla "palese inadeguatezza dello strumento del decreto-legge a realizzare una riforma organica e di sistema, che non solo trova le sue motivazioni in esigenze manifestatesi da non breve periodo, ma richiede processi attuativi necessariamente protratti nel tempo, tali da poter rendere indispensabili sospensioni di efficacia, rinvii e sistematizzazioni progressive, che mal si conciliano con l'immediatezza di effetti connaturata al decreto-legge, secondo il disegno costituzionale" (sent. 19 luglio 2013, n. 220).

Successivamente, in attesa di una modifica costituzionale volta ad eliminare la Provincia dal novero degli enti territoriali<sup>5</sup>, con la L. n. 56/2014 ne sono state nuovamente ridotte funzioni, risorse finanziarie e personale, trasferite ad altri enti territoriali, e ne è stata disposta la trasformazione in ente a rappresentanza indiretta, in cui il Presidente della Provincia ed il Consiglio provinciale non sono più eletti direttamente dai cittadini, ma dai sindaci e dai consiglieri dei comuni della provincia (art. 1, co. 58 e 69). Contestualmente è stata introdotta una specifica disciplina per le Città metropolitane, quali enti territoriali di area vasta, delineati anch'essi come enti a rappresentanza indiretta, e per le unioni di Comuni, quali enti locali finalizzati all'esercizio associato di funzioni e servizi<sup>6</sup>.

Tale disciplina ha superato indenne il vaglio di legittimità costituzionale, in relazione a varie questioni sottoposte alla Consulta da alcune Regioni, che avevano ad oggetto quasi l'intero provvedimento e che sono state dichiarate infondate con la sent. 26 marzo 2015, n. 50.

Anche in Sicilia il legislatore regionale ha inteso seguire la strada dell'abolizione delle Province, addirittura in netto anticipo rispetto al completamento del disegno statale, rispolverando l'art. 15 dello Statuto, che basa "l'ordinamento degli enti locali (...) nella Regione (...) sui Comuni e sui liberi Consorzi comunali, dotati della più ampia autonomia amministrativa e finanziaria" (co. 2). Per inciso, lo stesso art. 15, al co. 1, aveva già previsto – fin dal 1946 – la soppressione delle "circoscrizioni provinciali" e degli "organi ed enti pubblici che ne derivano (...) nell'ambito della Regione siciliana", così recependo la tesi che vedeva con sfavore le Province nell'ordinamento regio<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, L. 7 agosto 2012, n. 135.

<sup>5</sup> Come disposto dalla L. Cost. 12 aprile 2016, che non è entrata in vigore a causa dell'esito negativo del referendum costituzionale svoltosi il 4 dicembre 2016.

<sup>6</sup> Per un'analisi delle soluzioni adottate – a Costituzione invariata – dalla L. n. 56/2014 si rinvia, tra gli altri, ai commenti di GORLANI (2014: 1 ss.); VESPERINI (2014: 786 ss.); CIAPETTI (2014: 251 ss.); FORTE (2014: 333 ss.); VANDELLI (2015: 66 ss.).

<sup>7</sup> Si ricorda, infatti, che lo Statuto speciale della Regione Siciliana fu approvato con R.D.L.

In via preliminare, con la L.R. n. 7/2013 l'Assemblea regionale siciliana (A.R.S.) ha posto alcune indicazioni di principio, invitando se stessa a disciplinare "entro il 31 dicembre 2013 (...) l'istituzione dei liberi Consorzi comunali per l'esercizio delle funzioni di governo di area vasta, in sostituzione delle Province regionali", nonché "l'istituzione nel territorio della regione delle città metropolitane". Contestualmente ha "sospeso il rinnovo degli organi provinciali", disponendone il commissariamento alla scadenza del mandato (art. 1, co. 3)<sup>8</sup>.

Con la L.R. n. 8/2014 (anteriore alla L. n. 56/2014) sono stati, quindi, istituiti i liberi Consorzi comunali e le città metropolitane di Palermo, Catania e Messina<sup>9</sup> ed infine, con la L. n. 15/2015, ne è stato delineato l'ordinamento, attuando una puntuale corrispondenza dei territori<sup>10</sup>, delle sedi, delle funzioni e del personale con quelli delle Province regionali, delle quali i nuovi enti di area vasta hanno preso il posto.

È di immediata evidenza la peculiarità dell'ordinamento delineato dalla Regione siciliana, che – al di là delle dichiarazioni di principio – ha sostanzialmente proceduto ad una mera operazione di sostituzione delle Province con i liberi Consorzi, realizzando così un sistema strutturalmente diverso rispetto a quello delineato dallo Stato, il quale tra l'altro non è stato concepito come un impianto definitivo, ma con alcuni elementi «transitori», destinati ad essere eliminati se e quando nella Costituzione saranno abrogate le Province.

Eppure è noto che la Regione siciliana ha subito forti pressioni, durante i lavori preparatori della L.R. n. 15/2015 e nel primo periodo di vigenza della

15 maggio 1946, n. 455, anteriormente al referendum istituzionale del 2 giugno 1946 ed all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, con la quale non è stato mai adeguatamente coordinato, malgrado la formale conversione in L. Cost. 26 febbraio 1948, n. 2. Ebbene, la formulazione del co. 1 dell'art. 15 dello Statuto esprimeva chiaramente la volontà di affrancare il territorio siciliano dall'organizzazione provinciale imposta dai Savoia, basata sulle province come derivazione dello Stato centrale perché sedi delle prefetture, e vissuta dai siciliani come non congeniale alla propria autonomia di governo. In tal senso si può ritenere che la correlata scelta dei redattori dello Statuto di riservare alla legislazione regionale esclusiva l'ordinamento degli enti locali abbia rappresentato una delle maggiori e più innovative espressioni di autonomia contenute nel testo statutario, che tuttavia non ha avuto (quanto meno, finora) gli esiti desiderati dai proponenti.

<sup>8</sup> È stata così superata la L.R. 8 marzo 2012, n. 14, che aveva auspicato un riassetto complessivo delle funzioni amministrative e degli organi di governo delle Province regionali, da attuarsi con successiva legge.

<sup>9</sup> Nelle aree già definite dai D.P.R. 10 agosto 1995.

<sup>10</sup> Il territorio delle Città metropolitane è stato esteso, contrariamente alle indicazioni della L.R. n. 8/2014, fino a ricomprendere tutti i Comuni delle precedenti Province di Palermo, Catania e Messina.

stessa, affinché fossero seguite pedissequamente le indicazioni contenute in una legge ordinaria, la L. n. 56/2014, nella quale si specifica che “i principi della presente legge valgono come principi di grande riforma economica e sociale per la disciplina di città e aree metropolitane da adottare dalla regione Sardegna, dalla Regione siciliana e dalla regione Friuli-Venezia Giulia, in conformità ai rispettivi statuti” (art. 1, co. 5) ed anche che, “entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, le regioni a statuto speciale Friuli-Venezia Giulia e Sardegna e la Regione siciliana adeguano i propri ordinamenti interni ai principi della medesima legge” (art. 1, co. 145).

Tali pressioni si sono concretizzate nell’impugnazione, da parte del Governo nazionale, di numerose disposizioni della L.R. n. 15/2015<sup>11</sup> che, a detta del ricorrente, si discostavano dall’impianto della L. n. 56/2014, così violando i limiti posti dalla stessa, intesi in senso molto ampio, oltre ad invadere alcuni ambiti di competenza esclusiva dello Stato.

Senza attendere l’esito del giudizio di legittimità costituzionale, l’A.R.S. si è adeguata ai rilievi del Governo nazionale, «correggendo», con L.R. 1 aprile 2016, n. 5 e L.R. 17 maggio 2016, n. 8, il testo della L.R. n. 15/2015 in più parti e uniformandolo quanto più possibile alla legislazione statale.

Tale operazione, tuttavia, desta non poche perplessità.

In linea di principio, un’uniformità di disciplina degli enti di area vasta in tutta Italia potrebbe essere giustificata da una omogeneità di situazioni da regolamentare.

Non si può dimenticare, però, che l’ordinamento siciliano ha da sempre registrato delle peculiarità che non lo hanno mai reso esattamente sovrapponibile al modello statale attuato nelle Regioni a statuto ordinario<sup>12</sup>, per cui appare problematico uniformarlo *in toto* alle indicazioni dettate dallo Stato.

Si potrebbe obiettare che, nell’ambito di un generale riordino degli enti locali a livello nazionale, sia preferibile ridurre il più possibile le differenze tra i vari sistemi, evitando problemi di coordinamento tra essi e potenziali discrasie.

Ad ogni modo, se ha ancora un senso l’autonomia speciale riconosciuta alla Regione siciliana, che – come più volte ribadito – in tema di ordinamento degli enti locali mantiene tuttora potestà esclusiva, non sembra corretto che lo Stato autodefinisca come principi vincolanti per le Regioni speciali – in ma-

<sup>11</sup> Con ricorso n. 89 dell’8 ottobre 2015 sono stati impugnati gli artt. 4, 5, 6, 8, 9, 10, 12, 13, 15, 16, 17, 20, 27 e 33, L.R. n. 15/2015.

<sup>12</sup> Basti pensare, come da ultimo ricordato da URSI (2014) e DI MARIA (2016), alla complessa evoluzione che si è registrata nell’ordinamento degli enti locali in Sicilia nel corso degli ultimi decenni.

niera unilaterale e del tutto discrezionale (con il rischio di sconfinare nel mero arbitrio) – tutte o quasi le regole (anche di dettaglio) contenute nella L. n. 56/2014<sup>13</sup>, così imponendone il rispetto al legislatore regionale speciale, che in tal modo vede ridurre drasticamente i propri margini decisionali.

In astratto, la prospettiva potrebbe cambiare se fosse la Regione siciliana ad adottare soluzioni analoghe a quelle delineate dallo Stato, esercitando realmente la propria autonomia, senza pressioni o “correzioni” di vario tipo da parte di quest’ultimo.

Tuttavia, anche in questa eventualità è necessario tenere presenti i tratti distintivi che caratterizzano l’ordinamento regionale speciale, nel quale non sempre possono essere innestate acriticamente soluzioni elaborate per un contesto differente: si corre il rischio, infatti, di alterare il corretto funzionamento del sistema regionale.

In ultima analisi, è questo il motivo fondamentale per cui alcune scelte compiute dal legislatore siciliano – a prescindere dalla loro derivazione “autonoma” o “eteronoma” – non persuadono, specialmente in riferimento alle modalità di designazione dei titolari degli organi di governo negli enti di area vasta.

## *2. La rappresentanza negli organi di governo degli enti di area vasta in Sicilia*

Si è già ricordato come, sin dall’intervento preliminare del 2013, recependo le suggestioni derivanti dai primi provvedimenti statali, che avevano trasformato le Province in enti di secondo grado, l’A.R.S. abbia conferito agli organi di governo del libero Consorzio comunale una legittimazione indiretta, per l’appunto prevedendone l’elezione “con sistema indiretto di secondo grado” (art. 1, co. 1, L.R. n. 7/2013).

Con la L.R. n. 8/2014 sono stati poi individuati tali organi di governo: il Presidente, “eletto dai consiglieri comunali e dai sindaci dei comuni aderenti” all’ente di area vasta, “a maggioranza assoluta dei voti, fra i sindaci dei comuni appartenenti” (art. 5, co. 1); l’Assemblea, formata dai sindaci dei Comuni che lo compongono (art. 4, co. 1); la Giunta, nominata dal Presidente “fra i componenti dell’Assemblea del libero Consorzio” (art. 6, co. 1). Invece, per l’elezione degli organi delle Città metropolitane si è rinviato ad un successivo provvedimento legislativo.

Come rilevato da URSI, a tali dettagliate regole sugli organi dei liberi Consorzi non sono state affiancate le – logicamente precedenti – previsioni sulle

<sup>13</sup> Come si deduce dalle censure contenute nel citato ricorso n. 89/2015.

loro funzioni: “se, come diceva Giannini, in principio sono le funzioni, il legislatore siciliano ne ha ribaltato l’assunto. Prima si è costruita l’organizzazione e dopo si vedrà quale sarà il suo impiego. Ciò non vale solo in relazione agli organi, ma con riferimento agli enti nel loro complesso” (2014: 331).

Il quadro è stato completato con la L.R. n. 15/2015, che ha previsto le elezioni di secondo grado sia per il Presidente del libero Consorzio (art. 6), sia per il Sindaco metropolitano (art. 13), congiuntamente ad una composizione degli altri organi di governo legata alla titolarità di cariche elettive presso i Comuni facenti parte degli enti di area vasta.

È stata prevista, altresì, la possibilità di optare per l’elezione diretta a suffragio universale del Presidente del libero Consorzio (art. 6, co. 8) e del Sindaco metropolitano (art. 13, co. 8), seppure entro un anno dall’entrata in vigore della stessa legge e con un sistema particolarmente complesso ed articolato<sup>14</sup>.

Tuttavia, a pochi mesi dall’entrata in vigore della L.R. n. 15/2015, come effetto delle citate pressioni del Governo nazionale, il legislatore siciliano si è affrettato a modificare parzialmente le suddette prescrizioni con L.R. n. 5/2016 e L.R. n. 8/2016: in particolare, sono stati soppressi alcuni organi di governo che non trovavano riscontro nella L. n. 56/2014 (la Giunta e l’Adunanza elettorale) e ne è stato inserito un altro (il Consiglio, eletto dai Sindaci e dai consiglieri comunali); è stato introdotto il meccanismo del voto ponderato nelle elezioni indirette; infine, è stata imposta la coincidenza della carica di Sindaco metropolitano con quella del Sindaco del Comune capoluogo.

In tal modo, il modello di governo che l’A.R.S. aveva ideato per gli enti di area vasta è stato appiattito su quello che il legislatore statale ha previsto per le Città metropolitane.

<sup>14</sup> Segnatamente, per i liberi Consorzi è stato disposto che lo Statuto possa prevedere “l’elezione diretta a suffragio universale del Presidente, a decorrere dal primo rinnovo successivo all’elezione da svolgersi con le modalità di cui al presente articolo. Qualora gli statuti dei liberi Consorzi comunali e delle Città metropolitane che rappresentino la maggioranza della popolazione della Regione prevedano l’elezione diretta, il Governo presenta all’Assemblea regionale siciliana il disegno di legge che stabilisce le modalità di elezione diretta a suffragio universale del Presidente del libero Consorzio comunale e del Sindaco metropolitano” (art. 6, co. 8, L.R. n. 15/2015). Analoga disposizione è stata riproposta per le Città metropolitane, con l’ulteriore prescrizione in base alla quale: “È condizione necessaria, affinché si possa far luogo all’elezione diretta a suffragio universale del Sindaco metropolitano, che entro la data di indizione delle elezioni il comune capoluogo abbia previsto l’articolazione del proprio territorio in più comuni, con deliberazione del consiglio comunale a maggioranza assoluta dei componenti sottoposta a referendum tra tutti i cittadini della Città metropolitana e approvata dalla maggioranza dei partecipanti al voto. Per la validità del referendum è necessaria la partecipazione della metà più uno degli aventi diritto. È, altresì, necessario che sia approvata la legge regionale di istituzione dei nuovi comuni” (art. 13, co. 8).

Al di là delle soluzioni che si sono succedute, nell'arco di pochi mesi, per delineare gli organi di governo dei nuovi enti, l'errore di fondo è stato quello di rinunciare ad un sistema di rappresentanza politica diretta, sulla scia di quanto disposto in origine dallo Stato per le «abrogande» Province sin dai D.L. 201/2011 e D.L. n. 95/2012.

Le ragioni che dimostrano l'incongruità della riproposizione per i liberi Consorzi siciliani di una soluzione elaborata in un altro contesto ordinamentale risiedono nella differenza di base che intercorre tra le due riforme. A livello statale, infatti, la trasformazione della rappresentanza nelle Province, accompagnata da una drastica riduzione delle funzioni a meri compiti di indirizzo e coordinamento, rappresenta una sorta di «declassamento», anticipatore della definitiva eliminazione dell'ente.

Tutt'altra, invece, la *ratio* della riforma siciliana: le Province regionali sono state sostituite con i liberi Consorzi e le Città metropolitane, cui non soltanto sono stati trasferiti i compiti delle prime, ma sono state assegnate nuove funzioni di programmazione e di amministrazione attiva «di area vasta» (motorizzazione, approvazione degli strumenti urbanistici, ...).

Partendo proprio dalla considerazione del differente ruolo istituzionale riconosciuto ai liberi Consorzi, derivante dalla natura delle loro attribuzioni, non si può ritenere che la scelta del sistema di rappresentanza (diretta o indiretta) sia indifferente per lo svolgimento di tali compiti, avendo inevitabili ricadute sulle modalità del loro esercizio.

Bisogna sempre tenere presente, come efficacemente rilevato da MERLONI, che le funzioni di area vasta “consistono tanto in funzioni di coordinamento (vero e proprio, sovra comunale), quanto in funzioni di tipo operativo; tutte funzioni non attribuibili ai Comuni compresi nella medesima area vasta” e che non sono “affidabili a meri uffici burocratici”, in quanto “le scelte di esercizio delle funzioni di area vasta hanno un carattere evidentemente politico, da affidare ad enti politicamente responsabili e distinti rispetto ai Comuni” (2014: 220).

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, sembra necessario che il sistema di individuazione dei titolari degli organi di governo di un ente di area vasta debba essere calibrato in relazione alle funzioni da esercitare: per un ente chiamato ad esplicare funzioni di amministrazione attiva e di pianificazione è necessario che si stabilisca un legame «forte» tra amministratore ed amministrati che soltanto un sistema di rappresentanza diretta può garantire, come del resto inequivocabilmente affermato nella Carta europea dell'autonomia locale (C.E.A.L.)<sup>15</sup>, la quale – anche a prescindere dalla dibattuta questione sulla

<sup>15</sup> Firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985, ratificata con L. 30 dicembre 1989, n. 439.

sua vincolatività per i legislatori italiani – definisce “l’autonomia locale” un diritto delle collettività locali, “esercitato da Consigli e Assemblee costituiti da membri eletti a suffragio libero, segreto, paritario, diretto ed universale” (art. 3).

Evidentemente, i rilievi espressi sulla scelta di un sistema di rappresentanza indiretta per i liberi Consorzi sono applicabili anche alle Città metropolitane disciplinate dalla L. n. 56/2004, in quanto enti di area vasta con funzioni di amministrazione attiva, strutturalmente diversi dalle Province<sup>16</sup>.

È vero che il legislatore siciliano, riproducendo solo in parte quanto disposto dall’art. 1, co. 22, L. n. 56/2014, ha previsto la possibilità di introdurre l’elezione diretta del Presidente e del Sindaco metropolitano, ma non anche del Consiglio; tuttavia, le relative disposizioni contemplan procedure così complesse da rendere sostanzialmente impraticabile la relativa scelta.

In ogni caso, se anche venisse esercitata tale opzione, si verrebbe a creare un sistema ibrido, nel quale si intreccerebbero i binari della rappresentanza diretta e di quella indiretta.

### 3. *Considerazioni conclusive*

La riforma degli enti locali di area vasta in Sicilia è stata condotta – formalmente – sotto l’egida della cosiddetta riduzione dei costi della politica. Tuttavia, se – come si è cercato di dimostrare – tale intervento riformatore si è sostanzialmente concretizzato in un mero cambio di “etichetta”, di modifica della denominazione delle ex Province regionali, per un verso ritornando alle originarie previsioni statutarie (che la Regione non aveva potuto seguire per prevalenti considerazioni di omogeneità con il resto d’Italia), per altro verso attribuendo alle aree più popolate dell’Isola una qualifica (quella di città metropolitana) che – quanto meno in astratto – le allinea ad altre rilevanti aree dell’Unione Europea per permettere loro l’accesso a specifici finanziamenti comunitari<sup>17</sup>, non si comprende allora per quale motivo si sia abbandonato il sistema di rappresentanza politica diretta.

Sul diritto all’elezione diretta negli enti locali si rinvia, tra gli altri, a BOGGERO (2014: 573-598).

<sup>16</sup> Malgrado il diverso avviso espresso dalla Corte costituzionale nella sent. n. 50/2015, che ha mantenuto l’attuale sistema di rappresentanza indiretta previsto dalla L. n. 56/2014. Per un commento critico, si rinvia, in particolare a SPADARO (2015: 1-27).

<sup>17</sup> Si pensi, tra tutti, al Programma operativo nazionale (PON) 2014-2020 “Città metropolitane”, che prevede consistenti investimenti per lo sviluppo urbano, l’agenda digitale, l’efficienza energetica, la mobilità sostenibile, il disagio abitativo e l’inclusione sociale, azioni tutte mirate a rafforzare la coesione sociale nelle grandi città.

Gli asseriti (ma non dimostrati) motivi di carattere economico appaiono troppo deboli per giustificare l'abbandono di un modello che è considerato, a livello europeo, un principio fondamentale degli ordinamenti degli enti locali.

Tra l'altro, ci si è fermati a considerare il mero risparmio derivante dal non dover procedere ad elezioni a suffragio universale diretto ed alla gratuità degli incarichi dei componenti degli organi di secondo grado, perché già titolari di altre funzioni pubbliche, senza valutare che tali soggetti saranno gravati da un doppio impegno, con conseguente rischio di una gestione inefficiente e di scelte non oculate, foriere – queste sì – di un inutile dispendio di risorse.

Tuttavia, non si può non notare che, nella ricerca di soluzioni per contenere i costi degli enti di area vasta, sono stati tralasciati – volutamente, forse? – altri profili inerenti le modalità di gestione delle attività, che maggiormente avrebbero portato ad un effettivo risparmio.

Anzitutto, non è stato adeguatamente affrontato il nodo delle funzioni dei nuovi enti, laddove il mantenimento di tutti i compiti già esercitati dalle Province regionali, cui se ne sono aggiunti altri, ha comportato il trasferimento ai liberi Consorzi comunali delle esistenti dotazioni di beni e di personale e – soprattutto – degli stessi costi, rigidi ed ineludibili.

Inoltre, non è stato mai considerato il profilo (pur contenuto nel co. 3 dell'art. 15 dello Statuto) relativo ai controlli cui sottoporre l'attività dei nuovi enti, in grado di orientarne ed eventualmente correggerne in maniera virtuosa l'operato, evitando così inutili sprechi di denaro pubblico.

Probabilmente, per affrontare un aspetto (quello dei «costi della politica») che – pur se di grande impatto mediatico – non pare essere più rilevante di altri sotto il profilo economico, si è incongruamente compressa la modalità di esercizio del “diritto dei cittadini a partecipare alla gestione degli affari pubblici”, che invece – stando al Preambolo della C.E.A.L – “a livello locale” andrebbe “esercitato il più direttamente possibile”.

L'Assemblea regionale siciliana è stata molto frenata dal rispetto della L. n. 56/2014, che tuttavia è pur sempre – per affermazione della stessa legge – un provvedimento transitorio, in attesa di una riforma costituzionale del sistema delle autonomie (e non solo) che – come dimostrato dall'esito negativo del referendum sul testo del 2016 – per essere attuata richiederà di essere largamente condivisa dalle forze politiche e dal Paese “reale”.

Di fronte ad un rinvio attualmente *sine die* sul fronte statale, in Sicilia la revisione della disciplina sulle modalità di preposizione agli organi nei liberi Consorzi comunali rappresenta un intervento necessario e improrogabile per superare una vera e propria situazione di stallo che impedisce l'entrata in funzione “a regime” di tali enti, nei cui confronti non può perdurare la supplenza da parte dei Commissari straordinari delle ex-Province regionali, più e più

volte prorogati in attesa che si chiarissero – per l'appunto – le modalità di composizione degli organi di governo degli enti delineati dalle L.L.R.R. n. 8/2014 e n. 15/2015.

Non è più possibile aspettare, per la Regione siciliana e per i suoi enti di area vasta, che hanno necessità di un assetto stabile, democratico, rappresentativo e pienamente funzionante per far fronte adeguatamente ai bisogni dei cittadini.

### *Riferimenti bibliografici*

AA.VV. (2014). “Il governo locale in Sicilia. Materiali per la riforma”, a cura di R. D'Amico e A. Piraino, Milano: FrancoAngeli.

BACCETTI, Carlo (2014). “Il capro espiatorio. La Provincia nell'evoluzione del sistema politico italiano”. *Istituzioni del federalismo*, n. 2, p. 285 ss.

BOGGERO, Giovanni (2014). “Il diritto all'elezione diretta negli Enti locali tra Carta europea dell'autonomia locale e convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo la c.d. legge Delrio”. *Istituzioni del federalismo*, n. 3, p. 573 ss.

CIAPETTI, Lorenzo (2014). “Il territorio tra efficienza e sviluppo: la riforma delle Province e le politiche di aria vasta”. *Istituzioni del federalismo*, n. 2, p. 251 ss.

DI MARIA, Roberto (2016). “La «Città metropolitana» nelle leggi siciliane 15/2015 e 5/2016, e nella legge statale 56/2014: un breve *excursus* fra attuali esigenze di uniformità ordinamentale e persistenti rivendicazioni di autonomia speciale”. *Le Regioni*, n. 2, p. 307 ss.

ESPOSITO, Enrico (1988). “Provincia (dir.amm.)”. In *Enciclopedia del diritto*, XXXVII. Milano: Giuffrè, p. 797 ss.

FORTE, Pierpaolo (2014). “Il percorso costitutivo delle città metropolitane: nascita di un ente territoriale”. *Istituzioni del federalismo*, n. 2, p. 333 ss.

GORLANI, Mario (2014). “La «nuova» Provincia: l'avvio di una rivoluzione nell'assetto territoriale italiano”. *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*, 31 agosto 2014, p. 1 ss.

MERLONI, Francesco (2014). “Sul destino delle funzioni di area vasta nella prospettiva di una riforma costituzionale del Titolo V”. *Istituzioni del federalismo*, n. 2, p. 215 ss.

SPADARO, Antonino (2015). “La sentenza Cost. n. 50/2015. Una novità rilevante: talvolta la democrazia è un optional”. *Rivista AIC*, n. 2, p. 1 ss.

URSI, Riccardo (2014). “L'abolizione delle Province in Sicilia: resoconto semiserio di una rivoluzione *in progress*”. *Istituzioni del federalismo*, n. 2, p. 319 ss.

VANDELLI, Luciano (1998). "Provincia (dir. amm.)". In *Enciclopedia del diritto*, Agg., II. Milano: Giuffrè, p. 814 ss.

VANDELLI, Luciano (2015). "Il sistema delle autonomie locali", 6<sup>a</sup> ed. Bologna: Il Mulino.

VESPERINI, Giulio (2014). "La legge «Delrio»: il riordino del governo locale". *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8-9, p. 786 ss.

# PRESENTE Y FUTURO DE LA CREACIÓN DE MUNICIPIOS POR SEGREGACIÓN DERIVADOS DE ENTIDADES LOCALES AUTÓNOMAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANDALUZ

*Francisco Miguel Bombillar Sáenz\**

SUMARIO: 1. Entidades Locales Autónomas, creación de municipios por segregación y sostenibilidad y racionalización de la Administración local. – 2. Dos casos significativos a modo de muestra en la provincia de Granada. – 2.1. De Domingo Pérez a Domingo Pérez de Granada. – 2.2. De Torrenueva a Torrenueva Costa. – 3. Colofón. – 4. Referencias bibliográficas.

## *1. Entidades Locales Autónomas, creación de municipios por segregación y sostenibilidad y racionalización de la Administración local*

En el marco de lo previsto en el entonces artículo 45 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), el Título V (artículos 47 y siguientes) de la Ley 7/1993, de 27 de julio, reguladora de la Demarcación Municipal de Andalucía (LRDMA), disciplinó la constitución y régimen jurídico de Entidades Locales Autónomas (ELAs). Desde entonces, las ELAs se han erigido en una atractiva vía para polarizar las corrientes segregacionistas de ciertos territorios andaluces<sup>1</sup>.

El artículo 47 de la LRDMA habilitó a los núcleos separados de población dentro de un término municipal (esto es, pedanías, villas, aldeas...) a acceder a la administración de sus propios intereses constituyéndose en ELAs. De conformidad con el principio de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos, estas entidades ostentarían la titularidad de una serie de competencias propias (alumbrado público, limpieza viaria, recogida de residuos...), además de las que pudieran serle transferidas por el Ayuntamiento de referencia.

Su constitución tendría que ser aprobada por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, a iniciativa del Ayuntamiento en cuyo ámbito radicase

\* Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo. Acreditado como Profesor Titular de Universidad. Universidad de Granada.

<sup>1</sup> En la realización de esta comunicación he tenido muy presente la monografía de mi Maestro: BARRANCO VELA, 1993. En ella plasmó su vasta experiencia en expedientes de segregación (como los de Mazagón o Puerto de Sagunto).

el núcleo separado o de los vecinos del territorio que fuese a ser base de la Entidad. Junto a ellas, gozarían de tal condición las Entidades creadas con anterioridad a la LRDMA por el Parlamento de Andalucía [las Entidades de Ámbito Territorial Inferior al Municipio (EATIM)], salvo que los vecinos en forma mayoritaria y directa, mostrasen su voluntad contraria.

Todo ello, además, enmarcado dentro del llamado principio de autonomía local<sup>2</sup>, proclamado en la Constitución en los artículos 137 y 140 de su Título VIII (De la Organización Territorial del Estado). La Constitución consagra el carácter autónomo de los municipios para la gestión de sus respectivos intereses frente a otras instancias administrativas. Esto es, se proclama una autonomía administrativa, no política, pero garantizada constitucionalmente (STC 28 de junio de 1981). Los dictados de la Constitución entran en conexión con el contenido de la Carta Europea de Autonomía Local que elaboró en Estrasburgo el Consejo de Europa en 1985 y que España ratificó en 1989. En ella se establece, en su artículo 3, el siguiente concepto de Autonomía local: «el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades Locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes».

Las ELAs, configuradas como circunscripciones territoriales descentralizadas con personalidad jurídica propia (ORDUÑA REBOLLO, 2000 y REBOLLO PUIG, 2001), se regulan hoy en Andalucía<sup>3</sup>, derogada la LRDMA, por la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA), en conexión con el Reglamento de Demarcación Municipal de Andalucía y del Registro Andaluz de Entidades Locales, aprobado por Decreto 185/2005, de 30 de agosto (RDMA).

El Registro Andaluz de Entidades Locales<sup>4</sup> recoge en la actualidad más de cuarenta ELAs en esta Comunidad (ocho de las cuales radican en la provincia de Granada: el caso de Torrenueva o Carchuna-Calahonda, por ejemplo)<sup>5</sup>. Algunas de ellas, como Dehesas Viejas y Domingo Pérez, Játar<sup>6</sup> o Valderru-

<sup>2</sup> En relación con la Administración local en la Constitución española, la autonomía local y la legislación sobre alteración de términos municipales, véase BARRANCO VELA, 1993:103 y ss.

<sup>3</sup> Un magnífico estudio del régimen jurídico de los Entes locales en Andalucía, con anterioridad a la LAULA, se recoge en BARRANCO VELA, 2002.

<sup>4</sup> Registro que es analizado en los Comentarios de BARRANCO VELA, 2006:149 y ss.

<sup>5</sup> Junto a estas dos, en la provincia de Granada también podemos reseñar las siguientes ELAs: Ventas de Zafarraya (Alhama de Granada), Mairena y Picena (Nevada), Bátor-Olivar (Guadix), Fornes (Arenas del Rey) y El Turro (Cacín).

<sup>6</sup> Játar es un municipio situado en la parte meridional de la comarca de Alhama. Limita con los municipios de Arenas del Rey, de quien se emancipó, y Alhama de Granada. El municipio jatareño fue creado el 19 de febrero de 2015 por segregación del término municipal de Arenas

bio<sup>7</sup>, todas ellas en la provincia de Granada, han logrado recientemente constituirse como municipios independientes por segregación de aquellos otros a los que se adscribían (respectivamente, Iznalloz, Arenas del Rey y Pinos Puente). No en vano, las ELAs nunca han dejado de ser concebidas como una vía para canalizar los sentimientos de independencia de ciertos núcleos de población.

En todo caso, no es un proceso fácil la constitución de una ELA y, menos aún, la creación de un municipio por segregación (BARRANCO VELA, 1993). A los múltiples pasos que para ello contemplaba ya la normativa en vigor en Andalucía (en especial, de viabilidad económica), hay que añadir ahora el nuevo escenario que dibuja la normativa básica estatal que modifica la LRBRL (por todos, JIMÉNEZ SOTO, 2016:149-153): la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante, LRSAL), por la que, entre otras medidas, se impide la segregación de núcleos de población de menos de 5.000 habitantes, lo que se entiende iría en contra de los principios de eficacia, eficiencia y sostenibilidad financiera (LUNA QUESADA, 2014 y 2016) sobre los que se asienta la reforma operada por la LRSAL.

Es más, la LRSAL, al introducir el nuevo artículo 24 bis en la LRBRL, niega personalidad jurídica propia a estas entidades, salvo a las ya constituidas o en proceso de constitución en el momento de dictarse esta norma, de acuerdo con sus Disposiciones Transitorias Cuarta y Quinta. Esto es, las relega a una organización desconcentrada, lo que rompe con su configuración tradicional en nuestro Ordenamiento jurídico como circunscripciones territoriales descentralizadas (frente a los distritos, barrios, aldeas o pedanías, que son circunscripciones desconcentradas<sup>8</sup>). La desconcentración, básicamente, su-

del Rey, convirtiéndose así en el número 171 de la provincia de Granada. Desde 1989 ya funcionaba como EATIM, convirtiéndose en una ELA en 2008. Aunque históricamente había sido un municipio independiente, a principios de 1973 se fusionó con Arenas del Rey y Fornes. En 2015 recuperó su independencia.

<sup>7</sup> Valderrubio, uno de los enclaves lorquianos por excelencia (aquí se sitúa la casa de Bernalda Alba), es un municipio enclavado en la parte occidental de la comarca de la Vega de Granada. Limita con los municipios de Pinos Puente e Íllora. Otras localidades cercanas son Escóznar, Zujaira, Casanueva y Láchar. En diciembre de 2013 se segrega del término municipal de Pinos Puente, convirtiéndose así en el municipio número 169 de la provincia de Granada. Desde 2002 ya gozaba de cierta autonomía como ELA.

<sup>8</sup> Algunas de las pedanías de la provincia de Granada son: Riofrío (Loja), El Puntal (El Padul), Pradollano (Monachil), Prado Negro (Huétor Santillán), Playa Granada (Motril), Monteluz (Peligros), La Mamola (Polopos), Lobres (Salobreña), El Jau (Santa Fe), La Herradura (Almuñécar), Fuente Grande (Alfacar), Cumbres Verdes (La Zubia), El Chaparral (Albolote) o Castell de Ferro (Gualchos).

De estas poblaciones, sin duda, La Herradura ha sido una de las que más ha destacado, sin

pone trasladar competencias de unos órganos a otros, ordinariamente de carácter inferior y principalmente periféricos; mientras que la descentralización implica asignar competencias a personas jurídicas administrativas (entes) para conseguir más eficacia en el desempeño de las funciones administrativas y la asignación de mayores cuotas de responsabilidad.

A todo esto hay que sumar que la LRSAL indica que estas entidades sólo podrán articularse cuando se vislumbren como la forma más eficiente de gestión, en los términos de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Más aún, se contempla incluso su supresión si, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, incumplen con el objetivo de estabilidad presupuestaria o con el objetivo de deuda pública o si el período medio de pago a proveedores supera en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad [nuevo artículo 166 bis e) LRBRL]<sup>9</sup>.

En consecuencia, criterios economicistas han llevado a limitar las posibilidades a futuro de una figura que tan buenos resultados había cosechado hasta ahora en Andalucía como cauce para garantizar la autonomía local de ciertos núcleos de población como entidad «en tránsito al municipio».

Pero esto no es tampoco algo nuevo<sup>10</sup>. Ya el propio Consejo Consultivo de Andalucía, con la mayor parte de la doctrina, indicó que el espíritu que anidaba en la LRBRL, incluso antes de su reforma en 2013, así como en la propia LRDMA<sup>11</sup>, había generado «una tendencia a la supramunicipalidad, favoreciendo las técnicas de agrupación y evitando las prácticas atomizado-

éxito, por su lucha a lo largo de las últimas décadas en pro de la independencia, encauzada tanto a través de un partido político [que promovió un proceso que llegó incluso al Tribunal Supremo en casación, objeto de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 1 marzo 2005] que de una asociación. Aún así, lo cierto es que hasta la fecha no ha sido posible ni la constitución de La Herradura como ELA ni, a mayor abundamiento, su segregación del municipio de Almuñécar.

<sup>9</sup> Estas y otras razones han llevado a que esta norma estatal haya sido recurrida ante el Tribunal Constitucional. Sobre la LRSAL, véanse las SSTC 44/2017, 45/2017, de 27 de abril; y 107/2017, de 13 de octubre.

<sup>10</sup> Aún hoy se encuentra de actualidad el análisis de BARRANCO VELA a este respecto: «El problema de la existencia de numerosos e inviables municipios, no es problema, en su caso, de los que se crean, sino de los que son sin tener que serlo. [...] La segregación ha sido utilizada como *cabeza de turco* para enmascarar la ineficacia e impotencia administrativa y la dejadez del legislador en acometer la reforma territorial» (1993:319). Nos remitimos a este mismo autor para conocer los antecedentes históricos de la legislación española en materia de alteración de términos municipales, creación y supresión de municipios (1993:39 y ss).

<sup>11</sup> Y con anterioridad, la Ley 3/1983, de 1 de junio, de organización territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Vigente hasta el 23 de julio de 2010.

ras»<sup>12</sup>. Se pretendía lograr, mediante el establecimiento de unas condiciones mínimas, una óptima distribución de los escasos recursos públicos.

De ahí que una de las premisas de estas segregaciones, en conexión con el artículo 142 de la Constitución, sea asegurar la viabilidad económica del municipio segregado, esto es, cerciorarse de que dispone de los recursos necesarios para el cumplimiento de las competencias municipales, para dar respuesta a las necesidades y a los servicios que requieren sus vecinos.

En palabras de la Exposición de Motivos de la LRDMA: no se ha querido optar por facilitar «las tendencias centrífugas que pretenden obtener respaldo jurídico, y aún filosófico, a partir de una peculiar interpretación de la cláusula institucional de salvaguardia de la autonomía municipal».

En definitiva, estamos ante un procedimiento<sup>13</sup> – el de la creación de un municipio por segregación – de carácter excepcional, sometido a una serie de requisitos, ampliamente perfilados por la normativa que rige en este campo<sup>14</sup>, que traen su justa causa en el indiscutible impacto sobre la realidad social, la organización, la planificación territorial y urbanística, la economía local o la prestación de servicios que implica este proceso de emancipación de una población del municipio matriz. De modo que no sólo hay que tener en cuenta la voluntad vecinal también todos aquellos otros factores en presencia.

Estas son sólo algunas de las razones por las que es necesario verificar la concurrencia en cada supuesto que se plantee de una serie de circunstancias mínimas que justifiquen la segregación, apuntadas todas ellas en el artículo 93.2 de la LAULA:

«a) La existencia de motivos permanentes de interés público relacionados con la planificación territorial de Andalucía.

<sup>12</sup> Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía núm. 761/2014, de 19 de noviembre, FJ 2º.

<sup>13</sup> Sobre los requisitos y el procedimiento para la creación de nuevos municipios por segregación, así como la resolución y efectos del expediente de constitución de un nuevo municipio, nos remitimos, en su integridad, aunque referida al marco normativo vigente a principios de los noventa, a BARRANCO VELA, 1993:141 y ss; 193 y ss; y 277 y ss, respectivamente. Para abordar el nuevo marco normativo que disciplina la alteración de términos municipales en la actualidad, aconsejamos la consulta de la tesis doctoral de RAMÍREZ SÁNCHEZ (2016) dirigida por TORRES LÓPEZ.

<sup>14</sup> Requisitos que han obtenido el respaldo del Tribunal Supremo, entre otras, en la referida Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 1 marzo 2005, en su FJ 6º: «Tampoco puede admitirse que un régimen como el que estamos analizando frustre o vulnere la autonomía local. El presupuesto de la autonomía local es, justamente, la existencia de entes de tal naturaleza, pero precisamente para que puedan configurarse éstos, en cuanto tales, resulta necesario que las Leyes acoten los requisitos exigibles. Sólo a partir de la concurrencia de dichos requisitos, en cada caso, se conforma una entidad local con autonomía».

b) Que el territorio del nuevo municipio cuente con unas características que singularicen su propia identidad sobre la base de razones históricas, sociales, económicas, laborales, geográficas y urbanísticas.

c) Que entre los núcleos principales de población del municipio matriz y del territorio que pretende la segregación exista una notable dificultad de acceso caracterizada por la distancia, orografía adversa, duración del trayecto en vehículo automotor, carencia de servicio público de transporte de viajeros u otras de similar naturaleza.

d) Que el nuevo municipio pueda disponer de los recursos necesarios para el cumplimiento de las competencias municipales que como mínimo venía ejerciendo el municipio del que se segrega y, en todo caso, los servicios previstos como básicos por la ley. Dichos recursos deben estar relacionados con la capacidad financiera de la vecindad del nuevo municipio y la riqueza imponible de su término municipal.

e) Que el nuevo municipio cuente con un territorio que permita atender a sus necesidades demográficas, urbanísticas, sociales, financieras y de instalación de los servicios de competencia municipal.

f) Que el nuevo municipio pueda garantizar la prestación de los servicios públicos con el mismo nivel de calidad que el alcanzado por el municipio matriz en el territorio base de la segregación.

g) Que el municipio o municipios matrices no se vean afectados de forma negativa en la cantidad y calidad de prestación de los servicios de su competencia, ni privados de los recursos necesarios para la prestación de los servicios mínimos establecidos legalmente.»

En suma, sólo tras un arduo y complejo proceso administrativo, en el que se analizarán todos los parámetros que exige nuestra normativa en vigor, como expondremos en esta sede en sus líneas generales a través de los dos casos que hemos elegido a modo de muestra en la provincia de Granada (Domingo Pérez y Torrenueva), los vecinos de la localidad en cuestión podrán ver cumplido su deseo de una mayor autonomía local, sus anhelos de un pleno autogobierno, obteniendo el estatus de municipio. A veces con el acompañamiento y colaboración del municipio matriz, y otras tras largas y tensas negociaciones y profundas desavenencias.

La Administración autonómica dará entonces satisfacción, si es que así procede, a una legítima aspiración, a un verdadero interés público, el del autogobierno, como expresó de forma muy certera la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de junio de 2005<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Reenviamos a su Fundamento Jurídico 3º: «puede entenderse como motivo de interés

## 2. Dos casos significativos a modo de muestra en la provincia de Granada<sup>16</sup>

### 2.1. De Domingo Pérez a Domingo Pérez de Granada

Tras doce años de autogobierno como ELA (desde 2003)<sup>17</sup>, fue aprobada su creación como municipio por el Gobierno andaluz el 17 de marzo de 2015<sup>18</sup> por segregación del término municipal de Iznalloz (su municipio matriz), convirtiéndose así en el número 172 de la provincia de Granada (la provincia que cuenta con más municipios en Andalucía)<sup>19</sup>.

Domingo Pérez (que ha pasado a denominarse oficialmente Domingo Pérez de Granada, para diferenciarlo del municipio homónimo en la provincia de Toledo) es un municipio situado en la parte centro-norte de la comarca de Los Montes, en la provincia de Granada. Limita con los municipios de Dehesas Viejas (con quien guarda un gran paralelismo: ELA desde 2003<sup>20</sup>, esta localidad de 766 habitantes se convirtió en un municipio por segregación de

público en el procedimiento, el relativo a dar satisfacción a los expresados anhelos de autonomía, en el ámbito municipal, de los habitantes de un núcleo de población homogéneo, definido y diferenciado del resto del término municipal al que pertenecía, valorando que con dicha solución favorable se permite alcanzar una legítima aspiración que razonablemente derivará en una mayor sintonía de los vecinos con el nuevo municipio resultante, con la consecuencia de una mayor participación de aquellos y, cabe suponer, con un incremento de la atención y eficacia en la gestión ante tal vinculación entre la Administración y los vecinos a que la misma sirve»; no obstante, todo ello queda condicionado a «que concurren los demás requisitos exigidos para aprobar la segregación y, por lo tanto, siempre que esta última no genere unos inaceptables perjuicios para los otros habitantes del término municipal original, o incluso para otros intereses superiores merecedores de preferente protección, ya que, en estos últimos supuestos ya no podría hablarse de la concurrencia de un verdadero interés público en favor de la segregación.»

<sup>16</sup> En la provincia de Almería, recientemente Balanegra se ha constituido como nuevo municipio independiente por segregación del de Berja, lo que ha analizado y respaldado la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Granada) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictada en el recurso núm. 786/2015.

<sup>17</sup> Decreto 59/2003, de 4 de marzo, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, por el que se creó la Entidad Local Autónoma de Domingo Pérez, en el término municipal de Iznalloz, de la provincia de Granada.

<sup>18</sup> Decreto 105/2015, de 17 de marzo, por el que se aprueba la creación del municipio de Domingo Pérez de Granada por segregación del término municipal de Iznalloz (Granada).

<sup>19</sup> Fue el municipio decimoséptimo en constituirse en las más de tres décadas de autonomía andaluza, el último hasta la fecha en la provincia de Granada.

<sup>20</sup> Decreto 83/2003, de 25 de marzo, por el que se crea la Entidad Local Autónoma de Dehesas Viejas, del término municipal de Iznalloz, en la provincia de Granada.

Iznalloz<sup>21</sup> en 2014<sup>22</sup>), Campotéjar, Montejícar, Guadahortuna, Píñar e Iznalloz.

El topónimo de Domingo Pérez deriva del hidalgo Domingo Pérez de Herrasti<sup>23</sup>, a quien en 1511 la Corona otorgó la propiedad de estos terrenos, en compensación por los servicios prestados en la lucha contra los árabes. La familia Pérez de Herrasti fue transmitiéndose la titularidad de estas tierras, hasta que la reforma agraria de 1931 les obligó a su reparto entre los campesinos arrendatarios. Fueron los propios vecinos de Domingo Pérez, dedicados a las labores agrícolas como aparceros o colonos, quienes compraron tales lotes de tierras en 1959.

El municipio pereño (ese es su gentilicio)<sup>24</sup> cuenta con 888 habitantes<sup>25</sup> y una superficie de 48,93 kilómetros cuadrados (el 15,78% del término original de Iznalloz). Su casco urbano se encuentra a una distancia de 20,8 kilómetros por carretera del núcleo en el que tiene su sede el Ayuntamiento del que se segregó (Iznalloz). Su término municipal abarca el establecido desde 2003 para la ELA.

El expediente de segregación, tramitado por la Dirección General de Administración Local de la entonces Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales<sup>26</sup> conforme a las disposiciones de la LAULA y la LRBRL, pudo llevarse a buen puerto al ser anterior a la entrada en vigor de la LRSAL, que como hemos apuntado paraliza este tipo de procedimientos<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> Lo cierto es que Dehesas Viejas fue históricamente un municipio independiente hasta que, a finales 1972, se fusionó con Iznalloz. De modo que en 2014 lo que hizo fue recuperar su independencia.

<sup>22</sup> Decreto 140/2014, de 7 de octubre, por el que se aprueba la creación del municipio de Dehesas Viejas por segregación del término municipal de Iznalloz (Granada).

<sup>23</sup> En el caso de la referida Dehesas Viejas, tras la Reconquista del Reino de Granada su propiedad pasó a manos de Don Alonso de Granada Venegas.

<sup>24</sup> Los núcleos de población que abarca son Domingo Pérez, Cañatalba y Cotílfar, que engloban, a su vez, a otros cortijos: Casa Nueva, Terre, Venta Nueva, Mosquera, Cañada Hermosa, El Salado y El Saladillo.

<sup>25</sup> Muy alejado del mínimo de 5.000 habitantes que exige actualmente la LRSAL para la segregación. La Junta informa de que son actualmente 200 las localidades en Andalucía con menos de mil habitantes (el 25,77% del total), de las que 62 radican en la provincia de Granada (el 36,26% del total).

De acuerdo con los datos aportados por el Instituto Nacional de Estadística, a 1 de enero de 2012 la población total del término municipal de Iznalloz ascendía a 6995 habitantes, de los cuales 921 tenían su vecindad en Domingo Pérez.

<sup>26</sup> Hoy, Consejería de la Presidencia, Administración Local y Memoria Democrática.

<sup>27</sup> La Junta de Andalucía consideró que no era de aplicación la LRSAL a este expediente bajo el amparo del Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía núm. 609/2014, de 24 de

La solicitud de segregación fue aprobada el 1 de diciembre de 2011 por el Ayuntamiento de Iznalloz<sup>28</sup>. De acuerdo con el artículo 96 de la LAULA, el Ayuntamiento tuvo que aportar: memoria justificativa de la segregación pretendida; cartografía del término municipal de Iznalloz y del ámbito territorial propuesto para el nuevo municipio; informe de viabilidad económica; propuesta sobre el nombre y capitalidad del municipio proyectado; propuesta sobre el régimen especial de protección de acreedores; propuesta de atribución al municipio pretendido de bienes, créditos, derechos, obligaciones, régimen de usos públicos y aprovechamientos comunales; y propuesta de bases para resolver conflictos.

Una vez registrada la iniciativa, se siguió el procedimiento previsto en la LAULA. Entre otros trámites, se dio audiencia por cuatro meses a los Ayuntamientos de Guadahortuna, Montejícar, Píñar y Campotéjar, dado que sus términos municipales eran colindantes con el ámbito territorial de la entonces ELA. Asimismo, se llevó a cabo un proceso de información pública por un mes con las correspondientes publicaciones en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos implicados, así como en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* (BOJA)<sup>29</sup> y en el *Boletín Oficial de la Provincia de Granada*<sup>30</sup>.

Fue durante este trámite de información pública que se recibió un escrito del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, advirtiendo de la existencia de un municipio con la denominación de Domingo Pérez en la provincia de Toledo. En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 16.1 de la Orden del Ministerio de Administración Territorial de 3 de junio de 1986, se requirió al Ayuntamiento de Iznalloz para que procediera a modificar el nombre propuesto en la Memoria, con objeto de que, en su caso, el nombre de la nueva entidad local resultante no coincidiera con otro ya existente. De ahí que el pleno del Ayuntamiento de Iznalloz, el 22 de agosto de 2012, aprobara la propuesta del nombre de *Domingo Pérez de Granada*.

También se tuvo en cuenta en este procedimiento los pronunciamientos de los plenos del Ayuntamiento de Iznalloz, la Diputación Provincial de Granada, la Comisión Permanente del Consejo Andaluz de Concertación Local y

septiembre, para el que la aplicación retroactiva de las exigencias de la LRSAL a este tipo de procedimientos iniciados con anterioridad a su entrada en vigor supondría una vulneración del principio de seguridad jurídica.

<sup>28</sup> Previa solicitud, el 31 de marzo de 2011, por parte de la Junta Vecinal de la ELA de Domingo Pérez.

<sup>29</sup> BOJA núm. 136, de 12 de julio 2012.

<sup>30</sup> BOP de Granada núm. 147, de 1 de agosto de 2012.

el Consejo Consultivo de Andalucía<sup>31</sup>. Otras consultas se giraron a la Secretaría General de Ordenación del Territorio y Urbanismo y a la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en la provincia de Granada, así como a la Secretaría General Técnica y a la Asesoría Jurídica de la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales<sup>32</sup> o al Instituto de Estadística y Cartografía.

A la vista de este expediente, la Junta de Andalucía analizó cada uno de los supuestos recogidos en el artículo 93 de la LAULA y consideró que Domingo Pérez de Granada cumplía todos los requisitos exigidos por la LAULA. Entre otros aspectos, destacó la existencia de unos intereses peculiares y la integración de población y territorio en una unidad netamente diferenciada, su adecuada infraestructura administrativa y de instalaciones, así como una equilibrada gestión económico-financiera durante sus once años como ELA. Del mismo modo, la Junta no apreció que la segregación fuese a causar perjuicio económico al municipio matriz, que seguiría encuadrándose dentro de aquellos con una población menor a 20.000 habitantes pero superior a 5.000 a efectos del ejercicio de las competencias que contempla la LRBRL.

En otro orden de cosas, se entendió que la segregación contribuiría al equilibrio territorial, a la integración económica y a la cohesión social, en conexión con los principios de eficacia, descentralización y desconcentración que rigen la Administración pública. Se argumentó que la distancia física existente entre Domingo Pérez y el entonces municipio matriz (a 20,8 km por carretera), las deficiencias de las carreteras o el limitado servicio de transporte público, abocaba a un gran desconocimiento por parte del municipio matriz de la realidad social y política de los vecinos de Domingo Pérez y suponía un lastre de cara a poner solución a sus demandas. Por otra parte, la gran amplitud del término municipal de Iznalloz aseguraba una división no traumática del municipio matriz, que facilitaría asumir esta alteración de su terreno de acción.

Por otro lado, a la luz de la normativa en materia de ordenación del territorio<sup>33</sup> y de la disposición geográfica de este enclave, se entendió que la segre-

<sup>31</sup> Véase el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía núm. 126/2015, de 25 de febrero. Una tesis contraria a la segregación, al entender que la prohíbe la LRSAL, se contiene en el Voto Particular de los Consejeros Gutiérrez Rodríguez y Sánchez Galiana.

Sobre la intervención preceptiva del Consejo de Estado o de los Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas en este tipo de procedimientos, véase BARRANCO VELA, 1993:243 y ss.

<sup>32</sup> De conformidad con el artículo 36.1 del RDMA.

<sup>33</sup> En particular, en las disposiciones recogidas en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Or-

gación no alteraría de manera significativa el nivel de equipamientos y servicios, no implicaría un nuevo marco territorial, al coincidir el nuevo municipio, básicamente, con la ELA previamente constituida. Más aún, el nuevo municipio contaría con los recursos adecuados para atender a sus necesidades, para garantizar la prestación de los servicios públicos, y en especial, con capacidad económica y financiera para el pleno ejercicio de sus competencias. De ello daba buena cuenta la larga experiencia de autogestión de Domingo Pérez como ELA. La viabilidad económico-financiera del municipio<sup>34</sup> venía avalada, además de por estos once años, por la presencia de indicadores de solvencia y liquidez o por el resultado positivo en el ahorro neto, apuntados en los informes de la Secretaría-Intervención municipal de Iznalloz y del Servicio de Cooperación Económica. Es más, incluso se indicaba por la Administración autonómica que tanto la cantidad como la calidad media de los servicios que venía prestando la ELA mejoraría considerablemente si la misma accediese a la condición de municipio.

## 2.2. De Torrenueva a Torrenueva Costa

Torrenueva es una EATIM, constituida pues con anterioridad a la LAULA, en 1987, perteneciente al municipio de Motril, en la provincia de Granada. Está situada en la parte central de la comarca de la Costa Granadina y cuenta con 2.600 vecinos. Su nombre deriva de una torre-atalaya defensiva del siglo XVIII, en el margen sur de la N-340 entre Málaga y Almería que atraviesa esta población.

Torrenueva se encuentra muy cercana a otra ELA con la que guarda gran paralelismo y que engloba a dos núcleos de población: Carchuna-Calahonda<sup>35</sup>:

denación Urbanística de Andalucía, la Ley 1/1994, de 11 de enero, de ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en las estrategias territoriales del POTA [Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, aprobado por Decreto 206/2006, de 28 de noviembre] o en la Carta Europea de Ordenación del Territorio, aprobada el 20 de mayo de 1983.

<sup>34</sup> Son numerosos los actos instructores que se recogen en este expediente administrativo tendentes a la comprobación de la viabilidad económica de la modificación territorial pretendida: liquidaciones presupuestarias de ambas entidades, acreditación del cumplimiento del nivel de endeudamiento o del objetivo de estabilidad. También se solicitó a la Dirección General de Relaciones Financieras con las Corporaciones Locales documentación relativa a los informes de evaluación del cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria. En aplicación del artículo 16.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre.

<sup>35</sup> Decreto 60/2005, de 1 de marzo, de creación de la Entidad Local Autónoma de Carchuna-Calahonda (Granada).

esta ELA también depende del Ayuntamiento de Motril y del mismo modo busca en estos momentos su emancipación del compartido municipio matriz. Tanto Torrenueva como Carchuna-Calahonda luchan por independizarse<sup>36</sup> – sobre todo desde el punto de vista económico– de Motril y recaudar sus propios impuestos. No en vano, a día de hoy, aún siendo ELAs y disfrutar por ello de un mayor autogobierno, es el Ayuntamiento motrileño quien gestiona sus impuestos y, mediante convenios, les paga luego la parte que entiende les corresponde (1.700.000€ a Carchuna-Calahonda<sup>37</sup> y 1.200.000€ a Torrenueva)<sup>38</sup>. No pueden organizar sus gastos ni elaborar sus presupuestos sin depender del Ayuntamiento matriz. Esto es, el dinero recaudado a través de tributos<sup>39</sup> en estas localidades, muy ligadas a la agricultura<sup>40</sup> intensiva bajo plásticos (invernaderos), por el IBI (Impuesto de Bienes Inmuebles) rústico o el IAE (Impuesto de Actividades Económicas) no revierte íntegramente en las mismas, si no que pasa a la *caja común* que administra el Ayuntamiento de Motril.

<sup>36</sup> En marzo de 2018 se ha conocido que Carchuna-Calahonda no podrá por el momento ser un municipio independiente. Los Tribunales han fallado a favor de la Junta de Andalucía, que esgrimió como principal argumento para denegarle a la ELA esta condición: el hecho de carecer de una franja de 5.000 metros de anchura mínima de suelo no urbanizable que la distancie del núcleo de población matriz. Esto ha supuesto un duro golpe a las reivindicaciones de independencia de este anejo de Motril, que no podrá volver a plantear esta solicitud de segregación, a la luz del vigente marco normativo, menos permisivo que el anterior (ya no se les aplicaría el texto de 2003), hasta que alcance la cifra de 5.000 habitantes (cuando en la actualidad cuentan sólo con 3.800).

<sup>37</sup> La ELA de Carchuna-Calahonda llegó incluso a plantear un recurso contencioso-administrativo, que desembocó en casación en el Tribunal Supremo, contra el acuerdo de aprobación definitiva del Presupuesto General del Ayuntamiento de Motril, para los ejercicios 2008 y 2009, por omitir el crédito necesario para el cumplimiento de las obligaciones exigibles en virtud de Acuerdo establecido entre el Ayuntamiento de Motril y la ELA, a través del Marco de Regulación del Proceso de Transferencia de Competencias Municipales. Véase la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso núm. 353/2011, de 24 de julio de 2012.

<sup>38</sup> De todo ello se da cuenta en el artículo periodístico “Los anejos buscan separarse de Motril con la recaudación de sus propios impuestos”, publicado en el diario *Ideal* de Granada, en su edición de 19 de noviembre de 2016, *online* en la URL: <http://www.ideal.es/granada/costa/201611/19/anejos-buscan-separarse-motril-20161115010250.html>

<sup>39</sup> En relación con el IBI, el IAE, así como con el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, pueden verse los trabajos de MARTÍN RODRÍGUEZ, 2010 y 2014.

<sup>40</sup> No olvidemos que Carchuna es una localidad de las llamadas de *colonización*, surgida en parte de la mano del Instituto para la Reforma y Desarrollo Agrario. Sobre el Instituto Nacional de Colonización véase BARRANCO VELA, 1993:82-83.

De hecho, como paso previo a la segregación, ambas ELAs han pedido que sea al menos la Diputación Provincial de Granada quien se haga cargo de este servicio, arrebatando su ejercicio al Ayuntamiento de Motril.

Fue en septiembre de 1987 cuando se le concedió cierta autonomía a Torrenueva al convertirse en EATIM<sup>41</sup>. Seis años después, en 1993, se aprobaron sus límites territoriales<sup>42</sup> (que han estado discutiéndose hasta abril de 2018). Paradójicamente, pese a ser relativamente antigua en el tiempo su constitución y presentar claros elementos identitarios, su proceso de segregación está siendo más complicado que para otras ELAs. Así, en octubre de 2010 fue denegada por el Ayuntamiento de Motril su petición, al contar su propuesta con los votos en contra del grupo mayoritario en el pleno de la Corporación. También fue rechazada la solicitud de segregación formulada por la ELA de Carchuna-Calahonda en 2010<sup>43</sup>.

Cuatro años después, en diciembre de 2014, el Pleno del Ayuntamiento de Motril aprobó finalmente el expediente de segregación<sup>44</sup>, iniciándose los pasos para la creación del municipio torreño (su gentilicio).

Desde entonces, se han ido desarrollando los diversos trámites exigidos dentro de este largo procedimiento administrativo por la LAULA, contando ya el expediente con la aprobación unánime de la Diputación Provincial de Granada (octubre de 2015) y posterior reafirmación por parte del pleno municipal de Motril de noviembre de 2015, así como con el informe favorable del Consejo Andaluz de Concertación Local (agosto de 2016). Todo ello apunta a que en verano de 2018 podría finalizar la tramitación administrativa de esta segregación municipal.

Al existir ya un municipio en la provincia de Ciudad Real con la denominación de Torrenueva, lo que ya apuntamos impide nuestro Ordenamiento jurídico, siendo el más reciente el que debe afrontar el cambio, se estimó oportuno realizar una votación en esta localidad, en junio de 2016, para determinar el nombre del futuro municipio, eligiéndose el de *Torrenueva Costa* con un 46% del total de los votos. Tras ello, se dio traslado de la nueva no-

<sup>41</sup> Acuerdo de 14 de julio de 1987, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la constitución en entidad de ámbito territorial inferior al municipio de Torrenueva, dependiente del municipio de Motril (Granada).

<sup>42</sup> Orden de 28 de julio de 1993, por la que se aprueban los límites territoriales de la Entidad de ámbito territorial inferior al Municipal de Torrenueva, perteneciente al Municipio de Motril (Granada).

<sup>43</sup> Véase el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía núm. 761/2014, de 19 de noviembre.

<sup>44</sup> Extracto de los acuerdos adoptados en la sesión extraordinaria celebrada por el Pleno del Ayuntamiento de Motril, el día 5 de diciembre de 2014. Sesión núm. 13/14, *online* en la URL: [http://www.motril.es/uploads/tx\\_plenos/13\\_EXTRACTO\\_PLENO\\_05-12-2014\\_FIRMADO.pdf](http://www.motril.es/uploads/tx_plenos/13_EXTRACTO_PLENO_05-12-2014_FIRMADO.pdf)

menclatura a la Diputación Provincial de Granada, ya que fue el ente provincial quien dio impulso al expediente de segregación. Tras lo que se remitió al Consejo Andaluz de Concertación, y de ahí al Consejo Consultivo, que aún no se ha pronunciado aunque se espera que emita en breve su parecer.

Una vez erigido como nuevo municipio, Torrenueva Costa recaudará impuestos como el Impuesto de Bienes inmuebles (IBI), aplicable a las alrededor de ocho mil viviendas que hay en el pueblo, lo que supondrán unos 1,8 millones de euros para sus arcas públicas.

### 3. Colofón

Sirvan estas notas para conocer cómo se articula en la práctica la creación de municipios por segregación derivados de ELAs en el Ordenamiento jurídico andaluz. Detrás de estos largos y complejos procedimientos administrativos, aquí sólo esbozados, en los que el municipio matriz unas veces pone más trabas y otras más facilidades, y donde las cuestiones ligadas a la viabilidad económica de los sujetos activos y pasivos de esta emancipación tienen un peso decisivo; hay una legítima aspiración, un verdadero interés público, un anhelo de autogobierno, vecinos reclamando una mayor autonomía para dar respuesta a sus demandas y necesidades.

### 4. Referencias bibliográficas

BARRANCO VELA, Rafael (1993). *Creación y segregación de municipios*. Madrid: Marcial Pons.

BARRANCO VELA, Rafael (2002). Director. *Régimen jurídico de los entes locales de Andalucía: normativa autonómica de interés local*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, Junta de Andalucía.

BARRANCO VELA, Rafael (2006). Director. *Los símbolos representativos de las Entidades locales. Comentarios a la Ley 6/2003, de 9 de octubre, de símbolos, tratamiento y Registro de las Entidades Locales de Andalucía*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, Junta de Andalucía.

JIMÉNEZ SOTO, Ignacio (2016). "Otras entidades locales para la prestación de servicios y el ejercicio del gobierno en el territorio". En Castillo Blanco, Federico (Coordinador), *Lecciones para el estudio del Derecho local*. Madrid: Tecnos, p. 149-153.

LUNA QUESADA, Javier (2014). "Algunas reflexiones sobre las condiciones y exigencias que impone el principio de sostenibilidad financiera para la visibilidad futura de los servicios deportivos municipales en Andalucía". En Balaguer Callejón, Francisco y Arana García, Estanislao (Coordinadores), *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*. Madrid: Civitas, vol. 2, p. 2023-2052.

LUNA QUESADA, Javier (2016). “Especialidades del régimen jurídico: procedimiento administrativo, gestión de servicios públicos y contratación local”. En Castillo Blanco, Federico (Coordinador), *Lecciones para el estudio del Derecho local*. Madrid: Tecnos, p. 163-189.

MARTÍN RODRÍGUEZ, José Miguel (2010). “La participación de las Entidades locales en los tributos de las Comunidades Autónomas: la hora de la verdad”. *Cuadernos de Derecho Local*, nº 24, p. 101-143.

MARTÍN RODRÍGUEZ, José Miguel (2014). “Las nuevas bonificaciones potestativas por especial interés o utilidad municipal en el IBI, IAE e IIVTNU: análisis crítico a través del antecedente en el ICIO”. *Tributos locales*, nº 116, p. 55-84.

ORDUÑA REBOLLO, Enrique (2000). “Las entidades territoriales inferiores al Municipio. Del pasado al futuro”. En *Estudios en homenaje al prof. R. Martín Mateo*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 745 y ss.

RAMÍREZ SÁNCHEZ, Luis (2016). *Alteración de términos municipales y racionalización de la planta local: reconsideraciones en un nuevo contexto social y normativo*. Tesis doctoral dirigida por María Asunción TORRES LÓPEZ. Granada: Universidad de Granada.

REBOLLO PUIG, Manuel (2001). “Las entidades locales autónomas”. *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 42, p. 59-94.



Finito di stampare presso la *Grafica Elettronica* (Na)  
nel mese di settembre 2018

