

LIBER AMICORUM PER PASQUALE COSTANZO

Diritto costituzionale in trasformazione

VI

**DIRITTO COSTITUZIONALE EUROUNITARIO
E COMPARAZIONE COSTITUZIONALE**

2020



Liber Amicorum per Pasquale Costanzo
Diritto costituzionale in trasformazione

VI

Diritto costituzionale eurounitario
e comparazione costituzionale

COLLANA DI STUDI DI CONSULTA ONLINE

8

Liber Amicorum per Pasquale Costanzo

Vol. VI – Diritto costituzionale eurounitario e comparazione costituzionale

Collana di studi di Consulta OnLine (E256917), 4

ISBN: 978-88-945618-6-9



2020 by Consulta OnLine Associazione giuridica scientifico-culturale C.F. 90078670107

info@giurcost.it

Comitato scientifico

Paolo Caretti (Emerito Univ. di Firenze)

Riccardo Guastini (Emerito Univ. di Genova)

Annamaria Poggi (Univ. di Torino)

Roberto Romboli (Univ. di Pisa)

Antonio Ruggeri (Emerito Univ. di Messina)

Carmela Salazar (Univ. di Reggio Calabria)

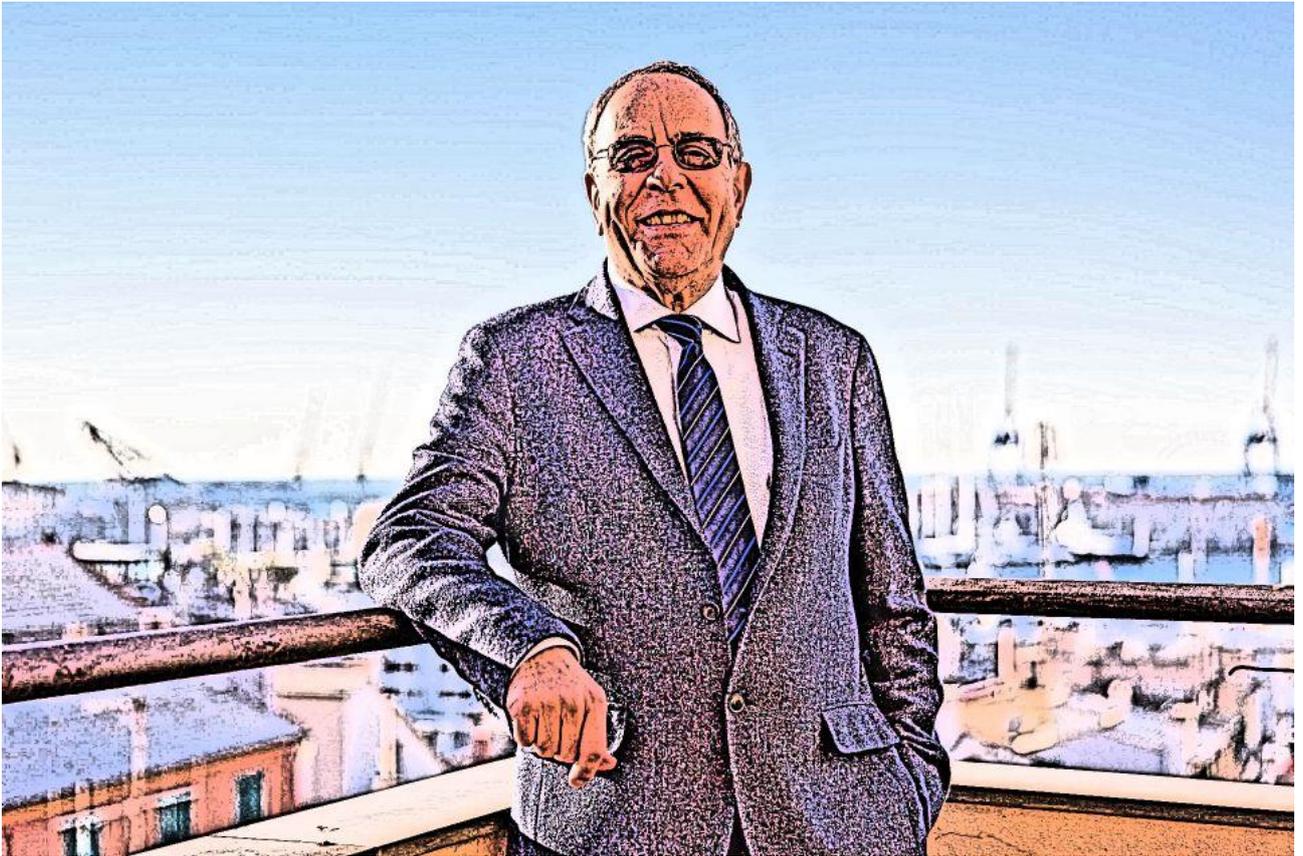
Federico Sorrentino (Emerito Univ. di Roma "La Sapienza")

Comitato promotore

Allieve e Allievi dei Dottorati di ricerca

di cui il prof. Pasquale Costanzo è stato Coordinatore

nelle Università di Camerino e di Genova



Indice Volume VI
Diritto costituzionale eurounitario e comparazione costituzionale

<i>Premessa</i>	VI
CESARE PINELLI, <i>Input legitimacy e output legitimacy dell'Unione europea: a che punto siamo?</i>	1
ADRIANA CIANCIO, <i>The European "Constitutional Core", Key Tool for further Integration</i>	5
TOMMASO F. GIUPPONI, <i>Parlamento italiano e integrazione europea: un bilancio a dieci anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona</i>	11
NICOLA LUPO, <i>La forma di governo dell'Unione, dopo le elezioni europee del maggio 2019</i>	25
SILVIO GAMBINO, <i>Alcune osservazioni sui diritti fondamentali europei e sul "multilevel constitutionalism"</i>	37
GIOVANNA PISTORIO, <i>Il «pluralismo delle idee» nell'evoluzione del sistema europeo</i>	45
ANTONINO SPADARO, <i>L'Unione Europea a una svolta: welfare sociale o know how militare?</i>	59
ALBERTO LUCARELLI, <i>Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza</i>	71
GIAMPIERO DI PLINIO, <i>Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La "terribile" Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process</i>	97
CHIARA GRAZIANI, <i>La Brexit e la cooperazione in materia di intelligence: possibili scenari futuri</i>	115
MARIANGELA ATRIPALDI, <i>Il ruolo del Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) nella vigilanza sulle attività bancarie e finanziarie nell'ordinamento tedesco</i>	125
ROBERTO TONIATTI, <i>La Corte suprema conferma la sanzionabilità dei componenti "infedeli" dell'Electoral College presidenziale</i>	141
STEFANIA NINATTI, <i>Transitional constitutionalism e accordo di pace in Colombia. Prime riflessioni</i>	159
MARCO OLIVETTI, <i>Prime considerazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile</i>	169

Premessa

Il presente è l'ultimo di sei Tomi di cui si compone il Liber Amicorum dedicato al prof. Pasquale Costanzo.*

Il fil rouge che percorre idealmente i contributi è dato dal "Diritto costituzionale in trasformazione": avendo colto, di esso, i numerosi Colleghi ed Amici che hanno partecipato agli Scritti in oggetto, l'importanza e centralità nel pensiero dell'Omaggiato, sempre attento all'innovazione sul versante sociale, come su quello normativo e più ampiamente istituzionale.

Gli scritti contenuti nel Tomo VI attengono, in parte, al Diritto costituzionale eurounitario e, in parte, al Diritto costituzionale straniero affrontato nell'ottica della comparazione costituzionale.

Ed anche qui, pertanto, si toccano interessi cospicui del prof. Costanzo.

Sotto il primo aspetto, infatti, si deve al Nostro, in sinergia con altri valenti Colleghi, uno dei pochi esempi di manuali dedicati (non solo per la didattica) ad una materia che è venuta sempre più acquisendo autonomia scientifica rispetto sia al Diritto dell'Unione europea, sia al Diritto costituzionale nazionale. Sotto l'altro aspetto, sono varie le indagini di natura monografica dallo stesso condotte su ordinamenti extranazionali (di cui mette conto di ricordare quelli transalpini: Francia e Monaco) e quelle svolte in chiave storica (la Corsica di Paoli, la Spagna repubblicana e tutte le Memorie che le varie ricorrenze di rilievo costituzionalistico occasionano).

Venendo agli studi di diritto costituzionale dell'Unione europea del Tomo, ci si muove sia sul piano generale dell'integrazione (C. Pinelli, A. Ciancio e T. F. Giupponi), sia nel quadro istituzionale (oltre quest'ultimo, N. Lupo), sia, ancora, sul versante delle situazioni soggettive (S. Gambino, G. Pistorio, G. Bellomo, A. Spadaro e G. Di Plinio), non mancando anche un'analisi trasversale delle varie tematiche sul tappeto (A. Lucarelli).

Il diritto extranazionale è trattato con riferimento ad argomenti di stretta attualità: dalla Brexit (in stretto raccordo, dunque, con le ridette problematiche eurounitarie: C. Graziani) ad aspetti finanziari dell'ordinamento tedesco (M. Atripaldi), per poi viaggiare oltreatlantico verso il nord (Stati Uniti con R. Toniatti), e verso il sud (la Colombia con S. Ninatti e il Cile con M. Olivetti).

Un itinerario scientifico di grande interesse, che esplora questioni all'ordine del giorno negli ordinamenti toccati, con la consapevolezza che anche nel diritto costituzionale, opera quel Butterfly Effect che la comparazione non dovrebbe perdere assolutamente di vista.

Lara Trucco

Gli altri precedenti Tomi vertono, rispettivamente, su:

- I: Costituzionalismo, Reti e Intelligenza artificiale
- II: Il diritto pubblico della pandemia
- III: Nuovi scenari per la giustizia costituzionale e sovranazionale
- IV: I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista
- V: La democrazia italiana in equilibrio

CESARE PINELLI

Input legitimacy e output legitimacy dell'Unione europea: a che punto siamo?

SOMMARIO: 1. Origini della dicotomia. – 2. Il “doppio deficit di legittimazione”. – 3. Il ruolo dei governi nazionali nell'assetto istituzionale dell'Unione e i costi della non riforma della *governance* economica.

1. Origini della dicotomia.

Nell'ultimo decennio del XX secolo la vecchia dicotomia tra "governo del popolo" e "governo per il popolo" fu adattata al sistema istituzionale dell'Unione Europea in termini di opposizione tra una *input legitimacy* fondata sulla investitura democratica dei rappresentanti, e una *output legitimacy* fondata sulla capacità delle politiche governative di ottenere risultati. In risposta alla tendenza a misurare la legittimazione dell'Unione secondo i criteri delle democrazie costituzionali degli Stati membri, su cui si era retto l'intero dibattito sul deficit democratico europeo, influenti politologi come Giandomenico Majone e Fritz Scharpf affermarono che le istituzioni di governo dell'UE non hanno bisogno di una investitura democratica, data la forte legittimazione assicurata dai risultati che riescono a conseguire le loro politiche pubbliche¹.

Pur divergendo dalla tesi neoliberale secondo cui l'integrazione europea dovrebbe rimanere limitata alla rimozione delle barriere nazionali alla libera circolazione di beni, servizi, capitali e persone, la considerazione dell'Unione come uno “Stato regolatore” impegnato nella definizione e nell'applicazione di regole che promuovono l'efficienza (economica) e privo dei poteri di manovra finanziaria e di spesa che gli consentano di perseguire politiche redistributive, si regge sul postulato paretiano secondo cui le norme che promuovono l'efficienza migliorano il benessere generale senza violare interessi significativi: anche in questo caso le politiche dell'UE non hanno bisogno di una investitura democratica di chi le persegue (orientata agli *input*), e la loro legittimazione (orientata agli *output*) deve anzi essere protetta dall'intervento politico².

Da quanto detto risulta sufficientemente chiaro che, per i suoi sostenitori, lo scopo della dicotomia non era tanto analitico-descrittivo, quanto prescrittivo.

Ed è stato proprio quello scopo ad avere attirato le critiche più acuminate. Fra tutte ricordo quella di Richard Bellamy, secondo cui la distinzione di Scharpf e Majone fra politiche regolatorie e politiche redistributive, su cui si regge la tesi dell'autosufficienza dell'*output legitimacy* quale fondamento del sistema dell'Unione, non tiene conto che anche le decisioni più “tecniche” presentano un risvolto prescrittivo e per giunta, sul piano empirico, spesso sono assai meno incontrovertibili di quanto non si ritenga³.

Nel mio contributo, non seguirò Bellamy ed altri nelle loro critiche.

Non perché non siano condivisibili, ma perché, all'epoca in cui venne per la prima volta proposta, la tesi che l'Unione europea traesse legittimazione dai risultati delle sue politiche anziché dalle sue credenziali democratiche riflettesse un dato di fatto difficilmente contestabile. E, muovendo da questa premessa, ripercorrerò le tappe principali dell'evoluzione intervenuta nel ventennio successivo, soprattutto per quanto concerne l'assetto istituzionale dell'Unione.

¹ G. MAJONE, *Europe's democratic deficit: the question of standards*, in *European Law Journal*, 1998, 5 ss., e F. SCHARPF, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 6 ss.

² G. MAJONE, *Regulatory legitimacy*, in G. Majone (ed.), *Regulating Europe*, London, Routledge, 1996, 284 ss.

³ R. BELLAMY, *Democracy without democracy? Can the EU's democratic 'outputs' be separated from democratic 'inputs' provided by competitive parties and majority rule?*, in *Journal of European Public Policy*, 2012, 9.

2. Il “doppio deficit di legittimazione”.

Già nel 2006 lo stesso Scharpf ammetteva che, sebbene l'UE «sia titolare di competenze limitate e manchi di un ‘governo’ nel senso di un centro di potere politicamente visibile che possa essere ritenuto responsabile di stati di cose insoddisfacenti», il successo del programma del mercato interno e dell'unione monetaria faceva emergere «un’asimmetria costituzionale» tra i vincoli giuridici derivanti dalle regole europee di liberalizzazione e concorrenza e le regole nazionali di protezione sociale. Per Scharpf, questi conflitti «impallidiranno rispetto alle crisi politiche che si verificheranno se la Commissione e la Corte di giustizia potranno continuare ad applicare il diritto europeo della concorrenza ai settori fondamentali dei servizi dello Stato sociale, tradizionalmente più lontani dal mercato»⁴. La legittimazione delle politiche UE, nel raffronto con il classico indirizzo politico dei governi, era già allora a rischio.

Tuttavia, con la crisi finanziaria queste affermazioni sono apparse improvvisamente obsolete. È stata proprio l'efficienza economica dell'UE a rivelarsi più vulnerabile che mai. Le misure adottate per contrastare la crisi hanno generato un lento ma continuo processo di integrazione finanziaria i cui effetti sono stati comunque controversi. Secondo Francesco Nicoli, da un lato l'integrazione finanziaria non è ancora sufficientemente sviluppata per ristabilire una *output legitimacy* a livello europeo, dall'altro la nuova *governance* economica mira a limitare i poteri politici nazionali, in particolare la loro capacità di adottare politiche redistributive, e ad aumentare il potere di istituzioni sovranazionali isolate dal processo politico, generando un deficit democratico e contribuendo così all'ascesa dei partiti euroscettici in diversi paesi. In altre parole, la crisi ha creato un «doppio deficit di legittimazione» dell'integrazione europea⁵.

Nel condividere la tesi, vorrei aggiungere che la comprensione di tale doppio deficit richiede una ricostruzione delle trasformazioni avvenute nello scenario istituzionale dell'UE.

A partire dal trattato di Maastricht, non si contano coloro che hanno sostenuto che la *governance* economica dell'Unione è stata influenzata da un'asimmetria strutturale tra i poteri quasi federali della BCE e lo scarso coordinamento dell'economia politica degli Stati membri. E alcuni hanno precisato opportunamente che tale asimmetria è problematica non perché contraddice la consueta distribuzione dei poteri tra governi e banche centrali all'interno degli Stati nazionali, ma a causa delle disfunzioni che ne derivano all'interno dell'UE stessa.

Nella *governance* dell'UEM post-crisi, tale asimmetria ha generato un paradosso che può essere colto da un esame della giurisprudenza della Corte di giustizia. Confrontiamo *Pringle* con *Gauweiler*.

In *Pringle* (2012), chiamata a rispondere al ricorso pregiudiziale posto dalla Corte suprema irlandese intorno a se il trattato MES avesse violato le competenze esclusive dell'Unione sulla politica monetaria, la Corte se l'è cavata con l'argomento formalistico che è il MES, accordo internazionale del tutto estraneo al diritto dell'Unione, a prevedere la concessione di assistenza finanziaria ad uno degli Stati firmatari, senza per ciò derogare al divieto di ogni facilitazione creditizia imposto dall'art. 123 TFUE, specificamente rivolto alla BCE e alle banche centrali degli Stati membri (§§ 123-128). In *Gauweiler* (2015), e nella successiva giurisprudenza sui poteri della BCE, la Corte ha adottato al contrario un approccio sostanzialistico con l'obiettivo di ricondurre all'etichetta "politica monetaria" tutti i compiti che la BCE ha deciso di acquisire al di là della lettera del TFUE.

Ne discende pianamente che la Corte del Lussemburgo si è contraddetta. Non è questo, tuttavia, il punto più importante. In realtà, nell'un caso come nell'altro la Corte ha mostrato un'attitudine molto prudente verso le misure adottate nell'Eurozona come risposte istituzionali alla crisi. Sono

⁴ F. SCHARPF, *Problem Solving Effectiveness and Democratic Accountability*, in *Reihe Politikwissenschaft – Political Science Series*, n. 107, 2006, 6.

⁵ F. NICOLI, *Democratic legitimacy in the era of fiscal integration*, in *Journal of European Integration*, 2017, 393.

piuttosto i casi sottoposti alla Corte a rivelare, se considerati contestualmente, il paradosso generato dall'asimmetria fra la pretesa dei governi nazionali riuniti nel Consiglio europeo di creare un sistema di controllo della finanza pubblica degli Stati membri basato su automatismi, in contrasto con gli ampi margini di discrezionalità di cui gode qualunque governo in materia, e i poteri discrezionali acquisiti dalla BCE al di là del compito fondamentale di garantire la stabilità dei prezzi che i trattati europei le riservano in esclusiva.

È questa doppia contraddizione che caratterizza la gestione delle crisi della zona euro. La posta in gioco, quindi, non consiste solo di ciò che resta dei poteri degli Stati membri nell'ambito della politica economica, sul presupposto che *Gauweiler* abbia legittimato la BCE «come attore estremamente potente», e che «la 'costituzione economica europea' e la sua intera configurazione costituzionale sia stata sostituita dai poteri decisionali discrezionali di una tecnocrazia irresponsabile»⁶. Questo è solo un lato della medaglia. L'altra consiste nell'imposizione di una convergenza strutturale del sud con le economie settentrionali dell'Eurozona: e «gli interventi di comando e controllo, che sono guidati dalla presunzione che un'unica taglia andrà bene per tutti, sono accompagnati dal rischio di effetti distruttivi. L'imposizione di cambiamenti con impatto disintegrativo non solo è poco saggio, è anche illegittimo»⁷.

D'altro canto, la gestione della crisi ha provocato una persistente disconnessione tra le istituzioni dell'UE e i cittadini anche dal punto di vista della legittimità degli input. Come ha scritto Vivien Schmidt, con l'evolversi della crisi dal 2010 al 2014 e con la crescente preoccupazione per gli scarsi risultati economici e la crescente volatilità politica, le istituzioni politiche europee hanno lentamente iniziato a reinterpretare le regole e a ricalibrare i numeri, anche se per lo più senza ammetterlo nel loro discorso comunicativo, dove hanno continuato ad insistere sul fatto che si attengono alle regole. La crescente sconnessione tra ciò che gli attori europei hanno detto e ciò che hanno fatto ha anche contribuito a creare grandi divisioni nella percezione pubblica delle loro azioni, dividendo l'Europa settentrionale da quella meridionale, come pure i vincitori dai perdenti dell'integrazione economica europea⁸.

3. Il ruolo dei governi nazionali nell'assetto istituzionale dell'Unione e i costi della non riforma della governance economica.

Tuttavia, dobbiamo essere consapevoli del fatto che la crescente sconnessione non è stata provocata da tutti gli attori dell'UE. L'emergere di una forma di governo parlamentare, sancita dal Trattato di Lisbona e integrata nel 2014 con un dispositivo convenzionale come lo "*Spitzenkandidat system*", è stato praticamente vanificato dal ruolo dominante che il Consiglio europeo ha acquisito a causa delle ricadute della crisi finanziaria globale. Tale ruolo non è stato privo di costi per i governi nazionali, spingendoli al centro di una scena istituzionale che per molto tempo avevano evitato di calcare da protagonisti.

Data la dispersione dei poteri che caratterizza l'assetto istituzionale dell'UE, i governi nazionali avevano lasciato all'UE l'onere delle scelte difficili, a cominciare da quelle riguardanti il bilancio nazionale, senza pagarne i costi in termini di consenso elettorale. In generale i titolari di un potere, politico o economico, non si sottopongono spontaneamente a meccanismi di responsabilità per

⁶ C. JOERGES, *The Overburdening of Law by Ordoliberalism and the Integration Project*, in J. Hien & C. Joerges (eds.), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Hart, 2017, 198.

⁷ C. JOERGES, *Comments on the Democratisation of the Governance of the Euro Area*, in *European Papers*, Vol. 3, 2018, 80.

⁸ V. SCHMIDT, *The Eurozone Crisis of Democratic Legitimacy. Can the EU Rebuild Public Trust and Support for European Economic Integration?*, in European Commission, *Discussion Paper 15*, 26 September 2015.

l'esercizio del potere, ma solo quando sono costretti a farlo. Era perciò nell'interesse dei governi degli Stati membri sia di mantenere il sistema così com'è, senza alcuna possibilità di identificare i responsabili dietro il cielo blu e le stelle della bandiera dell'UE, sia di continuare ad alimentare la favola mediatica di 'Bruxelles' come sede di un'inaccessibile tecnocrazia. L'assenza di una effettiva, e soprattutto visibile, responsabilità politica è dunque la vera questione democratica posta dall'assetto istituzionale dell'Unione⁹. Ed è tuttora irrisolta.

Nel frattempo, anche se chiaramente artificiosa, il divario tra la politica nazionale e la *governance* tecnocratica sovranazionale ha permeato l'immaginario popolare, nascondendo il dilemma tra l'adozione di politiche a lungo termine che richiedono tempo per essere comprese dai cittadini e non sono senza rischi in termini di approvazione elettorale, e la semplice amministrazione del presente con il relativo discredito della politica. Pur preferendo regolarmente quest'ultima, i governi nazionali hanno storicamente attribuito la colpa del malessere europeo agli "oscuri e non eletti" funzionari di Bruxelles.

All'epoca dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, i governi si nascondevano ancora dietro la bandiera dell'UE per alimentare la sfiducia popolare in patria contro "l'Europa". Eppure, così facendo stavano tagliando il ramo su cui erano seduti. La crisi della zona euro ha infatti aumentato e reso più evidente il predominio del lato intergovernativo dell'assetto istituzionale, spingendo i governi nazionali al centro dell'attenzione¹⁰. Il ruolo cruciale del Consiglio europeo nell'adozione di misure finanziarie volte a ridurre le spese nazionali per il benessere dei cittadini non poteva più essere negato. Completava per i cittadini un'immagine dell'UE che consisteva già nella finzione e nella vacuità della sua lingua ufficiale, nonché dei trucchi dei governi nazionali. Il vecchio gioco era finito. Presentando i loro attacchi contro l'UE come una mossa difensiva dalle minacce esterne, i populistici sono a quel punto apparsi autentici a vasti settori dell'elettorato, in particolare a quelli esacerbati dalla scarsa risposta governativa ai loro bisogni fondamentali, e sono così riusciti a forgiare l'idea di una concreta volontà popolare che essi stessi impersonavano¹¹.

A che punto siamo, dunque? A quanto pare, la crisi ha trasformato la distinzione fra *input* e *output legitimacy* in un dilemma intrattabile dal punto di vista democratico, il dilemma tra una *governance* tecnocratica presentata dai governi come la sola possibile risposta alla crisi dell'eurozona, e l'ascesa populista che ne è seguita a livello elettorale in molti Stati membri. Una volta ricostruiti i passaggi essenziali dell'evoluzione dell'assetto istituzionale dell'UE, il dilemma ci apparirà però il sintomo di un doppio deficit di legittimazione, dovuto all'insistenza del Consiglio europeo nell'imporre regole del gioco basate su automatismi, senza procedere ad alcuna riforma istituzionale della *governance* economica in grado di far emergere la politicità delle sue scelte, con l'inerente creazione di meccanismi di responsabilità. È stata questa insistenza a impedire l'ulteriore sviluppo dell'impresa europea, a bloccare lo stesso processo democratico anche a livello nazionale, a mettere l'agenda politica nelle mani dei populistici.

⁹ Come ha ben visto P. COSTANZO, *Oscillazioni della "forma di governo" dell'Unione europea nel "Traité simplifié compliqué"*, in *Scritti on. Scudiero*, II, Napoli, Jovene, 2008, 660.

¹⁰ O. CRAMME, *The worrying inevitability of EU intergovernmentalism*, in *Policy Network* (<https://policynetwork.org/>), May 2012.

¹¹ Si può vedere C. PINELLI, *Il doppio cappello dei governi fra Stati e Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2016, 248-249.

ADRIANA CIANCIO
The European “Constitutional Core”, Key Tool for further Integration*

TABLE OF CONTENTS: 1. A true constitutional law without a constitution – 2. Fostering an “*idem sentire de Europa*” – 3. From national constitutions to the EU constitutional law and back – 4. Why it is not possible to give up the European constitutional law

1. A true constitutional law without a constitution

At the beginning of this paper it is important to stress that it is already possible to talk about a European constitutional law despite the fact that the European Union still lacks a constitution¹. Indeed, it is well known that a first, though only nominal², attempt in this last direction proved unfruitful with the failed entry into force of the so-called “Treaty establishing a Constitution for Europe” following the 2005 referenda in the Netherlands and in France.

Nevertheless, it is not difficult to overcome this first argument since talking about a constitutional law does not necessarily coincide with setting down a constitution as a (unique) formal document including the norms that establish a society’s fundamental organization³.

Rather, looking beyond and considering, from a substantial point of view, what we should assume as “constitution” – identifiable as a set of rules suitable to give identity to the members of a political community since they express “what they stand for, the values they want to affirm and that are distinctive for them”⁴ – it is possible to conclude that, despite the fact that formally the Lisbon Treaty is another international Treaty, *ergo* an intergovernmental agreement⁵, after its entry into force the EU is finally provided with norms that one might define “ontologically” constitutional, *id est* constitutional in nature⁶.

In this light, it is needed to consider first and foremost Art. 2 TEU and the values this article sets down as shared values among all member States that constitute – one might say – the “common constitutional platform”, in order to serve both as hermeneutic criteria and legitimacy parameters of both all other European and national norms⁷. Moreover, the EU common values represent at the same time a warning and an evaluation criterion for further requests of accession to the EU⁸.

* This paper, provided with footnotes, stems from the Keynote speech delivered, with another title and other slight differences, at the 2019 PECSA International Conference “Connecting the European Union of Shared Aims, Freedoms, Values and Responsibilities” (SGH Warsaw School of Economics, 5 Dec. 2019).

¹ The issue is not new: a summary of the doctrinal debate on the topic is offered by G. MARTINICO, *La complessità costituzionale dell’ordinamento europeo*, in *Studi in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, Vol. II, 1364 ff.

² From a strictly constitutional-law perspective it is clear that Treaty did not represent a true constitution, first and foremost because of the procedural path followed for its signature, see *ex multis*, R. BIN – P. CARETTI, *Profili costituzionali dell’Unione europea*, Bologna, 2001, 141 ff.

³ See J.H.H. WEILER, *The European Union: Enlargement, Constitutionalism and Democracy*, Vortrag im Rahmen des Forum Constitutionis Europae (FCE 7/99), 1-16; 37-69.

⁴ A. FERRARA, *Constitutional Narratives and the Future of Europe*, in *A New Narrative for a New Europe*, D. Innerarity-J. White-C. Astier-A. Errasti (eds.), London, Rowman & Littlefield International Ltd., 2018, 44.

⁵ As underlined by D. GRIMM, *The Democratic costs of Constitutionalisation: The European Case*, in *European Law Journal*, 2015, Vol. 21, No. 4, 465.

⁶ As already stressed in A. CIANCIO, *Perché un diritto costituzionale europeo? Quattro brevi risposte a partire dalle elezioni del 2019*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2019, No. 11, 3.

⁷ See G. DE VERGOTTINI, *Forma di governo dell’Unione europea*, in *Treccani, Enciclopedia delle Scienze sociali*, (http://treccani.it/enciclopedia/elenco-opere/Enciclopedia_delle_scienze_sociali) 2009.

⁸ *Ibidem*.

And it is also worth remembering that these values are protected with adequate guarantees, including political ones⁹, such as the procedure set in art. 7 TEU in order to manage the “clear risk of a serious breach by a Member State of the values referred in Article 2”.

Furthermore, as well known, a Charter of Fundamental Rights has been established and – with the entry into force of the Lisbon Treaty – it has been given the same efficacy of the Treaty itself¹⁰.

By the way, the above-mentioned assumption also faces the argument sprouting from the famous 1789 *Declaration of Human and Civil Rights* where it is clearly affirmed that “any society in which no provision is made for guaranteeing rights or for the separation of powers, has no Constitution” (art. 16). And the EU’s functioning does not yet rely on a clear separation between the legislative power and the executive one, as it is easily verifiable looking at the Council’s functions. Rather, the EU inspires itself more to a principle of “collaboration” among functions instead of the traditional principle of separation.

Though, it would be difficult to deny that the functioning of the European Union is however based on a form of functions’ distinction as the one set between decision-making powers (as those exercised by the European Council, the Commission, the Parliament and the Council itself), on the one hand, and powers of control (as those entrusted to the Court of Justice and the European Court of Auditors), on the other. Nor is it possible to deny that this distinction of functions is set to limit the EU powers in order to guarantee the aforementioned EU shared values and principles at large as well as the fundamental rights and freedoms¹¹, as ruled by the EU Court of Justice in its most recent case law¹².

Therefore, even from this perspective we can conclude that – after the entry into force of the Lisbon Treaty – the European Union, despite the persistent lack of a formal constitution, is already provided with a true constitutional law that includes both Art. 2 TEU and the Charter of Fundamental Rights¹³, jointly representing what could be described as the EU “constitutional core”, protected through the EU institutional set-up, by and large entrusted to guarantee these values and rights.

2. *Fostering an “idem sentire de Europa”*

This statement is hard to accept for those who consider the concept of “constitution” – of “any” constitution we might say – as well as the idea of “constitutional law” strictly depending on the notion of State¹⁴, since the EU is not a State yet, not even of federal scope.

⁹ As highlighted by B. CARAVITA, *Quanta Europa c’è in Europa?* Giappichelli, 2015, 21.

¹⁰ About the long and complex path that led to give efficacy as constitutional law to the Charter of fundamental rights, see, *ex multis*, P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, Torino, 2019, 387 ff.

¹¹ More widely on the topic, also, A. CIANCIO, *A margine dell’evoluzione della tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo, tra luci ed ombre*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2012, No. 21, spec. 12 f.

¹² Recalled also by M. GONZÁLEZ PASCUAL, *Which Narrative for the CJUE? EU Powers and Fundamental Rights*, in *A New Narrative for a New Europe*, cit., 119 ff.

¹³ Similarly, A. Ferrara, *Constitutional Narratives*, cit., 45 ff. In the same sense, in many papers, B. CARAVITA, lastly in *Lecture edificanti per combattere gli idola sull’Europa*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2019, No. 9, 4.

¹⁴ See D. GRIMM, *Does Europe need a Constitution?* in *European Law Journal*, 1995, Vol. I, No. 3, 282 ff. *Contra*, among others, A. RUGGERI, *L’integrazione europea attraverso i diritti e il “valore” della Costituzione*, in *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l’integrazione politica in Europa*, A. Ciancio (ed.), Roma, 2014, 473 ff., who considers the EU already provided with a “constitution”, even if not intrinsically connected to a state-like nature, but rather according to a notion which places the same at the centre of a plurality of (political-institutional, legal and axiological) systems, of which it would be at the same time summary and expression; and *Id.*, *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l’Europa unita*, in P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale*, cit., 6 ff.

But looking at Lisbon provisions as a whole, even with the (intended) absence of any “federalist” reference, the EU appears now shaped as a truly, even if still in an embryonic state, political union, sufficiently defined in its legal and institutional profile¹⁵. Indeed, it is provided with common institutions and related attributions, with a defined balance of powers (legislative, executive and judicial), even if according to a scheme of collaboration and complementarity towards a reciprocal equilibrium, rather than a separation, as just said. Competences are assigned according to the attribution and subsidiarity principles. An original system of sources of law is set, furthermore destined to prevail over national ones. A body of inalienable rights is defined and European Judges recently have shown to apply them even over traditional economic freedoms. Moreover, European case law ensures uniformity in the interpretation of the law through preliminary ruling ex art. 267 TEU, essential for the very process of, at least, judicial integration¹⁶. Even more upstream, there is a common value heritage, expressed in the above-mentioned art. 2 TEU, as guaranteed by the ECJ against infringements both by Member States and, even more importantly, by the European institutions themselves.

Nevertheless, considering the European integration project, one cannot but consider that, in contrast with a sufficiently defined, even “sophisticated”, legal institutional system, already defining the EU – as said – as a, however embryonic, political union, it is possible to perceive among the European peoples a persistent lack of consent towards the project of “an ever closer union”¹⁷.

In order to discover the main obstacle facing the implementation of a full political union¹⁸, it is easy to find out this issue consists in the absence of the needed presupposition of each political community that, from a sociological point of view, is to be found in the so-called “*idem sentire*”, in this case about Europe, its future and aims.

The statement is easily verifiable just looking at the genuine hostility that a big part of the EU citizens shows towards the European integration process claiming more and more urgently restorations of sovereignty as the outcomes of both domestic and European elections¹⁹ have revealed in some Member States through growing of populism, nationalism and sovereign political movements, even at the cost of exiting from the EU, as chosen by the majority of the British voters in the well-known 2016 referendum on the so-called “Brexit”²⁰.

The main causes of such “detachment” between (a large part of the) European society and the Union, its institutions and policies are easily summed up²¹: an evident inability to effectively manage epochal challenges, both domestic and international, such as the economic-financial crisis and migration; the still-lingering issue of democratic legitimacy of the EU decision-making process in the new and different shapes it has taken after the signature of Lisbon²²; and, further upstream, the persistent lack of a genuine system of European political parties able to foster the political synthesis

¹⁵ As already underlined by J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*. Bologna, 2003, *passim*, part. 511.

¹⁶ In the same sense, even though from a critical perspective, D. GRIMM, *The democratic costs*, cit., 467 ff.

¹⁷ As stressed by D. GRIMM, *La forza dell'UE sta in un'accorta autolimitazione*, in *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), 2014, No. 2.

¹⁸ See C. OFFE, *Europe Entrapped*, Cambridge, 2015.

¹⁹ On the outcomes of the 2019 EU elections, see *Le elezioni del Parlamento europeo negli Stati membri*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2019, No. 11.

²⁰ The first fundamental steps of the Brexit “saga” are summarized in F. SAVASTANO, *Uscire dall'Unione europea. Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, Giappichelli, 2019, 47 ff.

²¹ On the topic, it is also possible reading A. CIANCIO, *Quali prospettive per l'integrazione politica in Europa dopo le elezioni?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2014, No. 11., 2 ff.

²² See, *ex multis*, A. MANZELLA, *Verso un governo parlamentare euro-nazionale*, in *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, A. Manzella-N. Lupo (eds.), Torino, 2014, 5 ff.; and D. GRIMM, *The Constitution of European Democracy*, Oxford, 2016, *passim*.

at supranational level²³ and to “contribute to forming European political awareness” as hoped for by the Treaties since Maastricht²⁴. These are among the most evident reasons preventing European citizens from feeling a deep sense of common political belonging to the EU.

Conversely, only fostering an *idem sentire (de “Europa”)*, which represents the necessary condition for the establishment of any political community, it could be possible to cope with the widespread disaffection of European citizens towards the prospect of a truly political union.

Therefore, also considering the lack of a common language²⁵ as well as the growing ethnical and religious pluralism, it is needed to identify other integration factors able to replace the lack of, so to say, “natural” cultural identifiers, in order to consolidate among European citizens a feel of collective identity apt to root each national identity in the wider supranational context, strengthening the perception of belonging to the “European common home”. Indeed, it becomes urgent to raise what others, *mutatis mutandis*, call a sense of “civic solidarity” among strangers²⁶.

From this point of view, it is easy to grasp the basic “mission” of the above-described EU constitutional core. As heritage of common principles, it is destined to constitute the fundamental – one might say – “catalyst element” of a true European people, identifiable, other than just the sum of all EU citizens, as a real political community brought together and unified thanks to shared values.

Thus, its spreading and complete implementation throughout Europe would represent a unique and fundamental mean of integration, strengthening a general sense of belonging to the Union. In other words, it would ultimately serve to give the Union’s legal system “effectiveness”, in the sense of spontaneous and generalized adherence, beyond the one achievable through judicial means, which however have so far represented an important channel for integration²⁷.

Conversely, without this perception, it would be unlikely (and in any case futile) to re-launch the constitutional process to sign a true formal constitution²⁸, long argued for to abandon the intergovernmental method²⁹, in order to overcome all the limits that the Lisbon “compromise” has

²³ As since longtime argued, see A. CIANCIO, *European parties and the process of political integration in Europe*, in *Dirittifondamentali.it* (www.dirittifondamentali.it), 2016, No. 2,10; ID., *European Party System and Political Integration in Europe*, in S. Mangiameli (ed.), *The Consequences of the Crisis on European Integration and on the Member States*, Cham, 2017, 29 ff., spec.36-37; and ID., *What democracy for the European Political Union? Lessons for a European party system*, in *Europeanisation and Renationalisation. Learning from Crisis for Innovation and Development*, U. Liebert-A. Jenichen (eds.), Opladen-Berlin-Toronto, 2019, 281 ff.

²⁴ See K. TSATSOS, *European Political Parties? Preliminary reflections on interpreting the Maastricht Treaty article on political parties (Article 138A of the EC Treaty)*, in *Human Rights Law Journal*, 1995, Vol. XVI, No.1-3, 1 ff.

²⁵ As it is well known, this issue is highlighted by D. GRIMM, *Una costituzione per l’Europa*, in G. Zagrebelsky-P.P. Portinaro-J. Luther (eds.), *Il futuro della Costituzione*, Turin, 1996, 360 ff.

²⁶ J. HABERMAS, *The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law. An Essay on the Constitution of Europe*, in *European Journal of International Law*, 2012, Vol. 23, No. 2,345 f.

²⁷ See A. RUGGERI, *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all’Unione europea e ritorno, overosia circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2016,18 ff.

²⁸ Considered pointless by J.H.H. WEILER, *Does Europe need a Constitution? Reflections on Demos, Telos, and the German Maastricht Decision*, in *European Law Journal*, 1995, Vol. I, No. 3,219 ff. More recently, see also J.H.H. WEILER-U. R. HALTERN- F.C. MAYER, *European Democracy and its Critique*, in *West European Politics*, 2005, Vol. 18, No. 3, 4 ff.

²⁹ As strongly hoped by J. HABERMAS, *Why Europe Needs a Constitution*, in *New Left Review* (<https://newleftreview.org/>) 2005, No. 11, 5 ff. In the same sense, it is also possible to read A. CIANCIO, *A true European Constitution to recover from the economic and social crisis through political integration deepening*, in *The Future of Europe. The Reform of the Eurozone and The deepening of Political Union*, F. de Quadros-D. Sidjanski (eds.), Lisbon, 2017, 29 ff.

revealed³⁰, particularly considering the spread of the economic and social crisis³¹ and, more recently, because of the big “external” challenges of immigration and international terrorism.

3. From national constitutions to the EU constitutional law and back

These shared values and inalienable rights have well-known origins. They represent the transposition as EU primary law of the so-called Member States’ “common constitutional traditions”³², initially identified thanks to the ECJU’s case law³³ and later set down in the aforementioned art. 2 TEU and EU Charter of Fundamental Rights³⁴.

This European constitutional heritage acts as a sort of constitutional “lower common denominator” among countries with different legal cultures and with various political and institutional Histories and experiences³⁵, sometimes even in opposition (far-right totalitarianism; communism). Therefore, all Member States are expected to comply with the same fundamental values, including, as declared in Art. 2 TEU, the protection of human rights, freedom, equality, democracy and, more in general, the rule of law in a society based on pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and gender equality, even though with different meanings, interpretations and applications, depending on each country’s history and legal tradition.

Conversely, if these values, and the rule of law above all, are not fully respected in any Member State, the EU institutions are entitled to recourse to all the remedies provided in the Treaty for their safeguard, as the initiatives recently undertaken against Poland and Hungary show³⁶. In fact, as already mentioned, those values and fundamental freedoms must be protected by the supranational institutions via both judicial and political means, as stressed by the new EU Commission President Ursula von der Leyen in her speech delivered on November 27, 2019 at the EP Plenary session.

Thereby, the so-called European “constitutional core” appears to be committed with another fundamental task: ensure the protection of democracy with its corollaries of rule of law, pluralism and human rights even within each Member State’s legal system³⁷.

4. Why it is not possible to give up the European constitutional law

Looking more in depth at the topic from the domestic perspective, it is possible to conclude that Member States can no longer forgo the EU constitutional law. Indeed, considering the European

³⁰ See, *ex multis*, S. FABBRINI, *The constitutional conundrum of the European Union*, in *Journal of European Public Policy*, 2016, Vol. 23, No. 1, 84 ff.

³¹ J. HABERMAS, *The Crisis of the European Union*, cit., 347 f.

³² Recently on the topic M. FICHERA – O. POLLICINO, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal* (<https://germanlawjournal.com/>), 2019, No. 20, 1102 ff.

³³ See, at least, G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *RIDU*, 1992, 426 ff.

³⁴ See, *ex multis*, M. CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione Europea*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, M. Cartabia (ed.), Bologna, 2007, 15 ff.

³⁵ More in depth on the topic, B. ACKERMAN, *Three Paths to Constitutionalism – and the Crisis of the European Union*, in *British Journal of Political Science*, 2015, Vol. 45, No. 4, 705 ff.

³⁶ H. GRABBE – S. LEHNE, *Defending EU Values in Poland and Hungary*, in *Carnegie Europe* (<https://carnegieeurope.eu/>) 2017.

³⁷ As already argued in A. CIANCIO, *Perché un diritto costituzionale europeo?*, cit., 8. In the same sense, more recently, also A. RUGGERI, *Rischi d’involuzione autoritaria e integrazione sovranazionale come garanzia della democrazia*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi 2019, No. III, 641 ff.

political integration process, on the one hand, and the national Constitutions' implementation path, on the other, it is clear that the two phenomena are inextricably linked³⁸.

This statement is easily evincible for those countries whose current Constitutions have been established after the EU's birth, like all those Central and Eastern Member States that have gained independence with the Soviet Union's end³⁹. In this case it is patent that the national fundamental rules' application has always gone in parallel with the EU's development so that the former has naturally been strongly influenced by the latter⁴⁰.

But the same is true even in those countries, as Italy or Germany, whose Basic Laws entered into force well before the Treaty of Rome, considering all the relevant transformations the national institutions have gone through as a result of the European integration process, sometimes even without formal revisions of the respective constitutions⁴¹.

This state of affairs cannot surprise since it seems the natural aftermath of the growth of the EU public law, as a set of rules sprouting from the national legal systems, which, after being harmonized at the supranational level, are later suitable to further influence the domestic set-ups from which they stem, bringing them closer and closer, as the consequence of a sort of circular motion⁴². Thus, the final outcome is a deep interpenetration between European constitutional law and national ones that make extremely difficult, not to say almost impossible, by then to conceive the national institutions' organization and functioning autonomously from the process of European integration.

³⁸ See B. CARAVITA, *Le trasformazioni istituzionali in 60 anni di integrazione europea*, in *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, A. Ciancio (ed.), Torino, 2017, 5 ff.

³⁹ See the essays collected in the volume *Spreading Democracy and the Rule of Law? The Impact of EU Enlargement on the Rule of Law, Democracy and Constitutionalism in Post-Communist Legal Orders*, W. Sadurski-A.Czarnota-M. Krygier (eds.), Dordrecht, 2006; and, more recently, the papers included in the book *Democratization and the European Union: Comparing Central and Eastern European Post-Communist Countries*, L. Morlino-W. Sadurski (eds.), Abingdon, Oxon, 2015.

⁴⁰ More in depth on this process, which is considered bidirectional, W. SADURSKI, *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford, 2012.

⁴¹ See P. COSTANZO, *La Costituzione italiana di fronte al processo costituzionale europeo*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi, 2008 (8.VI.2008).

⁴² A. CIANCIO, *Presentazione*, in *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, cit., 2; and *Id.*, *Perché un diritto costituzionale europeo?*, cit., 9 ff.

TOMMASO F. GIUPPONI
Parlamento italiano e integrazione europea:
un bilancio a dieci anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*

SOMMARIO: 1. La lenta emersione del ruolo delle Assemblee parlamentari nel processo di integrazione europea. – 2 Le novità del Trattato di Lisbona e il rinnovato ruolo dei Parlamenti nazionali. – 3. La legge n. 234 del 2012 e gli strumenti di intervento delle Camere nel processo decisionale europeo. – 4. Aspettando l'adeguamento dei regolamenti parlamentari: *early warning mechanism* e "dialogo politico". – 5. La cooperazione interparlamentare e le sue sedi: lavori in corso.

1. La lenta emersione del ruolo delle Assemblee parlamentari nel processo di integrazione europea

La storia del processo di integrazione europea, come noto, ha visto fin dalle origini come principali protagonisti i governi nazionali, ancora oggi attori centrali nell'elaborazione delle politiche dell'UE, con una progressiva marginalizzazione delle Assemblee parlamentari dei paesi membri. Ciò appare oggi ancora più significativo alla luce di una duplice considerazione: da un lato, infatti, i Parlamenti nazionali si sono visti progressivamente sottrarre spazi di intervento legislativo sempre più ampi a favore delle istituzioni europee; dall'altro, questo ha inciso su assetti istituzionali in grandissima parte caratterizzati dall'esistenza di un rapporto di fiducia tra potere esecutivo e potere legislativo, con inevitabili conseguenze sul piano della forma di governo.¹

Parallelamente, mentre la lenta (e tardiva) emersione dei Parlamenti nazionali nei Trattati istitutivi viaggiava di pari passo con l'annosa questione del *deficit* democratico dell'UE, l'attenzione del Parlamento italiano veniva quasi completamente assorbita dal problema dei tempi di adeguamento ai vincoli europei e di attuazione degli obblighi comunitari, tradizionalmente "nervo scoperto" alla base di innumerevoli procedure di infrazione e di ripetute condanne nei confronti del nostro paese.

Successivamente alla previsione dell'elezione diretta dei membri del Parlamento europeo, nel 1979, e soprattutto a partire dal Trattato di Maastricht del 1992, che per la prima volta affrontò espressamente il tema della partecipazione dei Parlamenti nazionali al processo di integrazione europea, si è avviato un processo che ha portato le Assemblee parlamentari ad assumere un ruolo sempre più rilevante nell'ambito dei procedimenti decisionali europei.² Furono, infatti, proprio le Dichiarazioni nn. 13 e 14 annesse a quel Trattato ad auspicare un maggiore coinvolgimento informativo dei Parlamenti nazionali da parte dei rispettivi Governi, oltre che dello stesso Parlamento europeo, evidenziando la necessità di un più stretto collegamento tra politiche europee e politiche nazionali.³ Veniva così ad aprirsi una nuova prospettiva di coinvolgimento delle

* *Lo scritto riprende in parte il contributo destinato al volume a cura di G. Di Federico, Il Parlamento europeo a 40 anni dalla prima elezione a suffragio universale e diretto, Giappichelli, 2020 (in corso di pubblicazione).*

¹ Dei 28 paesi membri dell'UE, infatti, solo Cipro rappresenta un'eccezione, essendo caratterizzata da una forma di governo presidenziale; tutti gli altri (a prescindere dal loro assetto parlamentare o semipresidenziale) sono invece contraddistinti dalla presenza del rapporto di fiducia tra Governo e Parlamento.

² Sul punto, tra gli altri, cfr. M. OLIVETTI, *Parlamenti nazionali nell'Unione europea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche, Aggiornamento V*, Torino, 2012, in particolare 496 ss.; G. RIZZONI, *I Parlamenti nazionali e la loro tardiva emersione nei Trattati europei*, in R. Ibrido, N. Lupo (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 2019, in particolare 267 ss.

³ Cfr. la "Dichiarazione sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea", nonché la "Dichiarazione sulla Conferenza dei Parlamenti".

Assemblee parlamentari nazionali, ben oltre il tradizionale ruolo connesso alle procedure di revisione dei Trattati o all'adesione di nuovi Stati membri.

Tale prospettiva fu ulteriormente rafforzata in occasione dell'adozione del Trattato di Amsterdam del 1997, con l'introduzione delle prime disposizioni aventi carattere normativo e vincolante, contenute nel Protocollo n. 9 sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea, allegato al Trattato stesso. Sulla base di tali previsioni, tra l'altro, si prevedeva che la Commissione europea dovesse trasmettere alla Assemblee parlamentari degli Stati membri tutti i documenti di consultazione da lei predisposti e variamente denominati (libri bianchi, libri verdi ecc.), stabilendo inoltre che i Governi nazionali dovessero trasmettere ai rispettivi Parlamenti le proposte legislative della Commissione in tempo utile per consentirne un esame adeguato.⁴

Successivamente alla Dichiarazione di Laeken del 2001 e all'avvio dei lavori della Convenzione europea (che, come noto, ha visto un apporto importante dei rappresentanti dei Parlamenti nazionali), il Trattato costituzionale del 2004 ha rappresentato un'ulteriore tappa del percorso di "emersione" del ruolo dei Parlamenti nazionali.⁵

La brusca interruzione del processo di integrazione europea del 2005 (dopo i referendum francese e olandese)⁶ ha aperto un periodo di grande incertezza sul futuro dell'UE, cui si è cercato di dare una risposta, da ultimo, con il Trattato di Lisbona del 2007, che ha ripreso e a tratti rafforzato gran parte delle previsioni del Trattato costituzionale sul ruolo dei Parlamenti nazionali.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, il percorso è stato altrettanto complesso e accidentato. Come già anticipato, per molti anni l'attenzione delle Camere è stata rivolta quasi esclusivamente al problema del (mancato) rispetto dei vincoli comunitari, con particolare riferimento al tardivo adempimento degli obblighi derivanti dalle direttive. Sul piano istituzionale, poi, le politiche europee hanno solo progressivamente acquisito una loro piena autonomia rispetto alle più generali politiche internazionali, e ciò ha riguardato non solo i tradizionali rapporti o tra Governo e Parlamento, ma anche l'organizzazione delle stesse procedure parlamentari.⁷

In un primo momento, come noto, con la legge n. 183 del 1987 fu previsto l'obbligo per il Governo di trasmettere al Parlamento tutti i progetti di atti normativi comunitari, al fine di consentire la trasmissione di eventuali osservazioni da parte delle Camere; contemporaneamente, si prevedeva che dovesse essere data comunicazione alle Camere anche degli atti normativi comunitari definitivamente adottati, unitamente ad una relazione che evidenziasse lo stato di conformità dell'ordinamento italiano rispetto ad essi.⁸

Tuttavia, una prima organica risposta all'adempimento dei vincoli comunitari si sarebbe avuta solo con la legge n. 86 del 1989, che istituì uno specifico strumento annuale di adeguamento all'ordinamento europeo: la legge comunitaria.⁹ Accanto a tale importante strumento, si introdusse

⁴ Cfr. il "Protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea", il quale affrontava, altresì, ruolo e funzioni della COSAC (la Conferenza degli organi specializzati negli affari europei), nata nel 1989 e su cui vedi più ampiamente *ultra*.

⁵ Si ricordano in particolare, oltre ad alcune significative previsioni contenute nel Trattato costituzionale che prevedevano il coinvolgimento delle Assemblee parlamentari dei Paesi membri (con specifico riferimento allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia), i Protocolli nn. 1 e 2 allegati al Trattato stesso, rispettivamente dedicati al ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea e all'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità.

⁶ Cfr. M. CARTABIA, *I Parlamenti nazionali nell'architettura costituzionale dell'Unione europea. Che cosa resta in caso di mancata ratifica?*, in AA.VV., *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Padova, 2007, 103 ss.

⁷ Solo per fare un esempio, si pensi alla legge n. 871 del 1965, la quale introdusse per la prima volta l'obbligo per il Governo di presentare una relazione annuale al Parlamento sull'attività delle Comunità europee (art. 2), stabilendo altresì l'istituzione di una Commissione parlamentare bicamerale con funzioni consultive rispetto all'adempimento degli obblighi comunitari (art. 3).

⁸ Cfr., in particolare, gli artt. 9 e 10 della legge n. 183 del 1987. Con tale intervento legislativo fu istituito anche il Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri (art. 1).

⁹ Si vedano, in particolare, gli artt. 2 e 3 della legge n. 86 del 1989.

anche l'obbligo per il Governo di presentare alle Camere una relazione semestrale sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario.¹⁰ Una più spiccata attenzione alla fase ascendente si è manifestata solo con l'adozione della legge n. 11 del 2005, che ha rappresentato un significativo incremento degli strumenti parlamentari di controllo sulla formazione delle decisioni europee.¹¹ Oltre a confermare e potenziare gli strumenti già previsti,¹² infatti, il provvedimento in questione ha introdotto nuovi strumenti volti a garantire una più diretta partecipazione del Parlamento al processo di formazione degli atti normativi europei, come la riserva di esame parlamentare.¹³

Quanto all'organizzazione interna delle Camere, i Regolamenti parlamentari del 1971 prevedevano già alcune procedure conoscitive, di indirizzo e controllo in materia di politiche europee, oltre che strumenti di collegamento con le istituzioni comunitarie: essi, tuttavia, rimasero sostanzialmente disapplicati, causa la "scarsa consapevolezza dell'importanza dei riflessi sul Parlamento del processo di integrazione" europea.¹⁴ Una maggiore sensibilità alle questioni europee, in ogni caso, è stata sempre dimostrata dal Senato: risale al 1968, infatti, la costituzione della Giunta per gli affari delle Comunità europee, con funzioni essenzialmente consultive,¹⁵ mentre alla Camera si dovrà aspettare fino al 1990 per l'istituzione della Commissione speciale per le politiche comunitarie, con funzioni sempre consultive, ma in parte differenti.¹⁶ Come noto, tuttavia, tali organismi "speciali" assunsero solo in un secondo momento lo *status* di vere e proprie Commissioni permanenti, questa volta prima alla Camera (1996) e solo successivamente al Senato (2003).

¹⁰ Così definita dall'art. 7 della legge n. 86 del 1989.

¹¹ Sulla legge n. 11 del 2005, tra gli altri, cfr. A. VUOLO, *Il Parlamento nella fase ascendente della formazione del diritto comunitario*; nonché B. DE MARIA, *I rapporti tra Parlamento e Governo nell'attuazione delle norme comunitarie*, entrambi in R. DICKMANN, S. STAIANO (a cura di), *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo. L'esperienza italiana*, Milano, 2008, rispettivamente 529 ss. e 563 ss.

¹² Si ricordano, ad esempio, gli artt. 3, 8, 9 e 15 della legge n. 11 del 2005, relativi agli obblighi informativi del Governo sui progetti di atti normativi europei, alla legge comunitaria annuale e alla relazione governativa alle Camere sulla partecipazione dell'Italia all'UE. La stessa legge, infine, ha previsto l'istituzione del Comitato interministeriale per gli affari comunitari europei (art. 2).

¹³ Cfr. l'art. 4 della legge n. 11 del 2005

¹⁴ Così V. LIPPOLIS, *Gli effetti del processo di integrazione europea sul Parlamento*, in A. CIANCIO (a cura di), *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, Torino, 2017, 15

¹⁵ Cfr. l'art. 21-bis del Regolamento del Senato, modificato nel 1968, successivamente sostituito dall'art. 23 del Regolamento del Senato del 1971. In base a tale ultima previsione "spetta alla Giunta esprimere il parere sui disegni di legge concernenti l'applicazione degli accordi relativi alle Comunità europee ed esaminare gli affari e le relazioni di cui all'art. 142. Essa è chiamata altresì ad esprimere il proprio parere nelle ipotesi previste dagli articoli 143 e 144" (nell'ordine: esame delle relazioni presentate dal Governo; parere sulle risoluzioni del Parlamento europeo; parere sugli atti normativi delle Comunità europee)

¹⁶ Si veda l'art. 126 del Regolamento della Camera, come modificato nel 1990. Le differenze erano la conseguenza di una diversa modalità di composizione della Commissione in questione, vera e propria Commissione a competenza esclusiva e "riservata", rispetto all'omologa Giunta del Senato, originariamente non dotata di una completa autonomia in quanto composta da membri provenienti dalle diverse Commissioni permanenti. In base a tale originaria previsione "la Commissione ha competenza generale sugli aspetti ordinamentali dell'attività e dei provvedimenti delle Comunità europee e della attuazione degli accordi comunitari. In particolare: a) svolge funzioni di indirizzo e controllo nei confronti del Governo nelle materie di propria competenza; b) esprime parere sui progetti di legge e sugli schemi di decreti delegati concernenti l'applicazione dei trattati istitutivi delle Comunità europee e successive modificazioni ed integrazioni; sui progetti di legge e sugli schemi dei decreti relativi all'attuazione di norme comunitarie e, in generale, su tutti i progetti di legge limitatamente ai profili di compatibilità con la normativa comunitaria; c) esamina le relazioni presentate dal Governo sulle Comunità e redige proprie relazioni per l'Assemblea; d) può procedere ad audizioni di Ministri e di dirigenti e rappresentanti di organismi ed amministrazioni pubbliche in relazione alle materie di propria competenza; e) può promuovere, previa autorizzazione del Presidente della Camera, incontri con delegazioni del Parlamento europeo, ovvero con i suoi singoli membri" (art. 126, terzo comma)

2. Le novità del Trattato di Lisbona e il rinnovato ruolo dei Parlamenti nazionali

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nel dicembre del 2009, ha rappresentato uno spartiacque in merito al ruolo dei Parlamenti nazionali nel processo decisionale europeo.¹⁷ Ciò appare evidente se solo si considera che il tema è ora al centro degli artt. 10 e 12 del TUE, nella parte relativa ai principi democratici dell'Unione europea. Senza dilungarsi eccessivamente sul punto, basti solo ricordare in questa sede come tale rinnovato ruolo delle Assemblee parlamentari nazionali venga sottolineato in una duplice direzione: da un lato, attraverso il tradizionale circuito della rappresentanza, in qualità di organi di fronte ai quali i Governi degli Stati membri sono politicamente responsabili, anche in relazione alle politiche europee;¹⁸ dall'altro, in un rapporto diretto e non mediato con le istituzioni europee, in qualità di strumenti volti a garantire il buon funzionamento dell'UE.¹⁹ Tali previsioni, poi, rimandano espressamente al contenuto dei Protocolli nn. 1 e 2 allegati al Trattato stesso, che specificano il ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea e le procedure connesse al controllo, da parte delle Assemblee rappresentative degli Stati membri, del rispetto del principio di sussidiarietà da parte delle istituzioni europee.

Per esercitare appieno tale rinnovato ruolo è essenziale che le Assemblee parlamentari siano tempestivamente informate e coinvolte nei processi decisionali europei, motivo per cui appare particolarmente significativa la previsione in base alla quale la Commissione deve trasmettere ai Parlamenti nazionali non solo i già previsti documenti di consultazione, ma anche il programma legislativo annuale e i singoli progetti di atti legislativi, in quest'ultimo caso al fine di consentire agli stessi di esprimere (entro otto settimane dalla comunicazione) il loro parere in merito al rispetto del principio di sussidiarietà, eventualmente attivando il meccanismo della c.d. "allerta precoce" (*early warning*).²⁰

¹⁷ Sul punto, tra gli altri, si vedano M. OLIVETTI, *Parlamenti nazionali nell'Unione europea*, cit., 485 ss.; N. LUPO, *I poteri europei dei Parlamenti nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, in A. MANZELLA, N. LUPO (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Torino, 2014, 101 ss.; F. LANCHESTER (a cura di), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, Milano, 2016; P. BILANCIA (a cura di), *Il ruolo dei Parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea*, Padova, 2016; G. RIZZONI, *I Parlamenti nazionali e la loro tardiva emersione nei Trattati europei*, cit., 262 ss.

¹⁸ Art. 10.2 TUE: "Gli Stati membri sono rappresentati nel Consiglio europeo dai rispettivi capi di Stato o di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini" (l'ultimo riferimento, ancora una volta, da conto delle peculiarità delle diverse forme di governo degli Stati membri, non tutte caratterizzate da un assetto parlamentare).

¹⁹ Art. 12 TUE: "I parlamenti nazionali contribuiscono attivamente al buon funzionamento dell'Unione: a) venendo informati dalle istituzioni dell'Unione e ricevendo i progetti di atti legislativi dell'Unione in conformità del protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea; b) vigilando sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo le procedure previste dal protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità; c) partecipando, nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ai meccanismi di valutazione ai fini dell'attuazione delle politiche dell'Unione in tale settore, in conformità dell'articolo 70 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ed essendo associati al controllo politico di Europol e alla valutazione delle attività di Eurojust, in conformità degli articoli 88 e 85 di detto trattato; d) partecipando alle procedure di revisione dei trattati in conformità dell'articolo 48 del presente trattato; e) venendo informati delle domande di adesione all'Unione in conformità dell'articolo 49 del presente trattato; f) partecipando alla cooperazione interparlamentare tra parlamenti nazionali e con il Parlamento europeo in conformità del protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea".

²⁰ Così, in particolare, prevedono gli artt. 1-3 del Protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea, stabilendo altresì che la Commissione debba inoltrare anche "gli altri strumenti di programmazione legislativa o di strategia politica". Tali previsioni, in qualche modo, consolidano la prassi inaugurata dalla Commissione già a partire dal 2006 (c.d. "dialogo politico"), in base alla quale la stessa si è impegnata a prendere in considerazione tutti i contributi provenienti dalle Assemblee parlamentari nazionali rispetto agli atti di iniziativa della Commissione. Tuttavia, a

Nel complesso, a parte il tradizionale coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nelle procedure relative alla revisione dei Trattati e in merito all'adesione di nuovi Stati membri, il Trattato di Lisbona accentua il loro ruolo in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (con particolare riferimento al controllo sull'attività di *Europol* ed *Eurojust*) e individua ulteriori, significativi, spazi di intervento.

Particolare rilievo, tra questi, assume il potere di veto delle Assemblee parlamentari nazionali in relazione all'attivazione delle c.d. "clausole passerella" previste dai Trattati. Secondo la previsione generale, infatti, il Consiglio europeo può adottare all'unanimità una decisione che autorizzi il Consiglio dell'UE a decidere a maggioranza qualificata in materie per le quali è prevista la regola dell'unanimità, estendendo altresì l'ambito di applicazione della procedura legislativa ordinaria rispetto a casi di procedure legislative speciali.²¹ Rispetto a tali iniziative, ciascun Parlamento nazionale può esprimere la propria contrarietà entro sei mesi dalla loro comunicazione, arrestando definitivamente il procedimento.²² Tale previsione, come è stato sottolineato, "è da ricondursi alla necessità di non spogliare i Parlamenti nazionali del potere di incidere su determinate materie mediante l'indirizzo e il controllo sui rispettivi Governi", dal momento che nel momento in una materia "dovesse divenire disponibile a una maggioranza (ancorché qualificata) di Stati membri, il singolo Stato membro (e, dunque, il suo Parlamento) finirebbe per perdere la possibilità di opporsi in materia determinante a nuove politiche in materia".²³

Da ultimo, viene significativamente valorizzata la cooperazione interparlamentare, con particolare riferimento al ruolo della Conferenza degli organi specializzati negli affari europei (la già citata COSAC),²⁴ ma anche in relazione ai diversi strumenti di cooperazione successivamente previsti in relazione alla politica estera, di sicurezza e di difesa comune, oltre che in relazione alla *governance* economica e finanziaria.²⁵

Diverse, tuttavia, sono state le letture di tali rinnovati strumenti di intervento e della loro natura: per alcuni, manifestazione di un'opportuna integrazione, sul piano della legittimazione democratica, dei circuiti decisionali dell'UE; per altri, all'opposto, espressione della tutela degli interessi nazionali, di cui le Assemblee parlamentari nazionali diverrebbero in qualche modo custodi.²⁶

differenza di quanto ora previsto dai citati Protocolli, il "dialogo politico" consente ai Parlamenti di esprimersi anche su aspetti diversi dal principio di sussidiarietà, al di fuori delle otto settimane previste e a prescindere dalla natura legislativa o meno dell'atto europeo. Sul punto, tra gli altri, cfr. M. OLIVETTI, *Parlamenti nazionali nell'Unione europea*, cit., 529 ss.; N. LUPO, *I poteri europei dei Parlamenti nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, cit., 113 ss.

²¹ In questo senso, come noto, stabilisce l'art. 48.7 TUE. Analogamente, ma in relazione a decisioni del Consiglio dell'UE in materia di diritto di famiglia e relativamente all'adozione della procedura legislativa ordinaria, statuisce l'art. 81.3 TFUE.

²² Su tali aspetti, tra gli altri, cfr. G. PICCIRILLI, *Il Parlamento italiano: le procedure europee nella legge n. 234 del 2012*, in A. MANZELLA, N. LUPO (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, cit., 220-221; F. SCUTO, *Il ruolo del Parlamento italiano nella formazione del diritto europeo: recenti sviluppi e criticità*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, cit. 81-82.

²³ In questo senso G. PICCIRILLI, *Il Parlamento italiano: le procedure europee nella legge n. 234 del 2012*, in A. MANZELLA, N. LUPO (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, cit., 221, secondo il quale, dunque, "l'attraversamento di una simile passerella deve essere presidiato da un potere di veto parlamentare (astratto) al fine di prevenire una perdita di poteri in concreto".

²⁴ Cfr. l'art. 12, lett. f), TUE nonché gli artt. 9 e 10 del Protocollo sulla partecipazione dei Parlamenti nell'Unione europea, su cui vedi più ampiamente *ultra*.

²⁵ Si tratta, come noto, della Conferenza PESC/PSCD, istituita nel 2011 dalla Conferenza dei Presidenti dei Parlamenti dell'UE, e della Conferenza sulla governance economica e finanziaria, di cui all'art. 13 del Fiscal Compact del 2012, istituita nel 2013.

²⁶ Si vedano, ad esempio, le posizioni di R. MASTROIANNI, *La procedura legislativa e i Parlamenti nazionali: osservazioni critiche*; e di L. GIANNITI, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali*, entrambi in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, rispettivamente 191 ss. e 171 ss.

A prescindere da tali opposte letture, sembra comunque che le funzioni e i poteri spettanti ai Parlamenti nazionali possano essere classificati a seconda delle finalità cui gli stessi sono preordinati: a) tutela delle prerogative nazionali; b) controllo parlamentare in senso proprio; c) cooperazione con le istituzioni UE. Alla prima categoria, dunque, sarebbero riconducibili non solo gli strumenti connessi al rispetto del principio di sussidiarietà, ma anche i poteri di veto e la partecipazione alla procedura di revisione dei Trattati. Alla seconda, invece, andrebbero ricondotti i variegati strumenti previsti nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, della politica estera e di sicurezza comune, nonché quelli relativi alla *governance* economica. Infine, sarebbero espressione della terza tipologia di funzioni non solo le forme di cooperazione interparlamentare, ma anche il c.d. "dialogo politico".²⁷

In ogni caso, come è stato sottolineato, non va affatto sottovalutata l'importanza del controllo che i Parlamenti nazionali svolgono nei confronti dei rispettivi governi, "soprattutto in questi ultimi anni, dominati dal prevalere delle logiche intergovernative nella definizione degli indirizzi politici dell'Unione".²⁸ Tale tendenza, infatti, ha rappresentato un sicuro incentivo affinché le Assemblee parlamentari nazionali attivassero forme sempre più incisive di controllo nei confronti dei rispettivi Governi, anche se non sempre ciò sembra essere avvenuto in modo efficace.

Questa constatazione, allora, conferma ancora una volta la natura del tutto peculiare dell'assetto costituzionale europeo, in cui il principio democratico che ne è alla base è articolato in diverse forme e si manifesta parallelamente secondo differenti circuiti: quello, tradizionale, del rapporto "verticale" Parlamenti-Governi nazionali (e che si trasmette, tramite i Governi, al processo decisionale europeo); quello, più articolato e complesso, del rapporto "orizzontale" e diretto tra la Assemblee rappresentative degli Stati membri e le istituzioni dell'UE, con particolare riferimento alla Commissione e al Parlamento europeo.²⁹

3. La legge n. 234 del 2012 e gli strumenti di intervento delle Camere nel processo decisionale europeo

Al fine di adeguare il nostro ordinamento interno alle principali novità introdotte dal Trattato di Lisbona, è stata approvata la legge n. 234 del 2012. Tale intervento legislativo, tra le altre cose, ha rappresentato l'occasione per un aggiornamento delle previsioni relative alla partecipazione del Parlamento italiano alla formazione e all'attuazione delle politiche comunitarie e dei relativi atti normativi, con una particolare attenzione alla "fase ascendente".³⁰ Diverse, come noto, sono state le linee di intervento della legge n. 234 del 2012.

²⁷ In questo senso M. OLIVETTI, *Parlamenti nazionali nell'Unione europea*, cit., 509 ss. Per un panorama delle diverse letture proposte, si veda N. LUPO, *I poteri europei dei Parlamenti nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, cit., 108 ss. Sul "dialogo politico" inaugurato nel 2006 dalla Commissione, vedi però *ultra*.

²⁸ In questo senso G. RIZZONI, *I Parlamenti nazionali e la loro tardiva emersione nei Trattati europei*, 273, che individua nella crisi economica-finanziaria (a partire dal 2008), nella conseguente emersione del ruolo del Consiglio europeo e nella attivazione di strumenti internazionali per affrontare la crisi del debito sovrano di alcuni Stati membri (a partire dal 2011) i principali fattori di tale sviluppo.

²⁹ Sul punto, da ultimo, vedi E. GRIGLIO, *I circuiti e i "buchi neri" del controllo parlamentare sull'esecutivo frammentato dell'Unione europea*, in R. IBRIDO, N. LUPO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, cit., 210 ss.

³⁰ In base all'art. 3 della legge n. 234 del 2012, infatti, "il Parlamento partecipa al processo decisionale dell'Unione europea. Le Camere, in coordinamento con il Governo, intervengono nella fase di formazione delle normative e delle politiche europee, secondo quanto previsto dal Trattato sull'Unione europea e dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Il Governo assicura [...] l'assistenza documentale e informativa della Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea agli uffici della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica presso le istituzioni europee, secondo modalità stabilite d'intesa tra il Presidente del Consiglio dei ministri e i Presidenti delle Camere". Sulle

In relazione alla “fase ascendente”, e in connessione con la tradizionale funzione parlamentare di indirizzo e controllo nei confronti dell’esecutivo, si prevede ora espressamente che il Governo debba illustrare la posizione che intende assumere prima dello svolgimento di ogni riunione del Consiglio europeo, tenendo conto degli eventuali indirizzi espressi dalle Camere.³¹ Parallelamente, si prevede che sempre il Governo debba informare le Commissioni parlamentari competenti sulle risultanze delle riunioni non solo del Consiglio europeo, ma anche del Consiglio dell’Unione europea, entro quindici giorni dalla loro conclusione. Inoltre, tale provvedimento legislativo ha significativamente ampliato gli obblighi informativi del Governo nei confronti delle Camere, delineando ormai un dovere sostanzialmente generalizzato e relativo a tutti gli atti, i progetti e i documenti prodotti delle istituzioni comunitarie,³² andandosi così ad aggiungere a quanto previsto, a livello europeo, dal già citato Protocollo n. 1 allegato al Trattato di Lisbona e al c.d. “dialogo politico”.

Su tali documenti è previsto espressamente che gli organi parlamentari competenti possano adottare tutti gli atti di indirizzo al Governo ritenuti necessari, e che lo stesso Governo debba assicurare la coerenza della posizione assunta in seno agli organi europei rispetto alle indicazioni delle Camere, dovendo (in caso contrario) riferire tempestivamente al Parlamento in merito alle cause che non lo hanno consentito, fornendo adeguate motivazioni sulla diversa posizione assunta.³³

In questo senso, assumono un particolare significato alcuni specifici strumenti. Si tratta, *in primis*, della c.d. “riserva di esame parlamentare”, introdotta dalla legge n. 11 del 2005³⁴ e ora sostanzialmente confermata dalla legge n. 234 del 2012. In base a tale previsione, quando una delle Camere abbia iniziato l’esame degli atti e dei documenti dell’UE di cui è prevista la trasmissione, può chiedere al Governo di apporre in sede di Consiglio dell’Unione europea la riserva di esame parlamentare, al fine di concludere l’esame degli stessi ed esprimere le sue valutazioni. Tale riserva vale per un periodo di trenta giorni, durante il quale il Governo non può procedere oltre nelle attività di sua competenza in seno al Consiglio.³⁵ Tuttavia, come dimostrano i dati ad oggi disponibili (4 casi in tutto), lo scarso utilizzo dello strumento ha evidenziato tutte le difficoltà del Parlamento ad esercitare un esame approfondito della mole di documentazione di cui è destinatario, decretandone il sostanziale fallimento.³⁶ Parallelamente, deve essere ricordato anche il meccanismo del c.d. “freno

principali novità introdotte dalla legge n. 234 del 2012 si vedano, tra gli altri, A. ESPOSITO, *La legge 24 dicembre 2012, n. 234, sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea. Parte I – Prime riflessioni sul ruolo delle Camere*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 2/2013; G. PICCIRILLI, *Il Parlamento italiano: le procedure europee nella legge n. 234 del 2012*, cit., 205 ss.; F. SCUTO, *Il ruolo del Parlamento italiano nella formazione del diritto europeo: recenti sviluppi e criticità*, cit. 67 ss.; R. ADAM, D. CAPUANO, A. ESPOSITO, A. CIAFFI, C. ODONE, M. RICCIARDELLI, *L’attuazione della legge n. 234 del 24 dicembre 2012. Norme, prassi, risultati, dal livello statale a quello regionale*, in *Istituzioni del federalismo*, numero speciale, 2015, 9 ss.; nonché, più di recente, E. MOAVERO MILANESI, G. PICCIRILLI (a cura di), *Attuare il diritto dell’Unione europea in Italia. Un bilancio a 5 anni dall’entrata in vigore della legge n. 234 del 2012*, Bari, 2018.

³¹ Cfr. l’art. 4, primo comma, della legge n. 234 del 2012, in base alla quale le Camere possono richiedere analogha informativa anche prima delle riunioni del Consiglio dell’Unione europea.

³² Si vedano, in particolare, gli artt. 4 e 6 della legge n. 234 del 2012. A tali strumenti vanno ad aggiungersi, poi, le previste Relazioni annuali alle Camere (di carattere programmatico e consuntivo: art. 13), una specifica Relazione trimestrale sui flussi finanziari con l’UE (art. 16), un aggiornamento, sempre a cadenza trimestrale, relativo alle procedure giurisdizionali e di precontenzioso (art. 14), nonché la comunicazione dell’avvio di eventuali procedure di infrazione riguardanti l’Italia (artt. 15).

³³ Cfr. l’art. 7 della legge n. 234 del 2012.

³⁴ Si veda, in particolare, l’art. 4 della legge n. 11 del 2005.

³⁵ Come previsto dall’art. 10 della legge n. 234 del 2012.

³⁶ Si vedano i dati riportati da A. ESPOSITO, *European Affairs within the Chamber of deputies*; e da D. CAPUANO, *European Affairs within the Senate of the Republic*, entrambi in N. LUPO, G. PICCIRILLI (eds.), *The Italian Parliament in the European Union*, Oxford and Portland, 2017, rispettivamente 109 e 123.

di emergenza”³⁷ in base al quale, in relazione a determinate ipotesi previste dai Trattati (e relative a casi in cui il Governo di uno Stato membro può chiedere di sospendere la discussione all’interno del Consiglio dell’UE per deferire la decisione al Consiglio europeo) si prevede che entrambe le Camere, congiuntamente, possano chiederne l’attivazione da parte dell’esecutivo.³⁸

Con particolare riferimento alla “fase discendente”, invece, è stato introdotto un duplice canale annuale di adeguamento ai vincoli europei: archiviata la legge comunitaria, sono state previste la “legge di delegazione europea” e la “legge europea”. La prima, come noto, con lo scopo precipuo di consentire una tempestiva attuazione delle direttive europee, tramite delega al Governo; la seconda, al fine di eliminare le cause di (probabili o già avviate) procedure di infrazione.³⁹ La scelta, pragmaticamente, ha cercato di affrontare in maniera parallela, ma distinta, i cronici problemi evidenziati dall’ordinamento italiano in merito all’attuazione e al rispetto degli obblighi europei; i risultati ottenuti sembrano dimostrare la complessiva efficacia di tali strumenti, vista la maggiore rapidità nel recepimento delle direttive e la significativa diminuzione delle procedure di infrazione nei confronti dell’Italia.⁴⁰

A tal fine, opportunamente la legge n. 234 del 2012 prevede ora una tempistica volta a garantire il sollecito intervento delle Camere. In particolare, in relazione alle deleghe conferite al Governo con la legge di delegazione europea, è stabilito che il termine di scadenza di ciascuna delega sia fissato nei quattro mesi antecedenti il termine fissato per il recepimento della relativa direttiva europea, consentendo in questo modo anche l’espressione dell’eventuale parere delle Commissioni parlamentari sugli schemi di decreto legislativo.⁴¹ Inoltre, al fine di garantire la massima attenzione all’adempimento dei vincoli europei, è prevista la possibilità di adottare un ulteriore disegno di legge di delegazione europea, relativo al secondo semestre dell’anno in corso.⁴² Ad ulteriore garanzia di un adeguato recepimento della normativa europea, in casi di particolare importanza politica, economica e sociale, il Governo può presentare alle Camere un apposito disegno di legge recante le disposizioni occorrenti per dare attuazione o assicurare l’applicazione di uno specifico atto normativo dell’UE.⁴³ Infine, in caso di urgenza, il Governo può adottare decreti legge necessari a fronte di atti normativi dell’UE, di sentenze della Corte di giustizia o di procedure di infrazione, qualora i tempi non siano congrui con quelli della prevista entrata in vigore della legge di delegazione europea o della legge europea.⁴⁴

³⁷ Cfr. G. PICCIRILLI, *Procedures vis-à-vis the European Council and the Council: Approval, Delay and Veto Powers*, in N. LUPO, G. PICCIRILLI (eds.), *The Italian Parliament in the European Union*, cit., 188 ss.

³⁸ In questo senso l’art. 12 della legge n. 234 del 2012. Si tratta, in particolare, delle ipotesi di cui agli artt. 48.2, 82.3 e 83.3 TFUE (in relazione a sicurezza sociale e cooperazione in materia penale), oltre che a quanto previsto dall’art. 31.2 TUE (in materia di politica estera e di sicurezza comune).

³⁹ Cfr. l’art. 30 della legge n. 234 del 2012.

⁴⁰ Su tali aspetti, si vedano le considerazioni di S. BARONCELLI, *Lo sdoppiamento della “legge comunitaria”: una scelta avveduta?*, in E. MOAVERO MILANESI, G. PICCIRILLI (a cura di), *Attuare il diritto dell’Unione europea in Italia*, cit. 119 ss.

⁴¹ Come previsto, espressamente, dall’art. 31 della legge n. 234 del 2012.

⁴² In base all’art. 29, quarto comma, della legge n. 234 del 2012, infatti, il disegno di legge di delegazione europea deve essere presentato alle Camere entro il 28 febbraio di ogni anno, mentre l’eventuale disegno di legge di delegazione europea per il secondo semestre può essere presentato al Parlamento entro il successivo 31 luglio del medesimo anno (art. 29, ottavo comma, della legge n. 234 del 2012). Tale evenienza, come noto, si è realizzata una sola volta, in relazione agli adempimenti relativi all’anno 2013 (cfr. la legge n. 96 del 2013 e la legge n. 154 del 2014). Il rispetto dei tempi previsti, in ogni caso, non sempre è assicurato, dovendosi ritenere perentori i termini di presentazione dei disegni di legge alle Camere da parte del Governo. Ad oggi, tuttavia, sono state approvate complessivamente sei leggi di delegazione europea e cinque leggi europee (da ultimo, in relazione all’anno 2018, vedi la legge europea n. 37 del 2019 e la legge di delegazione europea n. 117 del 2019). Per puntuali riferimenti in merito, si vedano i diversi contributi ospitati in E. MOAVERO MILANESI, G. PICCIRILLI (a cura di), *Attuare il diritto dell’Unione europea in Italia*, cit.

⁴³ Cfr. l’art. 38 della legge n. 234 del 2012.

⁴⁴ Così, in particolare, l’art. 37 della legge n. 234 del 2012. Vista la regolarità e la frequenza dell’adozione delle prescritte leggi annuali, tale possibilità è stata utilizzata però assai di rado (cfr. D. CAPUANO, *Il recepimento del diritto*

Gli ultimi dati disponibili, aggiornati al 31 dicembre 2018, dimostrano come l'Italia risulti particolarmente virtuosa quanto all'apertura di infrazioni per tardivo recepimento delle direttive, risultando il Paese con il minor numero di casi aperti alla fine dell'anno (9); altrettanto non sembra, però, potersi dire in relazione alle infrazioni per recepimento scorretto o per cattiva applicazione del diritto europeo, dove si colloca al penultimo posto, seconda sola alla Spagna per numero di infrazioni aperte alla fine dell'anno (39).⁴⁵ Tale dato, ancora una volta, sconta la perdurante incidenza di vecchie infrazioni, aperte ormai da anni, e di cui è faticosa la gestione. La tendenza, nel complesso, appare comunque positiva, se si pensa che nel 2015 il dato era, rispettivamente, di 20 infrazioni e di 69 infrazioni.

In ogni caso, come è stato sottolineato, l'attuale disciplina legislativa evidenzia come la distinzione tra "fase ascendente" e "fase discendente" risulti in gran parte artificiosa, alla luce dell'inevitabile collegamento/sovrapposizione tra i diversi momenti di partecipazione delle Camere al processo di integrazione europea.⁴⁶ E' infatti evidente come una più tempestiva e corretta trasposizione degli obblighi europei derivi da una maggiore consapevolezza e da un coinvolgimento adeguato del Parlamento nella fase di elaborazione e discussione degli atti normativi dell'UE, in un *continuum* che vede le Assemblee rappresentative sempre più consapevoli del loro ruolo all'interno dei processi decisionali europei.

Tutto questo, però, conferma ancora una volta quanto il processo di integrazione europea abbia inciso sulle dinamiche della nostra forma di Governo, attraverso la progressiva emersione di un ruolo guida dell'esecutivo nell'ambito delle politiche europee nonché, al suo interno, della figura del Presidente del Consiglio, circostanza che (ancora una volta) sottolinea come risulti centrale il ruolo di indirizzo e controllo esercitato dalle Camere.⁴⁷

4. Aspettando l'adeguamento dei regolamenti parlamentari: early warning mechanism e "dialogo politico"

Allo stato attuale, tuttavia, il percorso di adeguamento dei regolamenti parlamentari alle novità introdotte dal Trattato di Lisbona sia al momento ancora solo parziale, e sul punto assumano quindi

dell'Unione: strumenti, performance, responsabilità, in E. MOAVERO MILANESI, G. PICCIRILLI (a cura di), *Attuare il diritto dell'Unione europea in Italia*, in particolare 84-85).

⁴⁵ Si veda la Relazione 2018 della Commissione sul controllo dell'applicazione del diritto dell'Unione europea, del 4 luglio 2019, COM(2019) 319 final.

⁴⁶ In questo senso, da ultimo, C. FASONE, *La distinzione tra "fase ascendente" e "fase discendente", e il suo superamento*, in E. MOAVERO MILANESI, G. PICCIRILLI (a cura di), *Attuare il diritto dell'Unione europea in Italia*, cit. 103 ss., in particolare 112, la quale individua come esempio di tale rinnovata impostazione l'art. 6, quarto comma, della legge n. 234 del 2012, in base al quale "il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro per gli affari europei assicura alle Camere un'informazione qualificata e tempestiva sui progetti di atti legislativi dell'Unione europea, curandone il costante e tempestivo aggiornamento, anche in relazione agli sviluppi del processo decisionale. A tal fine, entro venti giorni dalla trasmissione di un progetto di atto legislativo [...], l'amministrazione con competenza prevalente nella materia elabora una relazione che dà conto dei seguenti elementi: [...] c) l'impatto del progetto, dal punto di vista sia finanziario, sia degli effetti sull'ordinamento nazionale, sulle competenze regionali e delle autonomie locali, sull'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e sulle attività dei cittadini e delle imprese", con una sorta di ideale ricongiungimento delle due citate fasi in una prospettiva unitaria.

⁴⁷ Sul punto, da ultimo, si vedano E. CATELANI, *L'evoluzione della forma di governo: il ruolo del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in A. CIANCIO (a cura di), *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, Torino, 2017, 31 ss.; G. RIVOSECCHI, *I riflessi dell'Unione europea sul rapporto Governo-Parlamento e sull'organizzazione interna del Governo*, in R. IBRIDO, N. LUPO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 2019, 361 ss. In merito alle inevitabili conseguenze sul piano del sistema delle fonti, vedi ora E. LONGO, *Le trasformazioni delle fonti statuali nella integrazione costituzionale europea*, in E. MOAVERO MILANESI, G. PICCIRILLI (a cura di), *Attuare il diritto dell'Unione europea in Italia*, 37 ss.

particolare rilievo le prassi inaugurate a partire dal 2009.⁴⁸ Tuttavia, come noto, diverse sono state le soluzioni seguite dalle due Camere, motivo per cui non sempre il contributo offerto dai due rami del Parlamento è stato particolarmente efficace, vista anche la mole di documentazione di cui sono destinatari i Parlamenti nazionali.

Si ricorda, infatti, che a partire dal 2006 la Commissione ha inaugurato il c.d. “dialogo politico” con i Parlamenti nazionali, attraverso il quale, interagendo direttamente con le Assemblee parlamentari nazionali, li ha coinvolti nel processo di istruttoria connesso alle sue iniziative politiche e legislative, consentendo alle stesse di esprimere il loro parere, non limitato ai profili connessi al rispetto del principio di sussidiarietà e alla proporzionalità, ma anche al merito dei singoli provvedimenti.⁴⁹ Tale flusso informativo, come noto, è stato poi sostanzialmente ribadito e codificato dal già citato Protocollo n. 1, allegato al Trattato di Lisbona.

Su tale consolidata prassi si è successivamente innestato il controllo da parte dei Parlamenti nazionali sul rispetto del principio di sussidiarietà in relazione alle proposte legislative europee, connesso al noto meccanismo dell’*early warning*, previsto dal già citato Protocollo n. 2 allegato al Trattato di Lisbona del 2007.⁵⁰ Tale meccanismo, tuttavia, è stato finora poco utilizzato,⁵¹ dal momento che “per i Parlamenti nazionali è assai difficile coordinarsi efficacemente in modo da conseguire in tempo utile la massa critica richiesta”,⁵² tralasciando poi la circostanza che il raggiungimento della soglia richiesta non comporta necessariamente “una convergenza nei contenuti da parte dei pareri espressi dalle Assemblee parlamentari”, dal momento che la non conformità con il principio di sussidiarietà può essere rilevata “con riguardo ad aspetti diversi del progetto in esame, o sulla base di interpretazioni divergenti sui criteri di applicazione del medesimo principio”.⁵³

Tradizionalmente più attivo, come noto, è apparso il Senato rispetto alla Camera dei deputati.⁵⁴ Fino alla riforma del suo regolamento interno del 2017, infatti, era prevista una sostanziale

⁴⁸ Cfr., tra gli altri, M. ROMANIELLO, *Le procedure europee presso il Parlamento italiano*, in *Il Filangieri*, 2015-2016, 305 ss.; nonché A. ESPOSITO, *European Affairs within the Chamber of deputies*, cit., e D. CAPUANO, *European Affairs within the Senate of the Republic*, cit., entrambi in N. LUPO, G. PICCIRILLI (eds.), *The Italian Parliament in the European Union*, cit., rispettivamente 99 ss. e 119 ss.; N. LUPO, *The Scrutiny of the Principle of Subsidiarity in the Procedures and Reasoned Opinions of The Italian Chamber and Senate*, in A. JONSSON CORNELL, M. GOLDONI (eds.), *National and Regional Parliaments in the Eu-Legislative Procedure post-Lisbon. The Impact of the Early Warning Mechanism*, Oxford and Portland, 2017, 232 ss.

⁴⁹ Sul “dialogo politico” cfr. M. OLIVETTI, *Parlamenti nazionali nell’Unione europea*, cit., 529 ss.; N. LUPO, *I poteri europei dei parlamenti nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, cit., 113 ss.; V. LIPPOLIS, *Gli effetti del processo di integrazione europea sul Parlamento*, cit., 23 ss.

⁵⁰ Sulla c.d. “allerta precoce”, tra gli altri, si vedano P. BILANCIA, *L’early warning nella prassi dello spazio pubblico europeo*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, cit., 35 ss.; C. CARUSO, *Prassi e funzioni del sistema di early warning*, in *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), n. 1/2016; A. JONSSON CORNELL, M. GOLDONI (eds.), *National and Regional Parliaments in the Eu-Legislative Procedure post-Lisbon*, cit.

⁵¹ Ad oggi, si registrano solo tre casi: nel 2012, 2013 e 2016.

⁵² Come noto, nel caso sia espresso un parere contrario da parte delle Assemblee rappresentative nazionali che rappresentino almeno un terzo dei voti attribuiti ai Parlamenti nazionali (due per ciascun Paese membro), la Commissione è obbligata a riesaminare la proposta (c.d. “cartellino giallo”; art. 7 del Protocollo n. 2).

⁵³ Così G. RIZZONI, *I Parlamenti nazionali e la loro tardiva emersione nei Trattati europei*, cit., 287-288.

⁵⁴ Si vedano i dati riportati dalle Relazioni annuali della Commissione sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità e sui rapporti con i Parlamenti nazionali: negli ultimi tre anni (2016-2018) il Senato ha espresso 155 pareri (di cui 5 sulla base del Protocollo n. 2), mentre la Camera dei deputati ha espresso 85 pareri (di cui nessuno sulla base del Protocollo n. 2). In generale, i dati degli ultimi anni dimostrano il costante calo dei pareri motivati sul rispetto del principio di sussidiarietà (65, su 620 pareri ricevuti, nel 2016; 52, su 576 pareri ricevuti, nel 2017; 37, su 569 pareri ricevuti, nel 2018), circostanza che dimostra il più frequente ricorso, da parte dei Parlamenti nazionali, al canale del dialogo politico, considerato maggiormente flessibile.

complementarietà tra le Commissioni permanenti di settore e la Commissione politiche dell'UE, dal momento che l'analisi delle proposte di atti legislativi europei era di competenza delle prime (a seconda della materia), mentre alla seconda era riconosciuto il potere di esprimere un parere. Era dunque escluso un monopolio della Commissione politiche dell'UE in materia di controllo del rispetto del principio di sussidiarietà e si garantiva un maggiore coinvolgimento delle diverse Commissioni permanenti,⁵⁵ anche se non si escludevano potenziali contrasti tra le diverse Commissioni coinvolte.

Diversa, invece, la scelta della Camera dei deputati, evidenziata da due pareri della Giunta per il regolamento.⁵⁶ In questo caso, infatti, è prevista una più marcata differenziazione tra Commissioni permanenti di settore e Commissione politiche dell'UE: alle prime (a seconda della materia) vanno infatti deferiti tutti i documenti trasmessi ai sensi dei Protocolli allegati al Trattato di Lisbona, mentre alla seconda spetta il sostanziale monopolio relativo alla verifica del rispetto del principio di sussidiarietà nell'esame delle proposte legislative di cui al Protocollo n. 2, con una minore possibilità di azionare efficacemente il controllo in questione e la conseguente necessità di scegliere su quali atti concentrare il proprio esame entro i termini previsti.

Tali differenze, almeno in parte, sembrano però ora superate alla luce della riforma del regolamento del Senato del 2017 la quale, in merito al controllo del rispetto del principio di sussidiarietà, si è sostanzialmente allineata alla Camera dei deputati.⁵⁷ Il nuovo art. 144, comma 1-*bis*, prevede infatti che "i progetti di atti legislativi dell'Unione europea sono deferiti alle Commissioni, nelle materie di loro competenza" mentre spetta ora alla sola Commissione politiche dell'UE "la verifica del rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, in conformità ai Trattati europei". Rimane quindi da valutare quanto questa riforma potrà incidere, limitandolo, sul tradizionale maggiore "attivismo" europeo del Senato.⁵⁸

Nel complesso, appare evidente come si assista ad un potenziale intreccio tra diverse attività parlamentari, tutte però connesse alla partecipazione delle Camere al processo decisionale europeo.⁵⁹ Prima di tutto, infatti, vi è il generale potere di indirizzo e controllo del Parlamento nei confronti del Governo, quanto alla gestione delle politiche europee; in parallelo, poi, vi è il "dialogo politico" con la Commissione, nelle forme già viste; da ultimo, vi è il controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà, connesso al meccanismo dell'*early warning*. Tali procedure, come in parte già visto, vedono però coinvolti gli stessi organi parlamentari e riguardano spesso gli stessi atti, anche se rimangono tutte le peculiarità dello specifico controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà in relazione alle proposte di atti legislativi UE. Attualmente la legge n. 234 del 2012, nel codificare i diversi canali partecipativi del Parlamento italiano, offre una conferma di tale potenziale

⁵⁵ Il tutto, come in parte già anticipato, in un contesto in cui la stessa composizione della Commissione politiche dell'UE non era autonoma, ma "derivata" dalle altre Commissioni permanenti. Tale assetto, in assenza di apposite riforme del Regolamento, era il frutto di due lettere del Presidente del Senato ai Presidenti delle Commissioni, la prima (relativa al c.d. dialogo politico) del 6 ottobre 2006, la seconda (sul c.d. *early warning*) del 10 dicembre 2009, anche sulla base degli artt. 23, 50 e 144 del regolamento interno. Sul punto, cfr. M. ROMANIELLO, *Le procedure europee presso il Parlamento italiano*, cit. 309 ss.; D. CAPUANO, *European Affairs within the Senate of the Republic*, cit., 126 ss.

⁵⁶ Adottati, rispettivamente, il 6 ottobre 2009 e il 4 luglio 2010, anche in relazione agli artt. 79 e 127 del regolamento interno. Sul punto, cfr. M. ROMANIELLO, *Le procedure europee presso il Parlamento italiano*, cit. 312 ss.; A. ESPOSITO, *European Affairs within the Chamber of deputies*, cit., in particolare 106 ss.

⁵⁷ Sul punto, vedi A. CARBONI, M. MAGALOTTI, *Prime osservazioni sulla riforma organica del regolamento del Senato*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 1/2018, in particolare 30 ss.; nonché M. CECILI, *La modifica del Regolamento del Senato e le nuove procedure per l'invio di un parere motivato all'interno dell'early warning mechanism*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), n. 2/2018).

⁵⁸ Cfr., in proposito, le osservazioni critiche di N. LUPO, *La riforma del (solo) regolamento del Senato alla fine della XVII legislatura*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it) *Rassegna*, n. 1/2018.

⁵⁹ Sul punto, tra gli altri, si veda N. LUPO, *The Scrutiny of the Principle of Subsidiarity in the Procedures and Reasoned Opinions of The Italian Chamber and Senate*, cit., 237 ss.

intreccio, stabilendo che i pareri resi dalle Camere nell'ambito del "dialogo politico" e i pareri motivati relativi al meccanismo di *early warning* debbano essere trasmessi, oltre che alle istituzioni europee, anche al Governo.⁶⁰

5. La cooperazione interparlamentare e le sue sedi: lavori in corso

Quanto alla cooperazione interparlamentare, fortemente rilanciata dal Trattato di Lisbona, non sembra aver assunto finora un ruolo centrale nel processo di integrazione europea, rappresentando un "fenomeno controverso e poco conosciuto".⁶¹ Tra i diversi strumenti che sono andati via via affermandosi (anche in via di prassi), nel corso del processo di integrazione europea, meritano senz'altro una menzione particolare la Conferenza dei Presidenti di Assemblea (*EU Speakers Conference*) e la Conferenza degli organi parlamentari specializzati per gli affari dell'Unione (COSAC).

La *EU Speakers Conference*,⁶² riunitasi la prima volta nel 1963, ha visto la progressiva trasformazione del proprio ruolo soprattutto a partire dagli anni '90 del secolo scorso, fino a divenire un'importante sede di cooperazione "con una vocazione generale per il coordinamento e la supervisione della cooperazione interparlamentare nell'Unione europea",⁶³ ruolo ben rappresentato dall'approvazione, nel 2004, delle Linee guida per la cooperazione interparlamentare in Europa che, insieme agli artt. 10 e 12 TUE e dei già citati Protocolli nn. 1 e 2 allegati al Trattato di Lisbona, rappresentano il quadro giuridico di riferimento delle molteplici forme della cooperazione interparlamentare.⁶⁴

In base a tali Linee guida, in particolare, gli obiettivi degli strumenti di cooperazione sono quelli di favorire lo scambio di informazioni e buone prassi tra i Parlamenti nazionali e con il Parlamento

⁶⁰ Si vedano, in particolare, gli artt. 8, secondo comma, e 9, primo comma, della legge n. 234 del 2012. In base a quest'ultima disposizione, in particolare, "sui progetti di atti legislativi e sugli altri atti trasmessi alle Camere in base al Protocollo n. 1 sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea [...] e in base al Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità [...] le Camere possono far pervenire alle istituzioni dell'Unione europea e contestualmente al Governo ogni documento utile alla definizione delle politiche europee".

⁶¹ Così A. ESPOSITO, *La cooperazione interparlamentare: principi, strumenti e prospettive*, in A. MANZELLA, N. LUPO (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, cit., 133 ss. Sul punto, tra gli altri, cfr. C. FASONE, *La cooperazione interparlamentare nel continente europeo*, in C. DE CARO, N. LUPO (a cura di), *Il "dialogo" tra Parlamenti: obiettivi e risultati*, Roma, 2009, 97 ss.; N. LUPO, C. FASONE (eds.), *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, Oxford, 2016; B. Dias PINHEIRO, *Interparliamentary Cooperation between National Parliaments*, in A. JONSSON CORNELL, M. GOLDONI (eds.), *National and Regional Parliaments in the Eu-Legislative Procedure post-Lisbon*, cit., 87 ss.; E. GRIGLIO, *Procedures vis-à-vis the European Parliament and the Other National Parliaments: Interparliamentary Cooperation*, in N. LUPO, G. PICCIRILLI (eds.), *The Italian Parliament in the European Union*, cit., 195 ss.; P. PICCIACCHIA, *La cooperazione interparlamentare nell'Unione europea*, in R. IBRIDO, N. LUPO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, cit., 295 ss.

⁶² Sulla quale, tra gli altri, si veda C. FASONE, *Ruling the (Dis-)Order of Interparliamentary Cooperation? The EU Speakers' Conference*, in N. LUPO, C. FASONE (eds.), *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, cit., 269 ss. Per il funzionamento della Conferenza, vedi anche il regolamento interno della Conferenza dei Presidenti di Assemblea, adottato nel 2000 e modificato, da ultimo, nel 2010. In base all'art. 3 del regolamento, la Conferenza si riunisce una volta all'anno, sotto la presidenza del Parlamento del Paese che detiene la Presidenza di turno del Consiglio dell'UE.

⁶³ Cfr. P. PICCIACCHIA, *La cooperazione interparlamentare nell'Unione europea*, cit. 307.

⁶⁴ Particolarmente significativi, in questo senso, appaiono gli artt. 9 e 10 del Protocollo 1 e la Parte II delle Linee guida per la cooperazione parlamentare in Europa, così come modificate nel 2008. Come noto, quattro sono gli strumenti principali di cooperazione che vengono richiamati dalla Linee guida: la Conferenza dei Presidenti di Assemblea; la COSAC; le riunioni congiunte su tematiche di interesse comune; le riunioni delle commissioni di settore. Per una dettagliata ricostruzione dei variegati strumenti riconducibili alle ultime due categorie, cfr. A. ESPOSITO, *La cooperazione interparlamentare: principi, strumenti e prospettive*, cit., 147-148; B. DIAS PINHEIRO, *Interparliamentary Cooperation between National Parliaments*, cit. 93-94.

europeo, oltre che garantire l'esercizio effettivo delle competenze parlamentari nelle materie dell'UE, con particolare riferimento al controllo dell'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

Quanto alla COSAC, nata nel 1989 ed "istituzionalizzata" a partire dal Protocollo n. 1 allegato al Trattato di Amsterdam del 1997, trova oggi le sue principali fonti di disciplina nell'art. 10 del Protocollo n. 1 sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea e nel Regolamento interno, adottato nel 1991 e modificato, da ultimo, nel 2011.⁶⁵ Come noto, tra gli obiettivi assegnati alla COSAC vi è quello di promuovere "lo scambio di informazioni e le buone prassi tra i Parlamenti nazionali e il Parlamento europeo, e tra le loro Commissioni specializzate", potendo sottoporre all'attenzione delle istituzioni europee "i contributi che ritiene utili", da considerarsi in ogni caso non vincolanti.⁶⁶ La composizione vede una partecipazione paritaria delle singole delegazioni dei Parlamenti nazionali e di quella del Parlamento europeo: sei membri ciascuna.

Come noto, nonostante il tentativo di individuare in essa il vero fulcro della cooperazione interparlamentare, anche alla luce di una sua valorizzazione quale potenziale "terza Camera", con particolare riferimento al coordinamento delle iniziative dei Parlamenti nazionali in merito al controllo di sussidiarietà e all'attivazione del meccanismo dell'*early warning*, la prassi sembra essere andata in tutt'altra direzione.

A dimostrazione di ciò, basti solo ricordare come la decisione di istituire, nel 2011, la Conferenza sulla politica estera e di sicurezza comune e sulla politica di sicurezza e di difesa comune (Conferenza PESC/PSCD) nonché, nel 2013, l'istituzione della Conferenza interparlamentare sulla stabilità, il coordinamento economico e la governance nell'UE, prevista dal *Fiscal Compact*, sono state prese dalla Conferenza dei Presidenti, senza alcun ruolo determinante della COSAC.⁶⁷ Tale circostanza, a ben vedere, appare ancora più significativa se si pensa che non solo l'art. 10 del Protocollo n. 1 riconosce la possibilità di istituire conferenze "tematiche" in capo proprio alla COSAC, ma che lo stesso art. 13 del Fiscal Compact richiami espressamente tale Protocollo in relazione alla istituzione della relativa Conferenza interparlamentare.⁶⁸

⁶⁵ Sulla COSAC, tra gli altri, D. CAPUANO, C. FASONE, *La Conferenza degli organi specializzati negli affari europei (COSAC). Evoluzioni e prospettive*, Roma, 2010; nonché i diversi contributi ospitati in N. LUPO, C. FASONE (eds.), *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, cit. In ogni caso, già la Dichiarazione n. 14 sulla Conferenza dei Parlamenti, allegata al Trattato di Maastricht del 1992, aveva invitato il Parlamento europeo e le Assemblee rappresentative nazionali a svolgere riunioni comuni, se ritenuto necessario.

⁶⁶ Cfr. l'art. 10 del Protocollo n. 1, il quale specifica che la COSAC "può altresì organizzare conferenze interparlamentari su temi specifici, in particolare per discutere su argomenti che rientrano nella politica estera e di sicurezza comune, compresa la politica di sicurezza e di difesa comune". In base all'art. 2 del Regolamento interno la COSAC si riunisce ogni sei mesi sotto la Presidenza dell'organo specializzato in affari europei del Parlamento del Paese che detiene la Presidenza di turno del Consiglio dell'UE (art. 8).

⁶⁷ Su tali, e più recenti, forme di cooperazione si vedano, tra gli altri, L. FROSINA, *Il contributo dei Parlamenti nazionali al buon funzionamento dell'Unione europea. A proposito di Conferenze interparlamentari ed early warning system*, in *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), n. 1/2016, in particolare 12 ss.; J. WOUTERS, K. RAUBE, *The Interparliamentary Conference on Common Foreign and Security Policy: A Quest for Democratic Accountability in EU Security Governance*, in N. LUPO, C. FASONE (eds.), *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, cit., 227 ss.; R. CASELLA, *L'art. 13 del Fiscal Compact: la Conferenza interparlamentare sulla governance economica europea*, in F. LANCHESTER (a cura di), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, cit., 147 ss.; I. COOPER, *The Interparliamentary Conference on Stability, Economic Coordination and Governance in the European Union (the "Article 13 Conference")*, in N. LUPO, C. FASONE (eds.), *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, cit., 247 ss.; P. PICIACCHIA, *La cooperazione interparlamentare nell'Unione europea*, cit., 311 ss.

⁶⁸ "Come previsto al Titolo II del Protocollo (n. 1) sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea allegato ai Trattati dell'Unione europea, il Parlamento europeo e i Parlamenti nazionali delle parti contraenti definiranno insieme l'organizzazione e la promozione di una conferenza dei rappresentanti delle pertinenti commissioni del Parlamento

In ogni caso, nonostante le astratte potenzialità, non sembra che tali ulteriori sedi di cooperazione abbiano giocato sin qui un ruolo particolarmente significativo, non solo per la ribadita non vincolatività delle loro decisioni, ma anche alla luce della rilevanza, in tali delicati settori, delle dinamiche intergovernative che hanno inevitabilmente spinto i Parlamenti nazionali ad attivare i loro tradizionali poteri di indirizzo e controllo nei confronti dei rispettivi esecutivi.⁶⁹

Anche in questo caso, tuttavia, si sconta una scarsa implementazione delle previsioni dei Regolamenti interni alle due Camere, quasi del tutto privi di riferimenti agli strumenti di cooperazione interparlamentare in ambito UE. Attualmente, infatti, vi è solo un accenno alla possibilità, per le Commissioni permanenti, di “invitare membri del Parlamento europeo a fornire informazioni sugli aspetti attinenti alle attribuzioni e all’attività delle istituzioni dell’Unione europea”, previo consenso del Presidente di Assemblea.⁷⁰ In occasione della riforma del Regolamento del 2017, tuttavia, il Senato ha espressamente riconosciuto, tra le attribuzioni della Commissione politiche dell’UE, anche quella di curare, per quanto di sua competenza, “i rapporti con il Parlamento europeo e con la Conferenza degli organismi specializzati negli affari europei dei Parlamenti nazionali degli Stati dell’Unione”, la COSAC.⁷¹ In assenza di ulteriori previsioni, particolare rilievo assume quindi la prassi seguita dai due rami del Parlamento la quale, tuttavia, non sempre ha evidenziato la medesima lettura degli strumenti di cooperazione interparlamentare, del loro funzionamento e delle loro finalità.⁷² Più dettagliate, invece, appaiono le previsioni contenute nel Regolamento del Parlamento europeo, che sottolineano l’importanza dello scambio informativo reciproco tra Commissioni competenti per materia, oltre che prevedere le specifiche modalità di partecipazione alla COSAC e ad altre eventuali Conferenze.⁷³

Nel complesso, gli strumenti di cooperazione interparlamentare sin qui formalizzati non sembrano quindi aver creato un circuito decisionale “alternativo” a quelli istituzionalmente previsti dai Trattati; tuttavia, ad oggi, non sembrano nemmeno essere riusciti sempre ad attivare quello scambio informativo reciproco finalizzato al “buon funzionamento” dell’Unione che, in base all’art. 12 TUE, dovrebbe rappresentare l’obiettivo principale della partecipazione dei Parlamenti nazionali al processo di integrazione europea.⁷⁴ Motivo per cui il giudizio sulla loro “resa” istituzionale rimane al momento (quantomeno) sospeso.

europeo e dei rappresentanti delle pertinenti commissioni dei Parlamenti nazionali ai fini della discussione delle politiche di bilancio e di altre questioni rientranti nell’ambito di applicazione del presente Trattato”.

⁶⁹ Da ultimo, si sono evidenziate in diverse occasioni anche forti perplessità da parte dello stesso Parlamento europeo nei confronti di una eccessiva valorizzazione di tali Conferenze. Ribadendo l’importanza della collaborazione tra Parlamenti nazionali e Parlamento europeo, infatti, si è anche recentemente sottolineata la netta distinzione dei rispettivi ruoli, dal momento che “i primi dovrebbero esercitare la loro funzione europea sulla base delle Costituzioni nazionali, in particolare esercitando un controllo sui membri dei loro governi nazionali in quanto membri del Consiglio europeo e del Consiglio, livello in cui sono meglio collocati per monitorare il processo legislativo europeo”; mentre il secondo dovrebbe garantire la legittimità e le responsabilità democratiche dell’esecutivo europeo. Proprio per questo motivo è ribadita con forza la contrarietà rispetto alla creazione di “organismi parlamentari congiunti di carattere decisionale per motivi di trasparenza, responsabilità e capacità di agire” (in questo senso, da ultimo, vedi la Risoluzione approvata il 19 aprile 2018, sull’applicazione delle disposizioni del Trattato relative ai Parlamenti nazionali).

⁷⁰ Cfr. l’art. 127-ter del Regolamento della Camera dei deputati, introdotto nel 1999, nonché l’art. 144-*quater* del Regolamento del Senato, risalente al 2003.

⁷¹ Così, espressamente, l’art. 23, primo comma, del Regolamento del Senato.

⁷² Sottolinea diversi episodi significativi in tal senso E. GRIGLIO, *Procedures vis-à-vis the European Parliament and the Other National Parliaments: Interparliamentary Cooperation*, cit., in particolare 209 ss.

⁷³ Si vedano, in particolare, gli artt. 150-152 del Regolamento del Parlamento europeo del 2019.

⁷⁴ Sul punto vedi le considerazioni di P. PICIACCHIA, *La cooperazione interparlamentare nell’Unione europea*, cit., 325, la quale sottolinea la perdurante difficoltà della cooperazione interparlamentare a “costruire autonomamente un canale privilegiato per potere rispondere a quell’erosione della funzione parlamentare determinata dall’appartenenza all’Unione”.

NICOLA LUPO

La forma di governo dell'Unione, dopo le elezioni europee del maggio 2019

SOMMARIO: 1. Premessa: una forma di governo in via di “trasformazione in senso parlamentare”. – 2. La prima applicazione, nel 2014, della convenzione costituzionale degli *Spitzenkandidaten*. – 3. Il fallimento degli *Spitzenkandidaten* dopo le elezioni europee del 2019. – 4. La travagliata approvazione parlamentare della Commissione von der Leyen. – 5. Verso una forma di governo parlamentare, a tendenza consensuale-assembleare?

1. Premessa: una forma di governo in via di “trasformazione in senso parlamentare”

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 239 del 2018, con cui ha respinto le obiezioni sulla conformità alla Costituzione italiana della soglia di sbarramento (pari al 4% dei voti a livello nazionale) per le elezioni del Parlamento europeo¹, ha fatto leva, tra gli altri argomenti, sul “dato della indubbia trasformazione in senso parlamentare della forma di governo dell'Unione europea”². Anche alla luce di questo spunto si intende qui tornare sui caratteri della forma di governo dell'Unione europea, per come desumibili dopo le vicende legate alle elezioni per il Parlamento europeo che hanno avuto luogo il 23-26 maggio 2019 e alla conseguente formazione della nuova Commissione europea, insediatasi il 1° dicembre 2019.

Si prescinde, in questa sede, dalle obiezioni che pure sono state autorevolmente sollevate³ nei confronti dell'uso di una nozione, come quella di “forma di governo”, sorta con riferimento agli ordinamenti statuali, con riguardo a un ordinamento che invece non ha tale natura, né si accinge –

¹ Il tema della conformità delle soglie di sbarramento per le elezioni europee alle diverse Costituzioni degli Stati membri è stato affrontato da più corti costituzionali, con esiti assai variegati: cfr., tra gli altri, G. DELLEDONNE, *Il Bundesverfassungsgericht, il Parlamento europeo e la soglia di sbarramento del 5%: un (altro) ritorno del Sonderweg?*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2012, n. 1; ID., *Elezioni del Parlamento europeo e politicizzazione dell'Unione al vaglio del Bundesverfassungsgericht: una seconda dichiarazione d'illegittimità costituzionale della soglia di sbarramento*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, n. 3, 690 s.; ID., *Corti costituzionali e legislazione elettorale: una comparazione italo tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 4, 1031 s.; B. MICHEL, *Thresholds for the European Parliament Elections in Germany Declared Unconstitutional Twice*, in *European Constitutional Law Review*, 2016, 133 s.; H. SMEKAL, L. VYHNÁNEK, *Equal voting power under scrutiny: Czech Constitutional Court on the 5% threshold in the 2014 European Parliament Elections*, *ivi*, 148 s.; G. PICCIRILLI, *Maintaining a 4% Electoral Threshold for European Elections, in order to clarify access to constitutional justice in electoral matters*, *ivi*, 164 s.; R. RAMBAUD, *Elections européennes: le Conseil constitutionnel valide le seuil de 5 %*, in *Le Blog du droit électoral* (<https://blogdroitelectoral.fr/>), 25 ottobre 2019.

² Così la sentenza n. 239 del 2018 (punto 6.5 del considerato in diritto). Su tale pronuncia cfr., con varietà di posizioni, G. TARLI BARBIERI, *Il sistema elettorale per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia: problemi e prospettive dopo la sent. 239/2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi 2019/I, 20 ss.; M. RUBECCHI, *Le modalità di elezione dei membri del Parlamento europeo, tra normative nazionali e profili eurounionali*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2019, n. 11; G. DELLEDONNE, *'A Goal That Applies to the European Parliament No Differently From How It Applies to National Parliaments': The Italian Constitutional Court Vindicates the 4% Threshold for European Elections*, 2019, n. 2, 376-389; L. DI STEFANO, *La soglia di sbarramento della legge elettorale italiana per il Parlamento europeo all'esame della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2019, n. 3; G. PICCIRILLI, *La clausola di sbarramento per le elezioni europee tra Corte costituzionale e principi comuni a tutti gli Stati membri*, in *Studium Iuris*, 2019, n. 12, 1430 s.

³ Il riferimento è soprattutto a M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, Giuffrè, Milano, 2010, vol. III, 538 s., spec. 540, nota 15, il quale ritiene che “solo per ellissi” questa categoria analitica possa essere usata per le autonomie territoriali o per l'Unione europea (citando in senso opposto P. COSTANZO, *Oscillazioni della “forma di governo” dell'Unione europea nel “Traité simplifié compliqué”*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, 45 s.). Per la discussione di questo profilo, e per ulteriori indicazioni bibliografiche, si veda R. IBRIDO, N. LUPO, *“Forma di governo” e “indirizzo politico”: la loro discussa applicabilità all'Unione europea*, in *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, a cura di R. Ibrido, N. Lupo, il Mulino, Bologna, 2018, 9 s.

almeno nel breve periodo – a mutarla. Salvo ovviamente rilevare sin d’ora, per ritornarci in conclusione, come la peculiare natura dell’Unione europea si rifletta sulle modalità di funzionamento delle sue istituzioni, con la necessità di tenere in considerazione questo elemento nel momento in cui si applicano schemi finora riferiti prevalentemente alla realtà statale⁴. Schemi che peraltro non sono esclusivamente propri dello Stato, ma che trovano applicazione altresì al di fuori di esso: per tutti, basti richiamare l’art. 123 Cost., come riscritto dalla legge costituzionale n. 1 del 1999, laddove demanda agli statuti delle regioni ordinarie la determinazione della “forma di governo regionale”⁵.

D’altronde, l’applicazione del metodo e degli schemi concettuali propri del diritto costituzionale alle dinamiche istituzionali in atto nell’Unione europea mi pare rappresenti – sulla scorta di autorevoli insegnamenti⁶ – un’operazione assolutamente meritoria e in qualche misura necessaria: sia perché solo in tal modo si possono comprendere appieno fenomeni istituzionali che si sono decisamente allontanati dagli schemi propri delle organizzazioni internazionali, e che entrano a pieno titolo nel circuito di determinazione dell’indirizzo politico, incidendo pesantemente anche sulla definizione di quello nazionale; sia in quanto altrimenti il diritto costituzionale rischierebbe di offrire un quadro parziale, se non addirittura falsato, ove si limitasse a considerare le sole dinamiche istituzionali nazionali, senza tener conto della strettissima embricazione riscontrabile tra di esse e quelle europee⁷.

⁴ In questo senso, per tutti, proprio con riferimento all’applicazione degli schemi del parlamentarismo, cfr. P. RIDOLA, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell’Unione europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, 325 s., spec. 332 s.

⁵ Per tutti, cfr. M. OLIVETTI, *Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni. Verso le Costituzioni regionali?*, il Mulino, Bologna, 2002, spec. 194 s.

⁶ In questa chiave, un ruolo – come spesso gli è accaduto, nei diversi settori di cui si è occupato – pionieristico, nell’ambito della dottrina costituzionalistica italiana, è stato svolto da Pasquale COSTANZO. A partire dal Suo testo, scritto assieme a Luca MEZZETTI e Antonio RUGGERI (la prima edizione è del 2006): *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2014. Cfr. anche, in direzione sostanzialmente convergente: M. CARTABIA, J.H.H. Weiler, *L’Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, il Mulino, Bologna, 2000; R. BIN, P. CARETTI, G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell’Unione europea*, il Mulino, Bologna, 2015; N. LUPO, A. MANZELLA, *Il Parlamento europeo. Una introduzione*, Luiss University Press, Roma, 2019. Nonché, sui concetti della scienza costituzionalistica, M. DOGLIANI, *Può la costituzione europea non essere una costituzione in senso moderno?*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 2003, n. 1 (in polemica con quanti sostengono l’inapplicabilità delle categorie del costituzionalismo classico alle vicende europee, ritenendo che per evitare una fuga dalla responsabilità, lo scienziato sia “tenuto” ad utilizzare le categorie della disciplina “non per mettere le braghe al mondo, ma per verificare gli scostamenti e le innovazioni che l’esperienza presenta, e che non potrebbero neppure essere concettualizzate se non si facesse riferimento ad idealtipi presupposti come strumenti di osservazione”). Più specificamente, sui temi qui oggetto di riflessione, P. COSTANZO, *Oscillazioni della “forma di governo” dell’Unione europea nel “Traité simplifié compliqué”*, cit., 45 s. e 58 s. (il quale non esita ad adottare, e con esiti proficui, la nozione di “forma di governo” con riferimento all’Unione europea, pur senza risparmiare un accenno critico all’uso, nel trattato costituzionale, di lemmi tipici del costituzionalismo quali “Costituzione”, “legge”, etc.).

⁷ Cfr., anche per ulteriori indicazioni, N. LUPO, *La forma di governo italiana, quella europea e il loro stretto intreccio nella Costituzione “composita”*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 2019, n. 2, 175 s. Si può osservare, ad esempio, che il cambio di Governo e di maggioranza parlamentare che ha avuto luogo in Italia, nell’agosto 2019, si spiega solo se si ha ben presente la connessione tra la forma di governo italiana e quella dell’Unione europea, visto che – per dirla in estrema sintesi – in definitiva è stata la sconfitta, su scala europea, della Lega e delle altre forze euroscettiche alle elezioni per il Parlamento europeo del maggio 2019 a determinare la crisi del Governo Conte 1. Se invece si avesse presente solo ed esclusivamente la dimensione nazionale, il prodursi della crisi e il suo esito rischierebbero di apparire inspiegabili, a maggior ragione visto che, su scala appunto nazionale, l’affermazione della Lega alle medesime elezioni europee è stata indubbia, sia ove comparata alle precedenti elezioni europee, sia rispetto al risultato delle elezioni italiane del 2018. In altri termini, è stato proprio il corto-circuito tra il sistema politico-istituzionale europeo e quello italiano, evidenziato anche dalla pressoché certa bocciatura di qualsiasi candidato commissario fosse stato proposto dall’Italia, a rendere non più perseguibile, senza un qualche profondo riassetto, l’esperienza del Governo Conte 1.

In chiave generalissima, appunto alla luce degli schemi concettuali propri del diritto costituzionale, chi è consapevole delle lezioni che si possono trarre dalla storia costituzionale italiana non può certo sorprendersi che la forma di governo dell'Unione europea risulti tuttora "in via di definizione".

Tant'è che, legittimamente, con riferimento ad essa – anche guardando alle sue possibili evoluzioni – si sono proposte, in dottrina, nel corso degli anni, pressoché tutte le possibili classificazioni in uso per le forme di governo: parlamentare (o comunque quasi-parlamentare)⁸; semi-presidenziale, secondo il modello francese⁹; presidenziale (o comunque a separazione dei poteri)¹⁰; e persino direttoriale¹¹.

In fondo, la storia costituzionale italiana – e non solo quella¹² – ci dimostra come, vigente lo statuto albertino, la forma di governo sia stata anch'essa per decenni "in via di definizione": a cavallo, com'è noto, tra una carta costituzionale che prevedeva un regime monarchico-costituzionale puro, perciò a separazione dei poteri, e una serie di tendenze e di prassi che spingevano nella direzione di una forma di governo parlamentare – o, secondo la formula maraniniana, "pseudo-parlamentare" – caratterizzata dal necessario rapporto fiduciario tra il Governo e la Camera dei deputati¹³. Dando così origine ad una tensione che probabilmente non si risolse mai del tutto, della quale alla fine restò vittima: proprio su tale ambiguità, come è noto, il fascismo poté fare leva per andare al potere.

Nell'Unione europea, in un quadro istituzionale almeno altrettanto aperto, dalle elezioni per il Parlamento europeo del 2019 ci si aspettava, in particolare, una sorta di "prova del nove" sulla tenuta di quella che non esiterei a definire come un abbozzo di convenzione costituzionale – o, se si vuole, una convenzione convenzionale *in fieri* – sui c.d. *Spitzenkandidaten*¹⁴.

⁸ Per l'accostamento degli assetti istituzionali UE ad una forma di governo "quasi-parlamentare" o "semi-parlamentare", cfr. A. MANZELLA, *L'identità costituzionale dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Milano, 1999, 923 ss., spec. 949; S. HIX, *What's Wrong with the Europe Union and How to Fix It*, Polity, Cambridge, 2008, spec. 155 s.; P. MAGNETTE, *L'Union européenne: un regime semi-parlementaire*, in *A quoi sert le Parlement européen?*, a cura di P. DELWIT, J.M. DE WAELE, P. MAGNETTE, Bruxelles, 1999, 25 ss.; M. FRAU, *La forma di governo dell'Unione nel trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in L. SPADACINI, M. FRAU, *Governare l'Unione europea. Dinamiche e prospettive istituzionali*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2006, 75 s.

⁹ In questo senso, cfr. G. DE VERGOTTINI, *Forma di governo dell'Unione europea*, in *XXI Secolo*, in *Enc. Giur.*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 2009, seppure indicando come i trattati consentano alla prassi di optare per soluzioni variegate. Nonché, più di recente, J.H. REESTMAN, L. BESSELINK, *Editorial. Spitzenkandidaten and the European Union's system of government*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, 609 s., spec. 611.

¹⁰ Cfr., per tutti, S. FABBRINI, *Which European Union?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, spec. 168 s. e 177 s.

¹¹ Cfr. T.E. FROSINI, *La dimensione europea della forma di stato e di governo*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2012, n. 5.

¹² Nel senso che nelle forme di governo di larga parte degli Stati membri tra il XIX secolo e la prima parte del XX secolo abbia avuto luogo un'evoluzione in senso parlamentare, che ha fatto leva più sulla prassi politica che sul testo delle carte costituzionali cfr. J.H. REESTMAN, L. BESSELINK, *Editorial*, cit., 609.

¹³ Basti richiamare i riferimenti di Maranini al regime "pseudo-parlamentare", affermatosi nella vigenza di uno statuto albertino che del governo parlamentare non parlava affatto: G. MARANINI, *Storia del potere in Italia (1848-1967)*, Vallecchi, Firenze, 1967 (II ed. Nuova Guaraldi, Firenze, 1983), spec. 95 s. Sulla genesi delle prassi fiduciarie in epoca statutaria e sulle loro applicazioni cfr. F. ROSSI, *Saggio sul sistema politico dell'Italia liberale. Procedure fiduciarie e sistema dei partiti fra Otto e Novecento*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2001, spec. 23 s.; M. BELLETTI, *Forma di governo parlamentare e scioglimento delle Camere. Dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana*, Cedam, Padova, 2008, spec. 91 s.; R. FERRARI ZUMBINI, *La Torino del 1848-49 come laboratorio costituzionale: la nascita spontanea della fiducia parlamentare*, in *Le carte e la storia*, 2016, n. 2, 75 s.

¹⁴ Lo si era segnalato, appunto, nell'imminenza dell'appuntamento elettorale: N. LUPO, *Elezioni europee 2019: politicamente cruciali, ma con quali effetti istituzionali?*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 1, 172 s.; e *amplius* Id., *The 2019 European Parliament elections: politically crucial, but without clear institutional effects*, in *Perspectives on Federalism* (<http://www.on-federalism.eu>) Vol. 11, n. 1, 2019, 103 s.

Una convenzione costituzionale, quest'ultima, volta a far dipendere la presidenza della Commissione da un confronto tra i risultati elettorali dei "capilista" (o "candidati principali") dei maggiori partiti politici europei. Con un meccanismo che, dopo essere stato da tempo ipotizzato in sede politica e dottrinale, aveva trovato una sua prima applicazione in occasione delle elezioni europee del 2014, in cui il partito popolare europeo aveva ottenuto la maggioranza relativa dei voti, e della successiva formazione della Commissione presieduta da Jean-Claude Juncker, previamente individuato come capolista di tale partito¹⁵.

Ebbene, tale convenzione costituzionale, pur rinnovata, alla vigilia dell'appuntamento elettorale del 2019, dal Parlamento europeo, con l'approvazione di un'apposita risoluzione¹⁶, e da quasi tutte le principali forze politiche in campo, sembra non aver tenuto alla prova del dopo-elezioni, anche a causa di una sua ambiguità, tra una lettura in chiave più maggioritaria (è "eletto" il leader del partito che prende più voti/più seggi) o più consensuale (è "eletto", tra i leader previamente individuati, colui che è in grado di raccogliere la maggioranza assoluta dei seggi). Tant'è che la nuova Presidente della Commissione, Ursula von der Leyen, è risultata essere figura nuova e diversa rispetto agli *Spitzenkandidaten* che erano stati messi in campo.

Ebbene, l'obiettivo di questo contributo consiste nel valutare quale sia stato l'effetto delle elezioni del Parlamento europeo del 2019 e della formazione della Commissione presieduta da Ursula von der Leyen sull'assetto della forma di governo dell'Unione europea, e in particolare, per

In senso non dissimile, pur parlando di una "consuetudine costituzionale, attualmente in *statu nascendi*", C. CURTI GIALDINO, *L'elezione di Jean-Claude Juncker a presidente della Commissione europea: profili giuridico-istituzionali*, in *Le elezioni del Parlamento europeo del 2014*, a cura di B. Caravita, Jovene, Napoli, 2015, 29 s., spec. 71 s.

¹⁵ Sulla genesi degli *Spitzenkandidaten*, cfr. ampiamente J. PRIESTLEY, N. PEÑALVER GARCÍA, *The Making of a European President*, Palgrave MacMillan, London, 2015. Sui suoi primi effetti, con posizioni variegata, S.B. HOBOLT, *A Vote for the President? The Role of Spitzenkandidaten in the 2014 European Parliament Elections*, in *Journal of European Public Policy*, 2014, 1528 s.; S. FABBRINI, *The European Union and the Puzzle of Parliamentary Government*, in *Journal of European Integration*, 2015, n. 5, 571 s.; C. ANTPÖHLER, *Enhancing European Democracy in Times of Crisis? The Proposal to Politicise the Election of the European Commission's President*, in *What Form of Government for the European Union and the Eurozone*, edited by F. Fabbrini, E. Hirsch Ballin, H. Somsen, Hart, Oxford and Portland, 2015, 217 s.; M. GOLDONI, *Politicising EU Lawmaking? The Spitzenkandidaten Experiment as a Cautionary Tale*, in *European Law Journal*, 2016, n. 3, 279 s.; T. CHRISTIANSEN, *After the Spitzenkandidaten: fundamental change in the EU's political system?*, in *West European Politics*, 2016, 992 s.; H. KASSIM, *What's new? A first appraisal of the Juncker Commission*, in *European Political Science*, 2017, 14 s. Nel dibattito italiano cfr. inoltre: M.I. PAPA, *Elezioni europee e nomina del Presidente della Commissione europea: "questa volta è (veramente) diverso"?*, in *Osservatorio costituzionale* (www.osservatorioaic.it), 2014, n. 2; A. MANZELLA, *Prima lettura di un Parlamento (un po' meno) europeo*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 28 maggio 2014; M. CARTABIA, *Elezioni europee 2014: questa volta è diverso*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, n. 3, 715 s.; S. SILEONI, *La nuova procedura di nomina della Commissione europea*, *ivi*, n. 4, 941 s.; B. GUASTAFERRO, *La prima volta del Presidente della Commissione "eletto" dal Parlamento europeo. Riflessioni sui limiti del mimetismo istituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 10 ottobre 2014; A. MANZELLA, *Il parlamentarismo europeo al tempo della globalizzazione*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 25 febbraio 2015, spec. 3 s.; E. RAFFIOTTA, *Gli Spitzenkandidaten e il necessario rafforzamento politico dell'UE*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2019, n. 11; S. ILLARI, *Osservazioni sulla pratica degli Spitzenkandidaten nel contesto della forma di governo dell'Unione europea*, in *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), 2018, n. 3; C. CURTI GIALDINO, *Dopo un difficile compromesso, fumata bianca al Consiglio europeo sui principali posti apicali nell'Unione europea*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2019, n. 13.

¹⁶ Cfr. la risoluzione Gonzales Pons, approvata il 7 febbraio 2018, nella quale, tra l'altro, si evidenziava "che, qualora non aderisse al sistema degli *Spitzenkandidaten*, il Consiglio europeo rischierebbe [...] di sottoporre all'approvazione del Parlamento un candidato alla carica di Presidente della Commissione che non disporrà di una maggioranza parlamentare sufficiente"; e si avvertiva "che il Parlamento europeo sarà pronto a respingere qualsiasi candidato, nella procedura d'investitura del Presidente della Commissione, che non sia stato nominato *Spitzenkandidat* in vista delle elezioni europee".

Si veda altresì la raccomandazione del 14 febbraio 2018 con cui la Commissione europea ha invitato ciascun partito politico europeo a "rendere noto il candidato alla carica di presidente della Commissione che appoggia" e a farlo "con sufficiente anticipo rispetto alle elezioni del Parlamento europeo, e preferibilmente entro la fine del 2018".

usare le parole della Corte costituzionale, sulla sua “trasformazione in senso parlamentare”. La tesi che si intende sostenere è che tale trasformazione non sia stata affatto interrotta o indebolita, come pure si è da più parti ipotizzato, ma abbia anzi subito una accelerazione, seppur a costo di virare – nell’ambito delle tante varianti che i regimi parlamentari conoscono, in Europa ma non solo – verso un modello più lontano dal c.d. “premierato” e, invece, più vicino ad una forma di governo propriamente parlamentare-consensuale, per certi aspetti persino assembleare. Pur con tutti gli adattamenti che – come si è già accennato – derivano dalle caratteristiche proprie dell’Unione europea, e in particolare dal necessario intreccio con le forme di governo di ciascuno degli Stati membri: elemento quest’ultimo che concorre, in modo altrettanto determinante, ad assicurare legittimazione democratica alle istituzioni dell’Unione.

2. La prima applicazione, nel 2014, della convenzione costituzionale degli Spitzenkandidaten

La convenzione costituzionale degli *Spitzenkandidaten* deriva da un’idea astuta, ma in qualche misura artificiosa e ambigua, volta ad aggirare e semplificare alcuni tra i tanti nodi politico-istituzionali che la costruzione europea porta con sé.

Il punto di partenza è che in un’Unione composta da Stati membri così differenti per popolazione, dimensioni, lingue, e con opinioni pubbliche ancora prevalentemente nazionali, appare improponibile ogni ipotesi di vera e propria elezione diretta (tanto quella del Presidente della Commissione europea; quanto quella, secondo altri, del Presidente del Consiglio europeo), posto che essa, anche ma non solo per effetto del carattere multilinguistico dell’Unione, andrebbe inevitabilmente a vantaggio di candidati espressi dagli Stati membri più popolosi. Dal riconoscimento – perlopiù implicito – di questa impossibilità sorge l’idea di arrivare a qualcosa di simile mediante un accordo preventivo tra i principali partiti politici europei: appunto, un abbozzo di convenzione costituzionale¹⁷.

Un accordo che, come si accennava, fu stipulato e poi rispettato nel 2014, anche grazie ad una serie di circostanze favorevoli: il fatto che i popolari fossero chiaramente usciti vincitori dalle elezioni europee del 2014, come il primo partito e il primo gruppo parlamentare; la circostanza che essi avessero individuato come loro candidato principale Jean-Claude Juncker, già a lungo capo di governo di uno Stato membro piccolo e da tempo centrale nelle dinamiche europee, come il Lussemburgo; la possibilità di ripartire la posta in palio in modo abbastanza equo con i socialisti-democratici, il cui candidato principale, Martin Schulz, fu eletto Presidente del Parlamento europeo¹⁸.

Ciò nonostante, quella soluzione ebbe, anche allora, costi non piccoli. Basti pensare che all’interno del Consiglio europeo si registrarono, il 27 giugno 2014, i voti contrari dei capi di governo dell’Ungheria (Viktor Orbán) e del Regno Unito (David Cameron)¹⁹. Detto per inciso, quando si va

¹⁷ Delle convenzioni costituzionali si accoglie qui la definizione di “accordi stretti esplicitamente o meno dalle istituzioni o tra le forze politiche per decidere quali comportamenti tenere nei casi non direttamente regolati dal diritto”: così, da ultimo, sulla scorta della definizione proposta da G. TREVES (*Convenzioni costituzionali*, in *Enc. del dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962, 524 s.), R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, III ed., Giappichelli, Torino, 2019, 268 s.

¹⁸ Sottolineano la maggiore complessità della situazione del 2019, anche considerando il numero maggiore di cariche in palio, T. CHRISTIANSEN, M. SHACKLETON, *Spitzenkandidaten 2.0: from experiment to routine in European elections?*, in *The European Parliament Elections of 2019*, edited by L. De Sio, M.N. FRANKLIN, L. RUSSO, Luiss University Press, Roma, 2019, 43 s.

¹⁹ Per la dura presa di posizione, un paio di settimane prima del Consiglio europeo, del premier del governo inglese cfr. D. CAMERON, *Presidency of the European Commission*, 13 giugno 2014. Se ne veda, *a posteriori*, l’accurato resoconto in D. CAMERON, *For the record*, William Collins, London, 2019, 510-519 (con una serrata critica al meccanismo degli

alle radici della Brexit quest'ultimo è un elemento che si tende spesso a dimenticare, probabilmente a torto: la credibilità di Cameron davanti all'opinione pubblica inglese fu minata non poco, esattamente due anni prima del referendum, a causa del fatto che il Regno Unito non fu nemmeno in grado, alla fine di giugno 2014, di porre un veto sul nome del Presidente della Commissione.

Soprattutto, l'attuazione di quell'abbozzo di convenzione costituzionale fu allora decisamente agevolata dal fatto che Juncker fosse, al tempo stesso, il candidato principale del partito di maggioranza relativa e altresì il leader riconosciuto della coalizione che da tempo tiene le redini del processo decisionale in seno al Parlamento europeo: composta, oltre che dai popolari, dai socialisti-democratici e dai liberali. Non a caso, tra i commissari europei figuravano anche 7 esponenti socialisti-democratici e 4 liberali. In tal modo, anche a causa della autosufficienza numerica, in seno al Parlamento europeo, dell'alleanza tra popolari e socialisti-democratici, fu possibile sovrapporre pressoché perfettamente il *cleavage* istituzionale e il *cleavage* politico²⁰; e lasciare così persistere quell'ambiguità di fondo nella formulazione della convenzione sugli *Spitzenkandidaten*, tra lettura in chiave più maggioritaria e quella in chiave più consensuale, che già si è sottolineata e che ha probabilmente contribuito ad indebolirla nella sua successiva (tentata) applicazione.

3. Il fallimento degli Spitzenkandidaten dopo le elezioni europee del 2019

Ben diverso è stato il quadro cinque anni dopo. Già alla vigilia della campagna elettorale non sono mancati i distinguo, anche da parte di alcuni dei politici che quella convenzione costituzionale avevano contribuito a creare, o che comunque ne erano stati tra i protagonisti. Si pensi, ad esempio, a Guy Verhofstat, già *Spitzenkandidat* per i liberali nel 2014, il quale aveva rilevato come tale convenzione fosse sostanzialmente venuta meno dopo la reiezione della proposta volta a istituire liste transnazionali per assegnare alcuni seggi del Parlamento europeo²¹. O allo stesso Juncker, il quale, alcuni mesi prima delle elezioni, aveva esplicitamente negato il suo supporto alla prospettiva di una Commissione presieduta da Manfred Weber, tenendosi perciò le mani libere sulle possibili opzioni, nell'ambito del partito popolare europeo²².

Certo, quasi tutti i partiti – salvo la destra populista di Lega e Front National, nonché quella del Brexit party di Neil Farage – avevano previamente indicato un proprio capolista²³: appunto, il tedesco Manfred Weber per il PPE; l'olandese Frans Timmermans per i socialisti; la tedesca Ska Keller e l'olandese Bas Eickhout per i verdi (che già nel 2014 avevano proposto una coppia di capilista); il ceco Jan Zahradil per i conservatori; il belga Nico Cuè e la slovena Violeta Tomic per la

Spitzenkandidaten, considerato “a big step towards making” EU institutions “accountable to each other, rather than to their member nations”, e con il rifiuto di riconoscere sia Juncker, sia Schulz come possibili presidenti della Commissione).

²⁰ Cfr. B. GUASTAFERRO, *La prima volta del Presidente della Commissione “eletto” dal Parlamento europeo*, cit., 6 s., la quale rileva come in tal caso “sia nelle dinamiche pre-elettorali che post-elettorali è stato chiaro che il *cleavage* istituzionale (e dunque l'opposizione Parlamento europeo vs. Consiglio europeo) ha prevalso sul *cleavage* politico, che si è stemperato nel momento in cui 5 famiglie politiche su sette, a partire dal Partito socialista europeo che ne era il principale competitor, si sono aggregate intorno al popolare Juncker, che pure aveva raggiunto una semplice maggioranza relativa, affinché potesse essere sostenuto in modo coeso dal Parlamento europeo contro eventuali tentennamenti del Consiglio europeo”.

²¹ D.M. HERSENZHORN, *Guy Verhofstadt stands his ground. As Rutte and Macron work toward new political alliance, the liberal leader targets nationalists*, in *Politico* (www.politico.eu), 15 ottobre 2018. Cfr. anche S. ILLARI, *Osservazioni sulla pratica degli Spitzenkandidaten nel contesto della forma di governo dell'Unione europea*, cit., 21 s.

²² V.H. CROLLY, et aa., *Jean-Claude Juncker: “We shouldn't agree with the populists, but confront them instead”*, in *Welt* (www.welt.de), 30 dicembre 2018. Salvo poi, quasi un anno dopo, alla vigilia dell'insediamento della nuova Commissione, lamentarsi del fatto di essere stato il primo e (almeno per il momento) ultimo *Spitzenkandidat*, visto che il meccanismo rappresentava un piccolo passo verso la democrazia.

²³ Cfr. T. CHRISTIANSEN, M. SHACKLETON, *Spitzenkandidaten 2.0*, cit., 48 s.

sinistra; infine, lo spagnolo (indipendentista catalano) Oriol Junqueras per la European Free Alliance. Ma i liberali, questa volta, avevano indicato ben sette nominativi di *Spitzenkandidaten*, così, all'evidenza, indebolendo non poco il meccanismo (anche visto il peso notevole dei liberali in seno al Consiglio europeo)²⁴.

L'esito delle elezioni del maggio 2019 – in cui, com'è noto, si è registrata una significativa inversione di tendenza nella partecipazione alle urne, che è tornata a superare la metà degli aventi diritto²⁵ – ha ovviamente pesato non poco. Da un lato, il mancato successo delle forze euroscettiche, che avevano lanciato una sorta di OPA per il controllo delle istituzioni europee, le ha emarginate dal processo di formazione della Commissione europea (e, nel caso di quelle più estreme, dallo stesso riparto delle cariche all'interno del Parlamento europeo). Dall'altro, il partito popolare europeo, pur restando primo partito, ha registrato un arretramento (ottenendo 182 seggi su 751), rendendo necessario – per la prima volta dal 1979 – un accordo non solo con i socialisti-democratici, ma anche con almeno una terza forza, tra i liberali e i verdi.

In questo articolato contesto, ha avuto il suo rilievo il fatto che il candidato principale indicato da tale partito, il cristiano-sociale bavarese Manfred Weber, non potesse vantare alcuna esperienza né come premier né come ministro. Per cui si è compreso ben presto che sul suo nome non vi era alcuna maggioranza in seno al Consiglio europeo. Una soluzione sarebbe potuta essere quella di nominare Presidente della Commissione lo *Spitzenkandidat* del partito social-democratico, l'olandese Franz Timmermans, già vicepresidente della Commissione Juncker. Tale nomina sarebbe stata in linea con l'interpretazione più parlamentaristico-consensuale di tale convenzione costituzionale: quella cioè volta ad attribuire la carica di Presidente della Commissione non al candidato principale del partito di maggioranza relativa, bensì al leader della coalizione di maggioranza in seno al Parlamento europeo.

Senonché, i delicati e complessi equilibri geopolitici dell'Unione sono qui venuti in gioco e alcuni Governi, tra cui quelli dei Paesi dell'Europa centro-orientale (per il resto abbastanza emarginati dal processo di riparto delle cariche di vertice dell'Unione), si sono opposti a tale nomina, ricordando che Timmermans, nell'ambito della Commissione Juncker, era stato il titolare delle politiche per il rispetto dello Stato di diritto in Ungheria e in Polonia: un incarico che aveva esercitato con rigore, risultando così sgradito ai governi di tale paesi. A ciò va aggiunto che non pochi dei capi di Stato e di governo, tra cui Emmanuel Macron e Viktor Orbán, volendo scardinare il meccanismo degli *Spitzenkandidaten*, hanno espressamente premuto per una discontinuità rispetto a quanto accaduto nel 2014: discontinuità evidentemente apprezzata anche dal Consiglio europeo come istituzione, nell'ambito del suo connaturato braccio di ferro nei confronti del Parlamento europeo²⁶.

Per superare questa *impasse* è uscita, dopo un defatigante negoziato che ha riguardato anche il riparto delle altre cariche di vertice delle istituzioni europee²⁷, la soluzione di Ursula von der Leyen (cristiano-democratica; tedesca), il cui nome è stato deliberato dal Consiglio europeo, il 2 luglio 2019, a maggioranza qualificata, con la curiosa astensione proprio della Germania (a causa della

²⁴ Con l'idea di fornire una squadra dai cui "pescare" i loro nomi per i vari incarichi di vertice disponibili: la tedesca Nicola Beer, l'italiana Emma Bonino, la slovena Violeta Bulc, l'ungherese Katalin Cseh, lo spagnolo Luis Garicano, il belga Guy Verhofstadt, la danese Margrethe Vestager.

²⁵ Cfr., tra gli altri, L. De SIO, L. RUSSO, M.N. FRANKLIN, *Explaining the outcome. Second-order factors still matter, but with an exceptional turnout increase*, in *The European Parliament Elections of 2019*, cit., 57 s.

²⁶ Su cui cfr. J. MÜLLER GÓMEZ, W. WESSELS, J. WOLTERS, *The European Parliament and the European Council: A Shift in the Balance of Power?*, in *The European Parliament in times of EU crisis. Dynamics and Transformations*, edited by O. Costa, Palgrave, Cham, 2019, 53 s.

²⁷ Per un'accurata ricostruzione cfr. C. CURTI GIALDINO, *Dopo un difficile compromesso, fumata bianca al Consiglio europeo sui principali posti apicali nell'Unione europea*, cit., 7 s.

contrarietà a tale nomina della SPD)²⁸. La votazione sulla c.d. “elezione” della Presidente della Commissione²⁹, svoltasi a scrutinio segreto il 16 luglio 2019, ha avuto esito positivo, con un margine piuttosto esiguo (383 voti favorevoli sui 374 richiesti, pari alla metà più uno dei componenti), grazie ad una coalizione (informale) che ha incluso non solo i popolari, (larga parte de) i socialdemocratici, i liberali di “Renew Europe”, e anche il Movimento 5 stelle, il PiS polacco e il Fidesz ungherese.

Con tale votazione, evidentemente, il nuovo Parlamento europeo ha così smentito la “minaccia” fatta dalla medesima istituzione, nella precedente composizione, con la ricordata risoluzione Gonzales Pons, di non eleggere nessun nome che non fosse compreso tra gli *Spitzenkandidaten*.

4. La travagliata approvazione parlamentare della Commissione von der Leyen

Nella fase immediatamente successiva, la neo-presidente della Commissione ha lavorato, assieme ai singoli Governi degli Stati membri, alla composizione della sua “squadra”³⁰.

La proposta della nomina dei commissari spetta infatti, ai sensi dell’art. 17 TUE, a ciascuno degli Stati membri, ma poi deve essere fatta propria dal Consiglio, di comune accordo con il presidente neo-eletto della Commissione.

Per poi essere trasmessa al Parlamento europeo che – sulla base di quella che pure è qualificata come una convenzione costituzionale, stavolta affermatasi, a partire dal 1995, nei suoi elementi sia oggettivo (la *repetitio*) sia soggettivo (la *opinio iuris ac necessitatis*)³¹, e che oggi è codificata in un apposito allegato al regolamento del Parlamento europeo³² – avvia una procedura notevolmente complessa.

²⁸ La contrarietà della SPD alla nomina della von der Leyen a Presidente della Commissione è ancora più sorprendente se solo si pensa al fatto che tale forza è a pieno titolo partner della coalizione che supporta il governo della quale la stessa von der Leyen era ministro della difesa, al momento della nomina. A ennesima riprova del difficile intreccio tra le forme di governo dell’Unione e dei suoi Stati membri.

²⁹ Come si è già altrove osservato (N. LUPO, A. MANZELLA, *Il Parlamento europeo*, cit., 154), l’espressione “eletto” impiegata dall’art. 17, par. 7, TUE è da ritenersi espressione enfatica e tecnicamente impropria: si tratta, infatti, di un potere di approvazione, non consistendo nella scelta di un nominativo tra molti, ma nell’esprimere un sì o un no alla “proposta” del Consiglio europeo, formulata “tenuto conto delle elezioni del Parlamento e dopo avere effettuato le consultazioni appropriate”. Invero, tale improprietà è presente anche nella Legge fondamentale tedesca (art. 63), a cui la formulazione adottata nel trattato è chiaramente ispirata, anche nell’ipotesi alternativa (per ora mai verificatasi in nessuno dei due ordinamenti), di cui all’art. 17, par. 7, primo capoverso, terzo periodo: “se il candidato non ottiene la maggioranza, il Consiglio europeo, deliberando a maggioranza qualificata, propone entro un mese un nuovo candidato, che è eletto dal Parlamento europeo secondo la stessa procedura”.

³⁰ Sulle novità dell’articolazione della Commissione von der Leyen, specie quanto alla parità di genere, al ruolo dei vicepresidenti (tra cui alcuni “esecutivi”, ossia anche a capo di una direzione generale) e alla presenza maggioritaria di commissari socialisti-democratici, cfr. G. LUCHETTA, *Bando allo “spin”, ecco i veri equilibri di potere e il ruolo dell’Italia nella nuova Commissione Ue*, in *Luiss Open* (www.open.luiss.it) 13 settembre 2019; e F. FURLAN, *La formazione della Commissione Von der Leyen, tra tradizione e innovazione*, in corso di pubblicazione in *Quaderni costituzionali*, 2020, n. 1. Una polemica si è registrata anche sulla denominazione dei portafogli di alcuni commissari, e in particolare di quello “per la promozione dello stile di vita europeo”.

³¹ In questo senso, ad esempio, J.H. REESTMAN, L. BESSELINK, *Editorial*, cit., 613, qualificandola come una “convention of the constitution”, e parlando di “unwritten constitutional rule”, integrativa dell’art. 17, par. 7, terzo capoverso, e dell’art. 17, par. 8, TUE, per cui ogni azione contraria alla regola della previa approvazione dei commissari da parte della competente commissione parlamentare sarebbe giudicata come incostituzionale. Sui caratteri di tale convenzione cfr. R. CORBETT, F. JACOBS, D. NEVILLE, *The European Parliament*, 9th ed., Harper, London, 2016, 340 s. Sul suo inserimento nell’allargamento delle funzioni del Parlamento europeo cfr. A. HÉRITIER, K.L. MEISSNER, C. MOURY, M.G. SCHOELLER, *European Parliament Ascendant. Parliamentary Strategies of Self-Empowerment in the EU*, Palgrave, Cham, 2019, 61 s.

³² Il riferimento è all’allegato VII, richiamato dall’art. 125 del regolamento del Parlamento europeo (disponibile su: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RULES-9-2019-07-02-ANN-07_IT.html).

Tale procedura si articola tra l'altro in: a) un esame delle dichiarazioni sugli interessi finanziari dei commissari svolto dalla Commissione affari giuridici; b) una serie di audizioni (dalla durata di 3 ore ciascuna, di cui non più di 15 minuti dedicati all'introduzione del commissario designato) presso le commissioni di merito, precedute da un questionario scritto, al quale il commissario è chiamato a rispondere egualmente per iscritto; c) una valutazione di ciascun commissario, che è affidata ad un collegio composto dal presidente della commissione permanente e dai coordinatori dei gruppi, per cui solo nel caso in cui financo a seguito di una seconda audizione (stavolta di un'ora e mezza) i coordinatori che approvano il commissario designato continuano a non rappresentare almeno due terzi dei membri della commissione si svolge una vera e propria votazione in commissione; d) infine, in ogni caso, una valutazione del commissario designato, che viene espressa e comunicata con una lettera del presidente della commissione. Tutto ciò, appunto, prima di dare luogo all'approvazione collegiale della nuova Commissione da parte del Parlamento europeo e alla conseguente nomina da parte del Consiglio europeo.

Nel caso della Commissione von der Leyen, come del resto già in altre occasioni, il percorso parlamentare è stato tutt'altro che liscio³³. Due commissari proposti, quello ungherese Laszlo Trocsanyi e quella rumena Rovana Plumb, hanno ricevuto una valutazione contraria, motivata sulla base di conflitti di interesse evidenziati dalla Commissione affari giuridici, prima ancora di procedere alla loro audizione presso la commissione di merito.

Ma la vicenda politicamente più rilevante è stata senz'altro la bocciatura, da parte delle Commissioni riunite industria e mercato interno del Parlamento europeo, dell'autorevole nome della francese Sylvie Goulard, designata quale commissario per la difesa, l'industria e lo spazio, la quale ha ricevuto i voti contrari di quasi tutti i gruppi salvo i popolari e i liberali. La vicenda, al di là delle motivazioni invocate per la reiezione di tale nome (legate ad un paio di indagini che la avevano interessata durante il suo mandato di parlamentare europea e che già avevano comportato le sue dimissioni da ministro della difesa nel primo governo Philippe, nel 2017) è stata diffusamente letta come una delle reazioni del Parlamento europeo nei confronti di Macron, reo di aver fatto saltare la convenzione sugli *Spitzenkandidaten*, oltre che di aver ottenuto molto, ad avviso di alcuni troppo, a vantaggio della Francia, nel riparto delle varie cariche di vertice³⁴. Tuttavia, come si è accennato, non è stata certo la prima volta che il Parlamento europeo, nell'ambito dell'articolata procedura di formazione della Commissione europea, ha bocciato il nome di un commissario proposto³⁵; e va altresì considerato che anche altri elementi hanno probabilmente giocato, tra i quali alcuni "mal di pancia" tra gli europarlamentari tedeschi, tanto popolari quanto socialdemocratici.

Tutto ciò, visto che la Commissione europea può essere nominata, ed insediarsi, solo dopo aver ottenuto l'approvazione del Parlamento³⁶, ha comportato lo slittamento – di un mese –

³³ Parla di percorso "accidentato" F. FURLAN, *La formazione della Commissione Von der Leyen, tra tradizione e innovazione*, cit.

³⁴ Nel senso che in tal modo il Parlamento europeo avrebbe violato la rule of law, con pericolose ripercussioni sul suo prestigio presso i cittadini, cfr. soprattutto l'appello, sottoscritto da I. Pernice e altri illustri studiosi, *Fairness, Trust and the Rule of Law*, in *Verfassungsblog* (<http://www.verfassungsblog.de/>), 21 ottobre 2019. In senso opposto, ritenendo cioè che sia nelle prerogative del Parlamento europeo rigettare un commissario designato cfr., con diversi argomenti, E. CANNIZZARO, *The European Parliament at the first crusade*, in *European Papers* (www.europeanpapers.eu) 2019, n. 2, 423 s., e A. CRESPI, *The Goulard case: a rap on the knuckles for Emmanuel Macron*, in *Social Europe* (www.socialeurope.eu) 17 ottobre 2019.

³⁵ A partire da Rocco Buttiglione, nel 2000: cfr., tra gli altri, L.S. ROSSI, *Il Parlamento europeo e il "caso Buttiglione"*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, n. 1, 167 s. e L. SPADACINI, *Il rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo nella prassi. Il "caso Buttiglione"*, in L. SPADACINI, M. FRAU, *Governare l'Unione europea*, cit., 11 s.

³⁶ Cfr. l'art. 17, par. 7, terzo capoverso, ultimo periodo, TUE. Quasi inutile segnalare che invece in Italia, ad esempio, il giuramento e l'insediamento del Governo precedono il voto di fiducia, che deve avvenire, ai sensi dell'art. 94, comma 3, Cost. "entro dieci giorni dalla sua formazione".

dell'insediamento della nuova Commissione (con una corrispondente proroga di quella precedente): il voto di approvazione della Commissione nel suo complesso si è svolto il 27 novembre 2019, a scrutinio palese, per appello nominale, con un numero di voti favorevoli (461) assai superiore alla votazione precedente. E a tale voto ha fatto presto seguito l'attivazione del processo volto a istituire una Conferenza sul futuro dell'Europa, incaricata tra l'altro di affrontare anche "gli aspetti democratici e istituzionali dell'UE": inclusi, perciò, per quel che si può immaginare, la questione delle liste transnazionali nell'elezione del Parlamento europeo e il destino degli *Spitzenkandidaten*³⁷.

5. Verso una forma di governo parlamentare, a tendenza consensuale-assembleare?

L'instaurarsi della convenzione costituzionale sugli *Spitzenkandidaten* era visto come uno strumento volto a conseguire (almeno) tre obiettivi: a) una nuova fase nella "democratizzazione" dell'Unione europea; b) un rafforzamento e una maggiore politicizzazione della Commissione europea; c) una ulteriore spinta a favore dell'evoluzione in senso parlamentare della forma di governo dell'Unione europea.

Quanto il fallimento – o, comunque, la battuta di arresto registratasi nel consolidamento – di questa convenzione abbia inciso sui primi due obiettivi è difficile a dirsi, almeno per il momento, ed è problematica che esula comunque dai confini di questo studio. Più modestamente, qualche considerazione può farsi riguardo al terzo obiettivo.

Un'analisi superficiale potrebbe infatti portare a concludere nel senso che la mancata realizzazione del meccanismo volto ad assicurare una legittimazione diretta al Presidente della Commissione abbia frenato l'evoluzione verso una forma di governo parlamentare³⁸; e abbia correlativamente condotto a privilegiare la lettura della forma di governo dell'Unione europea in termini di separazione dei poteri, a vantaggio perciò del ruolo del Consiglio europeo e della dimensione intergovernativa dell'Unione.

Portando perciò, in prospettiva, a perseguire un'opzione da tempo indicata, consistente nello sganciare la Commissione dal Parlamento europeo, agganciandola invece quale amministrazione al servizio del Consiglio europeo, il cui Presidente, *de iure condendo*, dovrebbe essere in qualche modo legittimato direttamente a livello europeo³⁹.

Invero, anche alla luce della ricostruzione che si è fin qui proposta, il quadro è piuttosto diverso. Con il mancato radicamento della convenzione costituzionale sugli *Spitzenkandidaten*, la trasformazione in senso parlamentare della forma di governo dell'Unione europea non sembra essersi affatto interrotta, ma pare anzi aver subito una ulteriore accelerazione e, al tempo stesso, essere stata oggetto di un assestamento: virando cioè – nell'ambito delle tante varianti che i regimi parlamentari conoscono, in Europa ma non solo – verso un modello più lontano dal c.d. "premierato"⁴⁰ e, invece, più vicino ad una forma di governo propriamente parlamentare, per certi aspetti persino con qualche venatura assembleare.

³⁷ Si veda la risoluzione approvata dal Parlamento europeo il 15 gennaio 2020 sulla posizione del Parlamento europeo in merito alla conferenza sul futuro dell'Europa (P9_TA-PROV(2020)0010).

³⁸ Così G.E. VIGEVANI, *Dalle elezioni europee alla scelta del presidente della Commissione: brevissime note sull'evoluzione della forma di governo europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 4, 917 s.

³⁹ È questa, in particolare, l'opzione da tempo indicata, seppure con formulazioni diverse, da S. FABBRINI (*Sdoppiamento. Una prospettiva nuova per l'Europa*, Laterza, Roma-Bari, 2017, spec. 155 s.), da ultimo immaginando un meccanismo di ballottaggio tra due candidati per la carica di Presidente del Consiglio europeo (ribattezzato "Presidenza europea"), affidato a grandi elettori raccolti in collegi elettorali nazionali, ciascuno pari al numero dei parlamentari europei eletti in ciascuno Stato membro.

⁴⁰ Nel senso di auspicare, invece, un'evoluzione di questo tipo cfr. M. DAWSON, *Should the EU Think Twice Before Dumping its Spitzenkandidaten?*, in *Verfassungsblog* (<http://www.verfassungsblog.de/>), 30 maggio 2019.

Non va infatti dimenticato che nelle forme di governo parlamentari – le quali come è noto caratterizzavano i sei Stati fondatori, e sono tuttora largamente dominanti tra i 27 Stati membri⁴¹ – esistono molte varianti quanto all'assetto dei rapporti tra Parlamento e Governo. In tutti gli Stati membri, con la sola eccezione di Cipro, è necessaria la sussistenza di un rapporto fiduciario tra Governo e (almeno un ramo del) Parlamento, ma per il resto il grado di razionalizzazione della forma di governo varia assai, passandosi da sistemi propriamente semi-presidenziali a semi-presidenzialismi assai più incerti; da modelli maggioritari a modelli consensuali; e da forme di governo parlamentari “a cancellierato” ad altre in cui il capo del governo è poco più di un *primus inter pares*⁴².

La Commissione von der Leyen, infatti, è apparsa forse più di altre strettamente dipendente dagli equilibri che si registrano in seno al Parlamento europeo: essa dovrà cercarsi di volta in volta i voti necessari sulle singole proposte, tra i parlamentari. Certo, questi equilibri parlamentari hanno caratteristiche loro proprie, risentendo profondamente – non molto diversamente, peraltro, da ciò che accade nelle esperienze federali – non solo dell'orientamento politico, ma anche della provenienza dai diversi Stati membri. In questa chiave, avrebbe certamente giovato al buon funzionamento dei rapporti tra Parlamento europeo e Commissione l'assegnazione di una quota dei seggi lasciati liberi dalla Brexit mediante liste transnazionali: un'opportunità che invece – come è noto – non è stata colta⁴³, ma che potrebbe presto riaffacciarsi, e che consentirebbe di avere una quota di parlamentari europei chiamati istituzionalmente a farsi carico, in modo simile a quel che accade per la Commissione, dell'interesse generale dell'Unione.

D'altro canto, è innegabile che il Consiglio europeo, nel processo di nomina dei vertici delle istituzioni europee, abbia riaffermato il suo ruolo, seppure a costo di lunghi e defatiganti negoziati. Tuttavia, sarebbe davvero difficile sostenere che dalle elezioni europee fossero derivate indicazioni univoche per designare Tizio o Caio al vertice delle varie istituzioni europee. Come nelle forme di governo parlamentari, specie laddove sono in vigore sistemi elettorali di tipo proporzionale, gli elettori si limitano, in sostanza, a distribuire le carte e le decisioni sono poi assunte dai loro rappresentanti. Qui costituiti non solo dai parlamentari europei, ma anche dai governi di ciascuno Stato membro, riuniti nel Consiglio europeo per le decisioni strategiche e nel Consiglio per le decisioni legislative.

Dalle vicende appena ripercorse sembra derivare dunque, in definitiva, una riaffermazione della “indubbia trasformazione in senso parlamentare della forma di governo dell'Unione europea”, giustamente rilevata dalla Corte costituzionale italiana. Con un'avvertenza finale, peraltro ovvia, ma che era stata spesso ignorata nella semplificatoria narrativa volta ad ottenere “un Presidente direttamente legittimato dagli elettori europei”. Ossia che nella complessa democrazia dell'Unione

⁴¹ Cfr. R. IBRIDO, *L'evoluzione della forma di governo parlamentare alla luce dell'esperienza costituzionale dei sei Stati fondatori*, in *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, cit., 57 s.; F. CLEMENTI, *La V Repubblica francese e il ciclo di razionalizzazioni degli anni Settanta*, ivi, 85 s.; M. OLIVETTI, *Il regime parlamentare nell'Europa centro-orientale dopo il 1989*, ivi, 113 s.

⁴² Appare perciò un po' forzato sostenere, come fanno J.H. REESTMAN, L. BESSELINK, *Editorial*, cit., 611, per cui “in parliamentary systems, parliamentary elections not only determine the composition of parliament, but also of the government, In for instance Austria, Bulgaria, Germany, Italy, Spain, the Netherlands and the United Kingdom, and probably in most member states, parliamentary elections also decide who becomes prime minister – though not always in an equally straightforward manner, of course”. Basta invero riferirsi ai governi italiani formati nelle ultime due legislature per mettere in dubbio tale affermazione.

⁴³ Cfr. la Risoluzione approvata dal Parlamento europeo il 7 febbraio 2018, con cui si è esclusa l'ipotesi della costituzione di una “circoscrizione transnazionale”, dai confini coincidenti con quelli dell'Unione, nella quale mettere in palio almeno alcuni dei 73 seggi destinati a liberarsi a seguito della Brexit: cfr. L. DI STEFANO, *L'integrazione politica europea che (ancora) non c'è: alcune considerazioni sulla proposta di realizzare liste transnazionali per l'elezione del Parlamento europeo all'indomani della Brexit*, in *Osservatorio costituzionale (www.osservatorioaic.it)*, 2018, n. 2.

europea, accanto a quello incentrato sulle elezioni europee, esiste un altro e parallelo canale rappresentativo, che fa leva sulle forme di governo degli Stati membri, e che si manifesta nel Consiglio, nelle sue varie formazioni, e nel Consiglio europeo: un canale che deriva la sua legittimazione democratica, come ci ricorda l'art. 10 TUE, dai parlamenti e dai cittadini di ciascuno Stato membro.

Ecco perché, in fondo, la forma di governo dell'Unione, pur muovendosi complessivamente nel novero delle forme di governo di tipo parlamentare, mantiene una sua forte atipicità e appare forse meglio qualificabile come un "sistema parlamentare euro-nazionale": un sistema in cui vengono in rilievo non solo il rapporto simil-fiduciario tra la Commissione europea e il Parlamento europeo, ma anche i rapporti tra ciascun Governo e il "suo" Parlamento nazionale, sui quali si fonda la legittimazione democratica del Consiglio europeo e del Consiglio, istituzioni queste ultime che pure giocano un ruolo tutt'altro che trascurabile nei complessi equilibri democratici in seno all'Unione europea⁴⁴. In questo quadro, una progressiva emersione delle diverse letture dell'interesse europeo e un pubblico confronto tra di esse, nell'ambito delle elezioni del Parlamento europeo, che sarebbero senz'altro agevolati dalla valorizzazione delle liste transnazionali, aiuterebbero a delineare con maggior chiarezza un indirizzo politico europeo: con tale indirizzo politico tutte le istituzioni coinvolte dovrebbero in qualche modo fare i conti, allontanando perciò dallo scenario della forma di governo europea ogni deriva assemblearistica.

⁴⁴ Oltre, ovviamente, ai rapporti che intercorrono tra i parlamenti dei diversi livelli territoriali e a quelli, in crescita regolare, tra le istituzioni europee e i parlamenti degli Stati membri. Cfr. N. LUPO, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella Costituzione "composita" nell'UE: le diverse letture possibili*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2014, n. 3; A. Manzella, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali come sistema*, ivi, 2015, n. 3; C. FASONE, N. LUPO, *Conclusion. Interparliamentary Cooperation in the Framework of a Euro-national Parliamentary System*, in *Interparliamentary Cooperation in a Composite European Constitution*, edited by N. Lupo, C. Fasone, Hart, Oxford, 2016, 345 s.; N. LUPO, G. PICCIRILLI, *Introduction: the Italian Parliament and the New Role of National Parliaments in the European Union*, in *The Italian Parliament in the European Union*, edited by N. Lupo, G. Piccirilli, Hart, Oxford, 2017, 1 s.; N. LUPO, A. MANZELLA, *Il Parlamento europeo*, cit., 125 s.

Alcune osservazioni sui diritti fondamentali europei e sul “*multilevel constitutionalism*”

1. Con i “nuovi” trattati eurounitari (TUE e TFUE, sottoscritti a Lisbona il 13 dicembre 2007), come è diffusamente sottolineato, nel processo di integrazione europea si è pervenuti al pieno riconoscimento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione (d’ora in poi CDFUE) del medesimo valore giuridico dei trattati europei, in tal modo riconoscendosi pienamente la tutela eurounitaria dei diritti, delle libertà e dei principi in essa sanciti, la cui garanzia può ora fondarsi su basi ben più congrue rispetto a quanto non consentisse la (incerta) nozione giurisprudenziale delle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell’Unione»¹. Una positivizzazione normativa – quest’ultima – che si aggiunge ad una (ormai risalente e) stabile giurisprudenza comunitaria per la quale, già a partire dalla sentenza *Van Gend & Loos* (Causa 26-62)², i diritti soggettivi dei cittadini degli Stati membri dell’UE sussistono – e come tali sono tutelabili innanzi al giudice nazionale e a quello comunitario – «non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menzioni, ma anche *come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle Istituzioni comunitarie*».

Dopo i ripensamenti prodotti dagli esiti referendari negativi sulla bozza di “Trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa”, la CDFUE si pone ora come un vero e proprio *Bill of rights* del diritto dell’Unione destinato a (far) ripensare e rafforzare lo stesso sviluppo futuro del processo di integrazione europeo. Tale percorso, tuttavia, nella fase attuale risulta condizionato in modo significativo per l’impatto fortemente negativo prodotto dalla crisi economica e fiscale degli Stati europei nonché per le presenti incertezze politiche nello sviluppare un compiuto progetto istituzionale per l’Europa (inclusivo di una *governance* istituzionale idonea a superare i limiti presenti della natura intergovernativa dell’indirizzo politico delle istituzioni europee)³.

Con i nuovi trattati e al loro interno con le previsioni sulla CDFUE, pertanto, si determina una

¹ Nell’ampia bibliografia, cfr. almeno G. ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Laterza, Roma-Bari, 2005; S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005; M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007; ID. (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2011; V. ONIDA, *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona* e T. GROPPI, *I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza “multilivello”*, (ambidue) in E. PACIOTTI (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa*, Viella, Roma, 2011; C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, in www.gruppodipisa.it; S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione europea. Una prospettiva costituzionale-comparatistica*, Giuffrè, Milano, 2009.

² Sent. 5 febbraio 1963, causa C-26/62, in *Racc.*, 1963, 3.

³ Oltre alla bibliografia richiamata *infra* nella nota 11, sul punto, cfr. almeno L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell’Unione europea. Un’analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino, 2013; M. FRAGOLA (a cura di), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell’uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; E. Malfatti, (con la collaborazione di T. GIOVANNETTI-N. PIGNATELLI), *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2013; F. BALAGUER CALLEJÓN, *Il Trattato di Lisbona sul lettino dell’analista. Riflessioni su statualità e dimensione costituzionale dell’Unione europea*, in A. LUCARELLI-A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009; N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006; T. GIOVANNETTI, *L’Europa dei diritti. La funzione giurisdizionale nell’integrazione comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2009; V. SCARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Cedam, Padova, 2008; G. MARTINICO, *L’integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Jovene, Napoli, 2009; O. POLLICINO-V. SCARABBA, *La Corte di Giustizia dell’Unione europea e la Corte europea dei diritti dell’uomo quali Corti costituzionali*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, T. II, Cedam, Padova, 2011; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2012.

positiva discontinuità nel processo di integrazione europea, avviandosi un processo costituente materiale che (nel tempo che si renderà politicamente necessario) potrà (forse) concludersi – se non proprio surrogando (le necessarie esigenze imposte da) un formale processo costituente europeo – con l’affermazione di un (meno incompiuto) costituzionalismo europeo, quando (e se) i popoli europei si determineranno in tal senso e se le istituzioni rappresentative e di governo europee adotteranno i necessari impulsi al suo sviluppo⁴.

Tale processo si fonda anche sugli effetti (legittimanti il processo di integrazione) prodotti – unitamente al riconoscimento della cittadinanza europea ai cittadini degli Stati membri dell’Unione – dall’applicazione dei diritti fondamentali accolti nella CDFUE, e identificati mediante una loro aggregazione intorno a sei valori fondamentali (dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza e giustizia), in corrispondenza – se non proprio ai cataloghi (ben più evoluti, in ragione delle situazioni giuridiche ivi previste, a loro volta garantite dalla peculiare forza di resistenza alle stesse leggi di revisione costituzionali e nelle forme di garanzia assicurate dalla giurisdizione costituzionale) – dei diritti fondamentali garantiti nelle Costituzioni nazionali, alle “tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell’UE”⁵. Il prof. Pizzorusso ne aveva magistralmente parlato in termini di «patrimonio costituzionale europeo»⁶, mentre altri studiosi nei termini di un diritto costituzionale comune europeo (*statu nascenti*).

Naturalmente una simile valutazione appare fortemente ottimistica nella misura in cui le politiche economiche (indiscutibilmente liberistiche) fin qui seguite nella *governance* europea per contrastare la crisi economica e finanziaria (osservabile almeno a partire dal 2008) saranno positivamente superate da un nuovo indirizzo politico determinato dall’apporto delle forze politiche espresse nelle più recenti elezioni (invero in misura ben più contenuta rispetto a talune previsioni allarmanti in materia) ma anche in ragione dell’affermazione di un diffuso sentimento di “euroscetticismo”, verso la fine degli anni ’80, che aveva già consentito a sensibile dottrina di parlare di «frigidità sociale» delle istituzioni comunitarie.

Quanto ai contenuti di tale incorporazione nei “nuovi” trattati, all’art. 6, si prevede che l’Unione europea riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella CDFUE. Gli stessi sono interpretati in conformità alle clausole orizzontali accolte nelle disposizioni generali del titolo VII della stessa e tenendo in conto le Spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l’interpretazione della Carta.

Per rispondere ad una preoccupazione ricorrente degli Stati membri, sia l’art. 6.1 TUE seconda frase), sia l’art. 51.2 CDFUE sanciscono che la stessa non estende l’ambito di applicazione del diritto dell’Unione al di là delle competenze dell’Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l’Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati. Si ribadisce, in tal modo, che, in assenza di una espressa competenza dell’Unione in materia di diritti, di libertà e di principi (al di là di quanto previsto nell’art. 52.2 CDFUE ed oltre a tutte le specifiche situazioni giuridiche garantite nella loro natura di «*contropartita dei precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle Istituzioni comunitarie*» – sentenza *van Gend & Loos* nel 1962 –, il relativo ambito di applicazione rimane quello stabilito nel suo art. 51 e nelle puntuali disposizioni di disciplina di

⁴ Sul punto cfr. anche S. GAMBINO, *La (reciente) evolución del ordenamiento comunitario como proceso materialiter constituyente: un análisis tras las categorías clásicas del derecho público europeo y de la experiencia concreta*, in AA.VV., *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006, 261.

⁵ Nell’ampia bibliografia, cfr. anche i nostri *Diritti fondamentali, Costituzioni nazionali e trattati comunitari*, in S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2006; *Derechos sociales, Carta de derechos fundamentales e integración europea*, in *Rev. der. const. eur.*, 9/2008; *Multilevel Constitutionalism e diritti fondamentali*, in *DPCE*, III-2008.

⁶ A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002.

diritti previsti nell'ambito dei trattati, che si esercitano alle condizioni e con i limiti dagli stessi definiti ai sensi dell'art. 52.2 della stessa⁷, e il livello di protezione quello accolto secondo lo *standard* più elevato garantito (comunque «nel rispettivo ambito di applicazione») dalle disposizioni dell'art. 53 CDFUE, che a loro volta s'ispirano all'art. 53 CEDU fino a riprenderne in modo pressoché integrale il testo.

Nel sanzionare «il carattere sussidiario del livello di protezione assicurato dalla stessa rispetto al livello, eventualmente più elevato, garantito dal diritto nazionale o comunque da altro diritto applicabile negli Stati contraenti ... (che) avrebbe aperto una breccia al principio del primato del diritto dell'Unione, poiché almeno il livello di protezione più elevato assicurato dalle costituzioni nazionali dovrebbe essere sempre salvaguardato»⁸, l'art. 53 CDFUE ha fatto sollevare importanti (e convincenti) interrogativi sulla portata del primato generalizzato del diritto dell'Unione sul diritto (e i diritti) nazionale/i e le relative garanzie costituzionali. È appunto la questione posta (in particolare, ma non solo) dalla sentenza *Melloni*, per come si osserverà anche in seguito.

Cosicché, nell'ottica di un *multilevel constitutionalism* (disciplinato e garantito nell'art. 53 CDFUE), nulla sembrerebbe innovato circa il primato e l'inviolabilità-inderogabilità delle garanzie accordate ai diritti fondamentali previsti nella Carta costituzionale, se e nella misura in cui tali garanzie costituiscono lo *standard* più elevato *pro individuo* fra le (molteplici e variegate) previsioni di protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciute, nel rispettivo ambito di applicazione, dall'insieme delle Carte (e delle relative Corti), che costituiscono parametro giustiziabile delle relative garanzie.

La più recente giurisprudenza della CGUE, tuttavia, sembrerebbe voler proporre letture più articolate, ma anche maggiormente problematiche, con riguardo sia agli ambiti di applicazione dell'art. 51 CDFUE sia e soprattutto con riguardo all'interpretazione dei livelli di protezione più elevati alla luce dell'art. 53 Carta.

Quanto all'estensione dell'ambito materiale dei diritti fondamentali, pur nella (sottolineata esigenza di) salvaguardia della immodificabilità delle competenze dell'Unione definite nei trattati, i «nuovi» Trattati (all'art. 6.2-3 TUE), inoltre, statuiscono l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU), sancendo, al contempo, che i diritti fondamentali garantiti dalla stessa e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto primario dell'Unione in quanto principi generali (che sono da rispettarsi e da promuoversi, nello spirito dell'art. 51.1 CDFUE)⁹.

Unitamente al patrimonio costituzionale europeo ricostruito in via prevalentemente giurisprudenziale nel primo ventennio di vita delle istituzioni comunitarie (a partire dalla nota triade di sentenze, la *Stauder*, la *Internationale* e la *Nold*) e in seguito anche attraverso atti normativi del Parlamento europeo, tali previsioni concorrono a definire un *acquis communautaire* al cui consolidamento l'Unione assegna (art. 67 TFUE) la finalità di garantire «uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri».

In tal modo, l'Unione – nel confermare «il proprio attaccamento ai principi di libertà, della

⁷ Con particolare riguardo all'attuazione delle finalità del mercato comune europeo, in particolare, si ricordano le libertà fondamentali alla base del diritto CEE e ora dell'UE: l'art. 49 sulla libertà di stabilimento, l'art. 45 sulla libera di circolazione dei lavoratori, l'art. 56 sulla libera circolazione dei servizi.

⁸ N.L., *UE - Le sentenze della Corte di giustizia nelle cause C-396/11, Radu e C-399/11, Melloni*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it).

⁹ Per un'analisi dello stato di attuazione della Carta di Nizza/Strasburgo, oltre agli approcci della dottrina, cfr. anche la *Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni* COM(2014) 224.

democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello Stato di diritto» (come si afferma solennemente nel Preambolo ai “nuovi” trattati) – esprime la determinazione a segnare “una nuova tappa” nel processo di integrazione europea intrapreso con l'istituzione delle Comunità europee, nel quadro del *pieno rispetto da parte dell'Unione dell'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e della loro identità nazionale per come insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale* (art. 4 TUE)¹⁰.

Quanto all'ambito di applicazione, l'art. 51 CDFUE stabilisce (testualmente) che le relative disposizioni «si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri *esclusivamente* nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati».

Chiamata a pronunciarsi in un giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge n. 1423 del 1956 e dell'art. 2-ter della legge n. 575 del 1965 (nella parte in cui «non consent(e) che, a richiesta di parte, il procedimento in materia di misure di prevenzione si svolga in udienza pubblica») – con riguardo specifico alla questione della vigenza dei diritti previsti dalla CEDU che trovino un “corrispondente” all'interno della CDFUE (quale, nella fattispecie, il diritto alla pubblicità delle udienze, previsto dall'art. 47 CDFUE in termini identici a quelli dell'art. 6.1 CEDU – la Corte costituzionale italiana (sent. n. 80/2011, *cons. in dir.* 5.5) ha modo di ribadire il suo indirizzo in materia, secondo cui, con ogni evidenza, deve escludersi «che la Carta (di Nizza/Strasburgo) costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia, sia prima (ordinanza 17 marzo 2009, C-217/08, *Mariano*) che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, *McB*; ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10, *Krasimir e altri*). Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni adottate da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto».

È stabilito, inoltre, che tali disposizioni, quando sanciscono “principi”, possono essere attuate da atti legislativi ed esecutivi dell'Unione e degli Stati membri in sede di attuazione dell'ordinamento dell'Unione. Davanti a un giudice esse possono essere invocate come (meri) parametri ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di tali atti.

¹⁰ Significativamente rilevanti sul punto sono le argomentazioni dell'ampia “sentenza Lisbona” del Tribunale Costituzionale Federale tedesco (del 30 giugno 2009), su cui cfr. almeno AA.VV., *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione Europea*, in *Astrid* (<http://www.astrid-online.it>); M. LUCIANI, *Il Bundesverfassungsgericht e le prospettive dell'integrazione europea*, *ibid.*; G. GUARINO, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009. Sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea*, *ibid.*; L.S. ROSSI, *Integrazione europea al capolinea?*, in *Affari Internazionali* (www.affarinternazionali.it); V. BALDINI, *Il rispetto dell'identità costituzionale quale contrappeso al processo d'integrazione europea. (La 'sentenza Lisbona' del Bundesverfassungsgericht ed i limiti ad uno sviluppo secundum Constitutionem dell'ordinamento sopranazionale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 00/2010; A. CANTARO, *Democrazia e identità costituzionale nel Lisbonon Urteil. L'integrazione protetta*, in *Teor. dir. st.*, 2010; B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e “controlimiti europeizzati”*, in www.forumcostituzionale.it; M. RAVERAIRA, *L'ordinamento dell'Unione europea, le identità costituzionali nazionali e i diritti fondamentali. Quale tutela dei diritti sociali dopo il Trattato di Lisbona?*, in *Riv. dir. sic. Soc.*, 2/2011; M.-C. PONTTHOREAU, *Identité constitutionnelle et clause européenne d'identité nationale. L'Europa à l'épreuve des identités constitutionnelles nationales*, in *DPCE*, IV-2007; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté euro-unitaria*, in *Quad. cost.*, 2/2013.

La differenziata natura delle disposizioni contenenti “principi” e “diritti” è stata (ed è tuttora) ampiamente dibattuta in dottrina, paventandosi talora (prima ma anche in seguito ai “nuovi” trattati) – con peculiare riferimento (a) alla giustiziabilità dei diritti sociali, (b) ai parametri finanziari posti a garanzia della stabilità economica e, infine (c), all’assenza di una “politica dei diritti” espressamente positivizzata nei trattati – un rischio di “scopertura” dell’Unione nei confronti di una delle famiglie di diritti che, unitamente ai diritti di partecipazione politica, costituiscono una delle tradizioni costituzionali più avanzate del costituzionalismo contemporaneo, un “patrimonio costituzionale” condiviso (con forme più o meno intense) dagli attuali Stati membri dell’Unione.

Se già in presenza di una CDFUE solo politicamente proclamata, ma senza formale vigenza giuridica (fino ai nuovi trattati), pertanto, la Corte di Giustizia dell’Unione ha saputo appoggiarsi ad un “blocco di comunitarietà”, che aveva già in precedenza elaborato per assicurare tutela giurisdizionale alle pretese giuridiche soggettive sottoposte alla sua giurisdizione (soprattutto in tema di libertà economiche e di circolazione dei beni, dei capitali e delle persone, in breve, a sostegno del mercato comune europeo), può ora (ragionevolmente) ipotizzarsi che l’incorporazione della Carta nei trattati potrà produrre una giurisprudenza fortemente ed ulteriormente espansiva nella protezione dei diritti fondamentali europei, non limitata alle classiche libertà economiche ma aperta anche a quelle sociali e (probabilmente anche) a quelle di partecipazione politica, come, nel fondo, il Giudice del Lussemburgo ha già iniziato a fare nel caso *Schmidberger*, con riguardo specifico al bilanciamento fra la libertà di espressione e di riunione e libertà di circolazione dei beni).

L’apertura di nuovi spazi per il Giudice dell’Unione, consentiti da parametri positivizzati nella stessa materia dei diritti fondamentali, impone (come già da tempo sta avvenendo) un’approfondita riflessione dottrina, nella dottrina italiana ed in quella europea più in generale, sulle prospettive ma anche sui rischi impliciti nel “dialogo fra le Corti”, con specifico riguardo – oltre che delle opportunità consentite da un sistema costituzionale “a più livelli” – alle tematiche della effettività della protezione dei diritti fondamentali secondo un criterio ermeneutico idoneamente atto a non eludere i contenuti di garanzia più elevati *pro persona*, almeno di non farlo secondo un criterio interpretativo che non resti ancorato/condizionato, di volta in volta, alla fattispecie fattuale oggetto della specifica questione pregiudiziale sollevata dal giudice nazionale ma si estenda fino a conseguire le garanzie più elevate previste nelle (stesse) Costituzioni nazionali¹¹.

In tale quadro, infatti, appare pressoché inevitabile assistere a una competizione/concorrenza con il livello delle garanzie accordate a livello nazionale sulla base delle relative disposizioni costituzionali in tema di principi fondamentali e di diritti, e sulla base delle stesse interpretazioni evolutive assicurate dalle Corti costituzionali nazionali (nell’ordinamento italiano particolarmente evidente almeno fino al mutamento giurisprudenziale segnato dalla sentenza n. 356 del 1996, con riguardo al vincolo della interpretazione conforme a Costituzione richiesto al giudice ordinario dal Giudice delle leggi).

Così richiamati i termini positivi del nuovo diritto dell’Unione con riguardo alla materia dei diritti

¹¹ Nell’ampia bibliografia, sul punto cfr. almeno A. PIZZORUSSO-R. ROMBOLI-A. RUGGERI-A. SAIITA-G. SILVESTRI (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Giuffrè, Milano, 2003; M. CARTABIA-B. DE WITTE-P. PÉREZ TREMPES (a cura di), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010; A. SCHILLACI, *Cooperazione tra ordinamenti e parametro di giudizio. Modelli teorici ed esperienze costituzionali*, La Sapienza, Roma, 2011; O. POLLICINO, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano, 2010; E. FALLETTI-V. PICCONE (a cura di), *L’integrazione attraverso i diritti. L’Europa dopo Lisbona*, Aracne, Roma, 2010; G. CAMPANELLI-F. DAL CANTO-E. MALFATTI-S. PANIZZA-P. PASSAGLIA-A. PERTICI (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell’evoluzione degli ordinamenti. Scritti degli allievi di Roberto Romboli*, Giappichelli, Torino, 2010; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell’europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino, 2012.

fondamentali, ci si chiede (nuovamente) se possano ritenersi superate quelle preoccupazioni argomentate da alcune Corti costituzionali europee e da una parte della stessa dottrina e che potrebbero riassumersi nell'interrogativo sulla persistente vigenza (o meno) delle risalenti categorie dogmatiche alla base dei processi di legittimazione costituzionale e con esse sul riconoscimento di una primazia del diritto dell'Unione che non si estenda formalmente (fino) all'ambito materiale di protezione dei principi e dei diritti fondamentali accolti delle Costituzioni contemporanee.

Con riguardo a tale interrogativo, tuttavia, sarebbe indubbiamente eccessivo (anche solo) ipotizzare che la disciplina eurounitaria dei diritti fondamentali (e con essa il centrale apporto della giurisprudenza della CGUE al loro riconoscimento e alla loro protezione prima ancora che gli stessi venissero positivizzati nei nuovi trattati mediante il riconoscimento agli stessi della medesima forza giuridica accordata ai trattati) sia posta in polemica ovvero perfino come superamento della disciplina costituzionale nazionale. Sotto tale profilo si può piuttosto convenire con quell'autorevole lettura che invita a leggere il «sistema costituzionale a più livelli» (appunto) come un «sistema di sistemi», dal quale il sistema dei diritti e delle libertà non potrà che trarne positivi vantaggi nella misura in cui il soggetto può scegliere le Carte e le Corti che potranno assicurare la protezione più elevata per la soddisfazione del suo bisogno giuridicamente fondato¹².

Tuttavia, pur convenendosi sulla ragionevolezza dell'impianto complessivo di un simile approccio teorico, rimane pur sempre l'interrogativo – che lo stesso A. si ripropone in modo reiterato – sulla diversità (non tanto e non solo delle diverse legittimazioni che ne sono alla base, che pure è un problema posto e forse non ancora risolto) di modelli culturali e valoriali alla base del costituzionalismo di ogni singolo Paese membro dell'UE (e in particolare dell'Italia per quanto ora ci interessa sottolineare) e alla base del processo di integrazione europea (che nasce e si afferma con la finalità di perseguire l'obiettivo di rendere compatibile la formazione di un mercato comune europeo con il rispetto delle sovranità nazionali e delle loro identità politiche e costituzionali).

Rispetto a tali rilievi, come è noto, uno spazio tuttora meritevole di riflessione è occupato da quell'orientamento di alcune Corti costituzionali noto come “dottrina dei controlimiti”, a sottolineare quell'autorevole lettura del Giudice delle leggi, rispettivamente italiano e tedesco, nella quale si nega (nella giurisprudenza costituzionale tedesca almeno fino alla sentenza *Solange II*¹³, e in quella

¹² Nella vasta letteratura in materia, cfr. in particolare le analisi di A. RUGGERI, (fra cui, almeno) *L'interpretazione conforme e la ricerca del 'sistema dei sistemi' come problema*, in www.rivistaaic.it, 2/2014, ma in tema dello stesso Autore, cfr. anche, almeno, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e 'controlimiti mobili', a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2011; *Prospettiva prescrittiva e prospettiva descrittiva nello studio dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU (oscillazioni e aporie di una costruzione giurisprudenziale e modi del suo possibile rifacimento, al servizio dei diritti fondamentali)*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2012; *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it); *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2013; *"Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritti Comparati* (www.diritticomparati.it).

¹³ *BVerfGE* 73, 339, *Solange II*, del 22 ottobre 1986: «Se si considera il livello ormai raggiunto dalla giurisprudenza della CGCE non ci si può più attendere sulla considerazione secondo cui, in materia di rapporti normativi fra diritto comunitario e Costituzioni degli stati membri, possa prodursi un abbassamento dello *standard* dei diritti fondamentali nel diritto comunitario ad un livello tale per cui non possa più parlarsi di una protezione giuridica appropriata dei diritti fondamentali nel senso della Legge fondamentale. Da una parte, la CGCE non è tenuta a porre i principi generali del diritto comunitario al livello più basso, del minor comune denominatore rispetto alle Costituzioni degli stati membri ... Occorre piuttosto attendersi che la CGCE si orienti verso uno sviluppo ottimale del principio dei diritti fondamentali nel diritto comunitario. Dall'altra, l'assunzione del parametro normativo costituito dalla CEDU, ivi compresa la giurisprudenza ormai estesissima della Corte europea dei diritti dell'uomo, assicura uno *standard* minimo del contenuto della protezione dei diritti fondamentali, che soddisfa in via di principio alle esigenze costituzionali della LF (385-386) ... Considerata tale evoluzione si deve osservare quanto segue: *fintanto che* le Comunità europee, e soprattutto la

italiana in forma reiterata, fino alla più recente giurisprudenza che ha visto la Corte costituzionale determinarsi nel senso del ricorso al rinvio pregiudiziale) ogni presunta primazia al diritto dell'Unione nella materia dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalle Costituzioni nazionali, costituendo tali materie il "nucleo duro" del costituzionalismo nazionale, una vera e propria "clausola di eternità" che solo i popoli possono rimuovere con l'esercizio del potere costituente¹⁴.

giurisprudenza della CGCE, garantiranno in via generale una protezione efficace dei diritti fondamentali contro il potere sovrano delle Comunità, *secondo modalità che possano essere considerate come sostanzialmente eguali alla protezione dei diritti fondamentali assunta come inderogabili dalla LF, e fintanto che le stesse garantiranno ... il contenuto sostanziale dei diritti fondamentali*, la Corte costituzionale federale non eserciterà il proprio sindacato sull'applicabilità del diritto comunitario derivato invocato come fondamento del comportamento di tribunali e di autorità tedesche nell'ambito della sovranità della RFT e, di conseguenza, essa non controllerà più tale diritto derivato con riferimento ai diritti fondamentali della LF ... (387)" (*corsivi nostri*).

¹⁴ Nell'ampia bibliografia sul punto cfr. A. CELOTTO-T. GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. it. dir. pub. comp.*, 2004; A. CELOTTO, *Primauté e controlimiti nel Trattato di Lisbona*, in *Scritti sul processo costituente europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009; S. GAMBINO, *La Carta e le Corti costituzionali. 'Controlimiti' e 'protezione equivalente'*, in *Pol. dir.*, 3/2006.

GIOVANNA PISTORIO

Il «pluralismo delle idee» nell'evoluzione del sistema europeo

SOMMARIO: 1. Separazione dei poteri e garanzia dei diritti. – 2. Dalla crisi dell'identità costituzionale della Polonia al significato dell'integrazione europea. – 3. La dimensione costituzionale dell'Unione europea. – 4. L'interazione dialogica come strumento di armonizzazione tra unità e pluralismo.

1. Separazione dei poteri e garanzia dei diritti.

«Finanche a livello giurisprudenziale, il *pluralismo delle idee* può risultare, a medio e a lungo termine, una *ricchezza democratica per il sistema* e una *risorsa difensiva per gli amministrati*, così come lo è una buona disponibilità di vie di ricorso»¹.

Chiare, emblematiche e ancor oggi straordinariamente rappresentative dell'attuale contesto europeo le parole con cui il Professor Costanzo ha ricostruito quel prezioso e fecondo «rapporto di cooperazione e di complementarietà» instauratosi tra organi giurisprudenziali che, pur profondamente diversi tra loro per ruolo, funzione e missione, interagiscono per una «(ri)strutturazione» dell'ordinamento europeo nel campo dei diritti umani, affinché il diritto «“riguardante gli Stati”» si evolva sempre più e sempre meglio a «diritto “orientato alle persone”»².

È il «quotidiano *ius dicere*» dei giudici, fatto di incontri, scontri, avvicinamenti e divergenze, che garantisce il mutuo arricchimento dei piani ordinamentali, «con aperture culturali sulla dimensione e sulla titolarità dei diritti idonee a dissolvere concrezioni culturali e di mentalità appartenenti ad epoche passate e addensatesi in contesti sociali, politici e tecnologici affatto diversi»³.

In altre parole, lo strumento di garanzia dei diritti, in chiave evolutiva, è il dialogo tra giudici.

D'altra parte, se il diritto si fonda sul dialogo⁴, è solo mediante l'attivismo delle autorità giudiziarie che il diritto vive, prende forma, diviene effettivo⁵.

Due le ineluttabili considerazioni che ne scaturiscono.

In primo luogo, una riflessione sull'importanza, oggi più che mai, della separazione dei poteri.

È indispensabile garantire che, pur a fronte di evoluzioni storiche, politiche, costituzionali e culturali, neutralità, autonomia, imparzialità e indipendenza della magistratura restino «i pilastri portanti e inscindibili della funzione giudiziaria»⁶. In ogni Stato democratico il potere giudiziario,

¹ Così, P. COSTANZO, *L'uso fatto dalla Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza della Corte Edu*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi 2016/I, 2016, 33.

² In tal senso, cfr. P. COSTANZO, *L'uso fatto dalla Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza della Corte Edu*, cit., 10.

³ Così, P. COSTANZO, *L'uso fatto dalla Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza della Corte Edu*, cit., 34.

⁴ Sulla necessità del dialogo, quale strumento di garanzia della legittimità della legalità, che si riflette tanto nel momento della produzione delle norme, quanto nel momento applicativo delle stesse, cfr. J. HABERMAS, *Dopo l'Utopia*, trad. it., Venezia, 1992, 18; ID., *Between facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, 1996. Sul diritto, quale strumento di dialogo, cfr. M. RICCA, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari, 2008.

⁵ È in tal senso che secondo G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 177 ss., «la controversia è produttiva di diritto», nel senso che «se non esistessero problemi pratici da risolvere, nessuno si rivolgerebbe al diritto; se non ci fosse nulla da giudicare, non ci sarebbe il diritto».

⁶ In tal senso, cfr. M. CARTABIA, «*The least dangerous branch*»? in AA. VV., *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, a cura di G. Pitruzzella-O. Pollicino-M. Bassini, Milano, 2019, X, ove ripercorre lo sviluppo del ruolo e della funzione dei giudici a partire da quando, nella seconda metà XVIII secolo, in America l'ordine giudiziario veniva definito come «*the least dangerous branch*» da A. Hamilton (1788) perché «dotato solo della forza della persuasione, privo di ogni capacità di coercizione e di ogni possibilità di controllo del denaro pubblico»; analogamente,

nell'assolvere la propria missione di garante dell'ordinamento giuridico, nonché di strenuo difensore dei diritti, deve essere al riparo da ogni possibile interferenza. A livello formale e sostanziale. Indipendente rispetto a qualsiasi potere, politico ed economico, legislativo ed esecutivo. Imparziale rispetto agli interessi delle parti. Autonomo rispetto all'ordine cui appartiene, libero da qualsivoglia vincolo di subordinazione gerarchica. Solo in presenza di siffatte garanzie, il giudice è in grado di svolgere, entro i confini positivamente sanciti, la propria funzione di organo giudicante⁷, al fine di applicare la legge al caso di specie, nell'esercizio di una piena discrezionalità. Discrezionalità che, pur non potendo, né dovendo sfociare in arbitrio⁸, si estrinseca in un'attività di *law making*⁹, inevitabilmente creativa e non già meramente dichiarativa, dotata di un'inconfondibile unicità e caratterizzata da un rapporto logico-deduttivo di integrazione tra la legge e la norma da applicare¹⁰. In altri termini, è «l'atto di volontà» del giudice, che si interpone tra il diritto e il caso, che consente all'operatore giuridico di scegliere la norma adeguata alla fattispecie¹¹.

Non è sempre facile scegliere. Come insegna la classica, ma sempre attuale, tragedia di Sofocle, ogni giudice deve essere contemporaneamente Antigone e Creonte, senza mai immedesimarsi integralmente nell'una o nell'altro¹². Per risolvere il conflitto tra autorità e libertà, tra diritto e giustizia, tra rigida applicazione della legge e ragionevole bilanciamento di interessi, tra regola ed eccezione, tra unità e pluralismo, è indispensabile la collaborazione tra giudici.

Di qui, la seconda considerazione, ovvero l'importanza, tra le altre, della predisposizione di adeguati meccanismi che consentano il funzionamento dell'attività giudiziaria così concepita e, in particolare, in un ordinamento costituzionale multilivello¹³, in un «sistema composito di tutela dei

nell'Europa continentale Montesquieu (in *Lo spirito delle leggi*, 1748), ricorrendo alla celebre espressione del giudice quale «*bouche de la loi*», escludeva categoricamente che nell'attività giudiziaria potesse rientrare una qualsiasi forma di creatività o discrezionalità.

⁷ In tal senso, cfr. C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, trad. it., Milano, 1981, 37.

⁸ Sulla netta distinzione tra discrezionalità e arbitrio, cfr. G. D'ELIA, *Magistratura, polizia giudiziaria e Costituzione. Contributo allo studio dell'art. 109 Cost.*, Milano, 2002, 59 ss.

⁹ Come efficacemente sottolineato da A. STONE SWEET, *Governing with Judges*, Oxford, 2000.

¹⁰ Di un rapporto di «integrazione discrezionale» tra la legge e la norma applicata al caso concreto parla G. PITRUZZELLA, *Stato di diritto, indipendenza delle corti e sovranità popolare: armonia o conflitto?*, in AA. VV., *Corti europee e democrazia*, cit., 6.

¹¹ Secondo H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, Torino, 1985, 387, tra la legge e la norma applicata dal giudice, «non esiste un rapporto diretto, ma solo un rapporto indiretto, mediato dall'atto di volontà, di cui la norma individuale è il senso».

¹² Sull'argomento, G. COGLIANDRO, *Rule of Law*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche, Aggiornamento*, Torino, 2015, 463, ove si legge che «i pilastri della convivenza tra gli esseri umani sono sempre stati il diritto e la legge: il diritto senza la legge è cieca conservazione; la legge senza diritto è puro potere dispotico nel quale si scorge il monito duraturo di Antigone e la continua necessità di tutelare e vigilare al massimo sulle possibili forme di risoluzione degli "hard cases", le eccezioni rispetto a qualunque norma e garanzia della possibilità di includere miglioramenti in qualunque sistema giuridico». Più di recente, per una "rilettura" attuale della tragedia sofoclea, si vedano L. PEPINO-N. ROSSI, *Il potere e la ribelle. Creonte o Antigone? Un dialogo*, Torino, 2019, ove attraverso lo strumento dialogico, i due A. ripercorrono i vari momenti della tragedia, affrontando «le questioni di sempre dell'etica e della politica: l'autorità, il potere, la libertà, la giustizia, la ragion di Stato, la pietas», in chiave storica e contemporanea, posto che se «dall'epoca di Sofocle la storia della polis e del governo della società ha subito trasformazioni profonde: lo Stato assoluto ha lasciato il posto allo Stato di diritto; la questione dei limiti al potere del sovrano è diventata, almeno a parole, il connotato principale delle democrazie; la giustiziabilità dei diritti è oggi un tema all'ordine del giorno (...), il suo nucleo forte è rimasto intatto» (corsivi aggiunti).

¹³ Sul ricorso a siffatta espressione, si rammenta, tra i primi, I. PERNICE, *Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and "Multilevel Constitutionalism"*, in E. Riedel (ed.), *German Reports on Public Law Presented to XV. International Congress on Comparative Law*, Bade, 1998, 43 s.; F. MAYER – I. PERNICE, *La Costituzione integrata dell'Europa*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, 2003, 43 ss., ove gli A. descrivono l'ordinamento europeo come una sorta di grande arena ove si confrontano più ordinamenti tra loro diversi ed eterogenei.

diritti»¹⁴ il dialogo tra giudici, non solo interni ma anche sovranazionali. La cooperazione tra giurisdizioni può rivelarsi indispensabile per «supportare l'indagine interpretativa del giudice e (...) indicare la "norma" esistente nell'ordinamento che deve essere attuata nel caso concreto»¹⁵. In una prospettiva di più ampio respiro, il dialogo tra giudici rappresenta lo strumento per garantire l'effettività del diritto e la tenuta dell'ordinamento, anzi degli ordinamenti, essendo funzionale ad assicurare una sistemica integrazione nella protezione dei diritti degli individui. D'altra parte, è ben noto che «i diritti non operano mai in maniera isolata, ma si intrecciano e si sovrappongono nel fascio dei rapporti reali, creando delicati problemi concreti: in pratica, creando conflitti fra diritti»¹⁶. È in tale contesto che, essendo ormai pacifico che «il mero riconoscimento di un interesse» in un dato atto giuridico non può assicurarne «di per sé solo la concreta realizzazione»¹⁷, giocano un ruolo decisivo il giudice, anzi, i giudici e le tecniche di garanzia strumentali ad assicurare un'applicazione dei diritti, reale, effettiva, soddisfacente «fin dove concretamente possibile»¹⁸.

Separazione dei poteri e interazione dialogica a garanzia dei diritti sono proprio gli ambiti tematici attorno ai quali, negli ultimi anni, si è di recente accesa una nuova, vivace e, per certi versi preoccupante, discussione, a fronte delle problematiche «crisi dello Stato di diritto» in cui versano alcuni Stati membri nel contesto europeo¹⁹.

2. Dalla crisi dell'identità costituzionale della Polonia al significato dell'integrazione europea.

È la crisi costituzionale polacca che, a partire dal 2015, ha suscitato e suscita tutt'ora preoccupazioni e inquietudini di non poco momento. A causa di una serie di riforme promosse dal partito di governo, l'indipendenza del potere giudiziario è fortemente compromessa e, più in generale, il principio della separazione dei poteri significativamente pregiudicato.

Tra le molte novità legislative che provocano forti tensioni, lasciando tutti attoniti, vi è la modifica del sistema di elezione e l'indubbio indebolimento dei poteri dei Consigli superiori di giudici e pubblici ministeri; la previsione relativa alla possibilità per il Ministro della Giustizia, al quale spettano poteri di intervento sui singoli casi, di cumulare la propria carica con le funzioni di Procuratore generale dello Stato; l'alterazione del meccanismo di nomina dei giudici della Corte

¹⁴ Così, F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 2019, 3, secondo la quale per «sistema di tutela (...) "composito"» si intende quello in cui «un diritto fondamentale possa trovare garanzia presso diversi organi nazionali e sovranazionali non necessariamente classificati quanto ad intensità di tutela (nel senso che non è affatto detto che un diritto sia tutelato dalla Corte europea più di quanto non lo sia dinnanzi alla Corte costituzionale)».

¹⁵ In tal senso, cfr. G. MAMMONE, *Il dialogo tra le Corti europee e le Corti nazionali tra continuità ed evoluzione di sistema*, in AA. VV., *Corti europee e democrazia*, cit., 72.

¹⁶ Così, A. CELOTTO, *Diritti (diritto costituzionale)*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche, Aggiornamento*, Torino, 2017, 291 s.

¹⁷ Così, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1995, 77 ss.

¹⁸ Così, F. RIMOLI, *Sulla retorica dei diritti*, Modena, 2018, 60 ss., ove l'A. riflette sulle spesso contrapposte esigenze che emergono *concretamente* nella tutela dei diritti, incidendo significativamente sulla decisione finale adottata dai giudici, con effetti, alle volte, controproducenti. Il problema, secondo l'A., «va oltre una mera questione di linguaggio e di comunicazione: per fare solo un esempio, la dimensione meramente "ordinamentale" e astratta dei giudizi di costituzionalità (a livello statale e sovranazionale), sebbene in sé tutt'altro che reale (giacché poi la politicità intrinseca di certe valutazioni è ineludibile) comporta non di rado scelte che, pur corrette sul piano sistematico, producono effetti imprevisti e talora insostenibili su quello sistemico, finendo piuttosto con il rendere la stessa tutela dei diritti sovente incerta e inefficace, a dispetto di ogni diversa intenzione».

¹⁹ In tal senso, A. ROSANÒ, *Considerazioni su due proposte relative alla tutela dello Stato di diritto dell'Unione europea*, in *EuroJus.it* (<http://www.eurojus.it/>) 2/2019, riferendosi, in particolare, oltre alla Polonia, anche all'Ungheria, ove diverse riforme costituzionali e legislative hanno inciso fortemente sul potere giudiziario, limitandolo, nonché alla Romania e alla Bulgaria, ove il dilagare della corruzione suscita preoccupazioni di non poco momento.

costituzionale; la riforma sulla Corte suprema e, in particolare, sulle modalità di nomina dei componenti – non più dai giudici stessi ma da membri eletti dal Parlamento in modo non trasparente – e sull’abbassamento dell’età pensionabile dei giudici da 70 a 65 anni, salvo proroga discrezionalmente concessa dal Presidente della Repubblica e certificato medico attestante condizioni di salute tali da consentire l’esercizio delle funzioni.

Una serie di provvedimenti legislativi ispirati dalla medesima *ratio*: incrementare “smisuratamente” i poteri di controllo politico dell’esecutivo, a nocimento dell’indipendenza del sistema giudiziario.

Inevitabili le reazioni provenienti dalle istituzioni europee.

Si è innescato così un meccanismo di sinergia sistemica per prevenire ulteriori degenerazioni dello Stato di diritto, per contrastare quelle forme di inquinamento del potere giudiziario che si risolvono in destabilizzanti torsioni del sistema democratico.

Ecco allora che, su richiesta di esecuzione in Irlanda di un mandato di arresto europeo emesso da autorità giudiziarie polacche²⁰, nonché a seguito di un ricorso per inadempimento ex art. 258 TFUE promosso dalla Commissione²¹ e, infine, successivamente a una domanda pregiudiziale presentata da alcuni giudici della Corte suprema e di altre Corti, in merito al loro collocamento a riposo anticipato a seguito dell’entrata in vigore della nuova normativa nazionale²², i giudici della Corte di giustizia hanno definito, tramite un’accurata esegesi del diritto dell’Unione europea e, in particolare, delle disposizioni sul giusto processo e sul diritto a un rimedio giurisdizionale effettivo, il ruolo e il valore delle garanzie di indipendenza e di imparzialità degli organi giurisdizionali.

Che siffatte garanzie rientrino nel campo di applicazione del diritto dell’Unione europea è, a giudizio della Corte, indubbio e anzi indispensabile per salvaguardare i valori «del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani», sui quali si fonda l’Unione ai sensi dell’art. 2 TUE.

Grimaldello che consente di attrarre l’indipendenza dei giudici nel campo di attuazione del diritto dell’Unione è l’art. 19 TUE, nella parte in cui, pur rimettendo a ciascun ordinamento nazionale la scelta in merito alle modalità procedurali di selezione e designazione degli organi giudiziari, affida non solo alla Corte ma anche ai giudici nazionali, quali *longa manus* della Corte, il compito di garantire la piena applicazione del diritto dell’Unione, nonché «di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva» dei diritti di matrice europea spettanti ai singoli, come previsto dall’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. È in base a tale disposizione che «ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell’Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi

²⁰ CGUE, 25 luglio 2018, C-216/18, LM.

²¹ CGUE, 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione europea contro Repubblica di Polonia*.

In vero, la Commissione aveva attivato anche il procedimento ex art. 7 TUE, a fronte dell’«evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all’art. 2», ovvero di quel procedimento efficacemente definito dal Presidente della Commissione J. M. D. BARROSO, nel discorso 2012 sullo stato dell’Unione, «l’opzione nucleare». D’altra parte, tenuto conto che «Unione politica significa anche consolidare le basi dell’Unione europea, ossia il rispetto dei nostri valori fondamentali, dello Stato di diritto e della democrazia. (...), per un’autentica integrazione è necessario riesaminare quali siano i livelli di azione più appropriati». Qualora, dunque, dovesse essere «minacciato il tessuto giuridico e democratico di alcuni Stati europei», fondamentale sarà il ruolo del Parlamento e della Commissione «nel riportare la situazione sotto controllo», ma occorre anche «sviluppare meglio» gli strumenti a disposizione «superando la dicotomia tra il “potere leggero” della persuasione politica e l’“opzione nucleare” dell’articolo 7 del Trattato». Nel caso di specie, peraltro, la procedura di infrazione, parallelamente attivata dalla Commissione, si è rivelata decisamente più efficace. Forse perché consente l’intervento della Corte di giustizia, in un unico grado di giudizio, o forse perché l’entità pecuniaria della condanna irrogata dalla Corte sortisce effetti maggiormente deterrenti rispetto alla sospensione di «alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro in questione dall’applicazione dei trattati, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio», quale conseguenza prevista ex art. 7 TUE.

²² CGUE, 19 novembre 2019, C-585/18, C-624/18, C-625/18, *A.K. contro Krajova Rada Sadownictwa*.

a un giudice (...), ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge».

D'altra parte, l'adesione, libera e volontaria, all'Unione implica, presuppone e comporta il riconoscimento e la condivisione dei valori sui quali l'Unione si fonda. Non solo. Essa richiede l'impegno a promuovere attivamente siffatti valori, tra i quali, come detto, emerge lo Stato di diritto²³, la «cifra distintiva di ogni contesto democratico»²⁴. Nato con lo Stato liberale, ispirato ai principi dell'illuminismo, lo Stato di diritto, configurando «un modello inedito di rapporti tra potere politico, ordine giuridico e individui»²⁵, «si nutre di tre componenti: la separazione dei poteri, il principio di legalità e la tutela di libertà ed eguaglianza»²⁶. Per garantire il funzionamento dello Stato di diritto, dunque, va garantita la separazione dei poteri, ovvero va assicurata l'assoluta equidistanza tra diritto e politica, tra potere legislativo ed esecutivo da un lato e potere giudiziario dall'altro²⁷. A tal fine è indispensabile assicurare alla magistratura indipendenza e imparzialità²⁸. Tali garanzie

²³ Sulle (diverse) tesi relative alle origini del principio sviluppatosi tra la fine del XVIII e gli inizi del XIX secolo, cfr. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, I, Paris, 1920; I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, London, 1959. Sulle simili, ma non analoghe manifestazioni in Inghilterra, ove si è affermato il principio della *rule of law* e in Francia, ove si è sviluppato il principio di *règne de la loi*, si veda L. MEZZETTI, *Principi costituzionali e forma dell'Unione*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI E A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2019, 108. Sul rapporto tra la nozione di *Rechtsstaat* e il concetto di *rule of law*, cfr. G. TREVES, *Considerazioni sullo Stato di diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1959, 399 ss. Più approfonditamente sulle differenze tra *Stato di diritto*, quale «apparato dei rapporti tra poteri, sempre da ridefinire, a livello statale e nei diversi livelli della sempre più composita organizzazione della giurisdizione sovranazionale» e *rule of law*, quale «dinamica trainante politica e giudiziaria di una sempre maggiore sottomissione dei poteri alla legge, ma ad una legge sempre meno politica e sempre più frutto di rapporti di potere che scavalcano la mediazione politica *in genere* e parlamentare *in specie*», si veda G. COGLIANDRO, *Rule of law. La possibilità del contenuto morale del diritto*, Milano, 2012, 78 ss.

²⁴ Così, G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO-M. BASSINI, *Introduzione*, in AA. VV., *Corti europee e democrazia*, cit., XXXV.

²⁵ In tal senso, R. BIN, *Stato di diritto*, nel sito telematico di Roberto Bin.

²⁶ Così, G. PITRUZZELLA-O. POLLICINO-M. BASSINI, *Introduzione*, in AA. VV., *Corti europee e democrazia*, cit., XIII.

²⁷ Secondo C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 141, lo Stato di diritto rappresenta una forma evoluta dello «Stato legale», in cui non solo i diritti (e le loro limitazioni) devono trovare un sicuro fondamento (e garanzia) nella legge, ma deve essere assicurata anche la tutela giurisdizionale degli stessi. Sul ruolo della legge, quale «tramite indispensabile della libertà», cfr. P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo Stato di diritto*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano, 2002, 94.

²⁸ CGUE, 19 novembre 2019, C-585/18, C-624/18, C-625/18, *A.K. contro Krajova Rada Sadownictwa*, § 121 e 122, ove si legge che «secondo giurisprudenza costante, detto requisito di indipendenza implica due aspetti. Il primo aspetto, *di carattere esterno*, richiede che l'organo interessato eserciti le sue funzioni in piena autonomia, senza essere soggetto ad alcun vincolo gerarchico o di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni da alcuna fonte, con la conseguenza di essere quindi tutelato dagli interventi o dalle pressioni esterni idonei a compromettere l'indipendenza di giudizio dei suoi membri e a influenzare le loro decisioni (...). Il secondo aspetto, *di carattere interno*, si ricollega alla nozione di imparzialità e concerne l'equidistanza dalle parti della controversia e dai loro rispettivi interessi riguardo all'oggetto di quest'ultima. Questo aspetto impone il rispetto dell'obiettività e l'assenza di qualsivoglia interesse nella soluzione da dare alla controversia all'infuori della stretta applicazione della norma giuridica». Siffatta interpretazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE è avvalorata, secondo la Corte, anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, relativa all'art. 6, § 1 della Cedu. Conformemente a tale giurisprudenza, «al fine di determinare se un organo giurisdizionale possa essere considerato "indipendente" (...) occorre fare riferimento, segnatamente, alle modalità di nomina e alla durata del mandato dei suoi membri, all'esistenza di garanzie contro il rischio di pressioni esterne e al fatto se l'organo di cui trattasi appaia indipendente (...). Quanto al requisito di "imparzialità", ai sensi dello stesso articolo 6, paragrafo 1, esso può, ai sensi di giurisprudenza altrettanto costante della Corte europea dei diritti dell'uomo, essere valutato in vari modi, ossia secondo un *approccio soggettivo*, tenendo conto della convinzione personale e del comportamento del giudice, vale a dire esaminando se quest'ultimo abbia dato prova di parzialità o di pregiudizi personali nel caso di specie, nonché secondo un *approccio oggettivo*, consistente nel determinare se il tribunale offriva, segnatamente attraverso la sua composizione, garanzie sufficienti per escludere qualsiasi legittimo dubbio sulla sua imparzialità. Per quanto riguarda la valutazione oggettiva, essa consiste nel chiedersi se, indipendentemente dalla condotta personale del giudice, taluni fatti verificabili autorizzano a sospettare l'imparzialità di quest'ultimo. Sotto questo profilo, anche le apparenze possono avere importanza.

«presuppongono l'esistenza di regole, relative in particolare alla composizione dell'organo, alla nomina, alla durata delle funzioni nonché alle cause di astensione, di ricasazione e di revoca dei suoi membri, che consentano di *fugare qualsiasi legittimo dubbio che i singoli possano nutrire in merito all'impermeabilità di detto organo* rispetto a elementi esterni e alla sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti»²⁹. Pertanto, posto che l'Unione è una «Unione di diritto» in cui i singoli hanno il diritto di contestare la legittimità di atti e decisioni nazionali concernenti l'applicazione, nei loro confronti, del diritto dell'Unione³⁰, assicurare agli organi giurisdizionali imparzialità e indipendenza appare funzionale a rendere effettivo il diritto fondamentale a un equo processo, a sua volta indispensabile per consentire ai singoli la tutela in sede giurisdizionale di tutti i diritti di matrice europea³¹.

Incidere sull'autonomia e sull'indipendenza della magistratura polacca, subordinandola a un significativo controllo politico dell'esecutivo, non solo rappresenta un grave pregiudizio all'identità costituzionale del Paese, quale Stato democratico, ma si riflette inesorabilmente sul significato dell'identità europea. I giudici polacchi sono giudici dell'Unione chiamati ad applicare il diritto dell'Unione e ad assicurare le garanzie da esso prescritte a tutela dei singoli cittadini. Se crolla un tassello dell'ordine giudiziario nazionale rischia di franare l'intero sistema europeo.

Ecco perché il «conflitto sulla democrazia» in Polonia è anche, fondamentalmente, «un conflitto sul significato dell'integrazione europea»³².

3. La dimensione costituzionale dell'Unione europea.

La portata "epocale" della giurisprudenza della Corte di giustizia sul caso polacco va colta nella ridefinizione della dimensione *costituzionale* dell'Unione europea, mediante la strenua difesa degli assi portanti della stessa: garanzia dei diritti e separazione dei poteri³³.

Sulla natura costituzionale della Comunità prima, dell'Unione, poi, ci si è interrogati da tempo e i più significativi contributi in merito alle peculiarità del fenomeno comunitario sono indubbiamente

L'elemento in gioco, ancora una volta, è la fiducia che i giudici, in una società democratica, devono ispirare ai singoli, a iniziare dalle parti del procedimento» (corsivi aggiunti).

²⁹ CGUE, 19 novembre 2019, C-585/18, C-624/18, C-625/18, *A.K. contro Krajova Rada Sadownictwa*, § 123. Corsivo aggiunto.

³⁰ È con la sentenza 23 aprile 1986, C-294/83, *Les Verts c. Parlamento europeo*, che la Corte di giustizia ha affermato, per la prima volta, che «la Comunità economica europea è una Comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla Carta costituzionale di base costituita dal Trattato. In particolare, (...) il Trattato ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte di giustizia il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni. Le persone fisiche e le persone giuridiche sono in tal modo tutelate contro l'applicazione, nei loro confronti, di atti di portata generale che esse non possono impugnare direttamente davanti alla Corte» ma di cui possono farne valere l'invalidità «dinanzi ai giudici nazionali e indurre questi ultimi a chiedere alla Corte di giustizia, mediante la proposizione di una domanda pregiudiziale, di pronunciarsi a questo proposito».

³¹ In tal senso, cfr. G. PITRUZZELLA, *Stato di diritto, indipendenza delle Corti e sovranità popolare: armonia o conflitto?*, in AA. VV., *Corti europee e democrazia*, cit., 11.

³² Così, R. PIOTROWSKI, *L'indipendenza della magistratura e la democrazia costituzionale. Rievitazione dell'esperienza attuale della Polonia*, in AA. VV., *Corti europee e democrazia*, cit., 119 che, esprimendosi prima della pronuncia della Corte di giustizia, auspicava fortemente che la Corte negasse qualsiasi «"margine di apprezzamento politico" nei confronti dello Stato di diritto» per evitare l'altrimenti ineludibile «erosione dell'identità assiologica dell'Unione».

³³ Come noto, sulla base di quanto sancito dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, ove si legge che «Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione».

imputabili proprio all'attività pretoria, finanche "creativa" della Corte di giustizia³⁴. È quest'ultima a plasmare la natura giuridica di un ordinamento «di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani»³⁵.

Così la Corte ha inserito il primo "pezzo" di quel complesso "puzzle" che ha portato, nel tempo, a una vera e propria trasformazione dell'Europa³⁶. Il percorso evolutivo compiuto dalla Corte ha impresso sul sistema europeo, forse anche in modo inconsapevole, un'indubbia "colorazione costituzionale". Un costituzionalismo *sui generis* naturalmente, come *sui generis* è l'ordinamento europeo integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri³⁷. I due livelli, sovranazionale e nazionale operano come «componenti di un sistema strettamente intrecciato (...), in sé conchiuso e intracomunicante, le cui funzioni sovrane risultano preordinate nel loro complesso a soddisfare le aspettative di prestazioni rivendicate dai cittadini»³⁸. In altri termini, la peculiarità di siffatto ordinamento sta nel difficile raggiungimento di quel delicato equilibrio tra unità e pluralismo, tra armonizzazione e rispetto delle identità nazionali, in un sistema in cui la limitazione di sovranità e la contestuale attribuzione di poteri alle istituzioni europee riverberano i propri effetti sulla sfera giuridica dei cittadini dei diversi Stati.

È la "soggettività" prima comunitaria, poi europea, dunque, concepita in funzione della tutela dei diritti dei singoli a rappresentare il filo rosso che lega e alimenta l'evoluzione del diritto dell'Unione europea, incrementandone l'effettività e la più efficace penetrazione negli ordinamenti nazionali.

In tale ottica la Corte di giustizia ha costruito i pilastri portanti del sistema europeo che operano come evidenti manifestazioni del principio dello stato di diritto. Primo fra tutti, il *primato* che, consentendo la prevalenza del diritto dell'Unione su norme nazionali antinomiche, si configura quale elemento sostanziale di identificazione del processo di integrazione. Poi, la teoria dell'*effetto diretto* che non solo contribuisce a definire i caratteri dell'ordinamento ma rappresenta essa stessa la «European transnational constitution»³⁹. Sulla base di tale dottrina e del corollario della stessa, vale a dire la *disapplicazione* della norma nazionale contrastante con quella europea, i singoli possono trarre dalla norma diritti "giustiziabili" dinanzi a organi nazionali.

Vero è che la versione originaria del Trattato istitutivo delle prime Comunità europee non conteneva un catalogo organico di diritti fondamentali e le uniche situazioni giuridiche soggettive di vantaggio per i cittadini erano strettamente ed esclusivamente riconducibili alla realizzazione della libertà di circolazione di merci, persone, capitali e servizi, ma è altrettanto indubbio che, nel processo di progressiva costituzionalizzazione, fatto di piccoli passi, di successive fasi, nonché di significativi sviluppi, la giurisprudenza «eroica» della Corte di giustizia⁴⁰ e vari atti normativi hanno contribuito alla "umanizzazione" della Comunità, costruendo un solido sistema di tutela dei diritti

³⁴ Per una recente ricostruzione delle tesi volte a qualificare la natura giuridica dell'Unione, si veda L. MEZZETTI, *Principi costituzionali*, cit., 96 ss.

³⁵ CGCE, 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend & Loos*.

³⁶ Secondo la nota espressione di J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *The Yale Law Journal*, 1991, 2403.

³⁷ Secondo G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009, 34 s., è possibile «scorgere nell'ordinamento-risultato non un ordinamento somma ma qualcosa di più della mera sovrapposizione delle norme dei due livelli, da un lato e qualcosa di meno rispetto a queste, dall'altro; un ordinamento che, per caratteristiche, potrebbe essere assimilato alla volontà generale di cui scriveva Rousseau».

³⁸ Così, L. MEZZETTI, *Principi costituzionali*, cit., 97.

³⁹ Così, E. STEIN, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in *American Journal of International Law*, 1981, 1 ss.

⁴⁰ In tal senso, si veda BIFULCO-CARTABIA-CELOTTO, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, 12 ss.

fondamentali⁴¹. La dimensione meramente economicistica, funzionale alle esigenze del mercato, circoscritta «entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità»⁴², ha ceduto quindi il passo ad una *tutela effettiva dei diritti dell'individuo*, non più e non solo quale lavoratore, come operatore economico, come protagonista di un complesso sistema volto al perfezionamento di uno spazio economico unico⁴³, ma in quanto essere umano e, in quanto tale, titolare di diritti⁴⁴. Diritti che, sebbene non tutti e non necessariamente costituiscono prerogative assolute – «contrariamente ad altri diritti fondamentali (...) quali il diritto di ciascuno alla vita ovvero il divieto della tortura, nonché delle pene o di trattamenti inumani o degradanti, che non tollerano alcuna restrizione» – vanno considerati alla luce della loro funzione sociale per verificare se eventuali restrizioni all'esercizio degli stessi «rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano (...) un intervento sproporzionato ed inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati»⁴⁵. La tutela dei diritti può dunque configurarsi, anche nell'ordinamento dell'Unione, come «un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, *ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato*»⁴⁶. È nel mutato scenario europeo che tale garanzia, rappresentando «uno dei cardini assiologici su cui si basa l'Unione europea»⁴⁷, consente alla Corte di giustizia di muoversi come *giudice costituzionale* effettuando così un bilanciamento tra diritti umani e libertà economiche⁴⁸.

Nel processo di evoluzione che ha trasformato l'Europa *solo* economica in Europa dei diritti, ponendo al centro dell'ordinamento l'uomo in quanto tale, la Corte di giustizia ha aggiunto un altro fondamentale tassello ai pilastri portanti la costruzione europea tramite la predisposizione di meccanismi che consentono alle norme europee di esplicare efficacia persino *indiretta*.

Laddove il riconoscimento al cittadino del diritto di matrice europea venga ostacolato dalla mancanza di effetti diretti delle norme - dovuta ad esempio alla limitazione di tali effetti ai soli rapporti verticali⁴⁹ - la Corte ha suggerito al giudice nazionale di trovare una soluzione sul piano

⁴¹ Si rammentano, *in primis*, la Dichiarazione di Copenaghen del 7-8 aprile 1978 sulla democrazia al Preambolo e l'Atto unico europeo del 1986; successivamente l'art. 6 TUE, nella parte in cui prevede esplicitamente il rispetto di tali diritti e infine la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione che, firmata a Nizza nel 2000 e dotata di effetti giuridici a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, suggella definitivamente che l'Unione europea tutela i diritti fondamentali.

⁴² CGCE, 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

⁴³ Emblematiche, in tale contesto, le riflessioni di M. Luciani, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 398 s.

⁴⁴ Per un'ampia ricostruzione, cfr. A. TANCREDI, *L'emersione di diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. internaz.*, 2006, 644 ss.

⁴⁵ CGCE, 12 giugno 2003, C-112/00, *Eugen Schmidberger Internationale Transport Planzüge contro la Repubblica*, in *Racc.*, 2003, cit., I-5659.

⁴⁶ CGCE, 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega* (corsivo aggiunto).

⁴⁷ Così, L. MEZZETTI, *Principi costituzionali e forma dell'Unione*, cit., 115.

⁴⁸ In tal senso, cfr. A. BIONDI, *Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedom and Fundamental Individual Rights*, in *European Human Rights Law Review*, No. 1, 2004, 51 ss., secondo cui «it is clear that the Court is rapidly developing a human rights discourse which is already implicitly incorporating the rights and values expressed in the Charter». Si rammenta che in altre occasioni (CGCE, 25 luglio 1991, C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e altri c. Commissariaat Voor De Media* e Id., 23 ottobre 2003, C-245/01, *RTL Television GmbH c. Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Run*), la Corte aveva riconosciuto, in via di principio, che la tutela dei diritti fondamentali potesse limitare le libertà sancite nel TCE ma è solo a partire dalla sentenza 12 giugno 2003, C-112/00, *Schmidberger* che la Corte ha concretamente affrontato il problema della conciliazione tra diritti e libertà.

⁴⁹ Si veda, a tal proposito, la recente e ricca ricostruzione della giurisprudenza della Corte di giustizia effettuata da D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, 290 ss.

ermeneutico, ricorrendo all'*interpretazione conforme* del diritto interno a quello UE. Non è dunque la norma europea a essere applicata direttamente ma essa funge da parametro, alla stregua del quale va riletta e plasmata la disposizione nazionale, per trarne una norma nuova, formalmente nazionale, ma il cui contenuto deriva dalla compenetrazione tra diritto interno e diritto sovranazionale. Compenetrazione che scaturisce da una *duplex interpretatio*⁵⁰, ovvero un'attività che, «preordinata ad adattare (*rectius*, adeguare) il significato di una disposizione al significato di altre disposizioni»⁵¹ - nella misura in cui la *lettera* della prima consenta siffatta operazione⁵² - ben si attaglia alle peculiarità del processo di integrazione europea. L'interpretazione adeguatrice determina infatti un'osmosi tra il significato della disposizione nazionale e quello della disposizione sovranazionale, tramite la quale «il processo di interpretazione tende a fuoriuscire dalla logica gerarchica del “sopra” e del “sotto” o da quella “competenziale” del “dentro” e del “fuori” (...)», per realizzare una fusione normativa che prescinde dall'involucro formale in cui le norme sono contenute⁵³. Dietro tale strumento, indubbiamente volto a evitare il sorgere delle antinomie normative, assicurare la conservazione dei testi e dei valori giuridici a essi sottesi, contribuendo ad assicurare unità e coerenza dell'ordinamento⁵⁴, si cela, nei rapporti tra diritto interno e diritto dell'UE un solo obiettivo: consentire che, sia pur indirettamente, superando eventuali resistenze e ostacoli, nel ginepraio di una normativa multilivello sempre più reticolare, complessa, caotica, sia adeguatamente ed effettivamente garantita la tutela dei diritti ai singoli cittadini.

Ed è proprio e sempre in funzione di siffatta esigenza, l'unica in grado di giustificare quella «metamorfosi dei confini»⁵⁵ in cui la «sovranità statale si diluisce»⁵⁶, che si comprende la *ratio*

⁵⁰ L'espressione è di F. MODUGNO, *Par condicio e Costituzione*, Milano, 1997, XV ss., con riguardo all'interpretazione costituzionale per indicare il confronto (almeno) tra due disposizioni: quella oggetto del controllo di costituzionalità e la disposizione costituzionale.

⁵¹ Così, R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 173.

⁵² Sui limiti dell'interpretazione conforme, derivanti dalla “lettera” della disposizione oggetto, nella misura in cui essa non consenta di trarre significati compatibili con la norma parametro, si veda, più approfonditamente M. RUOTOLO, *Interpretare*, Napoli, 2014, 30 ss. e, con particolare attenzione all'interpretazione conforme a Costituzione, 60 ss., ove l'A. ricostruisce, sulla base della giurisprudenza costituzionale, un utile «manuale pratico» per fornire ai giudici le indicazioni necessarie, al fine di un corretto ricorso alla tecnica ermeneutica in esame.

⁵³ In tal senso, cfr. R. BIN, *Gli effetti del diritto dell'Unione europea nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, 382.

⁵⁴ Sulla stretta connessione tra armonizzazione ermeneutica e coerenza dell'ordinamento, si vedano, *ex plurimis*, le riflessioni di G. ZAGREBELSKY, *Manuale diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1991, 75; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II. 1. VI ed., Padova, 1993, 206, ove si rammenta che l'unità dell'ordinamento non è un dato bell'e pronto, ma una conquista sempre rinnovantesi, un risultato da conseguire all'atto dell'applicazione del diritto, al quale si perviene necessariamente *passando attraverso l'interpretazione*. Cfr., A. CELOTTO, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, in F. Modugno (a cura di), *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2000, 129 ss.; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, 14 ss. Scopo dell'interpretazione conforme, secondo G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in AA.VV., *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, a cura di B. Caravita, 2012, 10, non è tanto e solo quello di cogliere il significato dei testi, oggetto e parametro, bensì di spiegare «cosa significa l'uno in funzione dell'altro». Si tratta di «un'attività che, muovendosi su due binari diversi, deve produrre un unico risultato, e dunque deve essere ricondotta a unità attraverso una relazione tra attività normative». Nel descrivere l'operatività del polimorfismo interpretativo derivante dalla coesistenza di più tipi di interpretazioni conformi, V. PICCONE, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento integrato*, in AA.VV., *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di R. Cosio e R. Foglia, Milano, 2013, 279, ammette che «non può non evidenziarsi come l'interpretazione conforme sia ormai lo strumento indispensabile per assicurare l'unità dell'ordinamento».

⁵⁵ Così, A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione (sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto)*, Milano, 2010, 282 s.

⁵⁶ Così, scrive S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, 3.

sottesa al secondo strumento di efficacia *indiretta* delle norme dell'Unione europea: *il meccanismo risarcitorio*. La Corte di giustizia, ricondotto «il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli in violazione del diritto comunitario ad esso imputabili» al sistema del Trattato⁵⁷, ha qualificato, quali organi dello Stato, eventualmente responsabili, attivamente od omissivamente, sia gli organi legislativi⁵⁸, che le autorità amministrative⁵⁹, nonché gli enti locali⁶⁰ e infine, non senza suscitare critiche, il potere giudiziario⁶¹. D'altra parte, «se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro», qualunque sia l'organo effettivamente responsabile della trasgressione, risulterebbe pregiudicata «la piena efficacia delle norme europee» e sarebbe fortemente compromessa «la tutela dei diritti»⁶².

La crisi costituzionale polacca e i diversi interventi della Corte di giustizia dimostrano quanto, oggi più che mai, la “soggettività” europea, in funzione della tutela dei diritti, rappresenta un ineludibile strumento di garanzia per assicurare la tenuta democratica del sistema. Indipendenza e imparzialità degli organi giurisdizionali, inestricabilmente connessi alla funzione giudicante, sono requisiti imprescindibili per garantire il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva che «riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati nell'art. 2 TUE, segnatamente del valore dello Stato di diritto»⁶³. Le garanzie che presiedono alla separazione dei poteri sono dunque funzionali alla garanzia dei diritti e intimamente connessi all'essenza del costituzionalismo. Se per costituzionalismo si intende «quell'insieme di rapporti che si identifica con il contenuto essenziale della democrazia», esso ammette, consente, legittima cambiamenti, modifiche, evoluzioni persino incidenti sulle forme di governo, purché venga salvaguardata l'effettiva garanzia dei diritti, in tutte le loro declinazioni e generazioni»⁶⁴.

4. *L'interazione dialogica come strumento di armonizzazione tra unità e pluralismo.*

Tante e di diversa natura le crisi che l'Europa ha affrontato e continua ad affrontare.

⁵⁷ CGCE, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich*.

⁵⁸ A partire dalla nota sentenza della Corte di giustizia 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich*.

⁵⁹ CGCE, 23 maggio 1996, C-5/94, *Hedley Lomas Ltd*.

⁶⁰ CGCE, 1° giugno 1999, C-302/97, *Konle*.

⁶¹ CGCE, 30 settembre 2003, C-224/01, *Kobler*. Si trattava di un evidente sviluppo della giurisprudenza della Corte di giustizia sul risarcimento del danno; d'altra parte nella sentenza CGCE, 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur*, si legge chiaramente che «qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario commessa da uno Stato membro, qualunque sia l'organo di quest'ultimo, la cui azione o omissione, ha dato origine alla trasgressione», implica l'obbligo al risarcimento del danno. Eppure, nell'ordinamento italiano, l'affermata responsabilità dello Stato per “fatto” del giudice ha avuto effetto dirompente, a fronte delle evidenti ripercussioni di tale sentenza in un ordinamento in cui la responsabilità dei giudici era circoscritta ai soli casi di dolo e colpa grave e, fino ad allora, totalmente esclusa nell'esercizio di attività di interpretazione e di valutazione dei fatti e delle prove. Sul tema, cfr. F. BIONDI, *Un “brutto” colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in *Quad. cost.*, 2006, 840 ss.; cfr. anche R. BIFULCO, *L'attività interpretativa del giudice non è esente da responsabilità (a proposito della sentenza della Corte di giustizia 13 giugno 2006, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo S.p.A.)*, in *Giustizia amministrativa* 2006, 521; M.A. SANDULLI, *La corte di Cassazione e la Corte di giustizia verso una più effettiva tutela del cittadino?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 20 giugno 2006. Solo a seguito di una lunga procedura di infrazione, conclusasi con la condanna dell'Italia (CGCE, 24 novembre 2011, C-379/10, *Commissione europea c. Repubblica italiana*), la legge n. 117 del 1988 è stata modificata dalla legge n. 18 del 2015.

⁶² CGCE, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich*.

⁶³ CGUE, 19 novembre 2019, C-585/18, C-624/18, C-625/18, *A.K. contro Krajova Rada Sadownictwa*, § 120.

⁶⁴ Così, P. CIARLO, *Costituzionalismo e pluralismo costituzionale*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), 3/2015, 1.

In principio, difficoltà economiche ed esigenze politiche hanno spinto gli Stati fondatori la prima Comunità economica «a porre le fondamenta di una unione sempre più stretta fra i popoli d'Europa»⁶⁵, avviando quel processo irrefrenabile che nel tempo non solo ha consentito di realizzare un mercato unico, ma anche di costruire le fondamenta di un sistema di governo integrato, nato e sviluppatosi mediante la condivisione di valori comuni, di tratti identitari in un complesso sistema unitario e reticolare⁶⁶.

Il raggiungimento dell'equilibrio tra unità e pluralismo, l'amalgamarsi delle diversità nazionali non è stato facile da raggiungere, né può dirsi mai compiutamente realizzato. Molte le fratture, i contrasti, i freni e le riprese in cui si è imbattuto, costantemente, il processo di integrazione europea. Si pensi, tra le più recenti, all'introduzione dell'euro, al tentativo di introdurre una Costituzione per l'Europa, alla gestione degli intensi flussi di immigrati, alle minacce del terrorismo, alla crisi economico-finanziaria, al referendum sulla Brexit.

Questioni delicate che, se è vero che a volte «hanno rinfocolato identità anche culturali sempre più contrapposte», suscitando atteggiamenti poco disponibili, se non addirittura ostili, si sono poi risolte in nome e in funzione di quella, in fondo prevalente, spinta propulsiva a comporsi piuttosto che a contrapporsi⁶⁷.

La leale collaborazione tra gli Stati e soprattutto un attivo sistema di cooperazione giudiziaria ha indubbiamente contribuito a realizzare il contemperamento di diverse e alle volte antitetiche esigenze, favorendo quel «processo di “osmosi” di valori giuridici»⁶⁸, alimentato dal costante e proficuo dialogo tra istituzioni europee e organi nazionali⁶⁹.

Il dialogo ha consentito e consente il confronto tra i diversi protagonisti coinvolti nella tutela dei diritti, dalle giurisdizioni comuni alle Corti costituzionali e sovranazionali.

Il dialogo è uno «strumento multiuso», utile tanto «al rinnovamento degli indirizzi giurisprudenziali quanto alla loro stabilizzazione», in grado di manifestare «un doppio volto, rendendo testimonianza sia di divergenze e sia pure di convergenze»⁷⁰. Il dialogo è funzionale alla comprensione e in un ordinamento integrato, contribuisce a garantire «la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico»⁷¹.

Non sempre l'esito del dialogo è il raggiungimento di un accordo. Ciò non significa però che, laddove siffatto risultato non sia possibile, il confronto si traduca in una rivendicazione di autonomia decisionale. Anzi. Il dialogo non va strumentalizzato. Richiede prudenza, cautela, discernimento, responsabilità. Gli attori coinvolti nella relazione devono svolgere le proprie funzioni entro i confini

⁶⁵ Come dichiarato nel Preambolo del Trattato istitutivo delle Comunità economiche europee e rimasto poi inalterato nel TFUE.

⁶⁶ Sull'avvio del processo di costruzione europea, si veda più approfonditamente P. COSTANZO, *Le tappe dell'edificazione eurounitaria: dall'idea d'Europa all'Unione europea*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI e A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, cit., 26 ss.

⁶⁷ Per tale orientamento, cfr. G. AMATO, *Dall'idea di Europa alla costruzione europea*, in *Nomos* (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it>), 3/18.

⁶⁸ In tal senso, cfr. F. DONATI, *La tutela dei diritti tra ordinamento interno ed ordinamento dell'Unione europea*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2019, 2, 283 s.

⁶⁹ Sul punto, cfr., da ultimo A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2019, 11, ove si legge che «da decenni i valori dell'Unione sono anche valori “nazionali”, non solo perché “attingono” in vario modo e in varia misura agli stessi ordinamenti degli Stati membri, ma perché, una volta emersi nel diritto dell'Unione, essi fanno corpo e si integrano automaticamente in tali ordinamenti, i quali sono quindi tenuti a prenderli in conto e a conformarvi i propri valori».

⁷⁰ In tal senso, cfr. A. RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* (<https://www.gruppodipisa.it/rivista/la-rivista-gruppo-di-pisa>), 2/2016, 11.

⁷¹ Corte cost., sent. n. 269 del 2017.

delle loro competenze «senza sconfinamenti»⁷², irragionevolmente condotti in nome di un surreale diritto alla prima o all'ultima parola⁷³.

Non sempre è facile dialogare. Ciò non significa sia preferibile astenersi. Anzi. La mancata partecipazione al dialogo si ripercuote negativamente sia a livello nazionale che sovranazionale, precludendo all'organo (auto)escluso di esprimere la propria "voce" nel circuito giudiziario europeo. Lo sappiamo bene, considerando il lungo periodo di "marginalizzazione" vissuto dalla Corte costituzionale. Demandando al solo giudice comune il compito di sollevare questione pregiudiziale⁷⁴, anche in nome di una paventata carenza di legittimazione, negando cioè a se stesso la natura di organo giurisdizionale, ex art. 267 TFUE, in quanto organo di controllo privo di legittimazione⁷⁵, il giudice costituzionale, forse anche per evitare di sottoporsi all'autorità del giudice europeo, ha rifiutato per lungo tempo qualsiasi forma di interlocuzione con la Corte di giustizia. La constatazione però che, alla lunga, il rifiuto volontario di un dialogo diretto, avrebbe inesorabilmente inciso su una delle missioni essenziali della Corte⁷⁶, quale «giurisdizione costituzionale delle libertà»⁷⁷, mortificandola, ha spinto ad un *revirement* giurisprudenziale⁷⁸. Prima nel 2008, con ordinanza n. 103, in sede di giudizio in via principale, poi, a partire dal 2013, con l'ordinanza n. 207, in sede di giudizio in via incidentale, la Corte costituzionale, cominciando a difendere il proprio ruolo di custode dei diritti fondamentali anche nella dimensione europea, ha instaurato un rapporto diretto e proficuo con la Corte di giustizia⁷⁹. D'altra parte, «in un quadro di costruttiva e leale collaborazione fra i diversi sistemi di garanzia», le Corti costituzionali sono chiamate «a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia (...), affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico»⁸⁰. Un sistema in cui il moltiplicarsi dei testi normativi e, in

⁷² Così, F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti*, cit., 3.

⁷³ Se, nelle questioni doppiamente pregiudiziali, la Corte costituzionale ha per lungo tempo preteso che il giudice comune attendesse gli esiti del giudizio attivato dinanzi alla Corte di giustizia, prima di sollevare questione di costituzionalità (cfr., a titolo esemplificativo, ord. nn. 108 e 109 del 1998) – perdendo così «ulteriori occasioni di intervento» (M. CARTABIA-A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, 4502 ss.) – a partire dalla sentenza n. 269 del 2017, la Corte costituzionale ha mutato orientamento e, da ultimo, nella sentenza n. 20 del 2019, uniformandosi alla giurisprudenza dell'Unione ormai pacifica nel riconoscere la possibile priorità della questione di legittimità costituzionale rispetto alla pregiudiziale europea, con le dovute precisazioni ed entro certi limiti (CGUE, 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10, *Melki Adbeli*), ha precisato che «la "prima parola" che questa Corte, per volontà esplicita del giudice *a quo*, si accinge a pronunciare sulla disciplina legislativa censurata è pertanto più che giustificata dal rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco». Il timore di «dover prendere ordini dai giudici di Lussemburgo» che ha ispirato la ormai datata giurisprudenza della Corte costituzionale ha ceduto il passo a fronte dell'esigenza di intervenire per poter svolgere quel ruolo di sintesi (...), unificante, oggi così necessario, a beneficio dell'uniformità e della certezza del contenuto dei diritti che certo i giudici comuni, decidendo caso per caso, non possono svolgere» (F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti*, cit., 15).

⁷⁴ Corte cost., sent. n. 206 del 1976. Successivamente, nella sentenza n. 168 del 1991, ha affermato che ad essa - nonostante sia un organo avverso le cui decisioni non è ammessa impugnazione ex art. 137 Cost. - spettava la "facoltà" di avvalersi del rinvio pregiudiziale, senza però ricorrervi nel caso di specie.

⁷⁵ Corte cost., ord. n. 536 del 1995.

⁷⁶ Per un approfondimento sull'importanza dell'eterocontrollo affidato alle Corti costituzionali, quale «valvola di salvezza del principio democratico», con particolare riguardo alle delicate ponderazioni tra libertà e sicurezza, cfr. M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal "diritto alla sicurezza" alla "sicurezza dei diritti"*, Napoli, 2012, 118 s.

⁷⁷ Secondo la nota espressione di M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955.

⁷⁸ Come, d'altar parte, fortemente auspicato da M. CARTABIA-A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, cit., 4504, ove si criticava il processo di auto-esclusione della Corte costituzionale nella consapevolezza che, con tale atteggiamento, il giudice cercando «di riservarsi la possibilità di intervenire dopo la Corte di giustizia, in nome (...) di un "diritto all'ultima parola"» avrebbe rischiato «di... rimanere muta per sempre».

⁷⁹ Secondo la nota espressione di H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della Costituzione (1930-31)*, in *Id.*, *La giustizia costituzionale*, a cura di A. Geraci, Milano, 1981, 277 ss.

⁸⁰ Corte cost., sent. n. 269 del 2017.

particolare, «la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera (...) un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione»⁸¹. In tale contesto, quel che conta non è «chi debba pronunciare la prima parola (...), conta invece un rapporto di apertura reciproca e di confronto tra le Corti, che consenta di individuare una soluzione comune capace di offrire la migliore risposta (...) all'esigenza di tutela dei diritti nel singolo caso concreto»⁸².

Tale orientamento pone fine, dunque, a quel processo di auto-esclusione che, fino a non molto tempo fa, aveva precluso qualsiasi forma di collaborazione e confronto.

Anche in Polonia, più di recente, è stata proprio la mancanza di dialogo, «che ha contrassegnato le prime fasi del processo di transizione politica», a determinare inevitabilmente «un regresso intenzionale dagli strumenti di democrazia diretta», in netta antitesi rispetto a quanto statuito nella Costituzione polacca⁸³. La Carta fondamentale, infatti, in ossequio ai principi della democrazia liberale, riconosce, garantisce e assicura che il funzionamento dello Stato di diritto, ovvero il *modus operandi* degli organi legislativi, esecutivi e giudiziari, nonché la tutela dei diritti umani si sviluppino attraverso un proficuo dialogo, unico strumento che consente di raggiungere quel difficile e delicato equilibrio tra libertà, eguaglianza e giustizia sociale⁸⁴. L'erosione dell'identità costituzionale conseguente alle modifiche legislative e imputabile alla mancanza di dialogo non può non incidere sull'identità europea, pregiudicandola. Ecco allora l'importanza dello strumento dialogico attivato mediante il rinvio pregiudiziale, imprescindibile e prezioso strumento di cooperazione che consente alla Corte di giustizia di intervenire sullo *status*, sui poteri e sulle funzioni dei giudici polacchi, quali giudici dell'Unione, a tutela dei valori europei e dell'identità assiologica dell'Unione.

D'altra parte, in un ordinamento integrato, multilivello, composito, in cui gli attori, ovvero istituzioni europee, Stati membri e singoli cittadini, sono portatori di diversi e spesso eterogenei, se non contrapposti, interessi, in cui i rapporti possono divenire complicati, conflittuali, difficili, il «segreto» per la tenuta del sistema democratico, secondo la concezione platonica del «giusto», in base alla quale «ognuna delle parti di cui è composto il corpo sociale deve svolgere la funzione che le è propria»⁸⁵, sta nel *dialogo*, ovvero in quel rapporto di interrelazione interna, di funzionalità reciproca che mira a garantire l'«integrità» del diritto⁸⁶, cioè che consente di porre le leggi in modo imparziale, di applicarle in modo ragionevole, di garantirne l'operatività in modo effettivo. Il dialogo, «in senso ampio» e, nella misura del possibile, «a tutti i costi»⁸⁷ è dunque indispensabile per garantire coerenza, stabilità, equilibrio, per amalgamare i valori costituzionali degli Stati membri, contribuendo alla costruzione di un patrimonio costituzionale comune e assicurare quindi che, attraverso quel nesso di complementarità comunicativa tra politica e diritto, *ius* e *iustitia*, bisogno e interesse, separazione dei poteri e garanzia dei diritti, venga salvaguardata l'essenza del costituzionalismo.

⁸¹ Corte cost., sent. n. 20 del 2019.

⁸² In tal senso, cfr. F. DONATI, *La tutela dei diritti tra ordinamento interno ed ordinamento dell'Unione europea*, cit., 284.

⁸³ Così, R. PIOTROWSKI, *L'indipendenza della magistratura e la democrazia costituzionale. Rivisitazione dell'esperienza attuale della Polonia*, in AA. VV., *Corti europee e democrazia*, cit., 96 ss.

⁸⁴ Per tale orientamento, R. PIOTROWSKI, *L'indipendenza della magistratura e la democrazia costituzionale. Rivisitazione dell'esperienza attuale della Polonia*, cit., 96 ss.

⁸⁵ Così, N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990 (ristampa, 2019), 59 s.

⁸⁶ Sull'«idea del diritto come integrità», al fine di spiegare l'esigenza cui mira l'ordinamento, ovvero «l'esigenza della coerenza tra i principi nelle decisioni legislative, come in quelle giudiziarie», alla luce della costruzione dworkiniana, cfr. G. COGLIANDRO, *Rule of law. La possibilità del contenuto morale del diritto*, cit., 206.

⁸⁷ In tal senso, cfr. B. NASCIBENE, *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi posti dal Trattato UE*, in *EuroJus.it* (<http://www.eurojus.it/>) (24.102017), 7.

Il sogno dello stato di diritto, dello «stato dei cittadini»⁸⁸ insomma, «un sogno antico quanto il pensiero politico»⁸⁹, che «rovescia completamente il senso del tempo» perché, volto a realizzare un'effettiva tutela dei diritti dell'uomo «al di sopra dei singoli stati», si proietta costantemente in ogni epoca come «ideale» da raggiungere, «il cui avvento non può essere oggetto di una previsione (...) ma soltanto di un presagio»⁹⁰.

Consulta Online

⁸⁸ Così, N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 60.

⁸⁹ Così, R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004, 7 s.

⁹⁰ In tal senso, cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 266, ove si legge che l'ideale da raggiungere, fatto di tre elementi concatenati e sinergici – diritti dell'uomo, democrazia, pace – «può essere oggetto soltanto di un impegno» che si sostanzia, secondo l'insegnamento Kantiano, in «giusti concetti, una grande esperienza, e soprattutto molta buona volontà».

ANTONINO SPADARO (*)

L'Unione Europea a una svolta: *welfare sociale* o *know how militare*?

SOMMARIO: 1. *Premessa*. – 2. Il paradosso dei c.d. *diritti sociali* in Europa, fra iper-tutela teorica... – 3. (*segue*): e crisi profonda nella concreta attuazione degli stessi. – 4. Necessità di accettare la sfida in un tempo di “cambiamenti” accelerati e straordinari. – 5. Il PEDS (Pilastro Europeo dei Diritti Sociali) come risposta parziale e inadeguata. – 6. La «road map» (molto ipotetica) dell'Europa sociale. – 7. La svolta dell'UE: *welfare sociale* o *know how militare*? – 8. *Rebus sic stantibus*, che fare? – 9. Conclusioni: “più” risorse UE, “meno” disinformazione e “meno” *club* europei.

1. *Premessa*.

Svolgerò qui solo pochissime osservazioni sul *welfare* europeo e segnatamente sul c.d. PEDS, che esaminerò – dopo una breve sintesi delle tesi scettiche in materia, cui aderisco – secondo una particolare prospettiva, forse inconsueta negli studi costituzionalistici e giuslavoristici (ma non in quelli internazionalistici). Credo, infatti, che l'Unione Europea si trovi in un momento storico di “svolta” per l'evidente necessità che essa ha di riformare le sue istituzioni non solo, come da sempre si dice, in senso più democratico e federale. Occorre anche che l'Unione decida con chiarezza qual è la sua “visione” ideale del mondo, il suo reale progetto di sviluppo di lungo periodo, indicando gli obiettivi effettivamente prioritari della sua politica, perché proprio da questo dipenderà il suo futuro, anzi la sua stessa esistenza: dai concreti indirizzi politico-economici, ma pure strategici e geopolitici, che essa nei prossimi mesi ed anni adotterà.

Poiché, come ricorda M. Weber, gli scienziati sociali – dunque anche i giuristi, come chi scrive – non sono profeti, non posso certo prevedere alcunché¹, ma posso segnalare qui una certa ambiguità/incertezza, se non contraddizione, delle attuali politiche comunitarie, sperando in un cambiamento.

Naturalmente non mi sfuggono le molte e divergenti implicazioni connesse ai temi esaminati e la necessità di un sano realismo nell'individuazione delle possibili soluzioni. Chi scrive, dunque, non è mosso nell'analisi da un approccio semplicisticamente ideale, e men che meno demagogico, ma solo dalla speranza che il modello “politico e sociale” europeo², in fondo ancora tutto da costruire, sia profondamente diverso da quello attualmente prevalente nelle organizzazioni statuali e federali del mondo, largamente caratterizzate da logiche (economiche) di mero mercato e (politiche) di pura potenza.

2. *Il paradosso dei c.d. diritti sociali in Europa, fra iper-tutela teorica...*

Com'è noto, l'Europa è stata la culla di buona parte dei diritti fondamentali, dunque anche dei c.d. diritti sociali. Naturalmente la loro concreta tutela cambia profondamente da Paese a Paese, ma è nel Vecchio Continente che nasce il *welfare* e lo Stato costituzionale come Stato “sociale”. Anche per questo l'Europa attrae, come confermano gli imponenti flussi migratori che la riguardano,

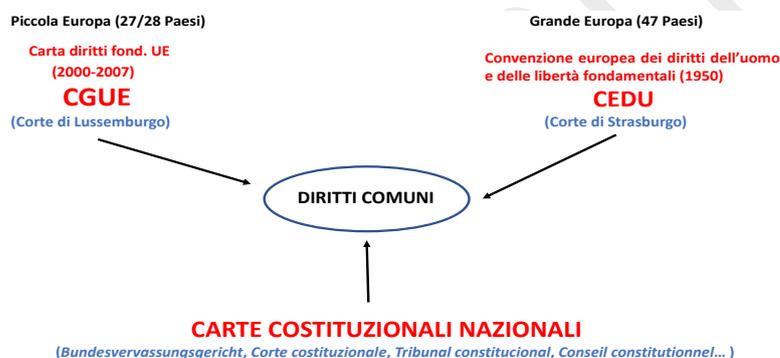
*Prof. Ordinario di Diritto costituzionale, Università degli studi *Mediterranea* di Reggio Calabria

¹ Cfr. M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf* (1919), trad. it. Torino 1980, 29, 34 s., 38.

² Cfr. M. D'ANGELOSANTE, *Il Modello Sociale Europeo di fronte alla crisi finanziaria e del processo di integrazione eurounitaria: significato, potenzialità e limiti del Pilastro Europeo dei Diritti Sociali*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it) (14 dicembre 2018).

visti i suoi modelli sociali e la qualità media della vita, caratterizzata da tutele e garanzie (assenti in altre parti del mondo) in materia di istruzione, sanità pubblica, previdenza e assistenza, sviluppo sostenibile, rispetto dell'ambiente, diritti sindacali, ecc. In breve, l'Europa – sia la grande (47 Paesi, con la CEDU), sia la piccola (UE 27 Paesi, senza UK, con la CDFUE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*: Nizza-Lisbona, 2000-2007) – è senz'altro la "patria" dei diritti. Non mancano, anzi abbondano, le dichiarazioni/declamazioni. In particolare, sono riconosciute dagli Stati europei alcune Carte dei diritti sociali: le *Convenzioni dell'OIL* (Organizzazione Internazionale del Lavoro, dal 1919 ai nostri giorni); la *Carta Sociale Europea* (1961, aggiornata nel 1996) che integra le indicazioni della CEDU, grazie alle coraggiose decisioni del CEDS (Comitato Europeo dei Diritti Sociali); la *CCDSFL* (Carta Comunitaria dei Diritti Sociali Fondamentali dei Lavoratori, 1989, non accettata dal Regno Unito).

Paradossalmente nella c.d. grande Europa – almeno *in via teorica* (si pensi a quel che invece accade in Russia, Bielorussia, Turchia...: Paesi che potrebbero essere definiti "democrature") – esiste addirittura un "surplus di tutela", al punto che alcuni diritti sono tutelati contemporaneamente dalle Carte costituzionali nazionali, dalla Carta di Nizza e dalla Cedu, come mostra il seguente schema:



Esiste, inoltre, un'importante *tutela multilivello* dei diritti che garantisce le eventuali "migliori" protezioni degli stessi, attraverso il meccanismo – ben noto – dell'applicazione della "norma più favorevole" (*favor libertatis*), come riconosciuto dalle normative vigenti CEDU, CSE, CDFUE³. Insomma, con le eccezioni ricordate, il quadro complessivo di riconoscimento dei diritti, anche sociali, "parrebbe" soddisfacente.

³ Che, per comodità, di seguito riporto. Art. 53 CEDU: «Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da *limitare o pregiudicare* i Diritti dell'Uomo e le Libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte Contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi». Art. H CSE: «Le disposizioni della presente Carta *non pregiudicano* le norme di diritto interno e dei trattati, convenzioni o accordi bilaterali o multilaterali che sono o che entreranno in vigore e che potrebbero esser *più favorevoli* per le persone tutelate». Art. 52, n. 3, CDFUE: «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono eguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. *La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa*». Art. 53 CDFUE: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come *limitativa o lesiva* dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle Costituzioni degli Stati membri». Art. 54 CDFUE: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta».

3. (segue): e crisi profonda nella concreta attuazione degli stessi.

In realtà, come tutti sappiamo, la situazione teoricamente “idillica” (o quasi) prima descritta è *in realtà* ben diversa, proprio in materia di diritti sociali. L'elenco delle inattuazioni e delle carenze sarebbe lunghissimo.

Innanzitutto, in Europa «tutti» i diritti sono riconosciuti, ma corrono a due velocità. Non tanto perché ci sono grandi differenze di *welfare* fra Paesi più ricchi (Svezia, Germania, Francia...) e Paesi ancora relativamente poveri (Grecia, Romania...) – il che è evidente – ma quanto perché i diritti civili (riunione, associazione, religione, ecc.) e politici (libertà politiche, voto, ecc.) sono in gran parte attuati e tutelati, mentre i diritti sociali vengono spesso solo declamati e comunque trascurati, perché (anche se, in realtà, tutti i diritti “costano”) essi esigono una forte «prestazione» attiva dello Stato e, quindi, generano seri problemi di «sostenibilità» finanziaria, richiedendo una rigorosa analisi economica del diritto «nel tempo»⁴. Inoltre – di fronte alla grave crisi economica degli anni 2008-2016, da cui sembrava che avessimo iniziato ad uscire – in buona parte d'Europa e del mondo i Governi hanno fatto prevalere un'equazione discutibile e semplicistica, secondo cui «meno espansione del ciclo economico = più austerità di bilancio e meno diritti sociali (e viceversa)», che ha portato a una devastante *deminutio* dei diritti sociali in molti Paesi (Grecia *docet*). Ma la giusta «riduzione degli sprechi» non può significare, e tradursi semplicisticamente, in «taglio automatico» del *welfare*. L'equazione ricordata non ha alcuna base scientifica, perché la minor tutela dei diritti sociali in una fase recessiva dell'economia è invece una precisa scelta “politica”: tagliare le spese sui diritti sociali, piuttosto che reali sprechi e spese superflue in altri settori, non è un fatto automatico, ma appunto è una scelta. Scelta cui – come si vedrà: cfr. § 7 – oggi si trova di fronte anche l'Unione Europea, sia pure ovviamente in un contesto storico, politico ed economico-finanziario diverso.

Se si prendono in esame anche i fattori negativi ricordati, la creazione di un vero *welfare multilivello* europeo appare assai ardua. Ed anche in questo caso l'elenco delle carenze, il *cahier de doléances*, sarebbe lungo.

Come dimenticare, fra l'altro, le proposte della Commissione Ue (di revisione del reg. n 883/2004), per cui se una persona è povera-indigente nemmeno ha il diritto di circolazione e stabilimento nell'UE (violando così gli artt. 21 TFUE e 45 Carta Nizza)? Ma soprattutto la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE ha mostrato, non sempre⁵ ma spesso, di privilegiare la dimensione economica dell'UE, sminuendo – nel bilanciamento – il peso dei *diritti sociali* rispetto alle libertà economiche. L'UE ha dato la precedenza alla libera concorrenza e all'«integrazione dei mercati» di beni, servizi e capitali: sono ben note e ultra-commentate dalla dottrina le *decisioni Viking, Laval, Ruffert, Commissione c. Lussemburgo e Commissione c. Germania*⁶. Spesso Corti nazionali e Corte di Giustizia sembrano dialogare «in lingue diverse»⁷, al punto che qualcuno

⁴ Cfr., per tutti, L. JMENA QUESADA, *Social Rights and Policies in the European Union. New Challenges in a context of economic crisis*, Valencia, 2016. Ma, per ulteriori indicazioni bibl., cfr. pure, fra gli altri: A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 4/2011; Id., *La crisi, i diritti sociali e le risposte dell'Europa*, in AA.VV., *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, a cura di e B. CARUSO e G. FONTANA, Bologna, 2015, 15 ss.; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2013.

⁵ Quale eccezione si pensi, per esempio e da ultimo, al principio di tutela retribuita delle ferie annuali: cfr. Corte di giustizia (Grande Sezione), 6 novembre 2018, *Max Planck*, C-684/16, su cui v'è già una discreta dottrina.

⁶ Cfr. CGUE (Grande sezione), 11 dicembre 2007, C-438/05; CGUE (Grande sezione), 18 settembre 2007, C-341/05; CGUE (Seconda sezione), 3 aprile 2008, C-346/06; CGUE (Grande sezione), 15 luglio 2010, C-271/08. La dottrina sul punto è ormai enorme e non occorre richiamarla.

⁷ Cfr. A. DURANTE, *I diritti sindacali nel circuito giurisdizionale multilivello. Un dialogo in lingue diverse*, in AA.VV., *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, cit., 229 ss. Un utilissimo contributo più in generale sul punto sono ora i volumi

addirittura mette in dubbio che – in materia di diritti sociali – si possa parlare di «tradizioni costituzionali comuni» europee⁸.

In realtà, sembra di potersi cogliere un più generale regresso, dal punto di vista dei classici diritti dei lavoratori. In Italia, ma non solo, siamo al punto che «si *ipotizza*» di mettere un «braccialetto elettronico» o «*chips sottocutanei*» ai lavoratori dipendenti per controllarli.

Infine, la situazione è aggravata da:

a) una continua politica di restrizione fin troppo rigorosa dell'UE in materia di pareggio di bilancio, che certo non ha aiutato (almeno nei Paesi più deboli, ossia con alto tasso di debito pubblico, come l'Italia, ma non solo) una solida ripresa economica;

b) un contesto internazionale confuso: minacciosi echi del drammatico precedente del *default* greco, una tormentata *Brexit* in corso, l'affermarsi di pericolosi populismi sovranisti a dir poco euroscettici⁹, l'emergere della Cina come nuova grande potenza (non solo economica) globale, un rinnovato protezionismo USA di Trump che ha generato una guerra commerciale mondiale, ecc.;

c) il doppio effetto «sociale» della crescita dell'invecchiamento (nel 2060 il 30 % della popolazione UE sarà di *over 65* anni) e insieme di giovani *Neet*, che non lavorano e non studiano: *not (engaged) in education, employment or training*.

In un contesto così ostile, confuso ed in continua evoluzione/involuzione, aumentano vertiginosamente le disuguaglianze e cresce lo scarto fra i molti diritti sociali “declamati” e i pochi effettivamente “riconosciuti” e integralmente “attuati”. Naturalmente la questione epocale della *giustizia sociale* non solo va oltre gli Stati nazionali, ma trascende persino gli stessi confini europei che delimitano la presente breve indagine¹⁰.

4. *Necessità di accettare la sfida in un tempo di “cambiamenti” accelerati e straordinari.*

È evidente che il mondo è cambiato e soprattutto che sta cambiando con un'accelerazione sconvolgente, che ha radicalmente mutato in particolare i rapporti di lavoro, per cui non si può pretendere oggi di applicare *tout court* le categorie classiche della solidarietà e del *welfare* del secolo scorso. Riporto solo qualche esempio dei vertiginosi cambiamenti in atto:

- *I dieci lavori più richiesti nel 2010 non esistevano ancora nel 2004 (e lo stesso trend sembra caratterizzare il periodo fra il 2019-2010);*
- *La radio ha impiegato 38 anni a raggiungere i 50 milioni di utenti, la televisione 13, il Web 4 e Facebook 2;*
- *Un singolo inserto del «New York Times» contiene più informazioni di quanto una persona vissuta nel XVIII secolo potesse arrivare a conoscere in tutta la sua vita;*
- *Il numero di dati generati oggi in un anno è maggiore rispetto a quello dei 5000 anni precedenti;*

di S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” fra le Corti*, Napoli, 2018 e B. BRANCATI, *Tra diritti sociali e crisi economica. Un equilibrio difficile per le Corti costituzionali*, Pisa, 2018.

⁸ Cfr. S. GAMBINO, *Statuto costituzionale e statuto europolitano dei diritti fondamentali sociali*, in *Lo Stato*, n. 12/2019, 1 ss., ma v. pure ID., *Costituzione, integrazione europea e crisi economica: presente e futuro dei diritti sociali*, in *Il Mulino*, n. 1/2019, 57 ss.

⁹ Se si vuole, fra i molti, cfr. A. Spadaro, *Costituzionalismo versus populismo (Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali (www.forumcostituzionale.it)*, ottobre 2009 e Id., *Dalla crisi istituzionale al governo Conte: la saggezza del Capo dello Stato come freno al “populismo sovranista”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali (www.forumcostituzionale.it)*, 1° giugno 2018.

¹⁰ Per un'estensione della problematica sia consentito il rinvio, fra gli altri, ad A. SPADARO, *Dai diritti “individuali” ai doveri “globali”*. *La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli, 2005.

- Si percepisce l'insufficienza dell'idea della «crescita illimitata» fondata sul PIL (Prodotto Interno Lordo) e si cerca di tener conto dello «sviluppo sostenibile» e del BES (Benessere Equo Sostenibile);

- La quantità di nuove informazioni tecnologiche raddoppia ogni due anni. La metà di quello che gli studenti di un corso di laurea tecnico avranno imparato al primo anno accademico sarà obsoleto al terzo;

- Le nuove tecnologie (informatica, robotica...) ridurranno la forza lavoro, ma ci saranno nuovi lavori e presumibilmente, in genere il lavoro sarà meno faticoso;

- Cresce e si diffonde la possibilità del «lavoro a distanza» o «da casa»;

- Aumenta anche il c.d. smart-working ed il co-working (non solo condivisione di spazi per lavori diversi, ma lavoro di gruppo, condivisione del tempo libero, collaborazione invece di competizione, conoscenze condivise, stile informale, ecc.), che si diffonde in tutto il mondo con positive interazioni anche fra co-working e mondo accademico¹¹.

Non si possono ignorare questi (ed altri) dati, che hanno stravolto, e cambieranno sempre di più, la vita di tutti noi. Bisogna invece accettare la sfida dei mutamenti generati dalla straordinaria accelerazione dei processi in atto, cercando di conservare il meglio dello Stato sociale, consapevoli che tutto non è, né può essere, più come nell'immediato secondo dopoguerra, per stringenti ragioni politiche, economiche, culturali e persino antropologiche: i cambiamenti sono stati e sono, infatti, molto più profondi e radicali di quanto non sempre si percepisca. È cambiata l'impresa, è cambiato il lavoro ed il modo di "intendere" il lavoro, è cambiato l'*homo faber*.

5. Il PEDS (Pilastro Europeo dei Diritti Sociali) come risposta parziale e inadeguata.

Come si sa, il PEDS (Pilastro Europeo dei Diritti Sociali) è un'iniziativa lanciata nel settembre 2015 dall'allora Presidente della Commissione UE, Jean Claude Juncker, nel suo discorso annuale sullo «stato dell'Unione», e poi solennemente proclamato a Göteborg, in Svezia, in forma interistituzionale (Parlamento, Consiglio e Commissione), il 17 novembre 2017.

L'atto contiene 20 principi e diritti sociali fondamentali, riservati – su 27/28 Paesi UE – a 19 Stati membri U.E.M. (circa 340 milioni di persone) o di Paesi terzi regolarmente residenti nei 19 Paesi dell'Unione Economico Monetaria.

Ovviamente non si può, né si vuole, qui entrare nel dettaglio delle singole disposizioni, per altro abbondantemente e puntualmente esaminate dalla dottrina (costituzionalistica, ma soprattutto giuslavoristica).

Basti solo ricordare che il PEDS mira a fungere da semplice "guida" per realizzare risultati sociali e occupazionali efficaci e non rimette in discussione le politiche sociali dei singoli Stati, né tantomeno pretende di incidere sull'equilibrio finanziario degli Stati stessi. Il PEDS, infatti, non comporta un ampliamento delle competenze e dei compiti dell'Unione conferiti dai trattati e dovrebbe essere attuato entro i limiti di tali poteri, aggiungendo pochi nuovi principi, limitandosi per lo più a ribadire diritti già presenti nell'*acquis* dell'Unione.

Si tratta essenzialmente di "promesse" perché, affinché i principi e i diritti siano giuridicamente vincolanti, è *prima* necessario adottare misure specifiche o atti normativi al livello appropriato. L'orientamento di massima sembra quello di equiparare lavoratori e datori di lavoro (è garantita ai datori di lavoro la necessaria *flessibilità*; l'imprenditorialità e il lavoro autonomo sono *incoraggiati*; è agevolata la *mobilità* professionale, ecc.).

¹¹ Ho colto buona parte di questi spunti da www.barbiana20.unirc.it. In questa prospettiva, indicazioni, fra gli altri, già in A. TOFFLER, *Lo choc del futuro* (1970), Milano, 1988.

Naturalmente non si negano alcuni aspetti positivi: migliore formulazione di alcuni diritti sociali preesistenti; comunicazioni digitali; reddito minimo garantito per chi non disponga di risorse sufficienti; esplicitazione di alcuni nuovi diritti (riequilibrio fra vita professionale e familiare, congedi parentali e per prestazioni di assistenza...). Soprattutto il pilastro europeo dei diritti sociali non impedisce agli Stati membri o alle parti sociali di stabilire norme sociali *più ambiziose* (n. 16 preambolo), si spera a favore dei lavoratori, e costituisce un primo passo di un più ampio percorso (“*Roadmap*”) di trasformazione dell’UE.

Ma le perplessità e i dubbi sull’effettiva bontà dell’istituzione di questo nuovo “pilastro” UE restano e sono stati abbondantemente rilevati in dottrina. Il PEDS: appare espressione di una cultura dominante, o *denkform*, dell’attuale neo-liberismo progressista (o *advanced liberalism*)¹², con tendenze protezionistiche e nazionalistiche, talvolta con punte di xenofobia; individua la semplice «giustizia di accesso» (al mercato del lavoro), non alla «giustizia sociale» (distributiva)¹³; fissa il «lavoro precario» come regola tendenziale, nel quadro della c.d. «flexicurity»¹⁴, ossia di un’occupazione insieme «flessibile e sicura» (ma non si tratta di un ossimoro?); si colloca nel quadro della c.d. «solidarietà competitiva»¹⁵ (altro ossimoro?); sembra un «vacuo esercizio cartaceo e burocratico» degli eurocrati¹⁶, un semplice «atto di *soft law*», espressione di «impotenza dell’Europa sociale», un «mero esercizio tecnocratico», che – non avendo il valore costituzionale che invece possiede la CDFUE – addirittura appare un «non evento», con effetto di «de-costituzionalizzazione dei diritti sociali»¹⁷.

Senza arrivare a condividere quest’ultima affermazione, certo eccessiva, e senza escludere “a priori” la sostenibilità dei diritti sociali in Europa¹⁸, è difficile negare la serietà e la sostanziale fondatezza delle critiche, pur severe, che giustamente collocano il PEDS nel quadro di una cultura dei diritti del lavoro dipendente fortemente indebolita, a tutto vantaggio del lavoro autonomo e imprenditoriale, che ha ben poco di innovativo rispetto a quanto già previsto dalle carte esistenti sui diritti sociali. Ne discende – insieme agli altri dati fugacemente richiamati (cfr. la giurisprudenza della CGUE e il § 3) – non tanto una crisi del *welfare* nei singoli Stati (che invece e fortunatamente in qualche caso sostanzialmente “tiene”)¹⁹, ma di un minimo di buon “*welfare* europeo comune” ai 27/28 Paesi UE, obiettivo che invece dovrebbe esser prioritario nella prospettiva di creare “consenso sociale” intorno all’incremento del processo di integrazione dell’Unione, riducendo così le distanze, al momento purtroppo crescenti, fra istituzioni comunitarie e popoli europei.

Ad ogni modo, nonostante tutte le critiche e riserve prima espresse, il PEDS ha quantomeno il pregio – con le sue bellissime enunciazioni (declamazioni?) di principio – di mantenere viva nell’UE la speranza di un’attuazione futura dei diritti sociali.

¹² Cfr. N. FRASER, *Il neoliberalismo progressista contro il populismo reazionario: una scelta di Hobson*, in AA.Vv., *La grande regressione. Quindici intellettuali spiegano la crisi del nostro tempo*, a cura di H. Geiselberg, Milano 2017.

¹³ Cfr. S. GIUBBONI, *L’insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Pol. dir.*, n. 4/2018, spec. 565 ss.

¹⁴ Cfr. già S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quad. cost.*, n. 4/2017, 953 ss.

¹⁵ Cfr. W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e mercato*, n. 1/2000.

¹⁶ Cfr. N. MACCABIANI, *Verso una nuova «sensibilità sociale» nell’Unione economico-monetaria*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 2/2016

¹⁷ Cfr. S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti*, cit.; ma anche Id., *Un nuovo pilastro europeo per i diritti sociali? Due critiche – di metodo e di merito – al social pillar di Göteborg*, in *Il menabò*, n. 77/2018; Id., *La solidarietà come «scudo». Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quad. cost.*, n. 3/2018, 591 ss.

¹⁸ Cfr. J. LUTHER, *I diritti umani sociali non sono insostenibili nell’Unione Europea*, in *Lex social. Revista jurídica de los derechos sociales*, n. 2/2018, 106 ss.

¹⁹ Come a ragione ricorda S. GIUBBONI (*Diritto del lavoro europeo. Un’introduzione critica*, Padova, 2017, 5), quando sottolinea la coesistenza, in Europa, di Stati con un capitalismo *welfarista* e Stati costretti invece a subire un capitalismo neo-liberista senza quasi *welfare*.

6. La «road map» (molto ipotetica) dell'Europa sociale.

Per conseguire gli obiettivi (teorici e non particolarmente innovativi) del PEDS, e dunque un dignitoso *welfare* europeo comune, esiste un'ipotetica *road map*, un percorso segnato da seguire.

Com'è noto, la *task force* di alto livello – presieduta da Romano Prodi e Christian Sautter – sugli investimenti in infrastrutture sociali in Europa ha riconosciuto che servono 100 (se non 150 miliardi) di euro l'anno per istruzione, sanità, ERS (Edilizia Residenziale Sociale). Inoltre, ha ammesso che, vista l'entità delle risorse necessarie per costruire scuole, ospedali e case – per tutti e a buon prezzo – bisogna cercare di coinvolgere capitali privati (prestiti, garanzie...) ²⁰.

Perciò, la tabella di marcia «ipotizza» nel 2022 il lancio di una *European Social Infrastructure Agenda*, cui «dovrebbe» far seguito un nuovo *Public-Private Fund for Social Investment*.

Ma purtroppo:

a) la *Brexit* ha ridotto le risorse del FERS (*Fondo Europeo di Sviluppo Regionale*) e del FSE (*Fondo Sociale Europeo*);

b) solo il 4 % del EFSI (*European Fund for Strategic Investment*), strumento finanziario del piano Juncker, è stato destinato a finanziamenti per infrastrutture sociali;

c) come subito si dirà nel § che segue, la UE *sembra* privilegiare ben più concreti finanziamenti per la *sicurezza* e la *difesa* comune del Vecchio Continente.

Solo i mesi e gli anni a venire ci diranno se, e quanto, previsto nella *road map* avrà un seguito effettivo. Ma purtroppo già alcuni fatti, di cui subito si dirà, non lasciano ben sperare per il destino del PEDS e di un minimo significativo di “*welfare* europeo comune”.

7. La svolta dell'UE: welfare sociale o know how militare?

Com'è noto, il presidente americano D. Trump si è lamentato con gran parte dei partner europei della NATO perché assumono pochi impegni militari e non spendono abbastanza per la difesa. A tal fine, ha invocato il raggiungimento, per ciascun Paese, della soglia minima del 2% del Pil destinato alle spese militari.

In realtà, i singoli Stati – al di là delle discutibili statistiche in percentuale sul Pil – spendono cifre non insignificanti in materia. Soprattutto l'Europa – e mi riferisco qui ai Paesi membri dell'UE ²¹ – non è affatto “ferma” in materia di difesa. Benché l'attuale Presidente della Commissione europea Ursula von Der Leyen abbia dichiarato che «l'Unione Europea non sarà mai un'alleanza militare», la stessa ha pure espressamente riconosciuto che gli Stati membri sono consapevoli «dell'importanza di una gestione comune delle loro forze militari». Si può ragionevolmente leggere la dichiarazione nel senso che l'UE non pretende di sostituirsi alla NATO, ma deve comunque tutelare i suoi interessi geo-politici (n.b.: ed economici) in materia militare.

Ad ogni modo, da qualche anno l'UE è particolarmente attiva in materia di difesa sia sul piano *politico* che *finanziario*.

²⁰ Sul punto v. spec. R. PRODI - F. REVIGLIO, *Un New Deal per l'Europa. Rilanciare le infrastrutture sociali*, in *Rivista di Politiche sociali*, n. 1/2019, 165 ss. Ma, fra gli altri, già O. FONTANA, *Investire nelle infrastrutture sociali dell'UE: passare dai principi all'azione*, in *Commenti (online)* del Centro studi sul federalismo, n. 125, 5 febbraio 2018.

²¹ Ricordo che la NATO è un'organizzazione internazionale difensiva che si è estesa territorialmente nel corso del tempo, comprendendo ormai ben 29 Paesi anche non europei. Degli attuali 28 Paesi membri dell'Unione Europea (compreso UK), 4 non fanno parte della Nato (Austria, Irlanda, Finlandia, Svezia). Altri 5 Paesi europei, ancora non appartenenti all'UE, hanno chiesto di entrare nella NATO: Bosnia-Erzegovina, Macedonia del Nord, Georgia, Serbia, Ucraina.

Sul piano politico, già esiste la PSDC (politica di sicurezza e difesa comune), a sua volta parte integrante della PESC (politica estera e di sicurezza comune), disciplinata dagli artt. 36, 41-46, del TUE, più protocolli 1/10/11 e dichiarazioni nn. 13 e 14²². Ma la fragilità, quasi immobilismo, della connessa PESCO (Cooperazione Strutturata Permanente nel settore della Difesa)²³, anch'essa prevista dai Trattati dell'Unione Europea, ha indotto il presidente della Repubblica francese E. Macron a istituire il 25 giugno 2018 un ente (apparentemente di ausilio sia alla PESCO che alla NATO), allo scopo di favorire una rapida "forza d'intervento comune": l'EI2 (*European Intervention Initiative*), cui aderiscono 13 Paesi UE (compresi UK e, da poco, l'Italia)²⁴. In ogni caso, è emblematico che la Commissione europea abbia fatto la proposta di introdurre il voto a maggioranza – utilizzando la procedura cosiddetta della "passerella" (si decide all'unanimità di passare al voto a maggioranza) – in alcuni settori della politica estera: protezione diritti umani, sanzioni a Paesi terzi e missioni civili nel quadro della politica di difesa e di sicurezza comune²⁵. L'attivismo militare dell'UE, per quanto per ora solo *in nuce*, non va sottovalutato e potrebbe rappresentare, mi pare, la prova di una svolta: un segno deciso di un nuovo indirizzo politico UE.

Sul piano finanziario, l'UE prima ha stanziato 90 milioni di euro per la *Preparatory Action* per la ricerca militare pura, poi ben 500 milioni di euro per il c.d. *sviluppo capacitivo militare* e ora – nel prossimo bilancio settennale 2012-2027 – farà partire l'EDF (*European Defence Fund*) per il quale sono stati stanziati cifre di tutto rispetto: 13 miliardi di euro (4,1 miliardi per il finanziamento di progetti di ricerca e 8,9 miliardi per lo sviluppo capacitivo: messa a punto di prototipi, ecc.). A tale finanziamento settennale vanno aggiunti 6,5 miliardi per la mobilità militare (strade, trasporti, ecc.). Insomma, si veleggia sull'imponente cifra di 20 miliardi di euro, per accedere ai quali occorre l'adesione ad iniziative di ricerca e produzione militare da parte di almeno 3 Paesi UE (ciò evidentemente per evitare che il direttorio franco-tedesco faccia la parte del leone nell'accesso ai fondi)²⁶.

In questo contesto, sono anche comprensibili le resistenze e perplessità degli statunitensi sia sull'EI2 (*European Intervention Initiative*) sia sull'EDF (*European Defence Fund*), non solo perché iniziative parallele a quelle della NATO (a guida Usa), ma soprattutto perché di fatto escludenti le aziende americane. Va rimarcato, infine, che cifre già così imponenti (20 miliardi di euro) sono facilmente destinate a raddoppiarsi, in quanto al momento sono solo prodromiche a quelle successive, non meno cospicue, di "acquisto" – da parte degli Stati beneficiari dei finanziamenti – del materiale bellico frutto della ricerca militare promossa.

Il non facile clima internazionale e la critica situazione geopolitica – soprattutto nel bacino del Mediterraneo (Libia, Libano, Israele...) e nell'Europa orientale (Ucraina, Kosovo...) – possono aver

²² Sul punto cfr., fra i tanti, G. FIENGO, *Pesc e Psdc: quale ruolo per il Consiglio europeo?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 5 dicembre 2018.

²³ In realtà, si tratta di un immobilismo relativo: ricordo l'esistenza di ben 47 progetti PESCO avviati, per i quali, per altro, non occorre l'adesione di tre Paesi UE, bastandone due.

²⁴ Non deve stupire l'iniziativa di E. Macron, visto che – se UK esce dall'UE – la Francia resta l'unica potenza nucleare europea. E appena il caso di ricordare che: a) proprio U. von Der Leyen, quand'era ministro della difesa tedesco, aveva dichiarato l'ambizione della Germania, Paese economicamente dominante nel Vecchio Continente, a "guidare" l'Europa; b) il peso di UK, a causa della *Brexit* in corso e degli storici legami inglesi con l'ex colonia americana, sembra comunque destinato ad eclissarsi in Europa.

²⁵ Cfr. D. MORO, *PESC: i passi che deve compiere l'europeista Macron*, in *Commenti*, al sito *Centro studi sul federalismo* (<http://www.csfederalismo.it/>), n. 146, 3 aprile 2019.

²⁶ Qualcuno sospetta che l'EDF sia lo strumento con cui Francia e Germania intendono finanziare le proprie imprese di settore, impegnate (insieme alla Spagna...terzo Stato) nella progettazione, fra l'altro, di un futuro caccia aereo di VI generazione (*Fcas*) e di un carro armato europeo avanzato. Ricordo che contemporaneamente, fra l'altro, anche UK, Svezia e Italia mirano a progettare un caccia di VI generazione (*Tempest*) e attingere ai fondi europei. Se UK uscirà dall'UE, cosa succederà? L'UE non finanzia il progetto o si troverà un altro partner, interno ai 27 membri, che confermi l'esistenza di un "trio" e giustifichi l'accesso ai fondi UE?

favorito questa scelta europea di incrementare la ricerca in materia di difesa, ma non va sottovalutato il peso e l'influenza di altri fattori, di natura squisitamente economica. Infatti, siamo ormai, se non di fronte a un "riarmo europeo", a una impreveduta, spettacolare, possibilità di investimento nel settore della difesa per le non poche imprese interessate esistenti nel Vecchio Continente. Per limitarmi all'Italia, ricordo che il ministro della difesa italiana, L. Guerini, il 30 ottobre 2019 ha quantificato il peso del settore in 160.000 addetti (indotto compreso), con un fatturato di ben 14 miliardi di euro, il 70% dei quali generato dall'export²⁷. Si tratta di cifre da capogiro.

Ora, si può comprendere la necessità di garantire l'"indipendenza" militare dell'UE (anche dagli USA) e l'importanza del *know how* tecnologico della ricerca a fini militari, a cui destinare cospicui investimenti produttivi capaci di generare (o comunque mantenere) non pochi posti di lavoro in Europa. Ma è evidente, almeno a chi scrive, che – come si ricordava più in generale (cfr. § 3) – si delinea ormai una precisa "scelta politica" *ben poco coerente* con gli impegni prima enfaticamente assunti, sempre in sede UE, su altri fronti ed in particolare in tema di *Welfare* e di PEDS.

Non penso sia demagogico chiedersi: come giustificare quest'impegno finanziario così gravoso di fronte alla necessità, prima segnalata e non meno impellente, di costruire case popolari, scuole e ospedali, fruibili a tutti i cittadini europei (a maggior ragione delle aree depresse) a prezzi accessibili? Come spiegare all'opinione pubblica dei 27/28 Paesi dell'UE – sempre più in difficoltà economica, nazionalista ed euro-scettica, se non addirittura anti-europeista – questa recente "scelta politica" di finanziamento delle spese militari *comuni* a fronte del pregresso, e ben diverso, impegno volto a garantire un minimo di *welfare State* europeo *comune*? È del tutto plausibile ritenere che "anche" il finanziamento di quest'ultimo tipo di investimenti (*welfare*) sarebbe in grado di generare, a maggior ragione con l'indotto, un significativo *know how* tecnologico e non pochi posti di lavoro. Dunque, è lecito chiedersi dove realmente stia andando l'UE, quale sia "oggi" il vero progetto politico europeo, il *sogno* ideale che insegue l'Unione, ammesso che ne esista uno e sempre che essa non voglia ridursi angustamente ad un ampio "mercato libero della concorrenza"²⁸.

In conclusione, anche i pochi dati da ultimo ricordati sembrano confermare il carattere eminentemente solo declamatorio degli impegni UE a suo tempo assunti sul PEDS. Infatti – viste le (relativamente) poche risorse allo stato disponibili – non è sufficiente che l'Unione Europea immagini e preveda nei suoi documenti ufficiali, come invero ha fatto, uno "sviluppo eco-sostenibile" dei suoi sistemi produttivi, premessa necessaria per un buon *welfare*. Non basta. Probabilmente l'Unione deve scegliere pure, e non *contraddittoriamente*, che "tipo di sviluppo" intende avere, ossia quali politiche industriali favorire e quali settori produttivi intende realmente valorizzare. Scuole, case e ospedali o *know how* militare? Si potrebbe anche dire: entrambi. Ma bisogna fare i conti con la realtà: purtroppo non ci sono sufficienti risorse.

Spesso si dice che l'UE è un gigante economico/commerciale, ma un nano politico-militare. In parte è vero, ma – almeno ad avviso di chi scrive – per essere grande l'Unione Europea non ha bisogno di diventare un "super Stato", né una "potenza militare" e forse nemmeno, come dice Ursula von Der Leyen, «un'alleanza militare».

Purtroppo, al momento il Vecchio Continente produce documenti ufficiali che, con infelice equilibrio, affermano che bisogna valorizzare entrambe le iniziative (*welfare* sociale e *know how* militare), di fatto spartendo le già esigue risorse disponibili.

Se, come pare, si confermerà quest'impostazione ambivalente, probabilmente ciò significherà "tarpate le ali" dell'Europa, far svanire il "sogno" di una società europea competitiva, sì, ma soprattutto solidale, esempio unico per il mondo intero di un'organizzazione cripto-federale

²⁷ Cfr. G. GAIANI, *Export di armi italiane: i sauditi sono più "cattivi" dei turchi?*, in AD (<https://www.analisdifesa.it/>) 31 ottobre 2019.

²⁸ Echi di questa classica problematica che agita soprattutto i federalisti europei, fra gli altri, in G. VACIAGO, *Un'anima per l'Europa*, Bologna, 2014.

credibile e alternativa appunto perché non tanto politico-militare, quanto eminentemente politico-sociale. Significherà – pur nella diversità dei *welfare* europei – svuotare l'idea di un “modello *standard* minimo europeo” di Stato sociale, idea-progetto che invece finora sembrava distinguere il Vecchio Continente dagli Stati Uniti d'America.

8. Rebus sic stantibus, *che fare?*

È giusto chiedersi cosa possano fare l'Italia e l'Unione europea in attesa dell'attuazione del P.E.D.S. o, meglio, in attesa che cambi il clima politico neo-liberista e nazionalista che domina oggi l'Europa.

Quanto all'Italia, confesso di aver sperato nel recente passato che i giudici comuni, in carenza di adeguate discipline nazionali, ricorressero alla Corte costituzionale per violazione della CSE (Carta Sociale Europea), considerando tale documento – e le connesse decisioni del CEDS (Comitato Europeo dei Diritti Sociali) – alla stregua di «parametro interposto» di costituzionalità, per violazione indiretta specialmente degli artt. 11 e 117, l.c., Cost²⁹. Mi sembrava una via più promettente della vaga speranza di un seguito alle declamazioni del PEDS, al momento mero *soft law*. Tale via pareva aperta quando la stessa Corte aveva attribuito, con le famose sentenze gemelle nn. 348-349/2007 e 49/2015³⁰, la natura di «parametro interposto», quindi vincolante, non solo alla CEDU, ma all'interpretazione che della CEDU fa nelle sue decisioni la Corte di Strasburgo, lasciando intendere anche in successive sentenze che il principio valesse per *tutti* i trattati internazionali regolarmente ratificati.

In effetti, la Corte italiana – pur usando *ad adiuvandum*, ossia ad integrazione di altri trattati, la CSE (sent. cost. nn. 183/1968, 183/1983, 30/1990, 86/1994, 46/2000) e pur ammettendo che si deve «tener conto» della CSE (sent. cost. n. 434/2005, 80/2010, 325/2010, 178/2015) – tuttavia ha ora, con sentt. cost. nn. 120-194/2018, largamente vanificato le mie speranze: purtroppo la Consulta continua a considerare la Carta sociale europea, a differenza della CEDU, un trattato internazionale di serie “b” e le decisioni del CEDS come semplici “consigli”. Infatti, le sent. nn. 120-194/2018 riconoscono la natura di “parametro” interposto alla CSE, ma affermano che le decisioni del CEDS «pur nella loro autorevolezza, non vincolano i giudici nell'interpretazione della Carta», specie quando configurino un'estensione della tutela dei diritti (chiaro indice del rifiuto della Consulta di soggiacere a vincoli interpretativi esterni).

Dunque, la strada (da me, come da tanti altri) auspicata, pur in teoria ragionevole, ci è sostanzialmente preclusa.

A questo punto non resta, parrebbe, che affidarsi a un radicale “cambiamento” interno dell'Unione Europea. Ma purtroppo in particolare l'UEM persegue un'*integrazione senza solidarietà*, nell'illusione di una capacità autoregolatrice dei mercati³¹. Invece e in realtà, i 19 Stati che condividono l'euro continuano a *competere*, anche duramente, fra loro, non da ultimo sul piano fiscale. Inoltre, le istituzioni UE – che dovrebbero difendere i diritti sociali – sono ancora poco

²⁹ Cfr. A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile “fredezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), fasc. II/2015, 504 ss. Ma v. pure, fra gli altri, C. PANZERA, *Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della Carta sociale europea*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2017, 29 ss. e B. LIBERALI, *Un nuovo parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale: la Carta Sociale Europea a una svolta?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 13 settembre 2017. Nei lavori citati ulteriore bibl.

³⁰ Sulle c.d. sentenze gemelle esista un'ampia bibliografia. Si rinvia per tutti a AA.VV., *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, a cura di C. Salazar e A. Spadaro, Milano, 2009.

³¹ Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, 2016.

democratiche: «Se brutalmente nell'Unione europea non c'è abbastanza democrazia, come possono esserci diritti sociali?»³². In realtà, al fine della creazione di un effettivo *welfare multilivello* nell'UE non basta l'unione monetaria e nemmeno è sufficiente la creazione di un ministro delle finanze europeo. Occorre – sia pure procedendo per gradi – una *completa integrazione economica, fiscale, finanziaria, politica e sociale*.

Ora, in attesa che l'UE si decida per una svolta politica più chiaramente federale e dia concreta attuazione al P.E.D.S., bisognerebbe che l'UE:

a) *aumentasse le risorse del proprio bilancio*, al momento ridicole rispetto al peso economico dei 27/28 Paesi membri;

b) *allentasse i vincoli nazionali di pareggio di bilancio* a favore (non delle spese militari, come aveva proposto l'ex premier italiano M. Renzi, ma) degli "investimenti sociali" nazionali. Al contrario, paradossalmente, "pare" che U. Von Der Leyen sia orientata a scomputare dal rapporto deficit/PIL e debito/PIL proprio gli oneri per investimenti nazionali in ambito PESCO, o più in generale per la difesa europea;

c) *recepisse finalmente nei Trattati* (TUE e TFUE) – come fatto per la CDFUE (Carta di Nizza, 2000-2007) – *anche la C.S.E.* (Carta Sociale Europea), con implicito riconoscimento del valore vincolante delle connesse decisioni del CEDS.

Come si sa, invece, l'UE, *vuol fare da sé* e si è «inventata» l'ennesima mera Carta declamatoria: la CCDSFL (Carta Comunitaria dei Diritti Sociali Fondamentali dei Lavoratori, 1989). Ma non credo che si andrà molto lontano su questa strada.

In breve, il vero nodo da sciogliere, come spesso accade in Europa, è economico – *l'argent* – e la questione decisiva resta quella finanziaria. Come si accennava, al punto in cui siamo giunti sembra assolutamente indispensabile che crescano, e non di poco, le risorse disponibili per il bilancio UE. È questa, infatti, una condizione imprescindibile per immaginare la coesistenza di spese per il *know how* militare e, insieme, di "adeguate" spese per il *welfare* europeo: se davvero l'Unione ambisce a far "tutto", necessariamente deve disporre di *maggiori* mezzi finanziari.

9. Conclusioni: "più" risorse UE, "meno" disinformazione e "meno" club europei.

In ultima analisi la questione di un buon *welfare europeo* è, fondamentalmente, quella di combattere le attuali enormi diseguaglianze ed in particolare di eliminare la presenza, anche in Europa, di significative sacche di povertà. Non occorre andare in Grecia o Romania. Per restare in Italia – chi scrive vive in Calabria – non si dimentichi che, su 60 milioni di persone, oltre 5 milioni sono in povertà assoluta e quasi 10 in povertà relativa. Contemporaneamente sembra diminuita la "sensibilità" della società italiana, ed in genere europea, verso la *solidarietà* (migranti, ecc.). È un terribile paradosso: Paesi poveri (Tunisia, Libano, Giordania) accolgono milioni di profughi senza battere ciglio e un'Europa di 500 milioni di persone, ricche e con un tasso medio di natalità basso, protesta per poche centinaia di migliaia di migranti extracomunitari, per altro spesso necessari al proprio apparato produttivo.

Ma, a ben vedere, il problema della povertà va persino al di là della carente ed iniqua distribuzione del reddito e si traduce in quello, più ampio, dell'*inclusione sociale*. Il primo bisogno da colmare, in questo senso, non è tanto materiale, quanto di "conoscenza". In breve, la prima e più grave forma di povertà è l'*ignoranza*. Se si è ignoranti non si è buoni cittadini. L'istruzione è, dunque, il primo diritto sociale, da cui discendono gli altri, compresi quelli legati al corretto esercizio dei

³² Cfr. G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 4/2016.

diritti politici³³. Naturalmente non si nega che – in assenza di un reddito minimo e di una salute protetta – a ben poco serve, da sola, l'istruzione, ma un'analisi appena più approfondita induce a ritenere che forse è questo, non solo in Italia, il più urgente dei nodi da affrontare: bisogna formare un'*opinione pubblica europea matura*, dunque correttamente informata e impermeabile alle manipolazioni da *fake news*. Senza una adeguata coscienza critica collettiva, è impossibile partecipare realmente – ossia non passivamente – alla vita sociale e politica senza essere “esclusi” (perché chi è manipolato politicamente inevitabilmente è escluso anche economicamente).

La preoccupazione qui esternata è tanto più giustificata quanto più si percepisce che sembra saltata l'idea di un'Europa solidale e cripto-federale, mentre – sulla scia di un fraintendimento dell'Europa delle patrie di C. De Gaulle – stanno rispuntando i nazionalismi, dove i Paesi ricchi non vogliono condividere il *welfare* con i Paesi poveri.

La prova di quanto ora ricordato è che ormai esistono i *club* europei. Sappiamo tutti che in risposta quasi inevitabile alla tradizionale egemonia del rigido patto franco-tedesco (dove la Francia offre protezione/ombrello militare nucleare e la Germania mette le risorse economico-finanziarie), si sono formati *club* di Paesi. Si tratta del noto fenomeno – che ha assunto dimensioni e continuità non più eludibili – della formazione di “alleanze” stabili fra Stati membri dell'Unione. In tal modo il “peso” dei piccoli Stati coalizzati, che parlano con una voce sola, finisce con l'equivalere a quello di un grande Stato dell'Unione. Non mi riferisco solo al c.d. “Gruppo di Visegrád” (che dal 1991 unisce 4 paesi dell'Europa centrale: Polonia, Ungheria, Repubblica Ceca e Slovacchia), ma alla più recente ma non meno stabile “Nuova Lega Anseatica” (che da qualche anno riunisce, specialmente intorno al mito del rigore finanziario, ben 8 Paesi del Nord Europa: Olanda, Irlanda, Finlandia, Danimarca, Svezia, Lettonia, Estonia e Lituania), tutti di fatto alleati dei tedeschi e del loro rigore.

In questo gioco *multipolare*, ma n.b.: tutto *interno* all'Unione Europea, dovrebbe esserci spazio per un altro *club*, decisamente importante non solo sul piano continentale, ma addirittura globale: quello dell'“Europa mediterranea”. Penso a Italia, Francia, Spagna, Grecia, Cipro, Malta... (ma persino al Portogallo, che pure si affaccia sull'Atlantico). Ma questo club europeo non esiste, o comunque fatica a crearsi, non solo per colpa della Francia ma anche per colpa dell'Italia che ne dovrebbe costituire il secondo pilastro.

Ad ogni modo, fatte salve inevitabili sintonie e alleanze del momento, l'ideale sarebbe che proprio non si formassero “club” interni all'UE.

Alla lunga, l'inaccettabile modestia dell'attuale bilancio europeo, la disinformazione diffusa e la creazione di singolari “club” interstatuali interni al Vecchio continente rischiano di “sgretolare” il sogno di un Europa federale, cui invece si dovrebbe aspirare, ed in ogni caso non favoriscono certo un effettivo processo di integrazione continentale. In breve: l'attuale scarsità di risorse comunitarie, la manipolazione dell'opinione pubblica europea e il rispuntare (sotto forma di *sovranismi*) dei nazionalismi rendono più difficile il rilancio di un comune “progetto politico europeo” e quindi anche, spiace dirlo, di un vero *welfare* comune europeo.

³³ Sul nesso naturale fra istruzione e inclusione sociale cfr., da ultimo, AA.Vv., *Diritto all'istruzione e inclusione sociale. La scuola aperta a tutti alla prova della crisi economica*, a cura di G. Matucci Milano, 2019.

ALBERTO LUCARELLI

Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza

SOMMARIO: 1. Il *fil rouge* della solidarietà: le basi giuridiche. – 2. La diversificazione dei modelli europei ed il principio solidarista. – 3. Il Trattato di Lisbona: convergenze e divergenze tra solidarietà e concorrenza. – 4. La Carta di Nizza: convergenze e divergenze tra solidarietà e concorrenza. – 5. La funzione sociale del mercato e l'incertezza del quadro di riferimento istituzionale. – 6. La coesione economica e sociale e la dimensione neoliberista di fronte all'insorgere dei fenomeni populistici. – 7. Mercato e solidarietà alla prova della crisi: il diritto pubblico europeo dell'economia. – 8. L'incertezza del quadro istituzionale: quali strumenti tra ordinamento sovranazionale e intergovernativo? – 9. Le misure proposte per fronteggiare la crisi: tra mercato e solidarietà e tra modello intergovernativo e sovranazionale. La recente sentenza del *Bundesverfassungsgericht*.

1. Il fil rouge della solidarietà: le basi giuridiche

La pandemia, al di là degli aspetti sanitari, che hanno determinato scelte di natura politico-amministrativa, talvolta anche criticabili per l'uso disinvolto delle fonti, il sacrificio delle libertà fondamentali e la scarsa attenzione per i principi fondativi del costituzionalismo democratico quali il principio di legalità sostanziale e la riserva di legge assoluta, ha posto al centro la "questione sociale". Una questione che sta aumentando le disuguaglianze, premendo pericolosamente sulle intelaiature democratiche, dimostrando tutta la debolezza dei singoli Stati a poterle affrontare con strumenti e mezzi dignitosi. Le limitazioni delle libertà fondamentali attraversano pericolosamente l'Europa. L'Unione europea, sin dall'inizio dello scoppio della pandemia, ha deciso, al di là delle valutazioni di merito, di *giocare una sua partita*. Occorre capire, tuttavia, sulla base di quali principi e con quali strumenti ed obiettivi.

In quest'articolo, è mia intenzione riprendere un tema al quale mi dedico da anni, ovvero la dimensione sociale europea, analizzandola all'interno delle categorie classiche del costituzionalismo, quali la forma di Stato, la struttura piramidale delle fonti tra gerarchia e competenza, il rapporto pubblico privato, le relazioni tra diritto pubblico e *lex mercatoria*. Soprattutto, quanto i principi fondativi del diritto europeo (i c.d. principi costituzionali europei), seppur nel loro dato contraddittorio, ci si pone l'interrogativo in merito a quanto essi siano in grado di assumere forza prescrittiva e contribuire alla determinazione di un indirizzo politico tendenzialmente omogeneo. Tutto il ragionamento ruota intorno ai principi di solidarietà ed eguaglianza, presenti nel quadro dei principi europei, ma di fatto contraddetti da una forma di Stato sempre più orientata ad interpretare l'economia sociale di mercato quale luogo di giustizia commutativa piuttosto che distributiva, fondato sulla *competition law*. In tal senso, mi sembra opportuno proprio partire dai principi fondativi, ed attraverso un'analisi puntuale, provare a porre in relazione i principi con le regole, in un quadro che apparirà, come vedremo nel corso dell'indagine, altamente contraddittorio. E qui *entra in gioco* la teoria dell'indirizzo politico materiale che, quanto più è incerto, nebuloso e poroso il quadro dei principi e delle regole, tanto più diventa ostaggio dei rapporti di forza che progressivamente hanno penalizzato il modello socialdemocratico europeo, quello che aveva caratterizzato la crescita sociale in Europa nei primi trent'anni successivi alla Seconda guerra mondiale.

Sembra opportuno, dunque, partire proprio dall'art. 3, par. 3, TUE, che, nella sua contraddittorietà esprime un quadro di principi, che come si diceva, non sempre armonici e coerenti tra loro. Esso così dispone: «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su

un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico. L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociale, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri».

L'idea di fondo del lavoro è, dunque - partendo dalla suddetta disposizione - di individuare alcuni tra i principi più significativi caratterizzanti il modello socioeconomico dell'Unione europea, studiarne le radici e l'evoluzione, ma soprattutto approfondirne il loro grado di effettività e prescrittività, in relazione alle regole attuative. Si tratta di una norma che contiene una pluralità di principi che, a loro volta, contribuiscono a costituire le categorie fondative del costituzionalismo democratico.

Il *filo rosso* della ricerca, che sta sullo sfondo, ma che risulta poi il vero protagonista, è l'indirizzo politico, ovvero la dimensione materiale dell'azione politico-normativa UE, l'unica in grado di trasformare i principi in regole, le enunciazioni formali in atti a contenuto prescrittivo.

In sostanza, l'art. 3, par. 3, TUE, risulta carico di significati, principi, obiettivi che, ovviamente, per assumere una piena qualificazione giuridica devono spostarsi sul piano dell'effettività e della prescrittività, attraverso il diritto derivato UE, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'azione normativa dei singoli Stati, le prassi, la *soft law*. La determinazione degli "alti" obiettivi ha necessità di una sua attuazione, da svolgersi nell'ambito di determinate forme, che possono, a seconda dei casi, caratterizzarsi per una dimensione più pubblicistica, o viceversa più mercantile, a prevalenza di *hard law* o, al contrario, scivolando verso forme di *soft law*. È evidente che forme e qualificazione degli strumenti normativi incidono sulla natura e sulla determinazione degli obiettivi. Quest'ultimi, una volta fissati, possono soltanto tracciare una strada, poi tutta necessariamente da realizzare. Centrale, in questo percorso, diventa la funzione di determinazione di un indirizzo politico chiaro, univoco, unitario, espressione e frutto di un processo che, per assumere caratteri di democraticità, dovrebbe snodarsi tra partecipazione e rappresentanza democratica. Tuttavia, sappiamo bene che così non è, perlomeno non lo è nell'attuale assetto istituzione UE. Occorre cercare di comprendere a chi è attribuito l'indirizzo politico governante UE, o comunque, al di là di formali attribuzioni, chi lo detiene? Temi complessi che cercheremo di affrontare nel corso della presente indagine, che risente dell'incerta forma di Stato UE e dell'altrettanto ambigua forma di governo. Mi spiego meglio: l'indirizzo politico UE sarà il frutto dell'azione dei singoli Stati, delle singole cancellerie (metodo intergovernativo), o piuttosto dell'UE, intesa nella sua forma federale? Sarà attuato in ambito europeo dal consiglio e dalla commissione, o viceversa al parlamento, unico organo dell'UE eletto direttamente dai cittadini, sarà assegnato un ruolo da protagonista? C'è una rappresentanza democratica nelle istituzioni Ue?

In presenza di un quadro istituzionale *imperfetto*, che cerca una sua forma costituzionale e che *in progress* ne esprime diverse, a seconda degli interessi in gioco e dei rapporti di forza, per provare a definire il modello socioeconomico, in particolare in relazione al rapporto tra solidarietà e concorrenza, all'interno del mercato, occorre partire dall'individuazione dei principi. In tal senso, si cercherà di sviluppare un ragionamento intorno ad essi, relazionandoci al diritto derivato ed alla giurisprudenza, ma con la consapevolezza che si è in presenza di principi a vocazione programmatica, privi della necessaria prescrittività, che si muovono, talvolta, su di un piano metagiuridico.

L'art. 3, par. 3, TUE, è un articolo dal quale è possibile declinare più principi, potenzialmente antitetici tra loro, che contribuiscono, a seconda della loro concreta attuazione, alla configurazione

di differenti modelli economico¹, e che sono alla base di quella che, impropriamente, viene definita la c.d. *European Economic Constitution*².

Dalla lettura dei principi in esso contenuti, che si concretizzano in programmi ed obiettivi, l'articolo sembrerebbe volto, innanzitutto, a porre in equilibrio e ad armonizzare il mercato con la solidarietà, la concorrenza con i diritti sociali, le libertà economiche con la giustizia sociale, la crescita economica con lo sviluppo sociale, le liberalizzazioni con la gestione pubblica dei servizi pubblici essenziali, così come ben delineato negli artt. 106 e 107 TFUE³. Insomma, un programma, letto nel suo complesso, di difficile attuazione, per usare un eufemismo.

Proviamo, dunque, ad estrapolarne qualche principio, ponendoli in relazione tra loro, al fine di verificare la possibilità di creare un microsistema, che poi, evidentemente, per spostarsi sul piano dell'effettività, necessita della decisione politica.

La giustizia sociale, la coesione economica, sociale e territoriale, ma anche la tutela dell'ambiente, si pongono quale perno intorno al quale sviluppare le politiche pubbliche dell'UE. L'art. 3, par 3, con l'espressione «...combatte l'esclusione sociale...» fa ricorso ad un linguaggio forte, deciso, coraggioso, esplicito, che presuppone azione dirette, tese a fronteggiare le discriminazioni e le diseguaglianze.

La disposizione va decisamente oltre l'eguaglianza formale, pur affermata implicitamente nell'articolo, ponendo le basi per azioni politiche e normative finalizzate a rimuovere gli squilibri economici e sociali. L'Unione, ai sensi del suddetto articolo, deve, inoltre, «...promuovere la giustizia e la protezione sociale...». Quindi, in questo *super articolo*, contenitore di più principi, vi è anche il tema della riduzione degli squilibri e delle diseguaglianze, ovvero i punti nevralgici che rappresentano la vera sconfitta delle socialdemocrazie⁴, prima di trasformarsi a partire dagli anni Novanta in *Terza via* o c.d. *New Labour*, con una progressiva riduzione degli spazi pubblici nei processi economici ed una innaturale convergenza verso i modelli neoliberalisti⁵.

Si è in presenza, dunque, con l'art. 3, par. 3, TUE, di disposizioni che esprimono, nella loro tensione e nel loro fondamento ben saldo nell'economia sociale di mercato, l'obiettivo di configurare la compatibilità del mercato con lo Stato e la legittimazione dello Stato nel mercato. Disposizioni che, come è stato dimostrato negli anni dalla giurisprudenza⁶ e dalla dottrina, non si

¹ Sul punto A. LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, in A. LUCARELLI e A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato Costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla costituzione europea*, Napoli, 2009.

² Cfr. A. HATJE, *The Economic Constitution*, in A. VON BOGDANDY e J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford-Portland, 2006, 590 ss.; nonché A. LUCARELLI, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, in particolare XVIII ss.

³ Cfr. A. LUCARELLI, *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico dell'economia*, in *Dir. pubbl. eur. Rassegna Online* (<http://www.politics.unina.it/index.php/dperonline/about>), numero speciale 1/2019.

⁴⁴ Sul punto appare interessante, nonché calzante, la riflessione di T. PIKETTY, *Capitale e ideologia*, Milano, 2020, 555: «Le società proprietariste, che sembravano così prospere e solide alla vigilia della prima guerra mondiale, tra il 1914 e il 1945 subirono un crollo, tant'è vero che i cosiddetti paesi "capitalisti" tra il 1950 e il 1980 divennero di fatto società socialdemocratiche, con varie combinazioni di nazionalizzazioni, sistemi pubblici di istruzione, assistenza sanitaria, *welfare* e pensioni, e con l'adozione di una tassazione progressiva sugli alti redditi e sui grandi patrimoni. Eppure, nonostante l'innegabile successo iniziale, a partire dagli anni Ottanta e Novanta del Novecento le società socialdemocratiche hanno perso gran parte della propria vitalità. In particolare, non sono state in grado di far fronte all'aumento della diseguaglianza, che da allora è cresciuta quasi ovunque».

⁵ Il ruolo fondamentale svolto dalle socialdemocrazie nei venti anni successivi alla Seconda guerra mondiale, fondato sulla prevalenza del principio solidaristico sull'utilità individuale, viene meno a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso. In un recente libro P. COILLIER, *Il futuro del capitalismo. Fronteggiare le nuove ansie*, Roma-Bari, 2020, *passim*, sottolinea come proprio quel modello per rincorrere il neoliberalismo si sia trasformato nella società dei rottweiler.

⁶ A titolo esemplificativo, e già a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014 e, più di recente, la sentenza n. 69 del 2017, nonché la giurisprudenza "Taricco", inaugurata con l'ordinanza del 17 gennaio 2014 del GUP del Tribunale di Cuneo e proseguita con la sentenza resa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (grande sezione) resa in data 8 settembre 2015 (in causa C-105/2014); proseguita poi, con l'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte

pongono sempre in linea con la nostra Costituzione, soprattutto nelle parti maggiormente caratterizzate da una visione liberista dei mercati⁷. Non è questa la sede per sviluppare e dimostrare la disarmonia tra il modello (o i modelli) socio-economico, oggetto del processo di integrazione UE e quello espresso nella Costituzione italiana del 1947, tuttavia possiamo provare ad affermare - e in qualche modo lo ritroviamo nei ragionamenti presenti in questa indagine - che il nostro ordinamento non esprime un modello di economia sociale di mercato, ma piuttosto un governo pubblico dell'economia, nel quale le libertà economiche sono limitate e subordinate da vincoli di utilità sociale. In Italia, la tensione tra i due modelli emergeva anche tra i costituzionalisti; penso, in particolare, al Convegno nazionale AIC dell'11 e 12 ottobre 1991, alle relazioni di Amato⁸, Guarino⁹ e Boggetti¹⁰ nelle quali, in virtù della supremazia del diritto UE sul diritto interno, si sosteneva l'incompatibilità del governo pubblico dell'economia con il diritto europeo. In particolare, si affermava l'inadeguatezza e l'inapplicabilità degli artt. 41, 3 comma Cost. e dell'art. 43 Cost., rispetto al nuovo corso del diritto europeo, tutto concentrato a liberare il capitalismo dalla presenza "pubblica" ed a porre beni e servizi, anche quelli pubblici ed essenziali, sul mercato concorrenziale.

Nella formulazione dell'articolo 3 TUE, rispetto alla disciplina previgente il Trattato di Lisbona¹¹, viene meno il riferimento ad un mercato interno nel quale la concorrenza è libera e non falsata, così come scompare il principio della libertà di concorrenza. La concorrenza, dunque, non compare più, quanto meno dal punto di vista formale, tra i principi-obiettivi dell'Unione europea, assumendo piuttosto la forma di una competenza dell'Unione caratterizzante il mercato; un mercato che deve essere fortemente competitivo, ma, allo stesso tempo, mirare alla piena occupazione, nel rispetto dell'ambiente. Insomma, una norma tutta da interpretare ed applicare, nella quale è evidente che rilevano soprattutto i rapporti di forza, al di là dei contenuti formali. Una norma che può pendere, nella sua fase attuativa, a seconda dei rapporti di forza, ora verso il diritto mercantile, ora verso il diritto pubblico dell'economia.

Oltre all'art. 3, par 3 TUE, il modello socio-economico dell'Ue si completa attraverso altre disposizioni, quali ad esempio: l'art. 14 TFUE che fa riferimento al principio della coesione economica e sociale in relazione all'erogazione dei servizi di interesse economico-generale, l'art. 2 TUE, sui valori dell'Unione, che si riporta al principio solidaristico, l'art. 9 TFUE che contiene una clausola sociale e l'art. 10 TFUE che ancora la politica e l'azione dell'Unione al principio di non

costituzionale e con la sentenza della Corte di giustizia (Grande sezione), del 5 dicembre 2017 (causa C-42/2017) e conclusasi con la sentenza della Corte costituzionale del 10 aprile 2018, n. 115.

⁷ In sostanza, progressivamente, si afferma un diritto della concorrenza europeo, di rilevanza costituzionale, che caratterizza fortemente la *European Economic Constitution* e quindi anche il nostro ordinamento giuridico costituzionale, e che trova le sue basi e radici nelle teorie degli ordoliberali tedeschi che rappresentano, già a partire dagli anni Venti del secolo scorso, un modello economico fondato sulla regola della concorrenza e sul libero mercato. Sul punto A. LUCARELLI, *Le aporie del populismo tra fenomenologia e categorie del costituzionalismo*, in C. Iannello (a cura di), *Neoliberalismo e diritto pubblico*, in *Dir. pubbl. eur. Rassegna Online* (<http://www.politics.unina.it/index.php/dperonline/about>) 2020, 170 ss.

⁸ G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti (a cura), *La Costituzione economica*, Padova 1997, 9 ss.

⁹ G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti (a cura), *La Costituzione economica*, cit., 21 ss.

¹⁰ G. BOGNETTI, *La Costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti (a cura), *La Costituzione economica*, cit., 121 ss.

¹¹ Art. 2 TUE, nella versione non consolidata, sostituito poi dall'attuale art. 3, prevedeva: «La Comunità ha il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 3A, uno sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche nell'insieme della Comunità, una crescita sostenibile, non inflazionistica e che rispetti l'ambiente, un elevato grado di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati membri».

discriminazione, principio ripreso anche da qualificanti norme della Carta di Nizza (art. 20 sull'uguaglianza davanti alla legge e art. 21 sulla non discriminazione)¹².

In questo quadro di principi e regole, l'obiettivo che ci si propone nel presente saggio, è di individuare, in relazione al modello socio-economico dell'UE, pur consapevoli della sua porosità, frammentarietà e contraddittorietà, i suoi fondamenti teorico-giuridici, in grado di costruire, accanto al diritto della concorrenza, tipicamente di matrice privatistico-mercantile, una sfera pubblico-sociale; di provare a dare rilievo, in ambito europeo, al diritto pubblico, soprattutto in ordine alla garanzia dei diritti sociali ed all'effettiva affermazione del principio di eguaglianza sostanziale¹³.

Qual è il ruolo che ha svolto, o meglio e che ha potuto svolgere, il diritto pubblico in relazione al sistema socio-economico dell'UE? Ha reagito alle prevaricazioni di un mercato sempre meno temperato e sociale, o viceversa ne è diventato strumento ancillare? Il modello socio-economico europeo, in continua metamorfosi, è possibile, ragionando con le categorie classiche del diritto costituzionale, ricondurlo alla forma di Stato, intesa soprattutto quale meccanismo di relazione tra autorità e libertà? E nel caso come qualificare tale forma di Stato? Insomma, quesiti ai quali proveremo a dare delle risposte, ancor più necessarie oggi, quando, in situazioni di emergenza, il capitalismo, dopo la crisi del modello socialdemocratico di *Welfare State*, nelle sue forme neoliberiste, mostra tutti i suoi limiti, tutta la sua fragilità, soprattutto in presenza di crescenti diseguaglianze. Insomma, mai come in questo momento, la dimensione socialdemocratica e quella liberale hanno la grande chance di convergenza in quello che Gopnik, in un recente saggio, definisce fattore "P", ovvero la funzione *public*¹⁴.

2. La divergenza dei modelli europei ed il principio solidarista

È evidente che prima dell'ondata sovranista¹⁵ abbiano convissuto, in ambito europeo, due anime: una sociale legata al ruolo ed alla presenza dello Stato, o più in generale della proprietà pubblica nella sfera economico-produttiva, volta a bilanciare e regolare il mercato comune, aperto e concorrenziale, con il primato politico assegnato ai principi dell'economia mista e del *Welfare State*¹⁶; ed un'altra definibile individual-liberista, che ha guardato, da Reagan in poi, con ammirazione al modello statunitense, ed al ruolo attivo dei privati anche nell'ambito dei servizi di interesse generale e dei beni pubblici (istruzione, sanità, trasporti) e che meno profondamente

¹² A titolo esemplificativo si richiama K. BACON, *European Union law of state aid*, Oxford, 2017; P. MANZINI, *La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea: un panorama costituzionale*, in L. Manderieux e M. Vellano (a cura di), *Etique globale, bonne gouvernance et droit international économique*, Torino, 2017; V. BRISIMI, *The interface between competition and the internal market. Market separation under article 102 TFEU*, Oxford-Portland, 2016; C. BARNARD, *The substantive law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford, 2010; M. CARTABIA, *Europe and rights: taking dialogue seriously*, in *European Constitutional Law Review*, 1, 2009; I. CASTANGIA e G. BAGIONI, *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2011; M. CREMONINI, *Il principio di solidarietà nell'ordinamento europeo*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Milano, 2006.

¹³ Sul punto e diffusamente, A. LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, cit., *passim*, nonché F. BALAGUER CALLEJÓN, *Il Trattato di Lisbona sul lettino dell'analista. Riflessioni su statualità e dimensione costituzionale dell'UE*, in A. Lucarelli e A. Patroni Griffi (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona*, Napoli, 2009.

¹⁴ A. GOPNIK, *Il Manifesto del Rinoceronte. L'avventura del liberalismo*, Milano, 2020, *passim*.

¹⁵ A seguito della vittoria alle elezioni in diversi stati membri di partiti "sovranisti" (si pensi al caso ungherese, austriaco, olandese, italiano, francese e inglese – per citarne alcuni) ma che tuttavia non è riuscita a "travolgere" totalmente l'Europa a seguito delle ultime elezioni del Parlamento Europeo nel 2019.

¹⁶ Cfr. S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, Bologna, 2003, 85.

avverte e ha avvertito il senso dell'identità europea¹⁷. Un modello riconducibile alla tradizione socialdemocratica, che si è imposta dopo la Seconda guerra mondiale fino agli anni ottanta, ed uno neoliberista che, come vedremo nelle pagine successive, è ascrivibile all'onda lunga del pensiero della Scuola di Vienna. Tra queste due posizioni si collocava il modello ordoliberal, che, secondo parte della dottrina, costituiva, di fatto, una variante al modello neoliberale. Infatti, l'*Ordnungspolitik* degli ordoliberali, pur prevedendo un intervento pubblico dell'economia, si fonda su finalità ed obiettivi non distanti dal liberismo economico, ovvero centralità del mercato e del consumatore, riduzione degli spazi pubblici, processi di privatizzazione¹⁸.

Questa teoria configura, dunque, un'economia di mercato, limitata o per usare l'espressione di Hatje, *relativised* da opposti principi e poteri d'intervento delle istituzioni pubbliche¹⁹.

Piuttosto che elaborare una teoria del diritto pubblico dell'economia (o di governo pubblico dell'economia), in cui lo Stato non si limita a regolare, ma ad intervenire laddove funzionale alla tutela effettiva dei diritti fondamentali, la Scuola ordoliberale di Friburgo costruisce una teoria di diritto ed economia o di diritto dell'economia²⁰, dove il diritto, quale forma e strumento, interviene nei processi economici e quindi sulle libertà economiche e sociali dei cittadini, anche massicciamente, soprattutto per agevolare ed incentivare il libero mercato. Un modello nel quale lo Stato deve essere *forte* per neutralizzare i monopoli, anche quelli relativi ai servizi pubblici essenziali, per costruire le strutture, il quadro istituzionale e l'ordine nel quale l'economia funziona.

Tuttavia, come affermava Eucken, lo Stato non dovrà mai dirigere i processi economici²¹. Insomma, secondo le teorie ordoliberali, contrariamente ai liberali classici, lo Stato deve ristabilire la concorrenza se essa non funziona; deve creare un ambiente favorevole, attraverso la formazione dei lavoratori, le infrastrutture, gli incentivi al risparmio, le leggi sulla proprietà, i contratti etc. Inoltre - e questo è un dato che letto oggi risulta molto significativo - s'insisteva sul primato della politica monetaria, tesa a garantire meccanismi automatici in grado di preservare la concorrenza, ma soprattutto di tendere alla stabilità²².

Una visione, dunque, neoliberale fondata su un ordine di regole piuttosto che sul *laissez-faire* ispiratore del pensiero di von Mises ed Hayek²³; una visione che, come vedremo, influenzerà il

¹⁷ Cfr. M. RODRIGUEZ MOLINERO, *The Principle of Subsidiarity and European Union*, in M. Troper e M.M. Karlsson (a cura di), *Law, Justice and the State*, in *Archiv fur Rechts und Sozialphilosophie*, 1995, 201; nonché I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà nel "Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa"*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2003, 1220 ss.

¹⁸ Si tratta di una sorta d'interventismo liberale che si sviluppa a Friburgo (la Scuola di Friburgo) tra le due guerre. Alla fine degli anni venti, come evidenzia D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, New York-Oxford, 1998, spec. 335, « [...] the development of competition law ideas in Europe had an important transnational dimension. International organizations and conference such as the League of Nations World Economic Conference and the Interparliamentary Union's London Conference were spreading competition law ideas and creating an image of what competition law should be and what roles it should play. In many European countries, competition law ideas first acquired status and standing as a result of these international efforts, and the model of competition law they created served as the basis for most postwar European competition law systems». *The Havana Charter* incoraggiò molto i governi europei ad inserire nei loro ordinamenti giuridici norme sulla concorrenza.

¹⁹ A. HATJE, *The Economic Constitution*, 591.

²⁰ D.J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the "New" Europe*, Chicago, 1994, ricostruisce il quadro storico di come e perché nasce la Scuola ordoliberale di Friburgo. In particolare, evidenzia come tra le due guerre con la Repubblica di Weimar agonizzante l'economista Walter Eucken aspira a rifondare anche filosoficamente la disciplina economica ed insieme ai giuristi Bohm e Grossmann-Doerth contribuisce alla creazione di una teoria che intende innanzitutto affrontare il tema dei monopoli.

²¹ S. G. KARSTEN, *Eucken's social market economy and its test in post-war West Germany*, in *The American Journal of Economics and Sociology*, vol. 44, 2, 1985.

²² W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Tübingen, 1952.

²³ Le teorie ordoliberali in Germania raggiungono il massimo livello di affermazione culturale ma anche politica quando Erhard, da ministro dell'economia di Adenauer, circondato da economisti ordoliberali quali Böhm, Eucken e

modello sociale ed economico dell'Europa e che negli anni Sessanta in Germania troverà ampi spazi anche nel SPD²⁴.

I principi fondativi degli ordoliberali, quali il mercato (c.d. economia sociale di mercato²⁵) e la libera concorrenza, che contribuiscono a creare nella Germania Federale, a partire dal 1957, un sistema di regole orientate alla *Competition Law*²⁶, guidano e hanno guidato l'azione dell'Unione europea, unitamente all'idea dell'assoluta rilevanza delle politiche monetarie ed al *totem* della stabilità e dell'equilibrio di bilancio.

La presenza delle due suddette matrici, con la significativa variante ordolibérale, tutte ascrivibili alla nozione di Stato democratico²⁷ e al costituzionalismo liberal-democratico, ma caratterizzate dal differente ruolo dello Stato, delle prestazioni del modello sociale e delle relative garanzie, non ha facilitato la costruzione di una dimensione giuridica comune a livello europeo, di un *idem sentire* sociale; valori che si sono ancor più indeboliti con il nazionalismo sovranista e populista²⁸. Va detto, ma nell'economia del saggio non vi è spazio per approfondimenti in merito, che il sovranismo e il nazionalismo dei c.d. Paesi di Visigrad si sono collocati al di là del perimetro della tradizione del costituzionalismo liberal-democratico.

In estrema sintesi, si potrebbe dire che in Europa si è assistito alla contrapposizione tra modello neoliberista, orientato al mercato puro, con la sua variabile temperata ordolibérale, e modello socialdemocratico, geloso delle conquiste dello Stato sociale. Un modello quello socialdemocratico, tuttavia, sempre più disposto ad inclinarsi verso l'economia sociale di mercato degli ordoliberali, il c.d. modello renano, "mettendo sul mercato" servizi e beni pubblici, progressivamente teso a trasformare il cittadino in utente e/o consumatore, in una logica tipica del diritto privato e dell'affermazione dei diritti attraverso gli schemi propri del diritto mercantile.

In sostanza, il modello di Stato sociale, presentato da Neumann a Weimar²⁹, è stato successivamente trasformato, influenzato e deformato, proprio attraverso il contributo della Scuola degli ordoliberali e, più in generale, dai principi caratterizzanti l'economia sociale di mercato³⁰. Nel

Müller-Armack, fa votare due leggi decisive: una sull'indipendenza della Bundesbank, l'altra contro le limitazioni alla concorrenza.

²⁴ Nel 1955 Karl Schiller pubblica *Socialismo e concorrenza*, di cui ricorda lo slogan *Concorrenza fin dove è possibile, pianificazione soltanto se necessaria*. Come è noto nel novembre del 1959 a Bad Godesberg una maggioranza di delegati del SPD riconosce la proprietà privata dei mezzi di produzione e l'economia di mercato come principi fondamentali.

²⁵ In realtà, il dato sociale delineato nelle teorie ordoliberali, più che sul piano dei contenuti, tende ad identificare il ruolo dello Stato con la dimensione sociale a prescindere dei contenuti che nella sostanza non hanno quali obiettivi, perlomeno in via diretta, la tutela effettiva di diritti sociali.

²⁶ Nella Repubblica federale tedesca questo sistema fondato sulla regola della concorrenza assume una rilevanza costituzionale attraverso la promozione di valori e la promozione di diritti fondamentali, operando attraverso regole giudiziarie ed amministrative. Come osserva D. J. GERBER, *Competition Law*, cit., 269, «*The decartelization laws were in effect, first as occupation laws and later on a transitional basis as laws of the Federal republic, until they were replaced by the new German Competition law on January 1, 1958*».

²⁷ Tuttavia, sulla genetica conflittualità tra Stato democratico e Stato sociale, si veda S. FOIS, *Analisi delle problematiche fondamentali dello "Stato sociale"*, in *Dir. e Soc.*, 2, 1999, 185, il quale sostiene che lo Stato entra in contraddizione con i principi ed il corretto funzionamento dello Stato di diritto, provocandone la crisi. In sostanza per l'A. lo Stato sociale può determinare una notevole limitazione sostanziale dei più essenziali e inviolabili diritti di libertà.

²⁸ Cfr. A. LUCARELLI, *Le aporie del populismo tra fenomenologia e categorie del costituzionalismo*, in C. Iannello (a cura di), *Neoliberalismo e diritto pubblico*, cit., 170 ss.; ID., *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, in corso di pubblicazione.

²⁹ Occorre ricordare che in Germania nel 1953 veniva elaborato un documento economico (*Regierungsentwurf*) fortemente ispirato alle teorie degli ordoliberali, ma tuttavia meno liberista del documento commissionato a Josten nel 1949. Nel 1957 una versione modificata del documento del 1953 veniva presentata in parlamento, entrando in vigore il 1° gennaio 1958. Cfr. Sul punto, A. LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, cit., 132.

³⁰ D. J. GERBER, *Law and Competition in the Twentieth Century Europe*, Oxford, 1998, 275, sottolinea come la Scuola del pensiero economico degli Ordoliberali, prospettando una terza via tra capitalismo e socialismo, abbia influenzato

nostro sistema costituzionale il modello economico-sociale *weimeriano* ha trovato la propria sintesi nello Stato sociale di diritto³¹, rilevando come i meccanismi del mercato non fossero idonei ad assicurare la regolarità della riproduzione sociale, definendo l'ulteriore passaggio dalla democrazia politica a quella economica³².

L'influenza decisiva della cultura ordoliberalista sull'economia sociale di mercato - quella per intenderci direttamente richiamata dall'art. 3, par. 3 TUE - ha quale conseguenza diretta ed immediata che la regola comunitaria della concorrenza (*Competition law*), pur "infiltrata" anche nei sistemi nazionali di *droit social*³³, invece di porsi quale principio derogabile in presenza di fallimenti del mercato e di servizi che hanno l'obbligo di garantire i diritti fondamentali, assurge a bussola del sistema fondato su diritto ed economia, marginalizzando il ruolo del diritto pubblico dell'economia.

L'economia sociale di mercato, identificata originariamente nel modello *renano*, avrebbe dovuto esprimere un sistema configurabile in uno Stato non soltanto regolatore ma anche gestore; si pensi, in particolare, ai servizi relativi ad attività economiche, la cui rilevanza sociale avrebbe dovuto legittimare interventi dei poteri pubblici, specialmente nei casi in cui la spontaneità del mercato non fosse stata in grado di soddisfarli. Le regole della concorrenza e dell'economia di mercato avrebbero dovuto cedere dinanzi al principio dell'eguale soddisfacimento dei diritti sociali, quali diritti universali e fondamentali dell'uomo³⁴. Ma è l'irrompere dell'ordoliberalismo, anche nel processo di integrazione, che determina una torsione neoliberalista del modello renano e depotenzia la cultura socialdemocratica, che in parte si riscontrava nell'economia sociale di mercato. Con il nuovo art 3, par. 3 TUE, che combina economia sociale di mercato e principi socialdemocratici fondati su solidarietà e giustizia sociale, sembrerebbe che lo spirito *public* del liberalismo riemerge, depurandolo, nella sua espressione di economia sociale di mercato, dagli eccessi neoliberalisti degli ordoliberali. Questo mi sembra il punto veramente significativo ed originale, intorno al quale ragionare, ovvero un articolo (art. 3, par. 3 TUE) che contiene più principi che possono, a seconda dell'indirizzo politico che si intende determinare ed attuare, convergere od elidersi.

Vi è la possibilità oggi di far risorgere il diritto pubblico dell'economia nell'UE, ma a condizione che si ridimensioni la spinta ordoliberalista. Non possiamo dimenticare che il modello di economia sociale di mercato, che trovava le proprie radici nella visione *keynesiana* di *Welfare State*, veniva travolto, a seguito della crisi petrolifera di fine anni '70, dalla rivoluzione *reagan-tacheriana*, generando l'attuale ideologia del riformismo, «una teorica non più sorretta da un disegno primario di giustizia sociale ma al contrario volta principalmente alla ricostruzione di un sistema capitalistico il più possibile efficiente»³⁵.

Veniva meno, dunque, definitivamente, in Europa la spinta del riformismo *welfarista* che, a partire dalla Costituzione di Weimar, e successivamente nella Costituzione italiana del 1947, aveva

l'economico sociale di mercato tedesca, con l'obiettivo di porre in equilibrio gli obiettivi dell'equità e della giustizia distributiva con quelli dell'efficienza.

³¹ L. PALADIN, *Eguaglianza (dir.cost.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XIV, 1965, 549, evidenzia come lo Stato sociale non possa ritenersi incompatibile con la conservazione della parità giuridica, venendosi così a configurare il cd. Stato sociale di diritto.

³² Sull'uso del termine stato sociale nel XIX secolo si richiama H.F. ZACHER, *Das Soziale Staatsziel*, in J. ISENSEE e P. KIRCHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1987, 1045-1111.

³³ S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, cit., 83.

³⁴ Cfr. A. LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, cit.

³⁵ U. MATTEI, *Ballando sul ponte del Titanic. Cronaca di una catastrofe annunciata*, in A. LUCARELLI (a cura di), *Crisi e ricostruzione del diritto pubblico*, Napoli, 2009, 78, nulla a che vedere dunque, come evidenzia Mattei con la corrente riformista che ebbe notevole peso all'interno della Seconda Internazionale (1889-1914) che condivideva il progetto di uguaglianza e giustizia sociale del movimento socialista ma si distingueva per il metodo legalista e gradualista piuttosto che rivoluzionario con cui l'obiettivo finale doveva essere raggiunto.

prodotto e costituzionalizzato i diritti sociali, attribuendogli il valore della prescrittività e dell'effettività con un riconoscimento diretto di responsabilità in capo alle istituzioni pubbliche.

Con il ricorso ai principi di Maastricht, improntati al dominio della concorrenza ed alla prevalenza della cultura ordoliberal in ambito UE, si ridimensiona decisamente il modello di economia sociale di mercato, per *planare* su un liberismo formalmente temperato. La regolazione del mercato in sé e per sé non riesce a mettere in moto meccanismi tali da riconoscere e garantire secondo i principi di solidarietà ed eguaglianza i diritti dei cittadini, in particolare quei diritti sociali che non sempre sono conciliabili con la regola della concorrenza. Soprattutto, si tratta di un modello di diritto dell'economia (*law and economics*), fondato sul principio della concorrenza, piuttosto che di un modello nel quale le istituzioni siano in grado di esprimere azioni fondate su principi alternativi, più aderenti a quello che comunemente si definisce Stato sociale³⁶.

Un modello basato su meccanismi automatici di pilotaggio; penso, in particolare, al famoso 3% di deficit ed all'instaurazione nel marzo del 2012 della c.d. "regola d'oro"³⁷, che limita i deficit *budgetari* per gli Stati membri; un modello che, oltre a determinare una forte erosione di sovranità, ha quali conseguenze dirette, processi di privatizzazione di beni e servizi, anche di quelli normalmente considerati essenziali, ovvero direttamente riconducibili al soddisfacimento di diritti fondamentali³⁸.

È evidente, inoltre, come ben sottolineato in dottrina, che l'influenza delle teorie ordoliberali sul processo di costruzione dell'Unione Europea, in particolare finalizzata all'introduzione della concorrenza come strumento per l'integrazione ed il mercato, abbia avuto effetti anche sugli ordinamenti dei singoli Stati³⁹, anche su quelli come il nostro, nei quali la categoria della concorrenza fa la sua prima apparizione in Costituzione soltanto con la riforma del titolo V del 2001.

In presenza della crisi economica, determinata, da ultimo, dalla pandemia, si sono evidenziati tutti i limiti di tale modello, incapace e privo di strumenti finalizzati a politiche di solidarietà, coesione e giustizia sociale, ovvero di redistribuzione delle ricchezze. È arrivato, dunque, proprio il momento giusto per cercare di capire se i principi di giustizia sociale e solidarietà, contenuti nel diritto euro-unitario, vadano intesi come meri programmi di enunciazioni formali, o piuttosto principi-obiettivi da attuare e da rendere effettivi.

³⁶ Nel corso del lavoro si tratta anche di capire se in ambito europeo la regola della concorrenza (*competition law*) assume una rilevanza più politica o più giuridica. In questo senso, è importante verificare se per l'attuazione della regola della concorrenza svolga (abbia svolto) un ruolo più rilevante la Commissione, in una dimensione politica, o piuttosto la Corte di giustizia in una dimensione giuridica.

³⁷ Con la legge costituzionale n. 1 del 20 aprile 2012, che modifica l'art. 81 Cost., è stato introdotto nell'ordinamento italiano il "principio del pareggio di bilancio". La legge costituzionale è stata approvata da ciascuna Camera, nella seconda votazione, con la maggioranza qualificata dei due terzi, risultando, pertanto, non sottoponibile a referendum ex art. 138 Cost., comma 3. In tal modo il nostro Paese ha adempiuto alla prescrizione di cui al Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria, cd. *Fiscal Compact* che, all'art. 3, vincola gli Stati contraenti al pareggio (o avanzo) di bilancio, recependolo «tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionale – o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio» (par. 2). Sul punto si rinvia a D. MONE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed il potenziale vulnus alla teoria dei controlimiti*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 3, 2014.

³⁸ L'evoluzione dei rapporti tra Unione europea e l'incidenza della *competition law* è ampiamente esaminata da D.J. GERBER, *Competition Law*, cit.: «The creation of the European Economic Community in 1957 began a process of integration in which competition law has played a pivotal role, and that process has, in turn, imbued competition law with roles and influence far beyond those it is likely to have achieved otherwise», 334.

³⁹ Anche se come evidenziato da D. J. GERBER, *Competition*, cit., da una parte la posizione tedesca ed olandese appare decisamente tesa all'introduzione ed affermazione della *competition law*, mentre, dall'altra quella d'Italia e Francia sembra decisamente più prudente.

3. Il Trattato di Lisbona: convergenze e divergenze tra solidarietà e concorrenza

Il Trattato di Lisbona, pur con le sue ambigue formule, sembrerebbe voler frenare l'idolatria della concorrenza e del mercato, attraverso il rafforzamento di principi democratici e la tutela dei diritti fondamentali.

Tuttavia, non si può assolutamente parlare di un'inversione di rotta. Infatti, "sul campo" non appaiono politiche pubbliche ed economiche alternative, né una maggiore attenzione verso i servizi pubblici essenziali. Si configura, piuttosto, una reazione scomposta ed emotiva alla crisi dei mercati finanziari ed alla contrazione della domanda, che si manifesta con un ricorso allo Stato ed agli istituti tipici del diritto pubblico, ai quali solitamente fa ricorso il capitalismo nei momenti di crisi.

Anche in questo caso, siamo ben lontani da politiche strutturali e di reale redistribuzione del reddito e degli assetti proprietari; ben lontani dal riformismo *weimariano*, ricco di contenuti culturali e di proposte politiche. Vero è che dopo Lisbona, da un punto di vista sistematico e contenutistico, i diritti sociali nello spazio giuridico europeo, e in riferimento alla Carta europea dei diritti fondamentali, trovano il proprio paradigma, o meglio, il proprio fondamento giuridico, nel principio di solidarietà, piuttosto che nel principio di eguaglianza. Si tratta di una dimensione della solidarietà che appare più servente alle libertà economiche, piuttosto che al principio di eguaglianza.

È noto infatti che i diritti sociali, oltre ad essere rivolti ad assicurare il godimento delle tradizionali libertà, siano soprattutto strumenti tesi a garantire la realizzazione del principio di eguaglianza sostanziale, mediante un'azione sistematica e redistributiva dei pubblici poteri⁴⁰.

È vero che nel principio solidaristico si individua il paradigma dei diritti sociali in ambito europeo, sin dall'inizio del XX secolo, in particolare, nella classica costruzione di Duguit, nella quale si sosteneva che i diritti sociali fossero soprattutto una manifestazione dell'interdipendenza sociale⁴¹, ma è soltanto con la svolta *weimariana* che è possibile parlare di Stato sociale costituzionalizzato⁴².

Con il passaggio dallo Stato democratico allo Stato democratico-sociale, il concetto della solidarietà sociale diventa riduttivo per elaborare la base teorico-applicativa dei diritti sociali⁴³. Un concetto, quello della solidarietà, che ruota intorno alla persona, o a gruppi di persone, secondo una mera visione socio-centrica, prescindendo dall'azione dei pubblici poteri⁴⁴. Nel principio di solidarietà si ravvisa, dunque, una spinta ed una matrice individualista che si attenua a mano a mano

⁴⁰ M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. Dir.*, XII, 1966, 803, sottolinea come il concetto dei diritti sociali vada dedotto principalmente da un'indagine sulla funzione sociale dello Stato moderno e sul carattere delle norme in cui questa si estrinseca. È compito dello Stato moderno e sul carattere delle norme in cui questa si estrinseca. È compito dello Stato far sì che il principio di eguaglianza sia rispettato. In dottrina si è tuttavia osservato che la disciplina costituzionale relativa alle libertà economiche e sociali che trova, tra l'altro, il proprio fondamento nell'art. 3, comma 2 Cost., si presta ad applicazioni dirette, pur in difetto di un intervento legislativo. Si tratta infatti di principi effettivamente validi, quindi efficaci all'interno dell'ordinamento giuridico e vincolanti per il legislatore. Cfr. anche V. CRISAFULLI, *Ancora in tema di eguaglianza*, in *Giur. Cost.*, 4-5, 1959, 747.

⁴¹ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913, *passim*.

⁴² Il primo vero e proprio tentativo di costituzionalizzazione di un catalogo ampio di diritti, comprensivo anche dei diritti sociali, è quello effettuato nel 1919 con la Costituzione repubblicana tedesca, la cd. *Costituzione di Weimar*. La sua seconda parte, dedicata appunto ai *Diritti e doveri fondamentali dei tedeschi*, rappresenta infatti uno snodo fondamentale nella vicenda di affermazione dei diritti sociali e l'avvio del loro percorso attraverso il XX secolo. Sul punto la letteratura è vastissima. Ci si limita a richiamare, N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995; nonché F. Lanchester e F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, Milano, 2012.

⁴³ A. LUCARELLI (a cura di), *Crisi e ricostruzione del diritto pubblico*, cit.

⁴⁴ Cfr. anche P. COSTANZO, *L'uso fatto della Carta dei Diritti dell'Unione nella giurisprudenza della Corte EDU*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI e A. SAIITA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, 121-156; Id., *La dimensione dei diritti della persona nel diritto dell'Unione europea*, in *Consulta OnLine (www.giurcost.org)* 2008 (26.VIII.2008).

essa assume la dimensione sociale⁴⁵ ed aumenta la responsabilità pubblica nei confronti degli emarginati, non più tutelati dalle originarie comunità solidali.

Tuttavia, va anche sottolineato che nel processo evolutivo della forma dello Stato la solidarietà sociale rappresenta una prima traccia del dovere posto in capo ai pubblici poteri, configurando modelli di solidarietà istituzionale e regolamentata, solidarietà verso le generazioni future; modelli che non restano ostaggio di processi orizzontali di natura privatistica, ma che al contrario valorizzano la dimensione sociale, individuando le responsabilità dello Stato nei casi di mancata ottemperanza ai doveri di solidarietà.

La tesi, secondo la quale la crisi dello Stato sociale sarebbe irreversibile, ha visto la proposizione di nuovi modelli di solidarietà, in particolare si fa riferimento al *Welfare Mix* (Stato, mercato e non profit) ed al c.d. *Welfare Society* (anche definito sussidiarietà orizzontale⁴⁶). In essi si configura una tipologia di società trasversale agli schieramenti, nella quale un virtuale pluralismo, o comunitarismo sarebbero in grado di accogliere in sé tutte le differenze, neutralizzando gli aspetti sovversivi del conflitto e riconoscendo la legittimità delle aspettative di ciascuno.

4. La Carta di Nizza: convergenze e divergenze tra solidarietà e concorrenza

La Carta europea dei diritti fondamentali⁴⁷, che nella parte relativa ai diritti sociali, sembrerebbe esprimere un compromesso tra individualismo e modello socio-centrico, presuppone forme di sussidiarietà orizzontale⁴⁸, come principio di regolazione tra sfera pubblica e sfera privata, e di *Welfare Society*, secondo logiche di cooperazione spontanea e non necessariamente regolamentata, in ogni caso tese ad avvantaggiare chi vi partecipa⁴⁹.

Logiche che, nella teoria dei giochi, hanno dimostrato, laddove prive di regolamentazione, di non tendere naturalmente verso il bene collettivo, verso il bene comune⁵⁰. Modelli in cui il principio di eguaglianza sostanziale cederebbe di fronte al principio solidaristico e socio-centrico, la cui origine risiederebbe nella spontaneità dell'azione del singolo individuo, configurando quello che Baumann ha definito «agire solidale nel proprio interesse» o solidarietà di comunità, cioè solidarietà di gruppo a favore di qualcuno che spesso è anche la solidarietà contro qualcun altro⁵¹.

I diritti sociali nella Carta europea dei diritti fondamentali⁵² si riconoscono, quindi, in una forma di Stato in cui la tipica divisione *weberiana*⁵³ Stato-società risulta superata da modelli partecipativi e di confusione pubblico-privato, dove l'interesse pubblico rischia di disperdersi o frammentarsi, o,

⁴⁵ M. HARIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione* (1933), Milano, 1967.

⁴⁶ S. PAPA, *La sussidiarietà alla prova: i poteri sostitutivi nel nuovo ordinamento costituzionale*, Milano, 2008; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà nel "Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa"*, cit., 1220 ss.; P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. cost.*, 1993, 11 ss.; L. VANDELLI, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3B del Trattato sull'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 379 ss.; M. J. FERNANDEZ ESTEBAN, *El principio de subsidiariedad en el ordenamiento europeo*, Madrid, 1996.

⁴⁷ Che ha assunto il medesimo valore giuridico dei Trattati con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ai sensi dell'art. 6 dello stesso. Per approfondire si rinvia ad A. LUCARELLI, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., *passim*.

⁴⁸ L'art. 9, comma 1, prevede che l'esercizio delle competenze dell'Unione si fondino sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. Si tratta di due principi che tendono a ridurre il ruolo dello Stato, prevedendolo soltanto laddove il privato non sia in grado di soddisfare esigenze di carattere generale.

⁴⁹ R. NOZICK, *Anarchia, Stato e Utopia*, Milano, 2000, 195.

⁵⁰ In merito alla teoria dei giochi si veda R. D. LUCE e H. RAIFFA, *Games and Decision*, New-York, 1957.

⁵¹ P.P. PORTINARO (a cura di), *L'interesse e il dono. Questioni di solidarietà*, Milano, 2002.

⁵² In particolare, dagli artt. 27 ss.

⁵³ M. WEBER, *Parlamento e Governo* (1919), Roma-Bari, 1992, 23.

peggio ancora, di essere sostituito da un interesse collettivo espressione di una sommatoria di interessi individuali e di contingenti mediazioni. Partecipazione di tipo neo-corporativo che tende all'esaltazione delle istanze individualistiche o al confusionismo sociale e che esprime disagio verso la centralizzazione e burocratizzazione delle prestazioni sociali.

In sostanza, il principio di solidarietà, all'interno di un modello di *Welfare Mix* o *Welfare Society* configura la così detta teoria dei gruppi elaborata da Bentley⁵⁴ e Truman⁵⁵, nella quale partendo dagli individui i diversi gruppi della società civile cercano di aggregare i loro interessi e competere gli uni con gli altri nella società politica, non per il perseguimento del pubblico interesse, ma per influenzare le politiche statali. Solidarietà si pone quale espressione di un modello partecipativo che nulla ha in comune con la partecipazione politica strutturata che, invece, ha nel suo DNA il conflitto sociale, quale reazione alla tolleranza, nella mistificazione del "diritto mite" ed universale, finto ed ideologico.

La solidarietà tende ad essere utilizzata quale strumento per costruire la pace sociale, attraverso il conformismo esteriore delle azioni e la costruzione di una sfera privata, all'interno della quale tutte le opinioni possono essere tollerate, proprio perché private di rilevanza politica, secondo un processo di *neutralizzazione* della ragione politica.

Ma la questione sociale, o meglio la garanzia dei diritti sociali, non sembrerebbe potersi realizzare attraverso la neutralità della legge e la mitezza del diritto, senza porsi quali obiettivi regolamentati i principi di giustizia distributiva e di eguaglianza sostanziale, che imputino allo Stato precise responsabilità, sia nella fase di determinazione dell'indirizzo politico che in quella di attuazione.

L'assimilazione dei diritti sociali della Carta europea dei diritti fondamentali, ai valori di solidarietà, sembrerebbe voler "calare" i diritti sociali in una forma di Stato (europea) che non coincide con lo Stato sociale, o che quanto meno sottende a differenti tipologie di intervento delle istituzioni pubbliche. Si configura, dunque, in ambito europeo, un pluralismo delle forme istituzionali (*rectius* dell'organizzazione di autorità) che, secondo la lezione di Gurvitch⁵⁶, risponde alle esigenze di ridurre il potere statale (percepito come repressivo) ed a creare molteplici spazi di autogoverno sociale.

È evidente che, mentre nelle Costituzioni dell'Europa continentale, il riconoscimento e la garanzia dei diritti sociali, secondo una concezione normativa di Costituzione⁵⁷, hanno rappresentato, nell'ambito dei processi costituenti, un "punto di arrivo" e di mediazione, caratterizzato da una complessità di contenuti e radici storico-teoriche, nell'ordinamento euro-unitario ciò non è avvenuto. Gli obiettivi comunitari, a prevalenza intergovernativa, tesi all'integrazione economica, e perseguiti attraverso un debole quadro istituzionale d'insieme, hanno prevalso rispetto al processo di integrazione sociale, determinando il c.d. *deficit della social policy*.

Per questi motivi, la teoria dei diritti sociali europei, in assenza di un vero processo costituente, perlomeno declinato secondo le categorie classiche del costituzionalismo liberal-democratico, di una comunità autenticamente politica di riferimento, ed in presenza di uno Stato-comunità disomogeneo e disarticolato, ha realizzato una cornice più elementare, nella quale si configurano livelli più essenziali, e di certo regressivi, rispetto all'ordinamento giuridico degli Stati membri⁵⁸.

⁵⁴ A. F. BENTLEY, *The process of Government*, Chicago, 1908.

⁵⁵ D. TRUMAN, *The Governmental Process*, New York, 1951.

⁵⁶ G. GURVITCH, *La dichiarazione dei diritti sociali*, Milano, 1949.

⁵⁷ M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, 15.

⁵⁸ Sul problema del deficit organizzativo e istituzionale in ambito europeo già R. BELLAMY e D. CASTIGLIONE, *The uses of democracy. Reflections on the European democratic deficit*, in E.O. Eriksen e J. E. Fossum (a cura di), *Democracy in the European Union*, London-New York, 2000.

Vi è, dunque, ancora un *deficit* genetico alla base dei diritti sociali e del diritto sociale europeo che risente dell'incertezza del modello organizzativo e funzionale del potere⁵⁹.

Nell'ambito del processo politico-culturale e deliberativo della Carta europea dei diritti fondamentali, i principi ed i diritti più dichiaratamente economico-sociali (impresa, proprietà, ambiente, servizi pubblici essenziali, salute, consumatori⁶⁰) spostano il loro baricentro da una dimensione sociale, ad altra tesa, nel suo complesso, ad un migliore funzionamento del mercato, delle imprese e delle libertà economiche. In dottrina, è stato evidenziato come l'approccio comunitario, confermato anche dalla Corte di Giustizia (v. le notissime sentenze Viking⁶¹ e Laval⁶²), pur riconoscendo al diritto d'azione sindacale la valenza di diritto fondamentale dei lavoratori europei, delinea un bilanciamento punitivo a vantaggio della libertà di impresa. Al bilanciamento tra diritti sociali e sindacali e libertà di matrice mercantile si sostituisce una subalternità dei primi ai secondi, che depotenzia la stessa possibilità di concreta fruizione dei proclamati diritti fondamentali⁶³.

Si riconduce il diritto di proprietà ai diritti di libertà civile ed al principio *albertino* dell'inviolabilità, proprio della forma di Stato liberale non democratica, venendo meno il nesso funzionale tra soddisfazione di bisogni individuali e bisogni collettivi caratterizzante l'art. 42 della Costituzione italiana⁶⁴. Inoltre, sempre nella carta di Nizza, il diritto al lavoro (art. 15) è disancorato dalla visione *welfarista* e dal diritto a politiche pubbliche di pieno impiego, collocato piuttosto in una dimensione individualistica di diritto al lavoro-libertà⁶⁵.

Il *leit motiv* è evidente: riduzione degli spazi d'intervento dei poteri pubblici, gestioni tendenzialmente privatistiche dei servizi pubblici, anche di quelli essenziali, spazi ridotti per la proprietà pubblica, attività d'impresa e proprietà privata svincolate dalla funzione sociale, i diritti alla salute, all'ambiente e del consumatore visti in una logica più mercantile-privatistica che sociale.

Anche il dato che la Carta parli esplicitamente di diritto di lavorare (art. 15), piuttosto che di diritto al lavoro va inteso come valorizzazione del diritto-libertà di svolgere un lavoro adeguato alle qualificazioni e alle attitudini personali, sempre in un'interpretazione di matrice individualistica⁶⁶.

Così come, ai sensi dell'art. 30 della Carta di Nizza, sempre in materia lavoristica, la disciplina del licenziamento si risolve in una riduzione delle garanzie rispetto al nostro ordinamento giuridico⁶⁷,

⁵⁹ A. VON BOGDANDY, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform : zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam*, Baden Baden, 1999, *passim*.

⁶⁰ Per un commento puntuale degli artt. 16, 17, 35, 36, 37, 38 della Carta europea dei diritti fondamentali sia consentito rinviare a A. Lucarelli, in R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001. Con il Trattato di Lisbona, la Carta non è formalmente inserita nel Testo, tuttavia viene ad essa assicurato valore giuridicamente vincolante grazie alla nuova formulazione dell'art. 6 TUE che recita: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [...] che ha lo stesso *valore giuridico dei trattati*». Inoltre, la Carta è stata di nuovo proclamata e sottoscritta dai rappresentanti di Commissione, Consiglio e Parlamento il 12 settembre a Strasburgo, dal momento che sono state apportate alcune modifiche.

⁶¹ Sentenza della Grande Sezione dell'11 dicembre 2007, C-438/05.

⁶² Sentenza della Grande Sezione del 18 dicembre 2007, C-341/05.

⁶³ R. DE LUCA TAMAJO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario e nella società italiana*, in *Rass. dir. pubbl. eur.* (<http://www.tema.unina.it/index.php/dperonline>), 2, 2008, 6-7.

⁶⁴ A. LUCARELLI, *Commento all'art.17 - Diritto di proprietà*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA E A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, cit., 142 ss. Così come nell'art. 16 (Libertà di impresa) scompaiono i limiti di natura sociale all'iniziativa economica privata così come posti dal secondo comma dell'art. 41 Cost.

⁶⁵ Per A. ALAIMO, *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto "aperto" e "multilivello"*, in R. de Luca Tamajo (a cura di), *I diritti sociali*, cit., 17, sostiene che soltanto nella "nervatura" della carta sarebbe visibile il riconoscimento del diritto al lavoro come diritto sociale a prestazione ed in particolare a prestazioni relative all'organizzazione di servizi per l'impiego.

⁶⁶ *Ibidem*, 117.

⁶⁷ L. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, in R. de Luca Tamajo (a cura di), *I diritti sociali*, cit., 193 ss., si sofferma sul dato della c.d.

pur avendo fatto ingresso nel diritto europeo, a partire dall'Atto unico del 1986, il principio della coesione economico e sociale, principio ispiratore delle politiche pubbliche europee resta il libero mercato, con la conseguenziale regola della concorrenza.

5. La funzione sociale del mercato e l'incertezza del quadro di riferimento istituzionale

L'idea politica originaria della Comunità economica europea, in linea con i principi fondativi dell'economia sociale di mercato, era che l'integrazione del settore economico avrebbe automaticamente provocato l'integrazione di alcuni settori, quale quello sociale⁶⁸. Il mercato avrebbe determinato la coesione sociale, sopperendo a tre *deficit* che Scharpf individuava nella mancanza di un senso di identità collettiva preesistente, di un dibattito politico su scala europea e di una struttura istituzionale in grado di assicurare che gli attori politici rispondano ad un elettorato europeo⁶⁹. Quest'idea è fallita, e il Trattato di Lisbona sembra non essersene reso conto, in quanto frutto di un processo tecnico – burocratico, intergovernativo, attento agli equilibri degli Stati e agli interessi delle multinazionali, ma meno attento alle dinamiche socio-economiche e soprattutto alle politiche redistributive ispirate ai principi di solidarietà ed eguaglianza sostanziale.

In considerazione dei principi generali del costituzionalismo democratico, che pongono in relazione diritti sociali e forma di Stato, è evidente che un primo nodo problematico attiene proprio all'analisi di diritti sociali in assenza di un quadro di riferimento istituzionale e di un omogeneo modello economico-sociale europeo. Ciò, nella piena consapevolezza che l'effettiva garanzia dei diritti sociali, quale principio fondativo dello Stato democratico, non può essere affidata, secondo l'espressione di Stiglitz, a leggi commerciali inique⁷⁰. Com'è noto, la categoria "forma di Stato", per contribuire a definire il rapporto autorità-libertà, dovrebbe basarsi su una non equivoca affermazione dei suoi fini.

Altro nodo problematico per l'inquadramento dei diritti sociali all'interno della forma di Stato europea è l'evidente contrapposizione tra concetti che sottendono al primato della politica, all'idea della sovranità statale, quale strumento di trasformazione sociale, e modelli di produzione normativa, *oriented market*, tipici dei sistemi anglosassoni.

Occorre inoltre considerare la frequente dicotomia tra il rango costituzionale degli atti UE (i Trattati), dai quali è possibile individuare concetti quali l'uguaglianza, la solidarietà, la giustizia sociale, la piena occupazione, lo sviluppo sostenibile, in un difficile equilibrio all'interno dell'economia sociale di mercato, e la normativa comunitaria di settore, sovente ispirata da modelli economici liberisti. Una dicotomia che sembrerebbe riproporre la *vexata quaestio* dei due livelli di norme: quelle di natura programmatica e quelle espressione dell'indirizzo politico di maggioranza. Indirizzo politico, anche contingente e non necessariamente univoco, che nega la costruzione *kelseniana* della Costituzione quale limite al potere della maggioranza. Infatti, proprio la programmaticità delle disposizioni contenute nell'art. 3, par. 3 TUE, esprimono l'esigenza di porsi su di un piano attuativo coerente e tendenzialmente omogeneo. Questo resta il nodo centrale: una struttura quella UE dove i principi, a differenza delle Costituzioni rigide, sono derogabili dal diritto derivato, da orientamenti della giurisprudenza della Corte di giustizia, dalle prassi, dai rapporti di

monetizzazione della tutela rispetto ad un licenziamento ingiustificato, ovvero che sarebbe sufficiente pagare un costo per potere risolvere il rapporto di lavoro. Ciò significherebbe che la "proprietà" del posto di lavoro cederebbe di fronte all'interesse dell'imprenditore, che è in sé superiore.

⁶⁸ F. BARON, *Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne*, Paris, 1988, 47.

⁶⁹ F. W. SCHARPF, *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione Europea*, Bologna, 1999.

⁷⁰ J. E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2000, 169.

forza, frutto del modello intergovernativo. È evidente che ciò determina una grande incertezza del diritto UE, ma soprattutto l'ineffettività dei principi, al di là della loro congenita e fisiologica contraddittorietà.

In presenza di questo quadro, risulta difficile individuare e classificare i diritti sociali senza conoscere il grado e la qualità degli interventi statali, ovvero del ruolo del diritto pubblico dell'economia in relazione all'attuazione dei principi, ma ancor più all'interno di un modello di società nel quale non sembrano avere grandi spazi i corpi intermedi; all'interno di una società improntata ad un concetto atomistico-individuale di partecipazione che mal si concilia con il principio solidaristico e con il riconoscimento e, ancor più, con la garanzia dei diritti sociali. Quel concetto di diritto sociale che, secondo Gurvitch, si fonderebbe sulla partecipazione (individuale e non organizzata) e non sulla legislazione dello Stato che contempla la questione sociale, cioè su quelle leggi che proteggono i deboli e i non possidenti e regolano l'intervento dello Stato nella sfera economica. Com'è noto, i diritti di partecipazione costituirono dalla fine dell'Ottocento il veicolo delle libertà mediante lo Stato, volte ad assicurare prestazioni dei poteri pubblici tese al riequilibrio delle posizioni dei singoli all'interno della società civile.

In conclusione, i diritti sociali fondati sulla solidarietà, ma asettici rispetto al *grande* tema della disuguaglianza, all'interno della Carta europea e quindi del Trattato di Lisbona, si rapportano ad uno Stato sociale sempre più "minimo" ed a conseguenti spazi del diritto pubblico dell'economia progressivamente ridotti.

6. La coesione economica e sociale e la dimensione neoliberista di fronte all'insorgere dei fenomeni populistici

In un momento di crisi, quale quello che stiamo attraversando, e di tensione all'interno dell'Europa, amplificato dalla pandemia, che vede sinteticamente la contrapposizione tra modello intergovernativo e modello sovranazionale⁷¹, tra politiche del rigore e politiche fondate su spesa ed investimenti pubblici⁷², ci si interroga a quali strumenti sia possibile far ricorso per orientare l'azione politico-normativa dell'Unione europea allo spirito della solidarietà, della coesione economica, sociale e territoriale, della giustizia sociale e dell'eguaglianza sostanziale.

L'espressione coesione economico-sociale non era presente fin dagli inizi dei Trattati istitutivi, ed è comparsa, per la prima volta, con l'Atto Unico europeo del 1986⁷³. Successivamente, ad essa è stato dedicato un apposito titolo a partire dalla revisione che ha avuto luogo con il nuovo Trattato sull'Unione Europea firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992⁷⁴. Un principio, quello della coesione economica e sociale, capace potenzialmente di temperare il libero mercato con i principi

⁷¹ E. DE MARCO, *Metodi intergovernativi, metodi "comunitari" e multilevel governance nell'ambito dell'Unione Europea*, in P. BILANCIA (a cura di), *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur*, Milano, 2006.

⁷² Si richiama, a titolo esemplificativo, M.T. STILE, *Il MES nella risoluzione delle crisi finanziarie europee. Un paradigma di limitazione della sovranità statale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2, 2020; G. RIZZONI, *Il "semestre europeo" fra sovranità di bilancio e autovincoli costituzionali: Germania, Francia e Italia a confronto*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 4, 2011; L.S. ROSSI, *"Fiscal Compact" e Trattato sul Meccanismo di Stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 17, 2012;

⁷³ La coesione economica e sociale dà espressione alla solidarietà tra gli Stati membri e le regioni dell'Unione europea e favorisce lo sviluppo del territorio europeo attraverso la riduzione dei divari strutturali a livello territoriale e regionale, nonché la promozione di pari opportunità reali tra i cittadini. Essa prende forma attraverso diversi interventi finanziari, in particolare nell'ambito dei Fondi strutturali e di coesione.

⁷⁴ L'Atto unico europeo ha introdotto l'obiettivo della coesione economica e sociale vera e propria, istituzionalizzata infine come politica dal trattato di Maastricht (1992) negli articoli da 158 a 162 del trattato CE.

solidaristici, ma al momento, tuttavia, reso debole da norme spesso frammentate, incoerenti, contraddittorie⁷⁵.

L'affermazione di principi in ambito europeo, ancor più in maniera incisiva dopo l'approvazione della Carta europea dei diritti fondamentali⁷⁶, quali la libertà contrattuale, la libertà di iniziativa economica, la libertà della proprietà, sganciati dalla funzione sociale, e quindi dalla teoria dei doveri⁷⁷, determinano una compressione dei valori costituzionalmente garantiti e la speculare reazione di quei cittadini che vedevano concretizzarsi il fallimento dello Stato sociale ed il peggioramento delle loro condizioni materiali.

Patto neoliberista, dunque, che, dopo Maastricht⁷⁸, influenza, o meglio deforma, anche il modello democratico-sociale contenuto nella nostra Costituzione. In sostanza, progressivamente, si afferma un diritto della concorrenza europeo, di rilevanza costituzionale, che caratterizza fortemente la c. d. *European Economic Constitution* e quindi anche il nostro ordinamento giuridico costituzionale. Esso trova le sue basi e radici, come esaminato nei paragrafi precedenti, nelle teorie degli ordoliberali che rappresentano, già a partire dagli anni Venti del secolo scorso, un modello economico fondato sulla regola della concorrenza e del libero mercato⁷⁹. Una sorta di torsione neoliberista dell'economia sociale di mercato, tuttora ben presente nelle dinamiche politico-normative UE.

Quel patto neoliberista, già insito nei Trattati fondativi di Roma del '57, ben lontano dal modello democratico-sociale, contenuto nella Costituzione italiana del 1947⁸⁰. Un patto neoliberista, *governato* e *limitato*, fintanto che la dimensione europea si sviluppa su profili di natura commerciale, ma che esplode in tutta la sua forza, cercando di anestetizzare i conflitti, nel momento in cui l'Europa inizia ad avere un'ambizione economica e politica. In particolare, ciò avviene da Maastricht in poi, ove i processi economico-finanziari, dettati dalla *policy* euro-unitaria, e dagli estesi e penetranti fenomeni di globalizzazione, *saltando* la mediazione del parlamento, ma in senso più ampio direi della rappresentanza democratica, attribuiscono valore economico, piuttosto che politico, alle istituzioni⁸¹.

⁷⁵ Cfr. A. LUCARELLI, *Introduzione: Per un diritto pubblico europeo dell'economia. Fondamenti giuridici*, in ID., *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, cit.; nonché ID., *Il modello sociale ed economico europeo*, cit., *passim*.

⁷⁶ Si v. A. LUCARELLI, *Commenti agli artt. 16 e 17 della Carta europea dei diritti fondamentali*, in R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto (a cura di), cit..

⁷⁷ Per approfondire, A. LUCARELLI, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, cit.

⁷⁸ A riguardo, a mero titolo esemplificativo ed indicativo, essendo sterminata la letteratura, si v. A. RICCI, *Un'alternativa europeista al neoliberalismo di Maastricht e del Patto di Stabilità*, in AA.Vv., *Europa dove vai?*, Milano, 2005, 82-98; F. BALAGUER CALLEJÓN, *Il Trattato di Lisbona sul lettino dell'analista, Riflessioni su statualità e dimensione costituzionale dell'Unione europea*, in A. LUCARELLI e A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi Studi sulla Costituzione europea*, ora in ID., *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., *passim*; A. LUCARELLI, *Introduzione per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in ID., *Scritti di diritto pubblico*, cit., 28, in particolare laddove si sottolinea come la Costituzione economica europea, o comunque la dimensione che ha avuto la forza di imporsi, in particolare dopo il Trattato di Maastricht, risenta di una lettura che trova le proprie radici nelle teorie degli ordoliberali e quindi nella tutela delle libertà individuali economiche dei cittadini, attraverso il mercato, e soprattutto attraverso l'affermazione del diritto di concorrenza.

⁷⁹ A. LUCARELLI, *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico dell'economia*, in *Rass. dir. pubbl. eur.* (<http://www.tema.unina.it/index.php/dperonline>), 1, 2019.

⁸⁰ Cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, cit.; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981; A. BALDASSARRE, *Diritti Sociali*, Roma, 1991; S. FOIS, *Analisi delle problematiche fondamentali dello "Stato sociale"*, cit., 163; F. RIMOLI, *Stato sociale*, in *Enc. giur.*, V, 2004, 797; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma, 2009; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in AA.Vv., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Atti del LVIII Convegno di studi amministrativi, Milano, 2013.

⁸¹ A. SUPIOT, *Homo juridicus*, cit., 235.

La crisi della rappresentanza, dei modelli classici della partecipazione democratica e le contraddizioni del costituzionalismo democratico-sociale, od anche la sua successiva torsione e deformazione – sono indotte anche dall’obiettivo di porre in equilibrio capitale e impresa, con lo spirito neoliberista europeo. La conseguenza è l’immediata compressione della tutela dei diritti sociali, provocando due reazioni in Europa e segnatamente in Italia. Si generano due antitetici fenomeni populistici, sostanzialmente reattivi alla crisi della rappresentanza democratica, ed in senso più ampio ai regimi liberal-democratici, due espressioni dei c.d. fenomeni populistici⁸². Entrambi reagiscono, con modalità ed obiettivi diametralmente opposti alla spoliticizzazione della rappresentanza politica, al distacco tra la società civile e i governanti, si oppongono ad uno Stato sempre più regolatore che tende ad anestetizzare, attraverso la meteora di un diritto mite o moderato, il dissenso ed il conflitto, assorbendo l’apparente dimensione oggettiva e neutra delle regole di austerità, imposte in maniera sempre più forte in Europa⁸³.

La globalizzazione neoliberista viene avvertita in diversi Paesi europei come un *fatto* da accettare, al più da *regolare*, le questioni politiche sono ridotte a mere *faccende* tecniche da affidare agli esperti. La tecnocrazia, con uno Stato che non interviene nei rapporti impresa-lavoro, quanto piuttosto privilegia un’attività di regolazione esterna, avvia il passaggio, anche nei servizi pubblici essenziali, dallo Stato gestore allo Stato regolatore⁸⁴, o addirittura al *Minimal State*. In Europa, il modello dello Stato *leggero*, fortemente caldeggiato e sostenuto dal *new labour*, fondava le proprie strategie su un progressivo disarmo delle istituzioni pubbliche, ritenute “insufficienti e costose” e quindi non in linea con i parametri finanziari di Maastricht⁸⁵. Il *Welfare* andava sostituito con variegate applicazioni del principio di sussidiarietà orizzontale (*Welfare, Welfare Society, Welfare mix*)⁸⁶. Si immagina una società a basso contenuto conflittuale e politico, dove il processo di legiferazione si sposta progressivamente dalla sfera politica a quella economica, nella logica di quella che nel 1929 Schmitt definiva l’epoca delle neutralizzazioni e delle progressive spoliticizzazioni⁸⁷. La dimensione sociale del mercato, pur presente nell’articolo che costituisce

⁸² Da una parte il populismo delle eguaglianze e dei diritti sociali (dove marcato è l’intento d’interazione tra democrazia partecipativa e democrazia della rappresentanza) dall’altro il populismo degli egoismi. Si realizza, dunque, un populismo, quale governo del popolo per il popolo, un popolo nazione e non un popolo sovrano, dove la comunità è immaginata in relazione al fatto di essere attore legittimo e fondatore dell’ordine politico, per difendere, ed ampliare, laddove possibile, le conquiste dello Stato sociale, per sensibilizzare i temi della giustizia ambientale, ponendo in stretta relazione la distruzione ambientale con le diseguaglianze versus un populismo per lo Stato debole, fondato sulla massimizzazione dei profitti privati e su tecniche di decisione veloci e poco proceduralizzate. Cfr. A. LUCARELLI, *Le aporie del populismo tra fenomenologia e categorie del costituzionalismo*, in C. Iannello (a cura di), *Neoliberismo e diritto pubblico*, cit., 167-168.

⁸³ Cfr. A. LUCARELLI, *Le aporie del populismo tra fenomenologia e categorie del costituzionalismo*, in C. IANNELLO (a cura di), *Neoliberismo e diritto pubblico*, cit., 170 ss.

⁸⁴ Criticamente M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, 1990; R. MICCÙ, *Costituzionalizzare l’economia all’epoca della crisi*, in *Quad. pluralismo*, 1996; N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998; G.C. SPATTINI, *Ascesa e declino (eventuale) della nozione di “Costituzione economica” (nell’ordinamento italiano e in quello comunitario)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 1579; nonché, per una disamina approfondita degli aspetti legati all’intervento statale in materia economica, A. PISANESCHI, *Dallo Stato regolatore allo Stato imprenditore. E ritorno?* Torino, 2009; Infine, si veda altresì A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013, 36, in particolare laddove si afferma che nuove categorie giuridiche neo-patrimoniali e neo-contrattuali, spesso frutto della sintesi pubblico-privato, hanno determinato la configurazione di inedite forme del diritto pubblico, estranee alla nostra Costituzione, al punto da imporre una rilettura dei suoi principi fondativi.

⁸⁵ In merito, si veda l’analisi di S. HOLMES e C.R. SUNSTEIN, *The Costs of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York 1999, trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000.

⁸⁶ Sul punto si rinvia a A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, cit., 56.

⁸⁷ C. SCHMITT, *L’epoca delle neutralizzazioni, e delle spoliticizzazioni*, in Id., *Le Categorie del “politico”. Saggi di teoria politica*, in G. Miglio e P. Schiera (a cura di), *Le Categorie del “politico”. Saggi di teoria politica*, Bologna, 1972, 167-184.

l'incipit del nostro lavoro, non è oggettivamente raggiungibile in assenza di un ruolo attivo delle istituzioni pubbliche che sul piano normativo si esprime attraverso il diritto pubblico dell'economia.

7. Mercato e solidarietà alla prova della crisi: il diritto pubblico europeo dell'economia

L'attività interpretativa della dottrina, dunque, proprio sulla base dei c.d. *principi costituzionali europei*, può contribuire a selezionare criticamente principi e regole e provare a risolvere (bilanciare) loro eventuali conflitti, che fisiologicamente derivano da un modello di economia sociale di mercato. In quest'ambito si delinea il contributo che il diritto può e deve svolgere per il riconoscimento e l'affermazione dei principi costituzionali democratici nel processo d'integrazione europeo, che ovviamente ha caratteristiche di un processo costituente in *progress* permanente.

Ciò impone una riflessione sul modello economico europeo, sulle sue radici, sulla sua natura, al di là delle enunciazioni, enucleata dall'effettività delle norme, dalle prassi, dal ruolo della giurisprudenza. Con la consapevolezza di ragionare intorno ad un modello complesso, dall'ardua definizione unitaria ed omogenea, nella cui economia ha, perlomeno negli ultimi venti anni, oggettivamente, prevalso il "mercato" sul "sociale".

Tutto ciò spinge ad un approfondimento, che si articola e si snoda su basi teorico-giuridiche, e che si propone di comprendere ed analizzare vicende contemporanee quali quelle della "crisi greca" e ovviamente quella attuale provocata dalla pandemia.

La dimensione sociale dell'Europa, il principio di solidarietà, la coesione economico-sociale e territoriale, le deroghe, pur previste alla *competition law*, sono in grado di porsi quali principi fondativi di politiche pubbliche, in presenza di devastanti crisi sociali e finanziarie, quale quella che stiamo vivendo in questo periodo? Le soluzioni vanno trovate nei mercati o attraverso il ricorso agli strumenti pubblicistici?

È possibile, nell'ambito di un c.d. *diritto pubblico europeo dell'economia*, bilanciare, o quanto meno limitare, la dimensione mercantile-privatistico del diritto della concorrenza, che, al momento, caratterizza fortemente la c.d. *European Economic Constitution* e che trova le sue basi e radici nelle teorie ordoliberali⁸⁸?

Le risposte alla crisi (o alle crisi) si pongono davanti ad un bivio: trovare strumenti di risoluzione solo all'interno del mercato e della finanza, indebolendo la dimensione sociale dell'Europa ed ovviamente dei singoli Stati, o piuttosto, partendo dai principi menzionati nell'*incipit* dell'articolo, trovarli in uno spazio giuridico, non orientato esclusivamente alla costruzione di un libero mercato, al raggiungimento e mantenimento della concorrenza ed alla sovranità del consumatore, ma piuttosto all'affermazione dei principi fondativi dello Stato democratico-sociale?

In questo senso l'*European Economic Constitution* non si porrebbe come un ordine statico, ma piuttosto come una trama giuridica flessibile, che consente interpretazioni differenti in relazione alle azioni politico-legislative dell'UE e dei singoli Stati.

Le crisi economico-finanziarie succedutesi, il *default* della Grecia, affrontato con meccanismi finanziari dell'UE che ne hanno annientato sostanzialmente lo Stato sociale, hanno spostato la *governance* europea più su modelli finanziari a guida della c.d. Troika (FMI, Banca europea e Commissione)⁸⁹, piuttosto che su strumenti di natura politica.

Infatti, è attraverso il metodo intergovernativo, operante nei due settori di cooperazione disciplinati dal TUE e dipendenti dalla volontà dei governi e basato sul potere decisionale del solo

⁸⁸ A. LUCARELLI, *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo*, cit.

⁸⁹ Cfr. anche R. CISOTTA, *What Role For the European Commission in the New Governance of the Economic Monetary Union?*, IAI, 2013; D. DINAN, *Institutions and Governance: A New Treaty, a Newly Elected Parliament and a New Commission*, in *Journal of Common Market Studies*, 48, 2010.

Consiglio (da esercitare, salvo eccezioni, all'unanimità), che si sono prodotti atti privi di controlli da parte della Commissione e della Corte di giustizia.

In questo quadro, basato sulle politiche del rigore, del pareggio di bilancio e dell'*austerità*, ed in un contesto a prevalenza intergovernativa, si innesta l'attuale pandemia e la tragica e dirimpente crisi economica e sociale. Una crisi che prescinde dai singoli Stati, che coinvolge tutti i Paesi membri e che necessiterebbe dunque di una risposta comune: una risposta di un'Europa solidale.

Occorre tener presente che da questo processo politico europeo sarà necessario - si spera - definire, finalmente, quale sarà l'orizzonte dell'Unione europea: un'unione di Stati (dimensione intergovernativa) o piuttosto un'entità sovranazionale con una proiezione federale?

Questa è la questione di fondo, che pone con forza il tema della forma dello Stato - i rapporti tra le istituzioni europee e quelli dei singoli Stati membri - una questione che si enuclea, dunque, da categorie classiche del costituzionalismo. Ma, altrettanto centrale nel dibattito politico-istituzionale, è la forma di governo, i rapporti tra Consiglio europeo, Commissione e Parlamento, la dimensione giudiziaria espressa dalla Corte di giustizia; tutto ciò legato all'annosa questione della rappresentanza democratica ed ai relativi strumenti di partecipazione politica. Il ruolo del Parlamento europeo, la sua capacità di influenzare la direzione politica, il rapporto tra rappresentanza democratica e sovranità del popolo e la misura in cui queste categorie, in una logica di "Stato costituzionale" sono state mortificate nel processo di integrazione europea, restano centrali per la configurazione di un modello socioeconomico dell'Europa⁹⁰, che esprima pluralità ma non contraddittorietà.

8. L'incertezza del quadro istituzionale: quali strumenti tra ordinamento sovranazionale e intergovernativo?

L'indirizzo economico-finanziario del Trattato di Maastricht, declinato prevalentemente sul diritto della concorrenza, rigore ed austerità, l'abortito progetto di un'Europa politica dei primi anni 2000⁹¹, maldestramente e senza coraggio ripreso e tradotto nel Trattato di Lisbona⁹², ci danno nel 2020 un'Unione europea incerta, non sicura di sé, incapace di svolgere un ruolo geopolitico a livello mondiale.

Il bacino del Mediterraneo, e in particolare il Medio Oriente, ora, dopo il progressivo ritiro degli Stati Uniti, vede una presenza sempre più forte della Turchia di Erdogan e della Russia di Putin.

L'Europa "si muove" in ordine sparso, incapace di esprimere una direzione politica unitaria, o meglio, potremmo dire, priva di un proprio progetto politico. Quindi forma di Stato e forma di governo sono, o almeno dovrebbero essere, due temi centrali nel dibattito europeo, per la sopravvivenza stessa dell'Unione. Queste due centrali categorie del costituzionalismo dovrebbero essere affrontate con un approccio realistico e non formale, secondo il pensiero di Giambattista Vico⁹³. Costruire un "vestito" che sia in grado di far svolgere all'Europa un ruolo politico, valorizzando i cittadini, la loro partecipazione, le loro richieste, le loro esigenze, anche nella considerazione che in Europa, fin dall'inizio, sono mancati gli strumenti che hanno maggiormente

⁹⁰ Cfr. A. LUCARELLI, *The conference on the future of Europe between form of state and form of government*, in *Rass. dir. pubbl. eur.* (<http://www.tema.unina.it/index.php/dperonline>), 1, 2020.

⁹¹ Il *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, è stato un progetto di revisione dei trattati fondativi dell'Unione europea, redatto nel 2003 dalla Convenzione Europea e definitivamente abbandonato nel 2007 a seguito della bocciatura dei referendum in Francia e nei Paesi Bassi.

⁹² Poiché ancora incerto l'inquadramento circa la forma di stato e di governo europea e per il persistere di meccanismi intergovernativi in totale estraneità degli organi rappresentativi dal circuito di indirizzo.

⁹³ G. VICO, *Scienza nuova*, Milano, 1977.

caratterizzato lo sviluppo delle democrazie nel XX secolo: i partiti politici, o in senso più ampio gli strumenti di partecipazione politica. I "filoeuropei", coloro che credono in un'Europa politica, in una forma di Stato che tende ad essere federale, dovrebbero abbandonare l'approccio funzionalista, cioè di un'Europa a *mille strati*, che procede senza un obiettivo, senza un vero e proprio indirizzo politico⁹⁴.

Questo approccio va avanti dal 1954, quando, in una visione che oggi diremmo sovrana, il Parlamento francese respinse il progetto di una Comunità europea di difesa. In contrasto con questa visione, politicamente e concettualmente debole, incapace di una proposta forte - se escludiamo il progetto (naufragato) della Costituzione europea - c'è stato un approccio molto politico, geloso delle prerogative dei singoli Stati e della loro forza diplomatica ed economico-finanziaria. Una sorta di realismo intergovernativo, dove l'Unione Europea diventa, in sostanza, un'arena di cooperazione interstatale istituzionalizzata. E questo è l'orientamento che ha prevalso negli ultimi anni.

Si pongono quesiti quali: valorizzare gli indirizzi politici ed economici dei singoli Stati, o cercare di unirli (*rectius* integrarli) attraverso un difficile e complesso processo di sintesi ed una visione che non divide? È chiaro che se pensiamo ad un'Unione sovranazionale, il suo equilibrio funzionale si basa, nel rispetto del principio delle competenze e del principio di sussidiarietà, sui rapporti con i singoli Stati membri. In questo senso, il principio di sussidiarietà verticale ha mostrato tutti i suoi limiti, determinando un *vulnus* allo stesso principio di solidarietà, alle sue complesse e contraddittorie declinazioni.

Porsi quale obiettivo un'Europa solidale, capace di esercitare politiche redistributive con finalità perequative, richiede una torsione delle competenze verso il "centro". Un *budget* europeo più significativo richiede che alcune politiche diventino "europee", come l'armonizzazione fiscale, la politica migratoria, la politica di solidarietà finanziaria, la politica degli investimenti, la politica del *Green Deal*. Ma ciò necessita la costruzione di un approccio sovranazionale, o addirittura di un approccio che possa essere impropriamente definito federale, non solo attraverso la qualificazione del sistema delle competenze, ma soprattutto con la struttura "costituzionale" della forma di governo e con la determinazione e l'allocazione delle risorse. La solidarietà, la coesione economico-sociale e territoriale, la giustizia sociale *passano* anche attraverso conflitti tra l'UE ed i singoli Paesi membri; penso ad esempio all'attuale *battaglia* contro il *dumping* fiscale, ed alla necessità di imporre agli Stati un'aliquota minima nella UE. Una pratica, quella del *dumping* fiscale, che mette a rischio il gettito di diversi Paesi ed aumenta, in una visione antisolidaristica, la frammentazione economica nell'Unione europea, aggravando le difficoltà delle finanze pubbliche nel dopopandemia.

Insomma, le due grandi questioni da affrontare, anche per approcciare in maniera seria il tema della sovranità popolare all'interno UE, restano la forma di Stato e la forma di governo, con la derivata funzione di indirizzo politico, con la consapevolezza che l'auspicata torsione democratica dell'UE non possa esaurirsi in un dibattito all'interno delle cancellerie dei singoli Stati. Del resto, proprio questi problemi sono emersi, in modo ancor più evidente, nell'ambito dell'attuale crisi sanitaria ed economica.

9. Le misure proposte per fronteggiare la crisi: tra mercato e solidarietà tra modello intergovernativo e sovranazionale. La recente sentenza del Bundesverfassungsgericht

⁹⁴ Sul tema dell'indirizzo politico, tra i tanti, si richiama C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Milano, 2000; A. LUCARELLI, *Teorie del presidenzialismo. Fondamento e modelli*, Padova, 2000; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, 1993; T. MARTINES, *Governo parlamentare e ordinamento democratico*, Milano, 1967.

Sulla base degli scenari che si andavano consolidando in questi anni, i Paesi del Nord Europa (seppur con differenti sfumature) oggi, anche in presenza di crisi di natura pandemica, come quella determinata dal Covid-19, ritengono che ogni Paese, con una visione dell'Europa più intergovernativa che sovranazionale, possa rispondere con interventi in *deficit* con la sospensione del patto di stabilità⁹⁵.

Le proposte, in realtà sono state varie, e, da ultimo, anche la BCE ha annunciato un nuovo programma di acquisto di titoli pubblici (*Public Sector Purchase Programme* - PSPP). A tal riguardo, il *zweiter Senat* del *Bundesverfassungsgericht* ha accolto diversi ricorsi costituzionali in via diretta contro il programma richiamato. Secondo i suddetti ricorsi, «il Governo federale e il *Bundestag* tedesco hanno leso i diritti dei ricorrenti ai sensi dell'art. 38 c.1, per.1, in combinato disposto con l'art. 20 c. 1 e c. 2 e con l'art. 79 c. 3 del *Grundgesetz* (Legge fondamentale), avendo omesso di agire contro il fatto che la Banca centrale europea (BCE), nelle decisioni adottate per l'introduzione e l'attuazione del PSPP, non abbia esaminato né dimostrato l'osservanza del principio di proporzionalità»⁹⁶.

La sentenza del 5 maggio 2020, n. 32, al di là dei primi commenti sul punto, può essere indicativa dell'esito finale «della torsione subita – per effetto dell'azione condotta negli ultimi anni dalla BCE – dal modello teorico soggiacente al Trattato di Maastricht (e alle “riforme” successive) e dal correlativo assetto normativo. Visti in quest'ottica, l'impostazione di tale decisione, e i suoi stessi esiti, possono allora considerarsi rivelatori di una duplice, scomoda verità [...]. E cioè, del fatto che la neutralità ... politica della politica monetaria europea è essenzialmente un ... mito [...]; e che, malgrado questa circostanza, tale politica resta, allo stato attuale, nelle mani di un organo tecnico, non soggetto, in quanto tale, a controllo politico»⁹⁷.

A ciò, c'è chi ha aggiunto che «se la Bundesbank dovesse ritirarsi dai Programmi di interventi della BCE, incluso il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP), il nuovo Programma di acquisti approvato dalla BCE sino alla fine del 2020 in risposta alla crisi da COVID 19 e decidesse, contestualmente, di non partecipare ad alcun programma di mutualizzazione del debito, neanche a

⁹⁵ CONSIGLIO EUROPEO - CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Report on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic*.

⁹⁶ Rassegna di documentazione, *Le decisioni della BCE sul programma di acquisti di titoli di Stato eccedono le competenze. Comunicato stampa n. 32/2020 del 5 maggio 2020*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), numero 14 - 13/05/2020, 2.

⁹⁷ Così P. DE SENA e S. D'ACUNTO, *La Corte di Karlsruhe, il mito della “neutralità” della politica monetaria e i nodi del processo di integrazione europea*, in *SIDIBlog*, (<http://www.sidiblog.org/>) 14 maggio 2020; nonché cfr. D. U. GALLETTA, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 14, 2020; nonché B. CARAVITA, *L'arroganza della Corte tedesca che fa la sovranista*, in *Il Dubbio* (www.ildubbio.it) 8 maggio 2020 e ID., M. CONDINANZI, A. MORRONE e A. M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), editoriale 13 maggio 2020, secondo cui «l'emergenza Covid-19 ha spinto anche l'Europa alla ricerca di nuovi strumenti, proprio nello sforzo di trovare una politica comune, con il duplice obiettivo (non è detto che ciò sia corretto fino in fondo ma non è questo il punto), da un lato, di superare le strettoie di un'integrazione senza o, a tutto concedere, a ridotta solidarietà interstatuale; e, dall'altro, di ridurre la “fuga sovranista” di molti stati membri, resa ancora più concreta proprio in questa ennesima crisi politica. La prospettiva di un controllo nazionale sulle politiche monetarie (e economiche) della BCE e l'imposizione di uno scrutinio di proporzionalità tra mezzi e fini nei confronti delle istituzioni europee, disintegra con le armi del diritto quel già molto difficile orizzonte politico di una solidarietà europea e quel cruciale tentativo politico di contenimento del populismo sovranista nazionale». Cfr. anche L. VIOLINI, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: percorsi e dilemmi della sentenza sulla politica monetaria europea*, in *Quad. cost.*, 2, 2020, 425 ss.; P. FARAGUNA, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: Quantitative Easing incostituzionale per difetto di motivazione della proporzionalità*, in *Quad. cost.*, 2, 2020, 429 ss.; M. MADURO, *Si può disinnescare la bomba della sentenza tedesca*, in *lavoce.info* (www.lavoce.info) 18.05.2020..

quello più *soft* rappresentato dai *Recovery bond*, rimarrebbe praticabile soltanto una strada: quella dell'accesso incondizionato all'assistenza finanziaria del MES»⁹⁸.

Non a caso, anche per far fronte alla crisi sanitaria, il dibattito in Europa si è incentrato prevalentemente sull'utilizzo di meccanismi intergovernativi: se un Paese ha bisogno di un ulteriore aiuto finanziario, allora vi sarebbe il ricorso al Meccanismo europeo di stabilità (MES), trattato intergovernativo esterno al Trattato sul funzionamento dell'UE, che può fornire aiuto a singoli Paesi e a precise condizioni⁹⁹.

Il MES è stato istituito mediante un trattato intergovernativo, al di fuori del quadro giuridico dell'Unione, nel 2012¹⁰⁰. La sua funzione fondamentale è concedere, sotto precise condizioni, assistenza finanziaria ai Paesi membri che, pur avendo un debito pubblico sostenibile, trovino temporanee difficoltà nel finanziarsi sul mercato.

La guida del MES è affidata ad un Consiglio di governatori, composto da 19 Ministri delle finanze dell'area euro. Il Consiglio assume, di regola, le proprie decisioni all'unanimità, incluse quelle relative alla concessione di assistenza finanziaria e approvazione dei protocolli d'intesa con i Paesi beneficiari della stessa. Può, però, operare a maggioranza qualificata (85% del capitale) laddove la Commissione europea e la BCE richiedano l'assunzione di decisioni urgenti, in caso di minaccia per la stabilità finanziaria ed economica della zona euro.

Il Consiglio dei governatori prende le decisioni più importanti, tra cui: la concessione o il rifiuto dell'assistenza finanziaria, la determinazione delle condizioni che i beneficiari dell'aiuto devono soddisfare e la definizione degli strumenti finanziari da utilizzare¹⁰¹.

Il processo decisionale avviene su base intergovernativa, con ogni ministro delle finanze nazionale in possesso di un voto o (per le questioni riguardanti il capitale del MES) un voto ponderato in base al contributo di capitale del suo Stato membro. Le quote di partecipazione dei singoli Stati membri al meccanismo si basano sulla loro quota di capitale nella BCE. I maggiori azionisti del MES sono, nell'ordine, Germania, Francia, Italia, Spagna e Paesi Bassi, che detengono collettivamente l'81,5% del capitale versato del meccanismo. La maggior parte delle decisioni richiede l'unanimità, mentre le decisioni sul capitale richiedono la maggioranza dei voti ponderati.

A parte i prestiti puri ex art. 16, per i quali sono previsti *ab initio*, aggiustamenti macroeconomici, vi sono poi le misure di assistenza finanziaria precauzionale. Il sostegno alla stabilità, in via precauzionale, viene concesso a seguito della sussistenza di precisi requisiti di accesso ai meccanismi di assistenza finanziaria, nonché congiuntamente alla previsione di peculiari e rigorose condizioni, comportanti l'adozione di un programma di correzioni macroeconomiche alla politica di bilancio statale che lo Stato membro richiedente dovrà osservare¹⁰².

⁹⁸ F. SALMONI, Nota a prima lettura della sentenza del tribunale costituzionale federale tedesco sul quantitative easing: una decisione politica che chiude la strada alle misure di mutualizzazione del debito e la apre al MES, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2020/II, 290.

⁹⁹ SENATO DELLA REPUBBLICA, SERVIZIO STUDI, *La riforma del Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità*, del novembre 2019, XVIII legisl., Dossier, novembre 2019. n. 187.

¹⁰⁰ L'istituzione del MES è stata consentita da un'apposita modifica dell'art. 136 TFUE, approvata dal Consiglio europeo il 25 marzo 2011. L'Italia ha ratificato la modifica di tale articolo con la legge 23 luglio 2012, n. 115.

¹⁰¹ In particolare, tutta la struttura di *governance* e modalità decisoria è contenuta negli artt. 4 ss. del Trattato MES.

¹⁰² Cfr. A. DE CRESCENZO, *Il Meccanismo Europeo di Stabilità "alla prova" del futuro dell'Unione Europea. Parlamenti (ancora) assenti nelle condizionalità macroeconomiche?* in *La Cittadinanza Europea*, 1, 2020 e M.T. STILE, *The European Stability Mechanism in the face of the epidemiological emergency*, in *Rass. dir. pubbl. eur.* (<http://www.tema.unina.it/index.php/dperonline>), 1, 2020.

Ogni Stato, colpito nel tessuto economico-sociale, secondo tale impostazione, dovrà fare ricorso sostanzialmente a meccanismi ordinari (salvo eccezioni, a seguito della pandemia, dettate dal c.d. MES *light*¹⁰³), ciascuno calato nei propri bilanci.

Com'è noto il MES richiede che il Paese che domanda aiuto debba dimostrare che il suo debito accresciuto sarà comunque sostenibile. In caso contrario l'incremento debitorio verrebbe *punito* dai mercati finanziari con il relativo incremento dello *spread* sui titoli pubblici del Paese in questione. Si tratta di una mera logica intergovernativa, nella quale risulta assente il principio di solidarietà, e comunque non in armonia con i principi e le regole menzionati nella premessa del presente studio, che configurano una UE fondata sull'economia sociale di mercato e temperata dai principi della giustizia sociale, della coesione economico-sociale e territoriale e appunto della solidarietà. Infatti, come sottolineato di recente¹⁰⁴, è difficile poter ipotizzare che siano concretamente attivabili prestiti con ricorso al MES privi di condizionalità, ma, al contrario, vi potrebbe essere il rischio di modifiche peggiorative di queste ultime. Ciò nell'ambito di un meccanismo che si pone al di fuori dello stesso ordinamento europeo e che, in quanto tale, mal si concilia con il principio solidarista e di giustizia sociale.

Tali principi, ben presenti come si è visto, nel TUE, in coerenza con la nostra Costituzione, potrebbero costituire la base giuridica per andare, con una logica realmente sovranazionale e solidaristica, ben oltre il MES, ed oltre gli strumenti messi a disposizione della Banca europea degli investimenti (BEI) e della Commissione (SURE¹⁰⁵) che rappresentano poco meno di un quarto (intorno ai 500 miliardi di euro) delle risorse stimate (almeno 2.000 miliardi di euro) per affrontare la crisi in corso.

Ancor più di recente, la Commissione europea ha avanzato la proposta di attivazione del programma *Next Generation UE* di 750 miliardi di euro¹⁰⁶, di cui 500 di sussidi e 250 di prestiti, da aggiungere al bilancio pluriennale dell'Unione europea (Ue) di 1.100 miliardi, per un totale di 1.850 miliardi. Tale proposta¹⁰⁷ rappresenta una novità anche sul piano politico, perché le istituzioni sovranazionali ancora oggi non dispongono di un potere di tassazione diretta. Il bilancio Ue è costituito per più di due terzi da trasferimenti finanziari degli Stati membri, che hanno potuto così preservare il loro potere fiscale (rispetto alle istituzioni sovranazionali).

Come sostenuto, infatti, «se chi controlla le tasse controlla il potere, allora è evidente che attivare una tassazione europea vuole dire ridurre il potere degli Stati membri e accrescere quello delle

¹⁰³ Si tratta della possibilità di accedere al MES evitando il meccanismo dei memoranda, purché il finanziamento sia destinato solo a scopi sanitari.

¹⁰⁴ F. SALMONI, *L'insostenibile "leggerezza" del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova della crisi pandemica*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 20, 2020.

¹⁰⁵ La proposta è volta a tutelare i lavoratori e i posti di lavoro messi a rischio dall'epidemia di COVID-19, mediante la creazione di uno strumento temporaneo, ad integrazione delle misure nazionali (articolo 2), che metta a disposizione degli Stati membri risorse aggiuntive per il finanziamento di regimi di riduzione dell'orario lavorativo o di misure analoghe, miranti a ridurre l'incidenza della disoccupazione e della perdita di reddito dei lavoratori dipendenti e autonomi (articolo 1). Per approfondire, si veda SENATO DELLA REPUBBLICA, SERVIZIO STUDI, *Proposta per un sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in un'emergenza* (SURE). Note su Atti dell'Unione europea, n. 18.

¹⁰⁶ Il Fondo per l'Europa della nuova generazione è ancora solo una proposta, anche se avanzata formalmente dalla Commissione UE. Dovrà essere valutato dal Consiglio Europeo del prossimo 19 giugno 2020, dopo quasi un mese di negoziati che si preannunciano assai duri, soprattutto con i cosiddetti "paesi frugali" (Olanda, Austria, Danimarca e Svezia) poco propensi a erogazioni a fondo perduto ai Paesi del sud-Europa (Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic And Social Committee and the Committee of the Region, 27.5.2020, COM(2020) 442 final). Il compromesso sembrerebbe che si stia sviluppando su una riduzione dell'impegno finanziario, ma sulla parte relativa ai prestiti.

¹⁰⁷ Il progetto è costituito di tre programmi. Il primo, di supporto agli Stati membri (655 miliardi), centrato su un *Recovery and Resilience Facility* (560 miliardi); il secondo, di supporto al settore privato (56,3 miliardi), basato su strumenti finanziari per aiutare la liquidità e gli investimenti strategici.

istituzioni sovranazionali. È questa la natura politica della frattura che è emersa tra i cosiddetti Paesi “frugali” (Austria, Paesi Bassi, Danimarca e Svezia), sostenuti da diversi leader dei Paesi del nord, e i Paesi del sud d’Europa più colpiti dalla pandemia (Italia, Spagna e Francia). I Paesi del nord, riaffermando il principio della dipendenza fiscale dell’Ue dagli Stati membri, chiedono che l’aiuto fornito ai Paesi del sud abbia la forma di prestiti da restituire (e non di sussidi). Poiché la pandemia ha indebolito i Paesi del sud più di quelli del nord (almeno per ora), le future restituzioni accentuerebbero il vantaggio dei secondi sui primi¹⁰⁸, continuando a generare diseguaglianze. Proprio nei giorni in cui si sta completando il suddetto articolo abbiamo notizia che la proposta della Commissione sul *Next Generation EU* è stata rinviata in sede di Consiglio europeo a causa dell’opposizione dei c.d. Paesi *frugali*, ai quali si sono aggiunti quelli del *blocco di Visigrad*. L’opposizione verte soprattutto per le eccessive dimensioni finanziarie, per la prevalenza dei sussidi rispetto ai prestiti, ma anche per il ricorso al debito europeo, garantito da nuove risorse proprie, come la tassazione delle grandi società del web che operano nel mercato unico.

Occorre, dunque, interrogarsi se la presenza dei *principi costituzionali europei*, dai quali siamo partiti, e soprattutto la solidarietà e la dimensione sociale dell’economia di mercato possano, seppur in un sistema complesso, legittimare il ricorso a strumenti finanziari sovranazionali e non intergovernativi, senza entrare in conflitto con gli artt. 123-125 TFUE¹⁰⁹, che proibiscono la *mutualizzazione* dei debiti nazionali e con l’art. 310 TFUE, che impone al bilancio europeo di rispettare il pareggio tra entrate e uscite¹¹⁰.

Ma questi limiti non possono e non debbono impedire di ragionare, in una logica sovranazionale e solidaristica, ma aggiungerei anche di equità e di giustizia sociale, sui seguenti punti: 1) costituzione di un fondo di ricostruzione collegato al bilancio pluriennale, garantito da nuove tasse europee¹¹¹ e dai trasferimenti nazionali, sostanziandosi in una politica di sovvenzioni e non di prestiti, garantiti da un debito pubblico europeo (2020-2027); 2) emissione di obbligazioni europee o *eurobond*, già emesse nel 1975 per rispondere alla crisi petrolifera¹¹².

I *principi costituzionali europei*, a partire dalla solidarietà, dalla protezione sociale, dalla coesione economico-territoriale, che dovrebbero costituire il solco dell’economia sociale di mercato dell’UE, fronteggiando il neoliberalismo, anche nella sua versione temperata ordoliberal, potranno orientare scelte politiche verso l’istituzione di nuove categorie di risorse proprie, quali ad esempio la tassa sul

¹⁰⁸ S. FABBRINI, *Necessario promuovere l’eguaglianza tra gli Stati*, in *Il Sole-24 Ore* (<https://www.ilsole24ore.com/>), 1° giugno 2020.

¹⁰⁹ Il TFUE all’art 123, comma 1, proibisce esplicitamente alle banche centrali di finanziare il deficit statale, tramite la concessione di scoperti di conto oppure l’acquisto dei titoli del debito da parte delle banche centrali nazionali. L’art. 124, fa divieto di acquistare titoli di debito pubblico; l’art. 125, infine, rappresenterebbe la clausola di *no bail-out*, che vieta la diretta assunzione di debiti sovrani da parte dell’Unione o di altri Stati membri, ma anche qualsiasi sostegno finanziario sotto forma di prestiti, garanzie, linee di credito, acquisto di titoli pubblici o accettazione degli stessi in garanzia.

¹¹⁰ Per approfondire il tema del bilancio europeo, si richiama F. BASSANINI e G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010.

¹¹¹ Per il governo tedesco, il Fondo dovrà essere garantito da nuove tasse europee, quale la tassa sulle transazioni finanziarie e la *digital tax*, quest’ultima da concordare all’interno dell’OCSE, sperando in un cambiamento alla Casa Bianca a partire da novembre prossimo.

¹¹² Sulla recente proposta dell’istituzione di un “*Recovery Fund*” nell’ambito di una più ampia iniziativa italo-tedesca in risposta alla crisi diffusa dal Covid19 si rinvia a *Unione europea – Iniziativa franco-tedesca per la ripresa europea dalla crisi coronavirus* (Parigi, 18 maggio 20), per cui «Per sostenere una ripresa sostenibile che ripristini e rafforzi la crescita nell’UE, la Germania e la Francia sostengono un ambizioso, temporaneo e mirato Fondo per la ripresa nel quadro del prossimo QFP, dando impulso a un QFP con carico iniziale nei primi anni. Data la natura eccezionale della sfida della pandemia COVID-19 per le economie di tutta l’UE, la Francia e la Germania propongono di consentire alla Commissione europea di finanziare tale sostegno alla ripresa prendendo a prestito sui mercati per conto dell’UE, nel pieno rispetto del trattato UE, del quadro di bilancio e dei diritti dei parlamenti nazionali».

digitale e sulle emissioni di carbonio (art. 311 TFUE¹¹³) ed adottare disposizioni che riguardino l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte (art. 113 TFUE¹¹⁴), od anche l'avvio di una sovranità digitale europea, a partire dal progetto franco-tedesco GAIA X, rendendo l'UE indipendente dai *cloud provider* americani.

Sempre nell'ambito delle regole europee (art 123, comma 2 TFUE) è possibile immaginare che la Banca centrale europea finanzi direttamente istituti creditizi pubblici o si istituisca un fondo pubblico europeo di emergenza sanitaria, con finanziamento diretto della Banca centrale europea, o ancora consentire alla BCE di esercitare il ruolo di banca centrale pubblica, comprando direttamente i titoli di Stato emessi dai Paesi per far fronte all'emergenza sanitaria, sociale ed economica?

Indipendentemente dalla pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco, numerose sono ancora le proposte e gli interrogativi messi in campo da approfondire ed ai quali dare una risposta.

Resta da risolvere un problema più generale: occorre, in un quadro istituzionale acerbo, poroso, non ben definito (forme di stato, forma di governo, rappresentanza democratica, diritti di partecipazione politica) riequilibrare un modello di economia europea che negli ultimi venti anni ha subito una torsione mercantile e finanziaria, estranea alla nostra cultura costituzionale, ma a volte influenzandola. Siamo ben consapevoli, come si è visto, che il modello socio-economico europeo nasce nell'*humus* culturale ordoliberal e sulla rilevanza data al principio della concorrenza, ma, valorizzando i principi di giustizia sociale, dai quali siamo partiti nel presente lavoro, è arrivato il momento di renderli effettivi, di farli vivere, al fine di ricondurre il mercato a una dimensione sociale e, soprattutto, coniugando la solidarietà, come nella nostra Costituzione, all'eguaglianza sostanziale. Insomma, dare vitalità, od anche ripartire, dalla Dichiarazione di Meseberg del 19 giugno 2018, nella quale Francia e Germania si impegnarono a rendere l'UE «...più democratica, sovrana e unita»¹¹⁵.

¹¹³ L'art. 311 TFUE stabilisce che l'Unione europea si dota dei mezzi necessari al conseguimento dei suoi obiettivi e che «il bilancio, fatte salve le altre entrate, è finanziato integralmente tramite risorse proprie». Il sistema di finanziamento dell'Unione europea è stato anche ridisciplinato dalla decisione del Consiglio UE 26 maggio 2014, n. 335.

¹¹⁴ «Le imposte indirette comprendono l'imposta sul valore aggiunto (IVA) e le accise su alcolici, tabacco e prodotti energetici. Il sistema comune in materia di IVA è applicabile in generale ai beni e ai servizi acquistati e venduti ai fini dell'uso o del consumo nell'UE. Le accise vengono applicate sulla vendita o sull'uso di prodotti specifici. Ai fini del corretto funzionamento del mercato interno, l'attività legislativa dell'UE mira a coordinare e allineare le disposizioni in materia di IVA, nonché ad armonizzare le accise su alcolici, tabacco e prodotti energetici», per approfondire: PARLAMENTO EUROPEO, *pubbl.*.

¹¹⁵ In questi giorni, mentre sto chiudendo l'articolo, dopo due anni Merkel e Macron si incontrano nel Castello di Meseberg, residenza ufficiale del governo tedesco in Brandeburgo e sembra che, in questa sede, vogliano riproporre gli obiettivi riformisti di quella dichiarazione, soprattutto come dotare l'UE di una capacità fiscale e di un'autonoma strategia di difesa.

GIAMPIERO DI PLINIO

Il Mostro di *Bolkestein* in spiaggia. La “terribile” Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del *Judicial Italian Style* e la crisi del *federalizing process*

1. Premessa in *flashback* — 2. *Bolkestein Directive Scenario*. Da «Cassis de Dijon» alle porte della crisi — 3. La ‘terribile’ Direttiva e la sua paternità — 4. *What is left?* Un nuovo scenario, dopo la crisi globale, dentro una Europa smarrita — 5. Il mito della disapplicazione — 6. Lo stile italiano della disapplicazione e il Mostro di *Bolkestein* in action, sulle spiagge — 7. *Italian Style 2: the Return*. Attacco alla proroga e pregiudizialità — 8. *Italian Style 3, the Revenge*: al mio via, scatenate l’inferno! Sì, ma la Corte costituzionale? — 9. Senza concludere

1. *Premessa in flashback*

Quando ero adolescente, per arrotondare il bilancio di una famiglia in perpetua ristrettezza economica, e vivendo a Pescara, terra di bagni, trabocchi dannunziani e lidi chilometrici, facevo il bagnino, anzi per la precisione il ragazzo di spiaggia, di fatica insomma, presso lo stabilimento Marechiaro. Il “concessionario” era “Don” Clemente Papa, che tutti chiamavano Mastr ‘Mintine (si noti che nel nobile linguaggio abruzzese quella “e” finale è gutturale, e suona un po’ come lo *schwa/ə* anglosassone). Era adorabile (botte da orbi se si batteva la fiacca) e ci permetteva di pescare i cannicchi e le pelose la mattina presto (‘davvero’ presto), e poi venderli — ovviamente crudi, perché all’epoca non c’era la celeste tutela del diritto alimentare, eravamo a rischio terribile ma stranamente, solo per puro caso, non ci si ammalava mai — in vassoi di carta e con spicchi di limone ai centocinquanta o poco più clienti. I soldi restavano a noi ragazzi, e lui rideva sotto i baffi, mentre ci lanciava i suoi soliti urlacci. Con questa e altre meraviglie (pizzette da sballo, e il primo *juke box* della riviera) Mastr ‘Mintine, come Grazia, Nando e altri numerosissimi concessionari, era ovviamente, anche se non lo sapeva, un microimprenditore, e faceva coscienziosamente il suo lavoro, traendone un reddito dignitoso, di modesta entità.

Oggi, davanti alla vasta giurisprudenza iper-liberalizzatrice delle spiagge che devo sempre più controvoglia commentare, mi piace immaginare Mastr ‘Mintine post *Bolkestein*, con un palmare in mano, a caccia di concessioni a bando europeo da conquistare qua e là per l’Europa, che so, sulle spiagge spagnole, portoghesi, croate, svedesi, tedesche, austriache (???). M’immagino un Mastr ‘Mintine per ogni microspiaggia d’Europa, e, non so perché (anzi lo so bene), mi viene teneramente da sorridere.

Dopo la sequenza onirica, ritorno al presente. Sulle spiagge italiane, ma anche su molte spiagge e coste d’Europa, i Mastr ‘Mintine sono ancora tantissimi, l’85 per cento dei concessionari in Italia, e sono microimprese legate indissolubilmente al territorio, per le quali non avrebbe senso l’esistenza di una libertà di stabilimento in qualsiasi altro posto non solo d’Europa, ma forse neppure dell’Italia. Nella maggior parte dei casi, sono pezzi di cultura locale, eccezionalismi territoriali, minuscole unicità socioeconomiche, nanelementi di storia e tradizione. Nella maggior parte dei casi, non sono banditi che lucrano su canoni irrisori e tariffe da strozzini, ma traggono redditi normali e misurati, con il proprio diretto lavoro, prima come figli dei gestori storici, oggi come gestori essi stessi.

Da zero a cento, quanto poteva interessare tutto questo micromondo a Delors mentre scriveva i suoi magnifici *Libri Bianchi*, o al Signor *Bolkestein*, mentre si accingeva a dettare la prima stesura della sua Terribile Direttiva?

Ovvio che non tutti i ‘balneari’ sono così. Ovvio che si deve differenziare il trattamento, e anche il senso della sacrosanta evidenza pubblica, tra piccoli e grossi. Ma non è cosa per cui siano

attrezzate o si possano mai attrezzare le Istituzioni europee. E tantomeno le Corti. Ci deve pensare il governo, ci devono pensare i legislatori di ogni Stato membro, ciascuno dei quali ha problemi e ordinamenti peculiari.

Ma in questo Paese è avvenuto il contrario. Le istituzioni politiche hanno 'prorogato' senza far nulla, le Corti stanno facendo a pezzi tutto quanto, senza distinguere il mondo di Mastr 'Mintine da quello delle catene multinazionali dei servizi turistici. Io credo che le vicende italiane della Direttiva Bolkestein siano l'effetto di paradossi partoriti da altrettanto sbalorditivi equivoci e fraintendimenti in cui, a differenza di quelli degli altri Stati membri, sono incorsi i formanti del nostro diritto nel contesto di un originale, e devastante, *Italian Style* di interpretazione e di attuazione del diritto europeo. È una sindrome irresistibile: l'Europa chiede le cose 'grosse', Alfa, Beta e Gamma, e i nostri stupefacenti formanti le danno tutto l'alfabeto greco, spesso però rosicchiando proprio su Alfa Beta e Gamma, che, siccome sono appunto grossi, sono ovviamente ben attrezzati per trovare il sistema di proteggersi.

Ma è così che la Direttiva Bolkestein diventa il Mostro di Bolkestein. È così che l'Europa appare sempre più incomprensibile, crudele, e lontana.

2. Bolkestein Directive Scenario. Da «Cassis de Dijon» alle porte della crisi

Per capire fino in fondo la configurazione attuale della 'terribile' Direttiva e del suo contesto, è necessario prima chiarire cosa resta oggi del sogno del Mercato Interno, dei tempi dell'Atto Unico, di Maastricht, di Lisbona.

Partiamo dallo scenario iniziale, dal primo Libro Bianco e dall'Atto Unico, dopo che la Corte di giustizia aveva avviato il suo bizantino lavoro funzionalista, che nel '79 aveva partorito la celebre *Cassis de Dijon*¹ e il principio del 'paese di origine o mutuo riconoscimento). Negli anni ottanta sboccia e cresce in fretta l'aspettativa di un processo federativo² con lo scopo di arrivare al Mercato Unico, insieme alla consapevolezza che lo stesso Mercato Unico, senza un coordinamento stretto delle costituzioni finanziarie degli Stati, e soprattutto senza una moneta unica, non sarebbe mai giunto alla luce. Insomma, già in quegli anni vi era una lucida consapevolezza che la sopravvivenza, e la stabilizzazione, dell'Europa Unita dovesse necessariamente fondarsi su una *Multilevel European Economic Constitution*, con una completa integrazione multilivello di costituzione finanziaria, costituzione della moneta e costituzione del mercato³.

Di qui la accelerazione verso Maastricht, per passare dalla Comunità all'Unione. Di qui il secondo *Libro bianco sulla crescita, competitività ed occupazione* di Delors (1993), che rilancia il teorema della stretta interconnessione tra apertura totale dei mercati nazionali e costituzione economica europea, con la piena consapevolezza degli *effetti a catena sull'intera economia e sulla competitività europea*, e dunque sulle misure macroeconomiche degli Stati, di *un mercato interno difettoso e incompleto*, teorema che sarà ampiamente ripreso con il varo della Strategia di Lisbona⁴, e il lancio di *Trattato costituzionale* ed *Enlargement* a Est, che raggiungeranno, pur con esiti successivi

¹ Corte di Giustizia, sentenza 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

² Già nel primo *Libro Bianco* di Delors sul completamento del mercato interno (1985) si scansionano le tappe del *federalizing process* con tempistiche e procedure che sostanzialmente avrebbero dovuto portare a un modello federativo, con una costituzione economica del mercato completamente liberalizzata, a una costituzione finanziaria multilivello, con le finanze nazionali in ordine, e ad una costituzione monetaria fondata sul principio della unicità e non statualità del controllo sulla moneta (sia consentito rinviare a G. DI PLINIO, *La costituzione economica nel processo costituente europeo*, in *DPCE* 2003, 1780 ss.)

³ V. ancora il mio *La costituzione economica nel processo costituente europeo*, cit., *passim*.

⁴ *Conclusioni della Presidenza*, Consiglio europeo di Lisbona, 23 e 24 marzo 2000.

differenti, l'acme a metà degli anni '10, mentre la Commissione Prodi da tempo preparava le carte per il giro di vite sulla liberalizzazione della circolazione dei servizi⁵.

È in questo scenario che viene concepita e poi partorita la "terribile" Direttiva.

La Direttiva, formulata come proposta durissima della Commissione Prodi nel 2004, con progetti e obiettivi grandiosi, nasce effettivamente, e con notevoli ammorbidimenti, nel 2006, sotto il mandato Barroso e senza più Bolkestein, che però continuerà in eterno a portarne, meritatamente direi, la croce.

Il testo approvato risente dei forti rimaneggiamenti apportati dai governi in Consiglio e soprattutto dal Parlamento europeo. Anche se scompare quasi del tutto l'applicazione rigida del principio del mutuo riconoscimento, la 'terribile' direttiva accende fiamme ardenti di protesta in tutta Europa, e, malgrado i tentativi di indorare la pillola dai governi, e in particolare di Chirac, ci furono esiti devastanti, in prima fila il *no* francese alla Costituzione europea.

3. La 'terribile' Direttiva e la sua paternità

Frederick Bolkestein (ma gli piace farsi chiamare "Frits"), oltre a essere il padre della 'terribile' Direttiva che porta il suo nome, è un famoso politico olandese e buon gius-economista (ha studiato alla London SE ed è stato professore a Leida), e vanta premi e onorificenze non solo olandesi (tra l'altro è Commendatore dell'Ordine del Leone dei Paesi Bassi, e Gran Croce dell'Ordine al Merito di Germania). Frits, che è stato anche presidente dell'Internazionale liberale, e membro della Mont Pelerin Society, si autodefinisce, nella curata pagina del suo sito web ufficiale, "*A liberal-minded thinker*"⁶.

Frits Bolkestein è stato Commissario europeo per il mercato interno, la tassazione e l'unione doganale dal 16 settembre 1999 al 22 novembre 2004, al tempo dunque della Commissione Prodi. Il suo predecessore, nella Commissione Santer, dal 1994 al 1999, è stato Mario Monti, che sotto la Commissione Prodi ha rivestito il ruolo di Commissario europeo per la concorrenza. Inutile sottolineare che la terribile Direttiva da un lato ha ascendenze risalenti⁷, e che la sua elaborazione ha avuto una iniezione di interesse anche prima del mandato dell'autorevole predecessore italiano, che pure, specie in veste di Commissario alla Concorrenza (alla fine, per molti aspetti, endiadi di Mercato interno) ne ha sicuramente potuto, per così dire, sostenere la nascita effettiva. Così che la 'terribile' porta un nome olandese, ma ha un buon pacchetto di genetica italiana nel DNA, considerato anche che italiano era pure il Master dell'esecutivo europeo che l'ha data alla luce.

Ciò nonostante, le intenzioni, sulla carta, erano e restano buonissime. Non pare revocabile in dubbio che l'Unione europea debba promuovere legami sempre più stretti tra gli Stati e i popoli d'Europa per contribuire a garantire il progresso economico e sociale, e che ciò debba passare anche attraverso la totale mobilità delle imprese di servizi attraverso la compiuta attuazione della libertà di stabilimento. Si tratta di principi scritti già a chiare lettere nei Trattati, prima che nella Direttiva

⁵ *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo: lo stato del mercato interno dei servizi* (Relazione presentata nell'ambito della prima fase della strategia per il mercato interno dei servizi), Bruxelles, 30.07.2002, COM(2002) 441 def.

⁶ *Www.Fritsbolkestein.Com*. Si noti che non scrive 'a liberal thinker', cioè 'pensatore liberale', bensì 'a liberal-minded thinker', cioè 'pensatore di mentalità liberale', come a voler sottendere che il suo pensiero è più *idealmente* liberale, che *politicamente* liberale. Eppure, Frits di politica ne ha fatta davvero tanta.

⁷ La sua esistenza terrena inizia dal *Libro bianco* di Delors, passa per l'Atto Unico, e si accumula nella Strategia di Lisbona. Come rileva Cazzola, «a ripercorrere a ritroso il cammino della proposta di direttiva Bolkestein si arriva al 2000, quando a dicembre (nove mesi dopo la storica riunione del Consiglio a Lisbona) la commissione definì quella linea di condotta indicata come "una strategia per il mercato interno dei servizi"» (G. CAZZOLA, *La Bolkestein prima e dopo la cura*, in *il Mulino*, n. 2/2006, 347).

Bolkestein, i quali però fondano il processo di *enforcement* non su fonti a efficacia diretta, bensì sullo strumento della direttiva per il ravvicinamento delle legislazioni nazionali⁸.

Nella "law in action", tuttavia, questi principi hanno sbattuto forte contro i numerosi ostacoli dei fornitori di servizi, ad estendere le operazioni oltre i loro confini nazionali e trarre vantaggio dal mercato interno. In particolare, le piccole e microimprese, alle quali tuttavia non è stato mai seriamente chiesto se questa magica opportunità le interessava davvero.

La 'terribile' Direttiva tentò dunque, semplicemente, di attuare l'immaginoso progetto dei *Treaty Makers* europei, costruendone l'*enforcement* (eliminazione di tutte le barriere tecniche e giuridiche che ostacolano l'effettivo funzionamento di un mercato interno) su di una *weltanschauung* fornita a piene mani, negli anni precedenti di elaborazione della proposta della Commissione, dal nostro *liberal-minded thinker*, con le meravigliose promesse sparse nei trattati e in tutta la letteratura ufficiale dell'Unione, di trasformare l'Unione nell'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica al mondo, promuovere uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche all'interno della Comunità, un alto tasso di occupazione e protezione sociale, la parità tra uomini e donne, in modo sostenibile e con crescita non inflazionistica, alto livello di competitività e convergenza dei risultati economici, alto livello di protezione e miglioramento dell'ambiente, aumento del livello e della qualità della vita, coesione economica e sociale e solidarietà tra gli Stati membri.

4. What is left? *Un nuovo scenario, dopo la crisi globale, dentro una Europa smarrita*

Fin d'ora, mi pare di poter dire che la 'terribile', forse nell'esaltazione di tutte queste promesse, ha fatto troppo, e l'ha fatto male. Qui non si tratta di sovranismi o non sovranismi. Ben vengano le limitazioni di sovranità, ma solo quando sono 'razionali' e proporzionate.

E infatti, parecchie voci si levarono all'epoca, e si levano ancor più oggi, non solo nelle piazze ma anche negli ambienti scientifici, per avanzare dubbi sulla razionalità della Direttiva. Anzi, a distanza di una decina d'anni dalla emanazione, lo stesso Frits Bolkestein punta il dito contro le manipolazioni e l'interpretazione esageratamente estensiva e bizantinamente burocratica della sua creatura, citando espressamente il settore delle concessioni balneari, alle quali non pensava minimamente quando la scriveva, trattandosi, afferma oggi, di concessioni di beni pubblici e non di servizi, comunque non rilevanti nel contesto di nucleo del Mercato Interno⁹.

E in dottrina la struttura normativa della direttiva, e soprattutto le sue applicazioni giudiziarie, sono state ampiamente criticate. Essa è stata definita variamente come "confusa, imprecisa, aggrovigliata, ambigua, contraddittoria", dalla grammatica incoerente e spesso disorientante, che apre a interpretazioni ambigue, e persino a errori di traduzione. Se il suo obiettivo iniziale sembrava essere lodevole, la modalità del suo *enforcement* appare completamente priva di buon senso¹⁰, specie nella misura in cui — invece di promuovere semplicemente, restando nell'ambito delle sue basi giuridiche, il ravvicinamento, *rectius* l'uniformizzazione, delle legislazioni allo scopo di garantire un mercato aperto in cui le imprese possano muoversi liberamente — allunga la sua ombra fino ai dettagli dei mercati interni degli Stati membri, espiantandone le radici e le tradizioni.

⁸ V. la versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE), in particolare gli artt. 4, 26, 27, 114, e 115.

⁹ Nel corso del convegno dal titolo *L'Euro, l'Europa e la Bolkestein spiegate da Mr. Bolkestein*, registrato da *Radio Radicale* a Roma il 18 aprile 2018, disponibile in www.radioradicale.it.

¹⁰ M. FUERTES LÓPEZ, *Luces y sombras en la incorporación de la directiva de servicios*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 42 del 2011, 57 ss.

Insomma, essa, specialmente nell'interpretazione giurisprudenziale, non costituisce solo una "direttiva" finalizzata a garantire un mercato comune dei servizi, ma diventa strumento *diretto* di amministrazione e gestione di dettaglio delle attività interne di ciascun Paese, e più di tutte, paradossalmente, le piccole e medie imprese, fino al parossistico coinvolgimento delle micro-imprese. Una serena alienazione. Esiti devastanti. Giudici che applicano direttamente la 'terribile' Direttiva disapplicando contestualmente leggi nazionali altrettanto contraddittorie e spesso incomprensibili, quando di *self executivity* non vi è (non vi può strutturalmente essere) neanche l'ombra¹¹, fino a delicati ma violenti esiti persino in sede penale¹².

In realtà la Bolkestein ha fallito completamente la sua *mission*, perché prima ancora di essa, è fallita la promessa di *federalizing process*, e in particolare del mix tra Mercato unico e costituzione finanziaria postkeynesiana in un contesto di governo 'europeo' dell'economia. La crisi sistemica ha rovesciato completamente le condizioni favorevoli alla sua funzionalità. L'intera economia europea, subendo un arresto di crescita, e una crisi di razionalità, ha messo intorno alla Direttiva un mondo che all'epoca era del tutto sconosciuto. L'irrigidimento delle regole di Maastricht con Fiscal Compact e le altre invasive regolazioni hanno messo gli Stati, soprattutto quelli ad elevato debito pubblico, nelle condizioni di non poter spendere, proprio quando l'intervento pubblico dell'economia era prepotentemente richiesto dal più grande *market failure* della storia. E di fronte a questo l'UE non è stata capace nemmeno di pensare di compiere il balzo verso la federazione, che avrebbe consentito un rilancio europeo della politica economica, con debito pubblico europeo e governo multilivello dell'economia, mentre al di là dell'Oceano quel modello federale metteva in salvo l'America rilanciandone crescita e competitività¹³.

La Bolkestein si trova oggi di fronte a una crisi forse irreversibile della realtà virtuale che si immaginava a Maastricht e a Lisbona, perché gli è venuta a mancare la "polpa", cioè il mix tra Mercato Unico e Costituzione economica "europea".

Se si guarda lo stato attuale dell'arte nel prisma della evoluzione della giurisprudenza comunitaria, il bivio maledetto in cui è intrappolata oggi l'Unione si vede in dettaglio, per così dire, tecnico. L'algoritmo della "primazia" del diritto comunitario è stato programmato e attivato, in una memorabile serie di scansioni temporali, dalla Corte di giustizia, la cui giurisprudenza ha espresso fin dall'origine una *Weltanschauung funzionalista* che ha fornito la linfa per lo sviluppo di una concezione *monista* del rapporto tra diritto comunitario e diritto interno¹⁴. Ma questa concezione è

¹¹ C. BENETAZZO, "Primazia" del diritto U.E. e proroghe ex lege delle concessioni balneari, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 19/2018.

¹² Cass. pen., sez. III, 14 maggio 2018, n. 21281, su cui si veda il preoccupato commento di C. BENETAZZO, "Primazia" del diritto U.E., cit., *passim*.

¹³ Invece in Europa si restava prigionieri dei sogni, e fiduciosi nei miracoli. Nel 2010, nella premessa alla Comunicazione della Commissione EUROPA 2020. *Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva* (COM(2010) 2020 definitivo), Barroso (ricordo: il Presidente della Commissione che varò la Bolkestein), pontificava che «Il 2010 deve segnare un nuovo inizio. Voglio che l'Europa esca rafforzata dalla crisi economica e finanziaria. ... È giunto il momento della verità per l'Europa. È il momento di essere audaci e ambiziosi. ... Per conseguire un futuro sostenibile, dobbiamo sin d'ora guardare oltre il breve termine. L'Europa deve ritrovare la strada giusta e non deve più perderla. È questo l'obiettivo della strategia Europa 2020: più posti di lavoro e una vita migliore ... La Commissione propone per il 2020 cinque obiettivi misurabili dell'UE, che guideranno il processo e verranno tradotti in obiettivi nazionali. Tali obiettivi, che riguardano l'occupazione, la ricerca e l'innovazione, il cambiamento climatico e l'energia, l'istruzione e la lotta contro la povertà, rappresentano la direzione da seguire e ci consentiranno di valutare la nostra riuscita. ... Abbiamo formidabili strumenti a portata di mano: la nuova governance economica, sostenuta dal mercato interno, il nostro bilancio, i nostri scambi commerciali e la nostra politica economica esterna, nonché la regolamentazione e il sostegno dell'unione economica e monetaria... Abbiamo i nuovi strumenti e una rinnovata ambizione. Ora dobbiamo trasformare i nostri obiettivi in realtà». Ecco, io che guardo la storia di questi dieci anni, mi astengo dal commentare.

¹⁴ Inizialmente, le Corti nazionali assunsero una posizione altrettanto monista, ma simmetricamente rovesciata, attribuendo il primato al diritto statale. La Corte costituzionale italiana, in *Costa c. Enel* (sent. 14/1964) interpretò le

stata sempre connessa essenzialmente al presupposto escatologico dell'Europa unita come un ordinamento *in fieri*, di tipo pre-federale, destinato alla sua più o meno veloce metamorfosi in una forma di Stato sostanzialmente federale, in cui la conformazione del diritto degli Stati membri al diritto federale e la coerente rinuncia da parte degli stessi alle frazioni 'alte' della sovranità fossero compensate non solo da una moneta unica in regime di *Balanced Budget* a livello di Stati, ma soprattutto dalla creazione di una zona di sovranità economica federale, con una propria *Fiscal Constitution* e la capacità di fronteggiare le crisi di sistema, anche in un contesto di *shocks asimmetrici*¹⁵.

Ma ciò non è avvenuto, né se ne vede la luce, e si è conseguentemente aperta la strada alla doppia crisi, di razionalità e di legittimazione, che investe non solo i miti della *primauté* del diritto sovranazionale e delle sue meraviglie, ma anche la improvvisamente fragile geometria del *monismo* normativo della Corte di Lussemburgo, dei superpoteri della sua giurisprudenza e dei suoi sbalorditivi prodotti, compresi teoremi di *self executivity*, interpretazione conforme, effetti indiretti, triangolazioni.

In fondo, che la crisi di razionalità e legittimazione investa anche la nostra 'terribile' Direttiva è semplicemente un elemento di dettaglio in una grande palude di problemi, che diventa sempre più insidiosa.

Se il venir meno della escatologia monistica immaginata dai padri fondatori di tutte le fasi del processo europeo, aprendo la crisi dell'intero diritto multilivello, ha cambiato lo scenario anche interpretativo della Direttiva, il mostro di Bolkestein ha fallito — in particolare nell'applicazione della giurisprudenza italiana — anche per motivi endogeni, legati a talune ambiguità ed equivoci sugli stessi suoi strumenti e obiettivi, e a potenti abbagli nella sua errata/carente trasposizione e nelle inusitate controversie che ne sono scaturite, specie, appunto, nel *Judicial Italian Style*.

5. Il mito della disapplicazione

Senza la Corte di giustizia oggi l'Unione Europea non sarebbe molto di più di uno spazio di libero commercio, come l'EFTA o il NAFTA. La Corte è stata nel corso del tempo il fattore propulsivo più importante per il processo di penetrazione dell'ordinamento comunitario negli ordinamenti interni, elaborando, mediante una straordinaria giurisprudenza creatrice, un piccolo, ma irresistibile esercito di principi che hanno profondamente influito sui formanti degli Stati membri. Come tutte le corti "supreme"¹⁶ la Corte di giustizia ha proceduto a una vera e propria manipolazione integrativa

«limitazioni di sovranità» di cui all'art. 11 Cost. in senso restrittivo entrando in rotta di collisione con la Corte di giustizia. Un primo sostanziale passo in avanti nella direzione dell'attenuazione del contrasto si ha in Frontini (sent.183/1973), e il paradossale richiamo al criterio di specialità previa verifica della incostituzionalità *ex art. 11* della norma nazionale successiva. Ma questo significava assegnare alla Corte costituzionale stessa l'interpretazione dei Trattati e del diritto derivato, per il varco dell'art. 11. Ma a pochi mesi di distanza il *Bundesverfassungsgericht*, in Solange I (1974) passa al dualismo e al teorema della disapplicazione, confermato poi anche dalla nostra Corte con la sentenza Granital (170/1984). Vero che fu introdotta la debole teoria dei controlimiti, mai usata e mai usabile (senza catastrofi devastanti), ma l'aspetto più importante da sottolineare è che da quel momento prese il via un inusitato, formidabile fenomeno. Più da noi che in Germania e negli altri Stati, si aprì la voragine dell'europeizzazione dei giudici nazionali, e la tecnica della disapplicazione, applicata sempre più vorticosamente (ma un tantino a orologeria) divenne uno dei moltiplicatori, forse il più importante, della *judicialization of politics*.

¹⁵ Sia consentito il rinvio a G. DI PLINIO, *La velocità delle costituzioni economiche tra passato e presente della UEM*, in A. Ciancio (cur.), *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, Giappichelli, 207 ss.

¹⁶ La Corte di giustizia non è suscettibile di essere inquadrata nelle categorie classiche della giustizia internazionale, perché a differenza di quanto avviene in questo campo, la giurisdizione della Corte di giustizia è *necessaria, obbligatoria*, ed è anche *interna*, nel senso che le controversie che essa dirime e le cause che essa decide hanno effetti diretti 'dentro' gli Stati. Il ruolo che la Corte di giustizia ha giocato fin dalle origini della sua istituzione è appunto la conseguenza della

dei Trattati, riconfigurandone la portata, le strumentazioni e il sistema delle fonti, mediante una linea giurisprudenziale *funzionalista*, cioè orientata dal fine della costruzione del mercato unico (e della integrazione europea).

Essa ha utilizzato un pugno di attrezzi logico-giuridici — la specialità dell'interesse comunitario rispetto agli interessi nazionali, la finalizzazione del rapporto tra diritto comunitario e diritto interno all'obiettivo primario realizzazione del mercato unico, la razionalità dell'azione comunitaria rispetto alla mera somma delle azioni degli Stati, la necessita logica della priorità di ciò che è comune su ciò che è individuale — per trarre una nutrita serie di conseguenze, tra le quali: la *supremazia del diritto europeo sulle fonti nazionali* (*Costa contro ENEL*, 1964), *comprese le fonti di rango costituzionale*¹⁷; la sua esclusiva competenza a conoscere delle violazioni del diritto europeo (comprese le garanzie delle libertà fondamentali) da parte delle istituzioni europee (*Hauer*, 1970); la caratteristica del diritto comunitario di produrre effetti diretti nei confronti dei singoli, indipendentemente da interventi attuativi degli Stati, e dunque la diretta applicabilità non solo dei regolamenti, ma anche

sua 'non internazionalità', cioè della sua sovranazionalità e dell'interesse pubblico comunitario che è in essa incardinato. La Corte presenta quattro diversi caratteri: essa è in primo luogo *garante* dell'ordinamento comunitario (sia in quanto assicura la legalità comunitaria dell'azione delle istituzioni europee, sia in quanto giudica in base al principio di *primauté*); è *fonte del diritto europeo* in quanto le sue decisioni hanno efficacia vincolante, diretta applicabilità e portata generale; *organo giurisdizionale sovrano* in quanto le sue decisioni sono inappellabili; *organo costituzionale comunitario*, in quanto indefettibile ed essenziale rispetto alla esistenza stessa della "costituzione materiale" europea. La sua esistenza è una delle principali ragioni materiali della Brexit.

¹⁷ Il passaggio più critico nel percorso della Corte è stato quello del contrasto tra fonte comunitaria e fonte interna di "nucleo" costituzionale. Al riguardo, essa ha chiarito: a) che il controllo degli atti comunitari non ha come parametro le costituzioni nazionali; b) che l'organo di controllo è essa stessa, e non la Corte costituzionale nazionale, alla quale spetta unicamente il sindacato sul conflitto tra le norme nazionali di rango ordinario e la costituzione nazionale. Tuttavia, nella consapevolezza dei rischi di conflitto con l'ordinamento costituzionale nazionale e soprattutto con le istituzioni nazionali di controllo della costituzionalità, la Corte ha riconosciuto in termini altrettanto espliciti che le norme di tutela dei diritti fondamentali contenute nelle costituzioni nazionali costituiscono parte integrante e fondamentale dei principi generali del diritto comune degli Stati membri, dei quali essa (ed essa sola), in base al Trattato, garantisce l'applicazione e la difesa contro le violazioni da parte degli atti emanati dalle istituzioni comunitarie, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Quindi, quando la Corte di giustizia decide in base ai Trattati, a cui si aggiunge dal 2007 la Carta di Nizza, essa non può che decidere anche in senso conforme alle costituzioni nazionali. In tal modo essa riesce a conciliare due realtà separate e apparentemente inconciliabili, in quanto afferma che la *summa* dei principi costituzionali comuni degli Stati membri è contenuta nei trattati che essa garantisce e che, dunque, nel momento in cui essa garantisce quei principi generali, automaticamente sono garantite le costituzioni degli Stati membri. La limpida razionalità teorica della posizione della Corte di giustizia rischiava peraltro di subire l'effetto di una contraddizione di fondo, che sarebbe potuta derivare da una ritorsione delle corti costituzionali nazionali, private di fatto di una importante area di esercizio del potere di controllo sulle fonti del diritto, perché se da Lussemburgo si garantiscono i diritti interni a ciascuno Stato sia pure nei soli confronti degli atti comunitari, avviene che la Corte di giustizia scavalca le corti costituzionali nazionali, e non solo per quanto attiene agli atti comunitari, dato che questi ultimi prevalgono in ogni caso sulle legislazioni interne di rango ordinario; dunque con questa soluzione sistematica si opera un sostanziale trasferimento di sovranità nazionale dalle istituzioni interne verso le istituzioni comunitarie. Questo è il punto chiave: siamo innanzi a un rapporto di potere fra le Corti costituzionali nazionali, e ciò che esse rappresentano, e la Corte di giustizia, e ciò che questa rappresenta. D'altra parte, la delicatezza suprema della questione si poneva in modo che ineluttabilmente la Corte di giustizia non poteva fare un passo diverso, perché avrebbe assunto un diverso bilanciamento la relazione tra sovranità dei singoli Stati e sovranità della Comunità europea, che è speculare rispetto al rapporto tra corti costituzionali e Corte di giustizia. La tecnica giuridico-interpretativa non è dunque affatto neutrale: la Corte di giustizia riconosce a sé stessa la competenza esclusiva a giudicare sui contrasti tra norme comunitarie e diritti fondamentali, perché vuole affermare il principio secondo cui non esiste la sovranità degli Stati sugli atti delle istituzioni comunitarie. Inoltre, l'argomentazione è logicamente successiva alla sua funzionalizzazione: essa è costruita *ex-post* rispetto al fine assoluto di legittimare la supremazia del mercato unico e della Comunità sugli ordinamenti interni degli Stati. Con questa tecnica, la Corte di giustizia "seleziona" i principi comuni; non potendo ragionevolmente applicare "tutti" gli articoli di "tutte" le costituzioni di "tutti" gli Stati membri, ma solo quelli che essa sceglierà secondo un criterio razionale, che non può che essere quello funzionalista, espressione dei principi che permettono di avere come obiettivo il mercato unico.

del Trattato istitutivo, quando questo crea situazioni giuridiche soggettive (*Van Gend en Loos*, 1963); l'obbligo degli Stati di uniformarsi ai provvedimenti della Comunità (*Commissione contro Regno del Belgio*, 1970, *Commissione contro Repubblica Italiana*, 1972, *Commissione contro Regno Unito*, 1981) e l'estensione di tale obbligo non solo ai governi ma anche alle magistrature, amministrazioni ed ai pubblici poteri nazionali e locali che debbono disapplicare qualsiasi norma interna in contrasto con l'ordinamento comunitario (*Simmenthal*, 1978; *Costanzo*, 1989).

E non c'è dubbio che efficacia diretta e disapplicazione delle norme interne siano state le componenti più micidiali dell'affermazione della supremazia del diritto europeo sul diritto interno¹⁸. Va però chiarito il senso esatto della giurisprudenza europea, ma anche delle Corti supreme nazionali, su questi sintagmi. Se in relazione ai Trattati, fin da *Van Gend En Loos*, la Corte impose la *diretta applicabilità* perché senza di essa gli Stati possono aggirare gli obiettivi funzionali di unificazione del mercato interno, in relazione al teorema della *efficacia diretta delle direttive* il discorso è differente, perché esse hanno *formalmente* la funzione di ravvicinare le legislazioni degli Stati membri e sono a tali fine dotate di *efficacia vincolante*, come *i regolamenti*, ma a differenza di questi sono, sempre *formalmente*, prive di *portata generale* e di *effetto diretto*. Esse indicano agli Stati un risultato da raggiungere, lasciando il legislatore nazionale libero di scegliere gli strumenti di attuazione, purché, naturalmente, il risultato voluto dalla direttiva sia effettivamente raggiunto. Come principio assolutamente generale, la direttiva dovrebbe dunque vincolare i governi nazionali e non dovrebbe, come invece avviene per il regolamento, *trovare applicazione diretta* all'interno degli ordinamenti, in sostituzione delle fonti nazionali; di conseguenza una direttiva inattuata o male attuata non sarebbe in ogni caso, a differenza di un Regolamento, azionabile davanti ai giudici nazionali. Ma l'interesse 'funzionale' delle istituzioni europee e, in linea presuntiva, degli Stati, sta anche e soprattutto in ciò, che il *risultato* indicato nelle direttive sia *effettivamente raggiunto*.

La logica formale, ma anche la configurazione giuridica effettiva dei poteri, confermano questo principio generale nella misura in cui impongono che per ciascuna direttiva spetterà all'Unione, tramite la Commissione, valutare l'attuazione degli Stati, mediante specifici procedimenti di accertamento, che possono giungere fino all'attivazione della Corte di giustizia (*ricorso per infrazione*). Tuttavia, gli Stati, almeno fino a Maastricht, hanno variamente disatteso i vincoli delle direttive, e hanno continuato a farlo malgrado le centinaia di procedure di infrazione¹⁹.

La Corte di giustizia ha aperto prima una via 'dura' e poi una seconda, più morbida, per superare questa *impasse*. In primo luogo, ha letteralmente creato la regola del *mutuo riconoscimento*, enunciato in *Cassis de Dijon* e transitato poi nell'Atto Unico; a fronte delle reazioni a questa tagliente attrezzatura di *deregulation*, con una raffica di sentenze sostanzialmente modificative della lettera del Trattato²⁰, ha lavorato sugli effetti del diritto dell'Unione 'dentro' gli Stati, convincendo i

¹⁸ A. VANNUCCI, *Disapplicazione e diritto comunitario. La flessibilità come unica via per garantire coerenza all'ordinamento in una prospettiva sempre più integrata*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 17/2011, 5 ss.; C. BENETAZZO, "Primazia" del diritto U.E. e proroghe ex lege delle concessioni balneari, cit., 5 s.

¹⁹ La Commissione d'altra parte ha sempre cercato di comporre per quanto possibile i contrasti mediante dilazioni e procedimenti di accordo, ricorrendo alla Corte di giustizia solo nei casi più gravi ed eclatanti; il motivo è evidente: quando le infrazioni si generalizzano e si formalizzano come regola, lo strumento stesso dell'infrazione si dissolve, e con esso il potere dell'Unione, che entra in crisi di razionalità, e conseguentemente di legittimazione.

²⁰ La Corte di giustizia aprì la *self executing & disapplying era* con le sentenze *Grad* (causa 9/70) e *Sace* (causa 33/70) in cui si statuisce che i cittadini degli Stati possono azionare davanti al giudice nazionale direttive difformi da leggi nazionali quando sono inattuata (i termini previsti sono cioè scaduti), incondizionate (cioè non prevedono alcuna discrezionalità degli Stati nell'attuazione), chiare e precise (cioè risultano inequivocabilmente l'intenzione di innovare l'ordinamento interno e le modalità dettagliate dell'innovazione). In *Van Duyn* (causa 41/71) la Corte stabilisce che possono avere efficacia diretta, alle condizioni precedenti, anche le direttive negative, che implicano un obbligo di *non facere* degli Stati, mentre in *Ratti* (causa 148/78) la Corte deduce l'inopponibilità da parte di uno Stato inadempiente del mancato rispetto degli obblighi derivanti da una direttiva al singolo e l'efficacia diretta non solo per omissione di attuazione ma anche per adozione di provvedimenti difformi da una direttiva *self executing*. Le sentenze *Becker* (causa

formanti nazionali a interpretare il diritto interno 'conformemente' al diritto europeo, ma anche a disapplicarlo, a fronte delle fonti europee dotate di efficacia diretta. In particolare, riguardo alle direttive, la Corte di Lussemburgo ne ha riscritto la storia e la natura, sottraendole alla qualificazione definitoria tipica delle norme poste in essere dagli organismi classici del diritto internazionale (fonte di obblighi di risultato per gli Stati), e trasformandole in fonti dotate di sovranazionalità interna, in quanto, a certe condizioni, direttamente applicabili ai cittadini degli Stati membri. In una serie di passaggi logici, la Corte ha dunque attribuito a talune direttive portata generale, diretta applicabilità, effetto utile (caratteri tipici dei regolamenti), bypassando la necessità esclusiva della loro attuazione da parte dei Parlamenti nazionali, i quali, a misura che l'ardita operazione della Corte viene progressivamente accettata dai pubblici poteri interni, soprattutto dalle giurisdizioni e dalla Corte costituzionale, sono stati di volta in volta praticamente costretti a mettere mano ad una attuazione il più possibile "sincera" delle direttive. Ciò ha da sempre costituito la principale preoccupazione della Corte di giustizia che, nel corso del tempo, è riuscita a svolgere una incredibile azione di raccordo con le giurisdizioni nazionali.

All'obbligato dinamismo della Corte corrispose tuttavia, variamente accentuato a seconda delle tradizioni giurisprudenziali degli Stati membri, un più che proporzionale dinamismo interpretativo delle Corti nazionali, che prende le sembianze, in qualche caso, di una "frenesia di disapplicare", evidenziando utilizzazioni talora eccessive o financo 'alternative' di un istituto fortemente discutibile, e in larga misura evanescente. Il fenomeno ha, com'è noto, prodotto forti critiche in dottrina²¹, ma ha anche dato luogo — nel 'mondo reale' — a frizioni e conflitti, talora anche forti, che tuttavia sono stati in passato quasi sempre disattivati, almeno finché è durato lo slancio di Maastricht, e finché il mondo intorno a quello slancio non è violentemente cambiato, mutando la razionalità delle cose e generando conseguentemente mostri grandi e piccoli, come, prendo a caso, la Brexit.

6. Lo stile italiano della disapplicazione e il Mostro di Bolkestein in action, sulle spiagge

Fra le magistrature nazionali, la più esuberante tra le condivisioni della visione funzionalista della Corte di giustizia è stata quella italiana — già 'naturalmente' orientata alla fuga dalla (lettera della) legge e dalla volontà delle istituzioni rappresentative — che ha visto più delle altre, nel diritto

8/81) e *Marshall* (causa 152/84) aggiungono la statuizione della inapplicabilità al singolo di norme di diritto interno che l'adempimento di una direttiva avrebbe eliminato, e precisano che l'efficacia diretta funziona in senso solo "verticale" (tra Stato e singolo, e non tra soggetti privati); da ciò si fa in genere derivare la convinzione che la direttiva comunitaria non può in nessun caso creare obblighi per il privato; un'apertura verso la possibilità di una efficacia orizzontale vi era però già stata qualche anno prima (in *Defrenne II*, in relazione all'applicazione della direttiva sulla parità dei sessi), ed è probabile che prima o poi la Corte torni a riallargare anche ai rapporti orizzontali il campo di applicazione del principio di azionabilità delle direttive. Il riflesso istituzionale di questo tipo di logica non poteva essere che l'estensione ai pubblici poteri interni dell'obbligo di disapplicare le fonti normative (anche costituzionali) interne in contrasto con le fonti comunitarie, e della relativa responsabilità, per i fatti derivanti dall'inattuazione di tale obbligo (Corte di giustizia 22 giugno 1989, causa 103/88, confermata da Corte cost. 11 luglio 1989, n. 369). In *Francovich* (causa 6/90) essa dichiara che il mancato recepimento di una direttiva non direttamente applicabile può configurare una responsabilità extracontrattuale e un conseguente obbligo di risarcimento dei danni per lo Stato inadempiente, a condizione che: il risultato prescritto dalla direttiva implichi diritti in capo ai singoli; il contenuto dei diritti sia individuabile in base alla direttiva; solo con l'attuazione puntuale della direttiva i diritti in questione si sarebbero materializzati; vi sia nesso di causalità tra violazione dell'obbligo statutale di attuazione e danno.

²¹ Per B. CARAVITA, *Introduzione*, in Id. (cur.), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Jovene, 2012, la disapplicazione poggia su un «fondamento teorico incerto». Uno sguardo d'insieme in D. Porena, *La disapplicazione normativa: nuovo criterio di risoluzione delle antinomie o «figura limite» nella teoria delle fonti?*, ivi, 36 ss., ove altri richiami.

europeo, una nuova occasione di allargare la propria discrezionalità interpretativa, mediante il rinvio pregiudiziale e quello più penetrante della disapplicazione diretta o indiretta del diritto interno (che si vuole) in contrasto con norme europee.

Senonché, è forte la sensazione che quella condivisione sia stata ‘troppo’ esuberante, alimentando un eccezionalismo giudiziario tipicamente italiano, di cui peraltro da tempo si intravedevano i primi sintomi e i primi effetti²², che si è rapidamente manifestato anche come ‘frenesia della disapplicazione’ (anche sotto altre configurazioni, quale quella dell’interpretazione ‘conforme’ al diritto UE), senza badare troppo all’assenza di fonti normative interne di legittimazione di questi istituti²³, o al *vulnus* di marginalizzazione sostanziale della Corte costituzionale (non solo della disapplicazione *tout court*, ma anche dell’interpretazione conforme)²⁴, o tanto meno ai già richiamati dubbi variamente espressi in dottrina.

In più, la legge n. 18 del 2015 (*Disciplina della responsabilità civile dei magistrati*) ha reso praticamente obbligata per i magistrati la ‘scansione’ delle norme interne alla luce del diritto europeo, individuando come ipotesi di responsabilità civile del giudice la ‘violazione’ di quest’ultimo, e precisando i criteri per la determinazione dei casi in cui la violazione manifesta del diritto dell’Unione europea costituiscono ipotesi di colpa grave del magistrato, esponendolo, tra l’altro, al giudizio per danno erariale.

Si tratta di un elenco di indicatori, assolutamente non esaustivo, che vanno dal “grado di chiarezza e precisione delle norme violate” alla “inescusabilità e gravità della inosservanza”, dalla “inosservanza dell’obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione europea” al “contrasto interpretativo tra atto o il provvedimento emesso dal giudice con l’interpretazione

²² Proprio in questi giorni mi è capitato tra le mani virtuali del web il *Discorso inaugurale dell’Anno Giudiziario 1975*, del Dottor Francesco Coco, Procuratore Generale della Repubblica a Genova, un documento con la patina del tempo visibile anche dallo schermo di un computer, e con qualche correzione a penna! Ritengo utile riportarne alcuni passi (specie oggi che la Procura di Genova pare abbia “ordinato” con una dettagliata lettera circolare ai Sindaci di “applicare la Direttiva” e fare subito le gare!). Eccoli, quei passi: «Non risponde a verità che il cennato dinamismo [giudiziario], pur difettoso, abbia i suoi aspetti positivi. È vero, semmai, l’opposto, quanto meno nel bilancio largamente negativo. Certe azioni giudiziarie, in forma particolarmente di inchieste giudiziarie, possono arieggiare, inabilmente, le inchieste parlamentari per materie di pubblico interesse, le ispezioni amministrative, le retate della polizia, soprattutto le inchieste giornalistiche o televisive; sicché in definitiva possono, recependo gli aspetti negativi dei modelli e specialmente quelli di certe inchieste televisive o giornalistiche con carattere scandalistico o faziosamente tendenzioso, generare fatalmente soltanto prodotti abortivi o gravidanze immaginarie. Con un ulteriore grave effetto negativo, sfruttato dai detrattori dello Stato: quando il medico più capace ed esperto viene chiamato a consulto e doverosamente constata che si tratta di gravidanza immaginaria o di prodotto abortivo, viene addirittura accusato di procurato aborto ... In regime democratico, anche nel più viziato, non può non essere saldamente operante nel conferire alla giurisdizione la funzione di attuare la legge con carattere di particolarità e di concretezza, e di attuarla, in campo penale, nel duplice limite della illiceità speciale e della speciale procedura. Diversamente — come avvertivo sin da una relazione di 16 anni fa per l’anno giudiziario 1958 alla Corte Sarda, da giovane sostituto procuratore generale, e come avvertivo nelle relazioni 1973 e 1974 alla stessa Corte, da procuratore generale, trattando di controprocedure amministrative e di controprocedure giudiziarie (e non avevo parlato di controprocedure legislative, in dispregio dell’art. 68 della Costituzione) — ... la porta di accesso alla giustizia penale resterebbe aperta, anzi spalancata, ad un assurdo processo inflazionistico, sempre più menomato nella copertura di aurea verità e nel potere di acquisto di decisioni positive, assai meno controllabile e meno contenibile di quello monetario, e tale da riprodurre un fenomeno ulceroso, come quello, ben noto in campo medico, dello stomaco che mangia se stesso; sicché il Pretore di Roma, ad esempio, diventerebbe inconcepibilmente il supercensore di tutti gli organi centrali dello Stato...». Ah, quasi dimenticavo. L’anno seguente, l’8 di giugno, Francesco Coco fu barbaramente assassinato, dalle Brigate Rosse.

²³ L’unica fonte positiva esistente della disapplicazione giudiziale non riguarda gli atti aventi forza di legge ma esclusivamente gli atti amministrativi. Si tratta dell’art. 5 della (direi un tantino risalente!) legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E., di abolizione del contenzioso amministrativo.

²⁴ A. RAUTI, *La “cerchia dei custodi”*, in C. SALAZAR, A. SPADARO, *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Giuffrè, 2009, 281 ss.

adottata dalla stessa Corte di giustizia²⁵. A fronte di questo, non si fa troppo sforzo — facendo un piccolo calcolo di *Economic Analysis of Law* — a realizzare che ai magistrati italiani conviene sbagliare per “eccessivo europeismo giudiziario”, piuttosto che per “difetto di *soumission*” alla *primauté* dell’ordinamento europeo.

Ciò potrebbe contribuire a spiegare buona parte delle vicende giudiziarie italiane legate alla Bolkestein, specie quelle successive alla sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 2011²⁶, dalla quale si percepiva chiaramente che tipo di aria avrebbe di lì a poco cominciato a tirare? Oppure *honni soit qui mal y pense*?

Fatto sta che mentre da noi l’interpretazione della Bolkestein in rapporto alle concessioni demaniali è stata senza dubbio ‘eccessiva’ — sia perché ne ha irrazionalmente dilatato la portata materiale sia perché l’ha trasformata in fonte a efficacia diretta — altri Stati membri hanno preso fin dall’inizio una piega differente²⁷.

Prendiamo la Spagna, che com’è noto gode indisturbata di ben settantacinque anni di proroga delle concessioni, senza che a Bruxelles si sia sentito un pur educato colpo di tosse²⁸. In Spagna, infatti, l’attuazione della Bolkestein sul demanio marittimo è stata disinnescata da un regime transitorio apparentemente simile al nostro, introdotto dalla l. n. 2 del 2013, di modifica della legislazione generale sul patrimonio costiero (l. n. 22 del 1988²⁹) che ha consentito la proroga delle concessioni di occupazione del pubblico demanio marittimo e terrestre, rilasciate prima del maggio 2013 (entrata in vigore della ley n. 2). La proroga, tuttavia, non è automatica (e con questo si aggirano gli strali della Commissione contro gli automatismi in area di mercato e concorrenza), ma è concessa su richiesta del concessionario, e può essere più volte reiterata, con provvedimenti dell’amministrazione competente, fino appunto a un massimo di settantacinque anni. Ed ecco che in Spagna la Bolkestein non genera mostri, ma resta quel che è, una direttiva di uniformizzazione, per la cui attuazione se la deve vedere, con la Commissione europea, il Governo spagnolo. Ovviamente non tutto finì là, perché il regime transitorio evidentemente infastidì anche in terra di Spagna qualcuno, e fu impugnato, tra l’altro anche per supposta violazione della Bolkestein (*what else?*), in ricorso di *amparo*, da un nutrito gruppo di parlamentari del *Congreso*. Il *Tribunal Constitucional*³⁰ accolse il ricorso solo su punti che qui non rilevano, ma lo respinse seccamente sui motivi riguardanti la Direttiva, per alcune ragioni, tra le quali una molto semplice (ci arriverebbe anche un diligente scolaro delle medie): la Bolkestein NON si applica a qualsiasi oggetto, ma a campi

²⁵ In arg. R. MARTINO, *Colpa grave del magistrato, responsabilità dello Stato e limiti del sindacato sul provvedimento giurisdizionale*, in *Giustizia civile*, 2016, n. 3, 623.

²⁶ Corte di Giustizia, sent. 24 novembre 2011 (C- 379/10, *Commissione c. Italia*), che dichiara contraria al diritto dell’Unione la legge italiana n. 13 aprile 1988, n. 117, art. 2, concernente la responsabilità civile dei magistrati per i danni arrecati ai singoli a seguito della violazione del diritto medesimo. In sostanza la CGUE afferma che la legislazione richiamata viola il diritto dell’Unione europea, in quanto da un lato esclude qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell’Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o di valutazione di fatti e prove effettuate dall’organo giurisdizionale medesimo, e dall’altro limita tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave. Nessuno ci mise mano, fino al governo Renzi, che se lo ricorderà per sempre.

²⁷ Info in C. BENETAZZO, S. GOBBATO, *Italian State beach concessions and Directive 2006/123/EC, in the European context*, in European Parliament – Directorate General for internal policies, Policy Department C: Citizens’ rights and Constitutional affairs, Bruxelles, 2017, 44 ss.

²⁸ Zero procedure di infrazione. Idem per il Portogallo, che ha utilizzato strumentazioni simili (C. BENETAZZO, S. GOBBATO, *Italian State beach concessions and Directive 2006/123/EC*, cit., 48 ss., 65).

²⁹ Per il testo consolidato al 2017, v. in <http://www.boe.es/eli/es/rd/2014/10/10/876/con>.

³⁰ Sent. n. 233 del 2015. Per un commento: A. VILLANUEVA Turnes, *La reforma de la ley de costas: a propósito de la STC 233/2015, de 5 de noviembre de 2015*, in *Revista catalana de dret ambiental*, vol. VII, n. 1/2016, p.1 ss. Sulla vicenda in confronto a quella italiana v. anche M. MAGRI, *I rapporti tra "direttiva servizi" e concessioni demaniali marittime*, in T. FONT i LLOVET e L. VANDELLI (curr.), *Ordenación jurídico-administrativa del turismo*, Atelier, Barcellona, 2018, 158 ss.

che essa delimita accuratamente, e tra questi non sono comprese le forme di gestione pubblica del demanio, per le quali vi può sicuramente essere la necessità di una evidenza pubblica “interna” nel momento dell’attribuzione, che però non segue la disciplina europea dell’affidamento dei servizi. Il Tribunale Costituzionale spagnolo richiama testualmente, al riguardo, la direttiva 2014/23/UE, sulle concessioni di servizi, la quale esclude espressamente la sua applicabilità a qualsiasi atto che attribuisce a un soggetto privato o pubblico il diritto di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, ma solo a patto che l’amministrazione concedente non ottenga in cambio dal concessionario beni o servizi specifici³¹. La concessione di immobili demaniali o comunque di proprietà pubblica, insomma, pur essendo un presupposto di un’attività di produzione o più frequentemente di servizi (ma non direttamente forniti al concessionario, altrimenti si ricadrebbe nella direttiva del 2014), non può essere misurata alla luce della Bolkestein, che riguarda attività precisamente individuate, ed è dunque fuori dal suo campo di applicazione³². In aggiunta, si consideri che esplicitamente la Direttiva Bolkestein dichiara il suo campo di applicazione *a qualsiasi servizio fornito dietro corrispettivo economico*, mentre, nel caso delle concessioni di beni pubblici, il concedente non ottiene né paga alcun servizio, anzi, riscuote un canone³³.

Discutibile? Tutto lo è, ma al di là della magia delle parole, è proprio così difficile comprendere che la Bolkestein non poteva né voleva occuparsi dell’universo mondo della economia reale dei servizi? Possibile che il legislatore europeo non pensasse, specie dopo le esplosioni di rabbia in tutta Europa contro la prima versione della Direttiva, a limitarne il campo d’azione a ciò che è ‘grosso’ e attrezzato a “circolare” e stabilirsi in 27 Stati, e a non occuparsi di microimprese locali, se non

³¹ In pratica, il giudice costituzionale spagnolo anticipa di un anno quello che la Corte di Giustizia dirà nella sentenza del 14 luglio 2016 nelle cause riunite C-458/14 (*Promoimpresa*) e C-67/15 (*Mario Melis e altri*).

³² «... la concesión demanial está configurada como un «título de ocupación del dominio público, no como medida de intervención en garantía de leyes sectoriales que recaigan sobre la actividad» [STC 149/1991, FJ 4 G a)]. Será pues esta legislación sectorial la que discipline las actividades empresariales de las que la concesión demanial resulta ser únicamente el soporte físico y, señaladamente, la legislación «ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión de las situaciones que constituyen obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado» (STC 108/2014, de 26 de junio, FJ 3, y las allí citadas)» (TCE n. 223/2015, pt. 10, lett. C).

³³ La Direttiva, nell’attuare la “Strategia di Lisbona”, si applica esclusivamente al mercato dei servizi (cioè a tutti i contratti di scambio in base ai quali un fornitore offre servizi in cambio di un prezzo), per trasformare i mercati nazionali in un unico mercato europeo, smantellando tutti gli ostacoli nazionali alla libertà di circolazione dei servizi. Il suo obiettivo è quello di armonizzare le regolazioni nazionali a un livello analogo a quello che si sarebbe ottenuto applicando il criterio della regolazione del Paese di origine (mutuo riconoscimento), e quindi vincolare gli Stati a semplificare e anche deregolamentare i criteri, le procedure e le formalità di accesso ed esercizio, ai vari mercati nazionali, di qualunque fornitore europeo allo stesso modo in cui accede al mercato dei servizi del proprio Paese. Semplificazione e deregulation sono le parole chiave, e infatti «... la Direttiva prevede: l’istituzione di sportelli unici presso i quali il prestatore d’opera possa espletare tutte le formalità necessarie per esercitare la propria attività; l’obbligo di rendere possibile l’espletamento di tali procedure per via elettronica; l’eliminazione degli ostacoli giuridici e amministrativi allo sviluppo del settore in questione. Per facilitare la libertà di stabilimento, la Direttiva prevede: l’obbligo di valutare la compatibilità dei regimi di autorizzazione alla luce dei principi di non discriminazione e di proporzionalità, nonché di rispettare le condizioni e le procedure di autorizzazione applicabili al settore dei servizi. Lo Stato nel quale il prestatore di servizi si reca, potrà imporre il rispetto dei propri requisiti solo a condizione che siano non discriminatori, proporzionati e giustificati per ragioni relative all’ordine pubblico, alla pubblica sicurezza, alla salute pubblica o alla tutela dell’ambiente. E su questo punto, la Direttiva fissa un certo numero di deroghe importanti a questo principio, ad esempio in materia di qualifiche professionali, di distacco dei lavoratori e per i servizi di interesse economico generale. Nel quadro della tutela dei diritti dei destinatari e per rafforzare i diritti dei consumatori in quanto utenti, viene definito il diritto dei destinatari ad utilizzare servizi in altri Stati membri e stabilisce il diritto ad ottenere informazioni sulle regole applicabili ai prestatori qualunque sia il loro luogo di stabilimento. Per garantire la qualità dei servizi, si incoraggia la certificazione volontaria delle attività o l’elaborazione di carte di qualità e l’elaborazione di codici di condotta europei, in particolare da parte di organismi o associazioni professionali» (G. VELOTTI, *La Direttiva Bolkestein sui servizi: l’attuazione in Europa*, Dossier realizzato dall’ANCI su incarico del Dipartimento della Funzione Pubblica, febbraio 2009).

soltanto per renderle partecipi dell'effetto di *deregulation*, denazionalizzazione e uniformizzazione dei vincoli alla più piena esplicazione della libertà d'impresa e di stabilimento, che è l'anima stessa del processo innestato dall'Atto unico europeo dopo *Cassis de Dijon*?

Per di più, in *Promoimpresa*³⁴, la Corte di giustizia, nel considerare l'ipotesi che le concessioni demaniali non rientrino né nella Direttiva Concessioni, né nella Bolkestein, afferma che comunque gli Stati membri sarebbero obbligati «a rispettare le regole fondamentali del Trattato FUE, in generale, e il principio di non discriminazione, in particolare» per l'affidamento delle concessioni che presentino un «*interesse transfrontaliero certo*» (in base a criteri di localizzazione e di valore economico), perché in questo caso la concessione «in totale assenza di trasparenza ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro [...] in linea di principio, vietata dall'art. 49 TFUE».

Quale parte di «*interesse transfrontaliero certo*» non è chiara?

Ma allora, perché in Italia, e solo qua, la Commissione Europea avvia una procedura di infrazione? Il via lo diede l'AGCM, con la Segnalazione AS481 - *Norme in materia di demanio marittimo con finalità turistico ricreativa* del 20 ottobre 2008³⁵, un documento di due paginette, con cui si rilevava la violazione della Direttiva da parte di alcune leggi italiane, ovviamente precedenti³⁶.

L'Antitrust suggeriva, impastando tutela della concorrenza e libertà di circolazione e stabilimento (!), procedure di rinnovo ampiamente pubblicizzate e aperte e rilascio delle concessioni basate sulla valutazione comparativa delle offerte in rapporto all'interesse pubblico; soppressione di ogni vantaggio competitivo del precedente concessionario.

Il viaggio della segnalazione dalle istituzioni rappresentative italiane, alle quali era formalmente indirizzato, agli uffici di Bruxelles durò meno del battito d'ala di un colibrì. Il 29 gennaio 2009, con una lettera di messa in mora, la Commissione avviò la procedura di infrazione (n. 2008/4908) coniugando gli argomenti della segnalazione del Garante con il principio della libertà di stabilimento e la conseguente discriminazione per le imprese degli altri Stati membri.

Con un relativamente breve tira e molla con la Commissione³⁷, la procedura di infrazione fu chiusa in data 27 febbraio 2012.

³⁴ Sent. 14 luglio 2016 nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15, cit.

³⁵ Reperibile nel sito dell'AGCM (www.agcm.it/).

³⁶ Si trattava dell'art. 37, secondo comma, del codice della navigazione, nella parte in cui prevedeva che in presenza di più domande per il rilascio di una concessione demaniale marittima, venisse riconosciuto una priorità (c.d. diritto di insistenza) al soggetto già titolare della concessione stessa (c.d. diritto di insistenza); e dell'art. 1, secondo comma, del d.l. n. 400/1993, nella parte in cui un rinnovo automatico a richiesta del concessionario, a fronte di una potestà di revoca ex art. 42 del codice della navigazione. L'AGCM, sulla scorta delle precedenti posizioni della giurisprudenza amministrativa, osservò che il diritto di insistenza fosse incompatibile con il diritto europeo, salvo il caso in cui fosse stato considerato residuale e sussidiario, in un contesto di completa equivalenza tra diverse offerte. Per l'Autorità, inoltre, il rinnovo automatico favoriva inefficienze e collusioni tra i vari concessionari, mentre la durata non avrebbe necessariamente dovuto essere misurata sui tempi di ammortamento, essendo sufficiente che il valore degli investimenti fosse posto a base dell'asta.

³⁷ Due successivi decreti legge. Ricevuto il primo (d.l. n. 194/2009, che all'art. 1 sopprimeva la preferenza in favore del concessionario uscente nell'ambito della procedura di attribuzione delle concessioni. Il comma 18 stabiliva inoltre che le concessioni demaniali in essere alla data del 30 dicembre 2009 (data di entrata in vigore del d.l. n. 194/2009) ed in scadenza entro il 31 dicembre 2015 fossero prorogate fino a tale data. La Commissione sentì puzza di bruciato, ma non per la proroga. E infatti la legge n. 25/2010 di conversione del d.l. n. 194/2009 conteneva un rinvio indiretto (non previsto nel testo del decreto legge) al famigerato articolo 1, comma 2, del D.L. n. 400/1993, quello degli automatismi nei rinnovi. La Commissione, il 5 maggio 2010, spedì al Governo italiano una lettera di messa in mora complementare. Così "tanata", l'Italia si adeguò. Con l'art. 11 della legge n. 217/2011 (legge comunitaria 2010), venne esplicitamente abrogato il già citato comma 2 dell'articolo 1 del d.l. n. 400/1993. Lo stesso articolo 11 delegò il Governo ad emanare, entro il 17 aprile 2013, un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime.

Si noti che in tutta la documentazione di derivazione UE della procedura, non si trova alcun cenno alla natura *self executing* della Bolkestein: la Commissione, evidentemente, non ci ha nemmeno pensato, a fronte di un testo come quello della Direttiva, da cui è assolutamente impossibile trarre discipline chiare e dettagliate sulla regolazione del settore, ma è facilissimo trarre conferme al gruppo di principi chiave del diritto europeo del mercato unico, evidenziati già nella segnalazione dell'AGCM. Ed è individuabile nella preoccupazione della Commissione non l'esistenza di una proroga più o meno lunga (non ha fatto una piega sui settantacinque anni iberici) ma la certezza che quei principi vengano effettivamente e ragionevolmente riconosciuti e attuati, prima o poi, dallo Stato membro. Non a caso, la procedura di infrazione si è chiusa come per incanto quando l'Italia ha messo sul tavolo l'art. 11 della legge comunitaria per il 2010 (l. n. 217/2011) che cancellava del tutto il 'famigerato' comma 2 dell'art. 1 del d.l. n. 400/1993, quello la cui persistenza (insieme a privilegi speciali dei concessionari uscenti nelle gare) avrebbe lasciato sopravvivere dentro l'ordinamento euro-italiano una normativa di rinnovo automatico palesemente in violazione di quei principi chiave. Mi sembra chiaro, infatti, che siano gli automatismi, la parola stessa 'automatico', a mandare in fibrillazione le istituzioni europee della costituzione economica del mercato unico³⁸, non la parola 'proroga' (con scadenza precisamente determinata), e nemmeno la parola 'rinnovo', specie quando sono accompagnate dalla ragionevole aspettativa di *una riforma complessiva del settore*³⁹, che nessuno avrebbe mai potuto né potrebbe realizzare, da dentro le stanze di Bruxelles, senza introdurre una formale (ancorché "benevola") dittatura.

7. Italian Style 2: the Return. Attacco alla proroga e pregiudizialità

Nello stesso tempo in cui il *Tribunal Constitucional* metteva una pesante pietra tombale sulle polemiche in materia di concessioni demaniali, qua da noi fra i liberalizzatori estremi, assecondati da alcune Corti, circolava la frenesia dello smantellamento immediato del sistema tradizionale, in regime di proroga decennale o poco più, dimenticando che in Spagna era stata allegramente decisa la proroga di settantacinque anni. Menti giuridiche raffinate si ponevano domande acute e intelligenti, nonché assai *politically correct*, di questo tipo: la "concessione" di beni del demanio marittimo per uso turistico e ricreativo non è forse anch'essa un provvedimento che *autorizza* un'impresa a svolgere una determinata attività di *prestazione di servizi*? La direttiva n. 2006/123/CE,

³⁸ Non solo la Commissione. Come intuitivamente afferma anche M. MAGRI, *I rapporti tra "direttiva servizi" e concessioni demaniali marittime*, cit., 165 s., commentando le *Conclusioni* dell'Avvocato Generale in attesa della sentenza *Promoimpresa*: «Paradossalmente, la strada da seguire è tratteggiata nelle stesse conclusioni dell'Avvocato Generale, laddove ad esempio si accusa la norma italiana di impedire «una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare, attraverso elementi concreti, che il titolare dell'autorizzazione abbia potuto aspettarsi legittimamente il rinnovo della propria autorizzazione e abbia effettuato i relativi investimenti» e di aver introdotto «una proroga automatica (...) che è applicata indiscriminatamente a tutte le concessioni demaniali marittime e lacuali». Non la proroga, allora, *ma la sua automaticità*, il fatto, cioè, che l'art. 1 comma 18 d.l. n. 194/2009 sia indiscriminato, poiché non consente di apprezzare in quali casi la misura è effettivamente necessaria per salvaguardare la redditività degli investimenti fatti dai concessionari dei beni demanio marittimo. Torna utile, di nuovo, il parallelo con la soluzione spagnola: «En función de los usos, la resolución por la que se acuerde la prórroga podrá fijar un plazo de duración inferior, y prever, a su vez, prórrogas sucesivas dentro de aquel límite temporal». La differenza dall'art. 1 comma 18 d.l. n. 194/2009 è notevolissima, proprio perché l'art. 2 comma 3 della *Ley* n. 2/2013, sopra trascritto, permette ciò che lo stesso Avvocato Generale stima fondamentale: una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare, attraverso elementi concreti, che il titolare dell'autorizzazione abbia potuto aspettarsi legittimamente il rinnovo della propria autorizzazione e abbia effettuato i relativi investimenti».

³⁹ Prevista nel citato art. 11, di cui finora si sono viste solo vaghe sfuggenti ombre. Il che, ovviamente, complicherà prima o poi le cose. Ciò tuttavia non autorizza i giudici interni a fare a pezzi le fonti italiane, scrivendo essi stessi, in negativo, quella riforma.

cosiddetta direttiva servizi o direttiva *Bolkestein*, permette agli Stati membri di prorogare la data di scadenza delle concessioni in corso, procrastinando il momento in cui il mercato potrà avere accesso all'aggiudicazione dei titoli per l'occupazione delle spiagge? E se così non fosse, l'Italia, che con una norma di legge del 2009 ha differito la scadenza delle «vecchie» concessioni al 31 dicembre 2020, dovrebbe *immediatamente* ritornare sui propri passi, per indire nuove procedure di affidamento conformi ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi?⁴⁰.

Di qui, e proprio negli anni più neri di crisi e *spread*, rinvii pregiudiziali. Si dice che l'ultima cosa che si sarebbe aspettata, la Corte di Lussemburgo, dopo la pace tra governo italiano e Bruxelles, fosse un ricorso contro le stesse leggi che avevano tranquillizzato la Commissione e chiuso l'infrazione⁴¹. La Corte dovette accorgersi anche, come se n'era accorto l'Avvocato Generale, che i ricorrenti e le loro legioni volevano 'tutto, maledetto e subito' e che quindi miravano alla immediata disattivazione del regime di proroga, mediante una sentenza europea (sicuramente autoapplicativa e vincolante!) che ne denunciasse l'illegittimità ai sensi del diritto europeo.

Ma la Corte di giustizia si limitò a una sentenza 'normale', nella precisa onda della sua giurisprudenza consolidata, da cui si ricava senza sforzo il contrasto col diritto UE di qualsiasi automatismo, facendo però salva la tutela dell'affidamento dei concessionari, ma in cui non vi è traccia della dichiarazione di illegittimità comunitaria di un regime di proroga *ex lege*, che dunque non si pone in contrasto con la normativa europea originaria o derivata in materia di armonizzazione dei mercati dei servizi, specie se accompagnata dall'avvio di un processo di riordino "europeo" dell'intero settore delle concessioni balneari sul demanio marittimo⁴².

8. Italian Style 3, *the Revenge: al mio via, scatenate l'inferno! Sì, ma la Corte costituzionale?*

Come la Cassazione penale nel 2018, l'anno seguente il Consiglio di Stato prosegue la guerra contro la proroga, facendo letteralmente a pezzi non solo il diritto europeo ma anche il diritto costituzionale italiano. La tecnica iniziale, in entrambi i casi, è quella di deformare *reasoning* e decisione della sentenza *Promoimpresa*. Che questa significhi — formalmente, sostanzialmente ed esclusivamente — che la Corte di Giustizia ha dichiarato l'illegittimità comunitaria della proroga *automatica* delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per finalità turistico-ricreative, ma solo nel caso in cui queste presentino un *interesse transfrontaliero certo*, e siano pertanto precluse a ogni rinnovo procedure trasparenti e selettive tra i potenziali candidati, è di una ovvietà disarmante. È aggiuntivamente lapalissiano — e una prova empirica sta nel comportamento

⁴⁰ Rubo la lista di "domande" da M. MAGRI, *I rapporti tra "direttiva servizi" e concessioni demaniali marittime*, cit., 157.

⁴¹ Specie dopo che la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 213/2011 aveva espressamente chiarito che l'art. 1 comma 18 del d.l. n. 194/2009 era «disciplina carattere transitorio», emanata «in attesa della revisione della legislazione in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi da realizzarsi (...) nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui al citato art. 37, secondo comma, cod. nav.»; il tutto al fine di «rispettare gli obblighi comunitari in materia di libera concorrenza e di consentire ai titolari di stabilimenti balneari di completare l'ammortamento degli investimenti nelle more del riordino della materia, da definire in sede di Conferenza Stato-Regioni».

⁴² In tal senso anche C. BENETAZZO, *"Primazia" del diritto U.E. e proroghe ex lege delle concessioni balneari*, cit., 19 ss. Il processo di riordino è stato effettivamente disposto con l'art. 1 della legge 145/2018 (legge di bilancio 2019) che per prima cosa però ha ulteriormente prorogato ha al 31 dicembre 2033 (!) le concessioni demaniali marittime rilasciate prima del 2010. Ha poi fissato al 30 aprile 2019 il termine per l'emanazione di un DPCM che stabilisse «i termini e le modalità per la generale revisione del sistema delle concessioni demaniali marittime». E se il primo termine è impudicamente lungo, il secondo è ridicolmente breve, con il risultato di una valanga di critiche sul primo, e della allegra inosservanza del secondo, ancora in alto mare nel momento in cui scriviamo (febbraio 2020).

della Commissione nella vicenda spagnola, e in fondo anche nella stessa vicenda italiana — che né Corte di Giustizia, né Commissione ritengono illegittime proroghe *non* automatiche. È infine di elementare evidenza che a Bruxelles e a Lussemburgo sono assolutamente consapevoli: a) che la Bolkestein potrebbe (o più precisamente, dovrebbe) ragionevolmente *non applicarsi* al settore delle concessioni demaniali, ferma restando la necessità di rimanere nell'alveo dei principi di trasparenza e non discriminazione posti dai Trattati in materia di mercato interno; b) che nel *core* della problematica vi è la tutela dell'affidamento degli operatori esistenti; c) che la complessità del settore richiede necessariamente l'intervento delle istituzioni rappresentative, per districare le varie situazioni senza soluzioni irragionevolmente omnicomprensive, soprattutto in considerazione che la Corte UE medesima fa espresso riferimento al criterio *dell'interesse transfrontaliero certo*; d) che la Direttiva Bolkestein non può strutturalmente avere efficacia diretta, ed essere utilizzata per smantellare, disapplicare o comunque aggirare — in qualsiasi sede che non sia quella della procedura di infrazione, o, aggiungo, del giudizio costituzionale interno — la legislazione di settore, compresa quella di proroga, del legislatore di uno Stato membro.

Malgrado questo oceano di evidenze, le richiamate sentenze di Cassazione e Consiglio di Stato, precedute e seguite da parecchie Corti di prima istanza, toccano il culmine della crociata contro il regime di proroga, e tagliano una legge dello Stato con la l'arma *non autorizzata* (dirò tra un attimo perché) del mito della diretta applicabilità⁴³. Con conseguenze che potrebbero diventare devastanti sia per l'economia del settore, sia perché hanno già prodotto e produrranno con maggiore intensità reazioni collettive di larga portata, aggiungendo il conseguente, ulteriore *vulnus* alla razionalità percepita e alla legittimazione democratica dell'Unione Europea. In più, la disapplicazione dei decreti di proroga è, appunto come ho scritto sopra, un'arma non autorizzata, oltre che per le sopraelencate ragioni di diritto euro-italiano, anche per motivi di stretto diritto costituzionale interno. Partiamo da uno svarione contenuto nella sentenza n. 21281/2018 della Cassazione, che a conforto dell'esistenza della potestà di disapplicazione nel caso specifico delle proroghe delle concessioni balneari, opera un richiamo a un precedente della Corte costituzionale (sent. n. 227/2010⁴⁴), che non solo è del tutto *inconferente*, ma milita in senso clamorosamente contrario alle conclusioni alle quali giunge la Cassazione⁴⁵.

Infatti, la suddetta pronuncia della Corte costituzionale non riguarda l'applicazione di una direttiva ma di una decisione quadro del Consiglio in tema di mandato di arresto europeo, per la

⁴³ Il vero problema, su cui c'è una consistente cortina fumogena in giurisprudenza, è rappresentato dai limiti che il giudice deve rispettare nell'esercizio della sua funzione di disapplicazione della legge. In tal senso D. PORENA, *La disapplicazione normativa*, cit., 47 ss., che cita un suggestivo passo di E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato- collaborativo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, vol. III, 1843 e ss.: «il confine tra il consentito e il vietato, per l'autorità giudiziaria, coincide con il confine tra la genuina interpretazione della legge alla luce della Costituzione, che è sempre ammessa e la lettura del sistema normativo che, pur presentandosi sotto la veste dell'interpretazione, sia in realtà «correzione» – diremmo noi più efficacemente «manipolazione» – della legge, che è al contrario sempre vietata al giudice comune in quanto riservata in esclusiva al tribunale costituzionale»

⁴⁴ Alludo al passaggio nel punto 18 della citata Cass. pen., sez. III, 14 maggio 2018, n. 2128. Dopo aver richiamato (pt. 17) Cons. Stato, sez. 6, sentenza 12 febbraio 2018, n. 873, nella parte in cui afferma che va disapplicata la normativa interna che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime, con finalità turistico-ricreative, la Corte afferma che un obbligo di disapplicazione grava *anche sul giudice penale* (richiama Cass. Pen., Sez. III, del 30/09/2008, n. 41839) «essendo infatti stato affermato che il potere dovere del giudice di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con la normativa comunitaria sussiste solo laddove tale ultima normativa sia dotata di efficacia diretta nell'ordinamento interno», e, aggiunge «è indubbio, *dopo la pronuncia della Corte costituzionale (sentenza n. 227 del 24 giugno 2010)*, che l'art. 12 della Direttiva Bolkestein è *self executing*, cioè ha efficacia diretta nell'ordinamento degli Stati Membri, dunque la stessa può essere disapplicata anche dal giudice ordinario» (pt. 18). Cancellata la *legge* di proroga il giudice penale va a frullare allegramente un bel numero di principi chiave della Costituzione affermando che «ne consegue come sussista, nel caso di specie, il reato di occupazione abusiva di area demaniale» (pt. 19).

⁴⁵ Così C. BENETAZZO, *"Primazia" del diritto U.E.*, cit., 22.

quale, come nel caso della Direttiva Bolkestein in riferimento alle proroghe (non automatiche) delle concessioni demaniali, è impossibile risolvere il contrasto in via interpretativa.

La Corte, infatti, parte dalla consolidata giurisprudenza costituzionale che ha «individuato il sicuro fondamento del rapporto tra ordinamento nazionale e diritto comunitario nell'art. 11 Cost., in forza del quale la Corte ha riconosciuto, tra l'altro, il principio di prevalenza del diritto comunitario e, conseguentemente, il potere-dovere del giudice comune di dare immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa». Ma quando ciò è per qualsiasi ragione strutturalmente impossibile, la Corte ricorda che i giudici hanno l'obbligo di «sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione di quel parametro costituzionale quando il contrasto [è] con norme comunitarie prive di effetto diretto». In più, la Corte, appoggiandosi sull'art. 11 e sull'art. 117 Cost., ha detto che l'obbligo del legislatore nazionale di rispettare i vincoli derivanti dal diritto dell'Unione non è automatico, in quanto trova comunque un *higher constraint* nei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e nella maggior tutela dei diritti inalienabili della persona. Sia pure con riferimento alla diversa fattispecie del mandato di arresto europeo, il giudice delle leggi ha, quindi, concluso che il contrasto tra la normativa di recepimento e la norma europea non poteva trovare rimedio nella disapplicazione della norma nazionale da parte del giudice comune ma doveva essere sottoposto alla verifica di costituzionalità, la quale si estende anche alla verifica di legittimità rispetto alle conferenti norme del TFUE, che integrano a loro volta i parametri costituzionali - artt. 11 e 117, comma 1, Cost. - che a quelle norme fanno rinvio. Non vi è nessuna valida ragione per escludere che tale soluzione sia la stessa per altre fattispecie, e dunque per la nostra, sia perché la diretta applicabilità, in tutte le sue manifestazioni, è con ogni evidenza esclusa nel caso della Direttiva Bolkestein, per le ragioni ampiamente sviluppate sopra, e in particolare perché — cosa che la Cassazione della sentenza n. 21281/2018 ha completamente trascurato — gli effetti diretti devono comunque ritenersi esclusi se dall'applicazione della direttiva deriva una responsabilità penale⁴⁶ o — cosa che ha trascurato il supremo giudice amministrativo — la violazione di diritti costituzionalmente garantiti, in particolare quello, pure richiamato dalla Corte di giustizia, alla protezione del legittimo affidamento⁴⁷. Era proprio tanto faticoso, per entrambe le Corti italiane superiori, chiedere l'intervento della Corte costituzionale, esibendo un robusto e salutare *self restraint*, evitando, in particolare, l'esito di buttare il bambino insieme all'acqua sporca, e soprattutto quello di dare una mazzata in più alla già traballante legittimazione del diritto europeo del mercato interno

9. Senza concludere

Ovvio che in molti ambienti, e non vedo perché tra questi non debbano essere compresi quelli della magistratura, si osserva da anni, e con tutte le ragioni del mondo, che la normativa italiana di settore in materia di concessioni, in particolare di beni demaniali ha aperto nel corso del tempo

⁴⁶ Corte di giustizia: ord. 24 ottobre 2002, in causa C-233/01, RAS; sentenza 29 aprile 2004, in causa C-102/02, *Beuttenmüller*; sentenza 3 maggio 2005, in cause C-387, 391, 403/02, *Berlusconi e altri*; Corte di Cassazione, sent. n. 41839 del 2008.

⁴⁷ Sul principio di prevalenza del diritto comunitario e sui relativi limiti derivanti dal rispetto dei principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato e dei diritti inalienabili della persona, v. le sentenze n. 126/1996 e n. 170/1984. Sulle circostanze che precludono al giudice comune la disapplicazione della norma interna in ipotesi incompatibile con il diritto comunitario, v. in particolare Corte cost., sentenza n. 28/2010. Sulla necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 11 Cost. in caso di contrasto, insanabile in via interpretativa, tra una norma interna e norme comunitarie prive di effetto diretto, v. anche le sentenze n. 284/2007 e ancora n. 170/1984.

spazi a indegni fenomeni di altrettanto insostenibili rendite di posizione, appoggiate sulla gestione “politica” dell’uso esclusivo di beni pubblici, o — se si preferisce come linguaggio, ma senza che cambi di una virgola l’assetto teorico — di beni comuni.

Anche qui ha giocato lo stile italiano, nella specie quello del ‘favore’ politico, poco visibile finché gli apparati riuscivano a compensare attraverso la generalizzazione dell’assistenzialismo consentita dalla finanza allegra di debito e deficit senza limite, ma assolutamente scoperta, e particolarmente odiosa, da quando globalizzazione e vincoli di bilancio hanno radicalmente dimagrito e trasformato la nostra *fiscal constitution*.

Di conseguenza, è comprensibile che si sia sviluppata una carica di risentimento, o se si vuole di odio, — giustificata o meno — contro *tutti* i concessionari di spiagge o altri beni demaniali, sui quali è calata la notte della frenesia della disapplicazione.

Ma di notte, si sa, tutte le mucche sono uguali. E così si rischia di fare in mille pezzi non solo (e forse non tanto) i diabolici ‘padroni delle spiagge’ che sono i pochi giganti dei servizi turistici, ma soprattutto le migliaia di cloni del mio *Mastr’ Mintine*, minuti e sgomenti, microimprenditori di microspiagge, che sono l’ottanta e oltre per cento delle imprese del settore, e che non avranno una seconda opportunità di fronte ai nuovi giganti che parteciperanno alle gare, e che forse ne scriveranno, prima, la *regulation*.

Con una violenza all’immagine dell’Unione, che pagheremo, anzi stiamo già pagando, tutti, certo. Ma anche con un *vulnus* al nucleo della Costituzione. Perché la *fragilità* non è solo una peculiarità della *persona*, dei soggetti difesi dagli artt. 2 e 3, dall’art. 13 e seguenti, dall’art. 32 e seguenti, ma anche delle piccole istituzioni economiche e della loro *utilità sociale* nelle tradizioni e nella cultura dei territori in cui sono innestate, e da cui non possono essere strappate con la violenza del diritto vivente, senza strappare e fare a pezzi, insieme a esse, il sogno dell’Unione.

CHIARA GRAZIANI

La Brexit e la cooperazione in materia di *intelligence*: possibili scenari futuri

SOMMARIO: 1. La *Brexit* e l'*intelligence*: lo stato dell'arte. – 2. Il ruolo del Regno Unito nella cooperazione in materia di *intelligence* prima della *Brexit*. – 3. Possibili modelli di cooperazione di *intelligence* tra l'Unione europea e i Paesi terzi. – 3.1. Le "opzioni operative". – 3.2. L'"opzione zero". – 4. L'applicabilità dei modelli esistenti al Regno Unito. – 5. L'impatto sulla sicurezza dell'Unione europea e a livello globale. – 6. Alcune riflessioni conclusive.

1. La Brexit e l'*intelligence*: lo stato dell'arte

Quando, il 23 giugno 2016, i cittadini britannici hanno votato a favore del *leave* (con una maggioranza assai risicata), era poco diffusa la consapevolezza circa l'altissimo numero di implicazioni di questa scelta¹. Se l'impatto sul mercato unico, sugli interessi finanziari, sulle relazioni con l'Irlanda del Nord, hanno costituito fin da subito oggetto di dibattito a livello politico-istituzionale, oltreché nell'opinione pubblica, altri temi, pur fortemente toccati dal recesso britannico, sono invece rimasti in una posizione di *background*.

Tra tali aspetti negletti vi sono le conseguenze della *Brexit* sulla sicurezza, sia quella nazionale (del Regno Unito, degli Stati membri dell'Unione europea e degli Stati terzi) sia quella internazionale². Perlomeno in un primo momento, la sicurezza non sembrava costituire un "problema" legato all'inedita attivazione dell'art. 50 del Trattato sull'Unione europea (TUE)³.

Va subito rilevato che parlare di "sicurezza" apre le porte ad un amplissimo novero di sotto-temi. Il presente contributo intende restringere il campo di indagine e concentrarsi sulla cooperazione, tra Stati membri dell'Unione europea, non trascurando quella tra questi ultimi e Stati terzi, in materia di *intelligence*. Le operazioni di *intelligence*, infatti, svolgono un ruolo cruciale nel garantire la sicurezza ai suoi vari livelli (nazionale e internazionale)⁴, soprattutto in un mondo, quale quello attuale, caratterizzato da minacce incombenti, ad esempio, ma non solo, quella del terrorismo

¹ Sulla *Brexit* e sulle sue implicazioni giuridiche – in particolare, dal punto di vista pubblicistico – si vedano, *ex multis* e senza pretesa alcuna di completezza: F. FABBRINI (ed.), *The Law and Politics of Brexit*, Oxford, 2017; G.F. FERRARI, *La Corte Suprema, Brexit e le sorti del costituzionalismo britannico*, in *DPCE online* (<http://www.dpceonline.it/>), n. 1/2017, 3 ss.; J.O. FROSINI-M.F. GILBERT, *The Brexit car crash: using E.H. Carr to explain Britain's choice to leave the European Union in 2016*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 27, n. 5/2019, 761 ss.; J.O. FROSINI, *Il referendum sulla Brexit: verso la dissoluzione del Regno Unito?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2016, 831 ss.; M. GORDON, *Brexit: a challenge for the UK constitution, of the UK constitution?*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 12, n. 3/2016; G. GRAZIANI, *La difesa giurisdizionale della prerogativa parlamentare nel quadro del diritto costituzionale britannico (a proposito della "Brexit")*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1/2017, 161 ss.; P. LEYLAND, *Brexit and the UK: Charting the Institutional and Legal Obstacles*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 1/2016, 41 ss.; C. MARTINELLI, *Il ruolo costituzionale della Corte Suprema alla luce della giurisprudenza sulla "Brexit"*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2020, 89 ss.; F. SAVASTANO, *Uscire dall'Unione europea. Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, Torino, 2019; A. TANCA, *Brexit: l'esito di una relazione problematica*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 38, n. 2/2018, 341 ss.; A. TORRE, *Il fantasma della sovranità parlamentare nel Regno Unito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, numero speciale, 2019, 745 ss.

² Per una disamina delle diverse accezioni del concetto di sicurezza, v., per tutti, M. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Bologna, 2017.

³ Sulla disciplina posta da questa disposizione, v. M.E. BARTOLONI, *La disciplina del recesso dall'Unione europea: una tensione mai sopita tra spinte "costituzionaliste" e tendenze "internazionaliste"*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 2/2016. Sulla configurazione dell'art. 50 TUE come clausola di recesso o di "secessione", vedasi C. DE FIORES, *Europa, Stato e sovranità dopo la Brexit*, in *Teoria politica*, n. 7/2017, 199 ss.

⁴ Sul concetto e sulle funzioni dell'attività di *intelligence*, R.D. STEELE, *Intelligence. Spie e segreti in un mondo aperto* (trad. M. Caligiuri), Roma, 2002.

internazionale⁵. Trattasi di un pericolo che, oltre a presentare un'amplissima portata distruttiva, si distingue anche per la sua "transnazionalità" o addirittura, a giudizio di alcuni, "globalità"⁶.

Ebbene, il tema della sicurezza in generale, e quello dell'*intelligence* in particolare, è stato affrontato poche volte dai vari attori istituzionali che, fino a questo momento, si sono mossi sulla scena della *Brexit*. La finalità del presente paragrafo è di offrire una sintetica ricognizione dello stato dell'arte attuale. In primo luogo, va richiamato il *report* con cui, nel luglio 2018⁷, l'European Union Committee della House of Lords ha analizzato una serie di questioni scaturenti dalla *Brexit* e legate alla sicurezza del Regno Unito, degli Stati membri dell'Unione e degli Stati terzi. In particolare, i Lords hanno ritenuto che vi siano almeno tre aree cruciali che meritano di essere tenute in considerazione per assicurare che, completato il processo di *exit*, non vi sia un decremento della sicurezza a livello internazionale e all'interno dei singoli Stati. La prima è la cooperazione volta a garantire un efficiente scambio di informazioni di *intelligence*; la seconda riguarda i flussi di dati personali, raccolti e analizzati allo scopo di prevenire il crimine transnazionale, che devono continuare a svolgersi in maniera fluida fra il Regno Unito e l'Unione; la terza, invece, concerne l'elaborazione di efficaci strumenti di collaborazione in campo penale. È di tutta evidenza che si tratta di tre contesti strettamente correlati.

Il *report* della House of Lords era finalizzato a verificare le possibili soluzioni adottabili da un futuro trattato in materia di sicurezza fra il Regno Unito e l'Unione europea, separato e successivo rispetto all'*exit agreement*.

Di tale trattato, a oggi, non esiste ancora traccia. Pur essendo il recesso stato sancito dall'apposito accordo⁸, per cui, a partire dal 1° febbraio 2020, il Regno Unito non è più uno Stato membro dell'Unione, i britannici si sono dimostrati inflessibili dinanzi alle pressioni, esercitate da parte dei negoziatori dell'Unione nel mese di febbraio 2020, volte ad iniziare i lavori per l'adozione di un ulteriore accordo in materia di sicurezza (comprendente, quindi, anche il settore dell'*intelligence*)⁹.

Il Governo di Sua Maestà ha rifiutato di valutare la possibilità di una *partnership* stringente e giuridicamente vincolante nel campo della sicurezza, sull'assunto che, in quanto parte della North Atlantic Treaty Organization (NATO), il Regno Unito avrebbe già un interesse forte nei confronti della sicurezza europea e non sarebbe necessario imbrigliare i rapporti (di *intelligence*, ma anche su altri versanti facenti capo alla tutela della sicurezza) in un ulteriore documento giuridicamente vincolante. La ritrosia britannica, peraltro, ha potuto "cavalcare l'onda" dell'infausta crisi innescata dalla pandemia Covid-19, la quale ha comportato evidenti stalli¹⁰ nella negoziazione degli aspetti – fra cui l'asse della sicurezza – che rimanevano scoperti dall'*exit agreement* del 2019.

⁵ Per un'analisi dell'approccio delle democrazie occidentali al terrorismo internazionale e delle problematiche in termini di deterioramento della tutela dei diritti umani, ma anche di violazione di principi quali la trasparenza e responsabilità, soprattutto quando sono coinvolte operazioni di *intelligence*, v. A. VEDASCHI, *The Dark Side of Counter-Terrorism: Arcana Imperii and Salus Rei Publicae*, in *The American Journal of Comparative Law*, 66, 4/2018, 877 ss.

⁶ *Ex multis*, A. RABASA et al., *Beyond al-Qaeda. The Global Jihadist Movement*, Santa Monica, 2006. Se globale è la minaccia, allora altrettanto globali devono essere le azioni di contrasto ad essa. V. K. ROACH et al. (eds.), *Global Counter-Terrorism Law and Policy*, Cambridge, 2005. Sul concetto di "diritto globale", v. S. CASSESE (ed.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham and Northampton, 2016.

⁷ HOUSE OF LORDS, *European Union Committee, Brexit: the proposed UK-EU security treaty*, 11 July 2018.

⁸ V. Decisione (UE) 2020/135 del Consiglio del 30 gennaio 2020 relativa alla conclusione dell'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica, in *G.U.U.E. L 29 del 31.1.2020*, 1-6; Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica, in *G.U.U.E. L 29 del 31.1.2020*, 7-187.

⁹ Come riportato, all'indomani della dichiarazione, da G. BACZYNSKA, *Britain refuses EU push for security treaty after Brexit*, in *Reuters*, (www.reuters.com) Feb. 27, 2020.

¹⁰ A tale proposito, sia consentito il rinvio a C. GRAZIANI, *Brexit, Regno Unito e Coronavirus: le questioni aperte*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2020/I, 197 ss.

2. Il ruolo del Regno Unito nella cooperazione in materia di intelligence prima della Brexit

Il “disinteresse”, da parte britannica¹¹, per gli aspetti legati a *Brexit* e *intelligence* non risulta coerente con il ruolo esercitato dal Regno Unito stesso nel c.d. sistema di *intelligence* europeo fino al giorno prima dell’entrata in vigore dell’accordo di recesso.

Al centro di tale sistema vi è Europol, l’agenzia dell’Unione europea¹² investita dalle funzioni di supporto e di coordinamento delle attività di *intelligence* degli Stati membri¹³, il cui compito consiste soprattutto nell’assicurare lo scambio e la condivisione di informazioni potenzialmente utili a proteggere la sicurezza di uno o più Stati o dell’Unione stessa. Dal punto di vista operativo, Europol permette lo scambio di dati e informazioni, conservati nell’Europol Information System (EIS) grazie ad una sofisticata piattaforma denominata *Secure Information Exchange Network Application* (SIENA).

L’analisi viene poi posta in essere grazie all’impiego di un *device* chiamato *Connecting Analysts* (CONAN). In anni recenti, Europol ha potenziato il proprio comparto di *cyberintelligence*, valorizzando l’apporto di tecniche di intelligenza artificiale¹⁴, a conferma del sempre più simbiotico rapporto che sussiste fra tecnologia e sicurezza¹⁵.

Storicamente, il Regno Unito è stato fra i Paesi che hanno offerto i contributi più significativi all’attività di Europol¹⁶, poiché si è posto a guida dei relativi progetti operativi, ha fornito materiale di *intelligence* di cruciale importanza e ha finanziato larga parte dell’attività dell’agenzia¹⁷.

Viepiù, si ricordi che il Regno Unito è l’unico, fra i Paesi dell’area europea, a fare parte del c.d. *Five Eyes network*. Quest’ultimo è un’alleanza di *intelligence* fra Australia, Canada, Nuova Zelanda, Regno Unito e Stati Uniti (ossia i più grandi Paesi di *common law*) e rappresenta la più potente rete di scambio di informazioni utili per la prevenzione del terrorismo e di altri gravi crimini di portata

¹¹ Sebbene, durante la Conferenza di Monaco del febbraio 2018, l’allora Primo Ministro britannico, Theresa May, avesse sottolineato la necessità di mantenere un alto livello di cooperazione con l’Unione europea, anche dopo la *Brexit*, alla luce della serietà delle minacce caratterizzanti il XXI secolo. V. TH. MAY, *Speech at Munich Security Conference*, al sito *web GOV. UK.*, 17 February 2018.

¹² Sulle agenzie e sul loro ruolo, v. L. MEZZETTI, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, Torino, V ed., 2019, 249 ss.; E. CHITI, *An Important Part of the EU’s Institutional Machinery: Features, Problems and Perspectives of European Agencies*, in *Common Market Law Review*, vol. 46, n. 5/2009, 1395 ss.

¹³ Europol è stata creata nel 1995 con la conclusione della Convenzione di Bruxelles, poi entrata in vigore nel 1998. Nel 2009, con una decisione del Consiglio, essa ha acquisito lo *status* di agenzia dell’Unione europea. V. Decisione del Consiglio, del 6 aprile 2009, che istituisce l’Ufficio europeo di polizia (Europol), in *G.U.U.E.* L 121 del 15.5.2009, 37-66, abrogando la precedente Convenzione. Successivamente, la decisione del Consiglio è stata abrogata da un Regolamento del 2016. V. Regolamento (UE) 2016/794 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 maggio 2016, che istituisce l’Agenzia dell’Unione europea per la cooperazione nell’attività di contrasto (Europol) e sostituisce e abroga le decisioni del Consiglio 2009/371/GAI, 2009/934/GAI, 2009/935/GAI, 2009/936/GAI e 2009/968/GAI, in *G.U.U.E.* L 135 del 24.5.2016, 53-114.

¹⁴ Sulla relazione tra tecnologia e *counter-terrorism measures*, A. VEDASCHI, *Intelligenza artificiale e misure antiterrorismo alla prova del diritto costituzionale*, in questi stessi scritti (Tomo I).

¹⁵ Sull’impatto della tecnologia, in generale, sulle categorie del diritto costituzionale e sulla tutela dei diritti, v., per tutti, P. COSTANZO, *Il ruolo del fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, relazione al Convegno di Salerno 23-24 novembre 2012 “Costituzionalismo e globalizzazione”, in *Rassegna parlamentare*, 2012, 811 ss.

¹⁶ Sebbene, nel 2013, il Regno Unito avesse esercitato un *opt-out* rispetto alla partecipazione a Europol, come conseguenza dell’*opt-out* “di massa” nei confronti di tutte le politiche del settore Giustizia e Affari Interni risalenti al pre-Lisbona. Tuttavia, il Regno Unito è tornato a partecipare ad Europol quasi immediatamente, nel dicembre 2014. Con riferimento agli *opt-out* al Trattato di Lisbona, S. PEERS, *Mission Accomplished? EU Justice and Home Affairs Law after the Treaty of Lisbon*, in *Common Market Law Review*, vol. 48, n. 3/2011, 661 ss.

¹⁷ V. i dati reperibili in *Written evidence submitted by the National Crime Agency to the UK Parliament* (PSC0009), 2018.

transnazionale¹⁸. Il Regno Unito, fin quando ha mantenuto la propria *membership* nell'Unione europea, ha esercitato un ruolo di "ponte" fra i *Five Eyes* ed Europol.

Alla luce di quanto sinteticamente descritto, sembra non potersi negare che l'assenza del Regno Unito da Europol¹⁹ pone altissime probabilità di causare seri danni in termini di sicurezza dei cittadini, derivanti dalla diminuzione delle informazioni a disposizione e quindi dal deterioramento della capacità di Europol e dei servizi di *intelligence* interni di monitorare, a fini preventivi, le potenziali minacce.

3. Possibili modelli di cooperazione di intelligence tra l'Unione europea e i Paesi terzi

Dinanzi ad uno scenario come quello ripercorso, viene naturale pensare quale potrebbe essere una possibile "soluzione" ai problemi sollevati, afferenti ad un ambito così delicato quale è il grado di tutela della sicurezza e quindi, in ultima analisi, la possibilità di sopravvivenza delle comunità statali. In altri termini, posto che il Regno Unito è già giuridicamente diventato, a far data del 1° febbraio 2020, uno "Stato terzo", e che, in quanto tale, perde la propria *membership* all'interno di Europol²⁰, è ci si è chiesti quali strumenti il diritto possa offrire per garantire il mantenimento di alti standard nel campo dell'*intelligence sharing*.

Di seguito, vengono descritti una serie di modelli di cooperazione che, nel corso del tempo, sono stati adottati da Paesi che, pur non essendo membri dell'Unione europea, hanno deciso di partecipare alla cooperazione nel settore di *intelligence* resa possibile da Europol. Resta inteso che tali scelte sono state determinate da un reciproco interesse delle parti. Ciò significa che non solo lo Stato terzo aveva interesse ad essere incluso nell'*intelligence sharing* di Europol, ma anche Europol – e attraverso di essa, gli Stati membri – consideravano strategico il coinvolgimento dello Stato in questione. Situazione che, nel caso del Regno Unito, subisce uno sbilanciamento, in quanto ad avere maggiore interesse all'inclusione britannica nel meccanismo Europol sono gli Stati membri dell'Unione e l'Unione stessa. Il Regno Unito, da parte sua, gode di una maggiore "autonomia di *intelligence*", proprio grazie alle sue relazioni "privilegiate" con Australia, Canada, Nuova Zelanda e Stati Uniti.

3.1. Le "opzioni operative"

I primi due modelli di cooperazione sono esplicitamente previsti dal Regolamento che disciplina Europol²¹ per consentire la collaborazione con l'*intelligence* di Paesi terzi. Il terzo modello, invece, rappresenta un "ibrido", non esplicitamente regolato dal dato normativo, ma impiegato di fatto nelle relazioni tra Europol e la Danimarca. Si tratta, perciò, di un *unicum* fino a questo momento.

Il primo modello si basa sui c.d. accordi strategici ed è una forma di cooperazione piuttosto semplificata. Esso consiste nella possibilità di scambiare, tra Europol e il Paese terzo coinvolto,

¹⁸ Su cui v. D JENKINS, *The handling and disclosure of sensitive intelligence*, in G. Lennon-C. Walker (eds.), *Routledge Handbook of Law and Terrorism*, London-New York, 2015. V., anche, C. PFULKE, *A History of the Five Eyes Alliance: Possibility for Reform and Additions*, in *Comparative Strategy*, vol. 38, n. 4/2019, 302 ss.

¹⁹ Si ricordi che, al momento in cui si scrive, il Regno Unito, pur avendo lasciato l'Unione europea, si trova nel c.d. periodo transitorio, per cui ha ancora diritto a partecipare, tra l'altro, alle agenzie dell'Unione europea, seppure senza diritto di voto.

²⁰ Infatti, secondo il Regolamento Europol (cit., nota 13), solo gli Stati che sono membri dell'Unione europea possono fare parte di questa agenzia.

²¹ Cit., nota 13.

informazioni che abbiano natura meramente tecnica o strategica non includenti dati personali. Tra i Paesi che hanno sottoscritto accordi strategici con Europol, vi sono Cina e Israele.

Il secondo modello, invece, si fonda sui c.d. accordi operativi e prevede una cooperazione più avanzata, poiché permette anche lo scambio di dati personali e consente al Paese terzo l'accesso al SIENA, oltreché la possibilità di avere propri funzionari di collegamento presso i quartieri generali di Europol, situati a L'Aja. Non tutti i Paesi possono adottare accordi operativi con Europol. A tale proposito, il Regolamento sull'attività di Europol prevede, all'art. 25, che questa strada sia percorribile solo nel caso in cui ci si trovi in una delle seguenti situazioni (da ritenersi condizioni alternative e non cumulative). Il primo scenario che rende possibile la conclusione di accordi operativi si ha quando la Commissione europea ha adottato una decisione di adeguatezza²² comprovante l'adeguato standard di protezione²³, da parte del Paese terzo, dei dati personali. In mancanza di una decisione di adeguatezza, gli accordi operativi sono ugualmente possibili se il Paese terzo si è reso firmatario di un accordo internazionale con l'Unione europea, ai sensi dell'art. 218 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il quale consenta lo scambio di dati personali. Questo modello è stato adottato nei rapporti con Australia, Canada, Stati Uniti (tutti, si noti, parte del *Five Eyes network*). Sebbene i due modelli possano sembrare molto simili, la possibilità di accedere o meno a dati personali porta con sé differenze sostanziali nella cooperazione di *intelligence*. Infatti, lo Stato terzo che può conoscere non solo informazioni meramente tecniche ed operative, ma anche dati personali, sarà potenzialmente avvantaggiato, ad esempio nell'attivare il proprio sistema penale nei confronti di una specifica persona che possa rappresentare una minaccia. Naturalmente, tale vantaggio vale anche, *a contrariis*, per i Paesi facenti parte di Europol, nella misura in cui beneficiano dello scambio di dati personali provenienti dal Paese terzo in questione.

Passando al terzo approccio, si tratta, come già richiamato, di un modello ibrido e usato una sola volta, ossia per regolare i rapporti fra Europol e la Danimarca. Quest'ultima si trova, invero, in una posizione peculiare nei confronti di Europol. Come noto, la Danimarca è uno Stato membro dell'Unione europea e avrebbe diritto, di conseguenza, ad essere a pieno titolo membro di Europol. Ciononostante, ai sensi del Protocollo n. 22 allegato al Trattato di Lisbona, la Danimarca si è auto-esclusa da qualsiasi misura adottata (post-Lisbona) nell'ambito dello Spazio di sicurezza, libertà e giustizia dell'Unione europea, a meno che non notifichi la propria esplicita volontà di partecipazione²⁴. Il Regolamento Europol – il quale ricade in questa area – è stato adottato nel 2016, abrogando una precedente Decisione del Consiglio, risalente al 2009²⁵. Si tratta, quindi, di una misura post-Lisbona e, al momento in cui la bozza di Regolamento fu formalmente proposta, la Danimarca non manifestò la propria volontà di essere coinvolta. L'eventualità di aderirvi successivamente fu anche sottoposta a *referendum*, a livello nazionale, ma con esito negativo. La Danimarca – colpita peraltro tra il 2015 e 2016 da gravi attacchi di matrice terroristica – si precludeva

²² Ai sensi dell'art. 25 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE, in *G.U.U.E* L 119 del 4.5.2016, 1-88 (General Data Protection Regulation of GDPR). L'art. 25 del GDPR disciplina lo scambio di dati personali tra Unione europea e Paesi terzi.

²³ La Corte di giustizia dell'Unione europea ha ritenuto che il concetto di adeguatezza vada interpretato come "essenziale equivalenza". In altre parole, gli standard di tutela possono non essere identici, ma devono perlomeno essere comparabili. V. Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, sent. 6 ottobre 2015, *Maximillian Schrems contro Data Protection Commissioner*, C-362/14. Si veda V. ZENO-ZENCOVICH, *Intorno alla decisione nel caso "Schrems": la sovranità digitale e il governo internazionale delle reti di telecomunicazione*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 4-5/2015, 683 ss.

²⁴ R. ADLER-NISSEN, *Justice and Home Affairs: Denmark as an Active Differential European*, in L. MILES, A. WIVEL (eds.), *Denmark and the European Union*, London-New York, 2013.

²⁵ Cit., nota 13.

dunque ogni possibilità di adesione ad Europol. Nel 2016, però, la Danimarca tornò, in una certa misura, sui propri passi, chiedendo l'autorizzazione all'apertura delle negoziazioni per poter beneficiare della cooperazione derivante dagli strumenti e dalle attività di Europol. In pochi mesi venne concluso un accordo così peculiare che potrebbe essere accostato ad una *membership* piena. Infatti, è possibile per le autorità danesi accedere senza limitazioni ai dati messi a disposizione da Europol; inoltre, la Danimarca può partecipare alle riunioni del Consiglio direttivo di Europol (pur senza diritto di voto); in più, ha la possibilità di inserire i dati raccolti dai propri servizi di *intelligence* direttamente nel sistema Europol. A fronte di tali vantaggi l'accordo è tuttavia sottoposto ad alcune condizioni; tra queste, ad esempio, quelle che obbligano la Danimarca a continuare a far parte dell'area Schengen e ad accettare la giurisdizione della Corte di giustizia dell'Unione europea su qualsiasi controversia dovesse eventualmente derivare dall'applicazione dell'accordo.

3.2. L'"opzione zero"

Tutti i modelli analizzati fino a questo momento sono stati definiti, nel presente contributo, come "modelli operativi", poiché implicano un *facere* sia da parte di Europol sia dello Stato terzo interessato.

Molti Paesi non facenti parte dell'Unione europea, però, non applicano nessuno dei tre modelli sopra descritti. I loro rapporti con Europol, quindi, possono essere ricondotti alla c.d. opzione zero, giacché non sono regolati. Tale opzione non comporta la totale assenza di cooperazione, per quanto riguarda lo scambio di informazioni di *intelligence*, fra un Paese terzo ed Europol o, perlomeno, fra tale Stato e gli Stati membri dell'Unione europea. La collaborazione in questo campo può avere luogo anche in altre forme, che non postulino l'adozione di un accordo *ad hoc*.

In primo luogo, lo scambio di informazioni di *intelligence* può avvenire sulla base di accordi specifici tra lo Stato terzo e uno o più Stati dell'Unione europea (si può trattare, dunque, di accordi bilaterali o multilaterali)²⁶. Tale casistica è ben esemplificata dalla situazione che si verificava tra Australia, Canada, Nuova Zelanda e Stati Uniti, da una parte, e Regno Unito, dall'altra, quando quest'ultimo era membro dell'Unione europea. Fino a questo momento il *Five Eyes network* era qualificabile come accordo multilaterale tra uno Stato membro e quattro Stati terzi, mentre, con il recesso, esso si identifica come accordo multilaterale tra cinque Stati che intrattengono un rapporto di terzietà rispetto all'Unione europea. Lo Stato membro dell'Unione che sottoscrive accordi con Paesi terzi riversa, indirettamente, i benefici derivanti da tali *agreements* sugli altri membri dell'Unione, grazie all'azione di condivisione di Europol.

In secondo luogo, forme di cooperazione in materia di *intelligence* possono derivare da altri trattati e organizzazioni internazionali, di cui siano parte sia Stati terzi sia Stati dell'Unione europea. Ne è un esempio la *membership* in ambito NATO (a cui il Regno Unito si è recentemente appellato per sostenere l'inutilità di un accordo *ad hoc* sulla sicurezza), con la quale l'Unione europea intrattiene rapporti sinergici anche in tema di *intelligence*. In questo modo, dunque, l'Unione e i suoi

²⁶ Accordi che, peraltro, il Regno Unito aveva in essere, già da prima di *Brexit*, con alcuni Stati membri dell'Unione, creando quindi forme di cooperazione "asimmetrica" rispetto all'azione di Europol. V. C. NORTHCOTT, *The more things change, the more they stay the same: an assessment of the implications of Brexit for intelligence agencies both in the UK and in Europe*, in *Journal of Intelligence History*, vol. 16, n. 2/2017. Questo A. teorizza che, proprio grazie all'esistenza di questi accordi, la situazione dei rapporti di *intelligence* fra il Regno Unito e gli Stati dell'Unione europea potrebbe non cambiare di molto, in concreto, anche dopo il completamento del processo di uscita. *Contra*, vi è chi sostiene il contrario, alla luce dell'inadeguatezza di questi accordi bilaterali a garantire un *intelligence sharing* efficiente. V. A. WARD, *Maintaining Europol Security Ties After Brexit*, in *The Rand Blog* (<https://www.rand.org/blog.html>) June 18, 2018. L'A. porta l'esempio dei rapporti di *intelligence* fra Regno Unito e Italia, regolati anche da un accordo bilaterale, che dovrebbe garantire un rafforzamento della cooperazione, ma nella pratica si è dimostrato malfunzionante.

Stati membri possono avvalersi pure di informazioni provenienti da Stati che non sono membri di Europol, con cui Europol non ha previsto forme di cooperazione sulla base dei tre modelli analizzati *sub* 3.1. e che non ha sottoscritto alcun accordo, bilaterale o multilaterale, con uno o più Stati dell'Unione.

4. L'applicabilità dei modelli esistenti al Regno Unito

Dopo aver ricostruito i modelli (e, nel caso dell'"opzione zero", una sorta di "non-modello") che permettono a Paesi terzi di collaborare con l'Unione europea sotto il profilo dell'*intelligence*, è opportuno indagare l'applicabilità degli stessi alla situazione risultante dal recente recesso del Regno Unito ai sensi dell'art. 50 TUE. Più precisamente, si tratta di vagliare i *pro* e i *contro* di ciascun paradigma descritto sopra, posto che, da un punto di vista strettamente giuridico, essi possono considerarsi tutti astrattamente applicabili.

Seguendo lo stesso ordine con cui i modelli sono stati presentati, si osserva che i primi due approcci, ossia gli accordi strategici e gli accordi operativi, risulterebbero eccessivamente limitati rispetto al contributo che il Regno Unito sarebbe in grado di offrire al sistema Europol. In altre parole, l'ampiezza della cooperazione resa possibile da un'eventuale applicazione di questi due modelli non sarebbe neanche lontanamente sufficiente a mantenere gli standard di interscambio di informazioni paragonabili a quando il Regno Unito era a pieno titolo membro di Europol. Persino la forma di cooperazione che, tra le due, si presenta sicuramente come quella più penetrante, ossia quella degli accordi operativi, non garantisce un accesso continuativo e pieno alle informazioni possedute dal *database* di Europol, né, in senso uguale e contrario, pone Europol nella condizione di mettere a disposizione degli Stati membri la totalità dei dati di *intelligence* del Paese terzo. In più, né gli accordi strategici né quelli operativi prevedono alcun diritto di voto dei rappresentanti dello Stato terzo in seno alle assemblee degli organi di Europol. L'ovvia e indesiderabile conseguenza di tale *deficit* di partecipazione del Regno Unito sarebbe un drammatico calo del tasso di sicurezza nei Paesi dell'area europea²⁷.

Si potrebbe, quindi, ragionare circa l'introduzione di un accordo "ibrido" (o, nella definizione che alcuni ne danno, "fatto su misura"²⁸), sulla scia di quanto avvenuto nei rapporti fra Europol e la Danimarca. Si tratterebbe di una soluzione che lascerebbe un più ampio margine di azione e, pertanto, una maggiore flessibilità nel contenuto. Tuttavia, replicare il modello danese implicherebbe alcune forzature.

In primis, Danimarca e Regno Unito si trovano in due situazioni specularmente opposte, in quanto la prima non è membro di Europol *pur essendo* uno Stato membro dell'Unione, mentre il secondo ha deliberatamente scelto di *lasciare* l'Unione, con la conseguenza di perdere anche il proprio *status* di membro di Europol. Questa situazione fa sì che vi sia un *link* assai più forte tra Europol e la Danimarca (la *membership* di quest'ultima in seno all'Unione europea, di cui Europol rappresenta un'agenzia) che tra Europol e il Regno Unito (che ha invece cessato di essere membro dell'Unione).

In secundis, e dal punto di vista prettamente politico, un accordo come quello danese è sottoposto ad una serie di condizioni che, con ogni probabilità, il Regno Unito non sarebbe disposto ad accettare. Un esempio fra tutti è la menzionata clausola che obbliga la Danimarca all'accettazione

²⁷ S. PALADINI, I. CASTELLUCCI, *European Security in a Post-Brexit World*, Birmingham, 2019; C. BRIÈRE, *Cooperation of Europol and Eurojust with external partners in the fight against crime: what are the challenges ahead?*, al sito web DCU Brexit Institute (<http://dcubrexitinstitute.eu/>); R. VAN ARK, *Post Brexit EU (In)Security*, al sito web dell'*International Center for Counter-Terrorism – The Hague (ICCT)* (<https://icct.nl/>), 6 June 2019.

²⁸ D. CURTIN, *Brexit and the EU Area of Freedom, Security and Justice: Bespoke Bits and Pieces*, in F. FABBRINI (ed.), *op. cit.*, 183 ss.

della giurisdizione della Corte di giustizia dell'Unione europea in tutte le controversie che possano originarsi dall'applicazione dell'accordo. Con riferimento al contesto *Brexit*, l'*exit deal* prevede che la Corte di Lussemburgo abbia una *voice* sempre più affievolita sulle questioni che coinvolgono il Regno Unito, fino a quando la sua giurisdizione scomparirà del tutto. Al termine del periodo transitorio, il Regno Unito cesserà di essere vincolato alla giurisdizione della Corte di giustizia, salva la possibilità di potersi avvalere, ancora per otto anni dall'entrata in vigore dell'accordo di recesso, della procedura di rinvio pregiudiziale. Pertanto, pare poco ipotizzabile che il Regno Unito accetterebbe un reingresso, seppure parziale, della Corte di giustizia nel proprio perimetro giurisdizionale²⁹.

Ad ogni modo, durante il lasso di tempo intercorso tra il *referendum* sulla *Brexit* e l'effettivo recesso del Regno Unito, non sono mancate voci che hanno argomentato come un accordo "su misura" à la danese sarebbe stato la soluzione migliore³⁰.

La soluzione prevista dall'*exit agreement* evidenzia, in effetti, che la strada che le parti negoziali si sono proposte di percorrere è proprio quella di un accordo *ad hoc*, il quale, però, si caratterizzerebbe per essere più ampio rispetto alla mera cooperazione di *intelligence*, prendendo i connotati di una più estesa "*partnership* per la sicurezza".

Essa dovrebbe includere, oltre alle norme relative alla collaborazione finalizzata all'*intelligence sharing*, disposizioni di più ampia portata circa la cooperazione giudiziaria in materia penale. Come si è già avuto modo di rilevare, però, i negoziati volti alla conclusione di questo specifico atto si trovano in una fase di stallo, dovuto alla ritrosia del Regno Unito, prima ancora che al blocco forzatamente imposto dal diffondersi del Covid-19 in Europa e al di fuori di essa. Non solo il Governo della Regina ritiene un accordo del genere sovrabbondante, in quanto considera la *membership* nella NATO sufficiente ad offrire un quadro adeguato di cooperazione in materia di sicurezza (in altre parole, il Regno Unito sembrerebbe preferire quella che qui è stata definita "opzione zero"), ma vi sono anche forti divergenze dovute ad altri motivi, che stanno rallentando gli *steps* della negoziazione. Ad esempio, il Regno Unito desidererebbe allentare i vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e dalla relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), che, come noto, ha elaborato, in materia di *intelligence*, orientamenti assai articolati e piuttosto rigorosi. In merito alle garanzie che devono essere rispettate nello svolgimento delle relative operazioni³¹. Di diverso avviso, invece, sono i negoziatori di Bruxelles, che vorrebbero addirittura una clausola che imponga la cessazione automatica degli schemi di cooperazione qualora il Regno Unito denunci la CEDU.

²⁹ Peraltro, vale la pena notare che la *Brexit* ha comportato anche una modificazione dei membri della Corte di giustizia, nella quale non siederanno più giudici britannici. V. I. ANRÒ, *L'impatto della Brexit sulla composizione e il funzionamento della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), n. 20/2019, 1 ss. Allo stesso modo, la *Brexit* ha causato modifiche di composizione e/o allocazione di seggi anche all'interno degli altri organi dell'Unione europea. V. F. FABBRINI, *The Institutional Consequences of a 'Hard Brexit'*, European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate General for Internal Policies of the Union, PE604.961, May 2018.

³⁰ In questi termini, v. ancora D. CURTIN, *op. cit.*, nota 28.

³¹ V., ad esempio, la recente sentenza Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, *Big Brother Watch et al. v. the United Kingdom*, 13.9.2018, in cui la Corte si è pronunciata proprio nei confronti del Regno Unito, ritenendo illegittimi alcuni aspetti di una normativa interna che consentiva ampi poteri di sorveglianza alle agenzie di *intelligence* britanniche. La pronuncia non è definitiva, poiché, nel febbraio 2019, la controversia è stata deferita alla Grande Camera, che però non si è ancora pronunciata. V. M. CATANZARITI, *La dimensione extraterritoriale della sorveglianza di massa*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2/2019, 335 ss. V. anche M. TZANOU, *Big Brother Watch and others v. the United Kingdom: A Victory of Human Rights over Modern Digital Surveillance?*, in *Verfassungsblog* (www.verfassungsblog.de) 18 Sept. 2018

5. L'impatto sulla sicurezza dell'Unione europea e a livello globale

Lungi dal configurarsi come un problema attinente ai soli rapporti fra Regno Unito e Unione europea, le relazioni di *intelligence* tra le due parti dopo la *Brexit* incidono potenzialmente sulla sicurezza di tutta l'area geografica europea nonché a livello globale.

Da un lato, nel caso in cui il Regno Unito cessasse o affievolisse la propria cooperazione in materia di *intelligence* con Europol e/o con gli Stati membri, ne deriverebbe un decremento, se non della sicurezza reale, sicuramente della percezione di sicurezza³² da parte degli individui, che si sentirebbero più esposti a pericoli. Ciò potrebbe portare legislatori e governi *nazionali*, ma anche le Istituzioni dell'Unione, ad attuare un "giro di vite" su quelle misure e *policies* disegnate per prevenire le minacce di portata transnazionale, prima fra tutti il terrorismo internazionale. Una stretta in senso securitario comporterebbe inevitabilmente significative ripercussioni sui diritti e le libertà dei cittadini, che spesso subiscono un deterioramento in presenza di *counter-terrorism measures* particolarmente invasive, rimanendone "vittime collaterali".

Dall'altro lato, in uno scenario in cui il Regno Unito perpetuasse il proprio atteggiamento poco incline a negoziare sul piano concreto una *partnership* di sicurezza con l'Unione europea, invariati resterebbero, con ogni probabilità, i rapporti di *intelligence* della parte britannica con altri *partner* al di fuori dell'Unione europea. Nello specifico, il riferimento è ancora al *Five Eyes network*, che potrebbe addirittura subire un'intensificazione, dato che il Regno Unito, venendo meno i legami con Europol, si troverebbe a fare conto in modo ancora più massiccio sulla rete di *intelligence* con Australia, Canada, Nuova Zelanda e Stati Uniti. Una situazione di questo genere potrebbe causare un preoccupante *gap* tra l'efficienza dei meccanismi di *intelligence sharing* di cui sono parte i maggiori Paesi di *common law* – che ne uscirebbero rinforzati – e quelli propri, invece, dell'area europea – i quali ne verrebbe fuori indeboliti.

6. Alcune riflessioni conclusive

Il presente contributo ha dimostrato, in primo luogo, il ruolo chiave che il Regno Unito ha svolto, nel corso degli anni, nell'ambito della cooperazione di *intelligence* in seno a Europol, anche grazie al suo coinvolgimento nel *Five Eyes network* e al ruolo di connettore tra i due sistemi. In parallelo, si è rilevato come Europol rappresenti uno dei più efficienti sistemi di condivisione di *intelligence* per l'Unione europea e per i suoi Stati membri. La naturale conseguenza è che l'esclusione del Regno Unito dalla rete Europol risulterebbe foriera di implicazioni e problemi non di poco conto.

Quindi, uno degli aspetti che appare essere stato considerato come "minoritario" nel complessissimo *iter* che ha portato al primo caso di recesso di uno Stato membro dall'Unione europea ha in verità un impatto assai rilevante non solo per quanto riguarda gli interessi delle due parti del negoziato, ma anche a livello globale. Un'eventuale scelta in favore di quella che qui è stata definita l'"opzione zero" potrebbe non risultare sufficiente a mantenere standard di cooperazione adeguati in un mondo caratterizzato da minacce multiformi come quella del terrorismo internazionale di matrice jihadista. E, in ultima analisi, conseguenze importanti vi sarebbero anche sulla ri-calibrazione del difficile rapporto fra sicurezza e libertà³³.

³² Sul tema, A. VEDASCHI, *¿Qué libertad y qué seguridad queremos? ¿Y cuál necesitamos?*, in J.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (coord.), *Seguridad y libertad en el sistema democrático*, Valencia, in corso di pubblicazione.

³³ In particolare, un eventuale inasprimento dell'antiterrorismo porterebbe sempre più la sicurezza ad essere considerata come un «valore superprimario», prevalente su qualsiasi altro e neanche soggetto al bilanciamento. La teoria della sicurezza intesa in questo senso va rapportata a G. MORBIDELLI-G. CERRINA FERONI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2008, 31 ss.

Alla luce dell'analisi posta in essere in questo scritto, si intende sostenere la necessità di un accordo dettagliato tra il Regno Unito e l'Unione in materia di sicurezza – e, nello specifico, di cooperazione di *intelligence*. Un simile epilogo sarebbe reso possibile solo dalla volontà, da parte del Regno Unito, di mettere fine allo stallo negoziale sul punto.

Altra ipotizzabile, ma difficilmente praticabile soluzione potrebbe risiedere in una modifica del Regolamento che disciplina Europol volta a permettere la partecipazione piena al suo *network* anche da parte di Stati non membri dell'Unione. Tuttavia, si tratterebbe di una vera e propria modifica di una fonte di diritto derivato dell'Unione, il che comporta tempi lunghi e postula il consenso delle maggioranze degli organi coinvolti nel procedimento legislativo finalizzato alla produzione del diritto dell'Unione europea. Il raggiungimento di tale consenso appare poco probabile, in quanto una scelta in questi termini aprirebbe altresì a problemi significativi sul versante politico, con Stati che potrebbero fare pressioni al fine di essere inclusi nel meccanismo di *intelligence-sharing* dell'Unione europea senza condividere il resto del suo *acquis* nonché, potenzialmente, i relativi assetti valoriali.

MARIANGELA ATRIPALDI

Il ruolo del *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)* nella vigilanza sulle attività bancarie e finanziarie nell'ordinamento tedesco

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Lo sviluppo storico del diritto della vigilanza bancaria e finanziaria nell'ordinamento tedesco. – 2.1. L'evoluzione del sistema legislativo sino agli inizi degli anni '90. – 2.2. Dalla riunificazione all'intervento del legislatore europeo. – 3. La vigilanza bancaria e finanziaria nell'ordinamento tedesco: il *BaFin*. – 3.1. Introduzione. – 3.2. L'organizzazione. – 3.3. Le funzioni. – 4. Alcune valutazioni conclusive sul ruolo del *BaFin*.

1. Introduzione.

L'esigenza di affrontare uno studio sul *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (di seguito *BaFin*)¹ nell'ordinamento tedesco è stata determinata, fra l'altro, dalle sollecitazioni della cultura giuridica italiana ad interessarsi con maggiori approfondimenti al tema della vigilanza bancaria e finanziaria².

Invero dinanzi all'ampliamento nel nostro ordinamento delle attività aventi rilevanza economica, la prospettiva di porre al centro della riflessione quello che si realizza in altri ordinamenti può offrire un contributo significativo sul piano della ricostruzione scientifica e su quello operativo.

In questo contesto sono state individuate le motivazioni che hanno legittimato l'istituzione di poteri regolatori pubblici esercitati con una indipendenza dal potere politico e dal settore regolato dell'industria e finalizzati a raggiungere alcuni obiettivi comuni, come il funzionamento della concorrenza, e a tutelare la generalità dei cittadini, in particolare dei consumatori³.

Un quadro determinato non solo da fattori interni ai Paesi ma anche da incidenze esterne legate all'evoluzione dei processi economici internazionali.

È stato altresì evidenziato che negli ultimi decenni si è assistito ad una più corretta definizione del ruolo della regolazione soprattutto nel settore bancario e finanziario, laddove sono state anticipate procedure di controllo e di vigilanza rispetto agli altri settori economici⁴.

Comunque, va constatato che nei sistemi di vigilanza bancaria e finanziaria previsti dagli ordinamenti dei diversi Stati ad economia industrializzata, pur evidenziandosi caratteristiche peculiari, emergono linee guida che si possono considerare comuni e che consentono una valutazione comparatistica.

Pertanto, al fine di cogliere i dati fisionomici che presiedono il diritto della vigilanza bancaria e finanziaria nell'ordinamento tedesco sono opportune alcune considerazioni, sia pure espresse schematicamente, per individuare le linee di tendenza che vanno emergendo nel sistema di regolamentazione cui sono affidati ruoli fondamentali per la gestione di importanti settori economici⁵.

¹ L'A. ringrazia il *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* per il proficuo confronto e per la documentazione messa a disposizione. Comunque, le opinioni espresse sono attribuibili esclusivamente all'A.

² Sull'interessamento della dottrina giuridica e l'estensione sempre maggiore delle attività aventi rilevanza economica si rinvia alle approfondite riflessioni di S. AMOROSINO, *Regolazione pubbliche, mercati, imprese*, Giappichelli, Torino, 2008, 21 ss.; A. LA SPINA - S. CAVATORTO, *Le Autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2008; A. MACCHIATI - A. MAGNONI, *Quale governance per le autorità indipendenti? Un'analisi economica delle leggi istitutive*, in *Quaderni di Finanza*, n. 41, Roma, 2000.

³ Cfr. L. PAPI, *Le autorità indipendenti nel settore bancario*, in *Moneta e credito*, vol. 67, n. 268, 2014, 349 ss.

⁴ Cfr. L. PAPI, *Le autorità indipendenti nel settore bancario*, cit., 354.

⁵ Cfr. S. AMOROSINO, *Tipologie e funzioni delle vigilanze pubbliche sulle attività economiche*, in E. Bani - M. Giusti, a cura di, *Vigilanze economiche. Le regole e gli effetti*, cit., 25 e ss.; F. ZATTI, *La vigilanza tra regolamentazione e controllo: contributo allo studio della regolazione del mercato mobiliare*, Cedam, Padova, 2012.

In questa prospettiva, anche in riferimento all'ordinamento tedesco, si individuano analisi della letteratura non solo economica che offrono contributi significativi per la comprensione degli aspetti più rilevanti⁶.

Va innanzitutto ribadito che l'esigenza di intervenire con una regolamentazione pubblica è finalizzata a consentire un corretto funzionamento del sistema economico e a impedire, in ultima analisi, anche quelli che vengono definiti fallimenti del mercato.

Rispetto a tutti gli altri settori economici, soprattutto nel settore bancario e finanziario, il problema della regolazione pubblica è stato posto in via prioritaria con la consapevolezza che, con un corretto funzionamento di tutto quel sistema, prevenendo le crisi bancarie e finanziarie, si tutelano non solo i consumatori ma si favorisce la promozione della crescita economica, realizzando così l'obiettivo della stabilità macro e microeconomica.

D'altra parte, avendo il settore bancario e finanziario assunto un ruolo centrale per i sistemi economici sempre più condizionati dalle interferenze economiche internazionali, si pone come esigenza insopprimibile l'esercizio di poteri regolatori pubblici da gestire in un contesto di interferenze tra sistemi economici dei diversi Stati. Ne consegue che anche e soprattutto nel settore bancario e finanziario l'attività di regolamentazione e vigilanza deve essere condotta in condizioni di autonomia ed indipendenza⁷. Una necessità che si era già ben consolidata soprattutto in riferimento al ruolo affidato alle banche centrali chiamate alle valutazioni delle politiche monetarie.

Sul tema della vigilanza si rinvia, inoltre, a M.S. GIANNINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano 1981, 49-50; L. ARCIDIACONO, *La vigilanza nel diritto pubblico. Aspetti problematici e profili ricostruttivi*, Cedam, Padova, 1984; S. VALENTINI, *Vigilanza (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano 1993; M. STIPO, *Vigilanza e tutela (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, XXXII, Roma 1994; B. BIANCHI, *Commento all'art. 5*, in G. Alpa - F. Capriglione, a cura di, *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Cedam, Padova, 1998; M. DE LORENZO, *Commento all'art. 5 l, comma*, in C. Rabitti Bedogni, (a cura di), *Il Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Giuffrè, Milano, 1998, 75; C. RABITTI BEDOGNI, *Commento all'art. 5*, in C. Rabitti Bedogni, (a cura di), *Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, cit., 60; G. GHETTI, *Vigilanza, vigilanze*, in M. Bani - E. Giusti, (a cura di), *Vigilanze economiche. Le regole e gli effetti*, cit., 25 e ss.; A. M. CALAMIA, *Vigilanze comunitarie*, in M. Bani - E. Giusti, (a cura di), *Vigilanze economiche. Le regole e gli effetti*, cit., 43 ss.; M. PASSALACQUA, *Vigilare ispezionando*, in M. Bani - E. Giusti, a cura di, *Vigilanze economiche. Le regole e gli effetti*, cit., 219 ss.; E. MONACI, *La struttura della vigilanza sul mercato finanziario*, Giuffrè, Milano, 2007; A. BROZZETTI, *Una breve riflessione sul riparto di competenze tra Banca d'Italia e Consob in materia di vigilanza consolidata dopo il recepimento della Mifid*, in *Scritti in onore di F. Capriglione*, Cedam, Padova, 2010, 421 ss.; F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Giappichelli, Torino, 2020, specificamente 33 ss., 57 ss.

⁶ Su queste tematiche la produzione economica e giuridica è quanto mai ampia. A titolo del tutto esemplificativo è opportuno far riferimento, fra gli altri, a J. E. STIGLITZ, *The Role of the State in Financial Markets*, in *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics*, The World Bank, Washington (DC), 1994; J. TUYA - L. ZAMALLOA, *Issues on Placing Banking Supervision in the Central Bank*, in J. T. Balino - C. Cottarelli, a cura di, *Frameworks for Monetary Stability*, in *International Monetary Fund*, Washington (DC), 1994; M. TAYLOR - A. FLEMING, *Integrated Financial Supervision: Lessons from Northern European Experience*, in *Policy Research Working Paper*, n. 2223, The World Bank, Washington (DC), 1999; M. QUINTYN - M. W. TAYLOR, *Regulatory and Supervisory Independence and Financial Stability*, in *CESIFO Economic Studies*, vol. 49, n. 2, 2003, 259-294; E. FERRAN, *The Break-up of the Financial Services Authority*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 31 n. 3, 2011, 455-480; J. L. ARCAND - E. BERKES - U. PANIZZA, *Too Much Finance?*, in *IMF Working Papers*, n. 12/161, Washington (DC), 2012; T. BECK, *Finance, Growth and Fragility: The Role of Government*, in *International Journal of Banking, Accounting and Finance*, 5 (1-2), 2013, 49-77; L. PAPI, *Le autorità indipendenti nel settore bancario*, cit; T. BECK - H. DEGRYSE - C. KNEER, *Is More Finance Better? Disentangling Intermediation and Size Effects of Financial Systems*, in *Journal of Financial Stability*, vol. 10, 2014, 50-64; R. H. HUANG - D. Schoenmaker, a cura di, *Institutional Structure of Financial Regulation*, 2014, Routledge, London - New York, 2014; M. TAYLOR, *Regulatory Reform after the Financial Crisis*, in R. H. HUANG, D. Schoenmaker, (a cura di), *Institutional Structure of Financial Regulation*, cit., 9 ss.

⁷ Cfr sul punto E. NIER, *Financial Stability Frameworks and the Role of Central Banks: Lessons from the Crisis*, IMF Working Papers, n. 09/70, International Monetary Fund, Washington (DC), 2009; M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'Alberti - A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010, 11 ss.; F. SACCOMANNI, *Indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti*, Audizione

Appaiono rilevanti le motivazioni di queste scelte così come sono state identificate dalla letteratura economica e giuridica. Se la finalizzazione dell'azione regolativa è quella di garantire la stabilità del sistema finanziario, l'autonomia è una condizione indispensabile che deve essere assicurata nei confronti del potere politico e della industria vigilata, con il rispetto di regole e procedure chiare e trasparenti e di pratiche internazionali, come quelle determinate dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria⁸.

Ed è da imputare alle stesse analisi la individuazione delle diverse dimensioni del concetto di autonomia che richiede un elevato livello di tecnicità evidenziabile "non solo nelle strutture delle autorità, ma anche nei suoi organi di vertice"⁹.

Innanzitutto, è richiesta una autonomia istituzionale che si realizza con la presenza di una struttura che sia separata soprattutto dal governo. Una autorità che sia garantita con uno Statuto che preveda, fra l'altro, una serie di modalità per la nomina e l'eventuale rimozione dei soggetti cui sono imputate le funzioni.

Accanto a questa autonomia va riconosciuta una autonomia negli obiettivi e negli strumenti, ma soprattutto una autonomia regolamentare che si realizza dettando norme e prevedendo procedure nell'ambito stabilito dalla legge ed una autonomia di vigilanza che si esplica in tutti i momenti della vita dei soggetti vigilati. Un quadro che va realizzato anche sulla base di una autonomia finanziaria che consenta l'utilizzo di sufficienti risorse finanziarie previste dalla legge, impedendo interferenze governative e dei soggetti vigilati.

Si è in presenza di uno scenario nel quale vanno anche prese in considerazione quelle situazioni eventualmente prodotte dall'autorità di vigilanza nell'esercizio della sua autonomia al fine di determinare le garanzie che consentano di contenere e limitare tali possibili situazioni. In questa ricerca la letteratura economica e giuridica ha individuato due possibili rischi utilizzando analisi condotte non solo dalla scienza politica nordamericana. Si fa riferimento alla "deriva burocratica" e all' "eccesso di regolamentazione"¹⁰.

La vigilanza sugli istituti di credito nell'ordinamento tedesco¹¹ è esercitata dalla Banca centrale europea, dal *BaFin* insieme alla *Bundesbank* ai sensi della legge bancaria, la *Kreditwesengesetz* (di seguito *KWG*) modificata in ultimo il 18 gennaio 2019¹². Sugli istituti di servizi finanziari, società di investimento, istituti di pagamento, assicurazioni, la vigilanza spetta al *BaFin*¹³.

del direttore generale della Banca d'Italia, Camera dei Deputati, 27 ottobre, Roma, 2010; J. VICKERS, *Central Banks and Competition Authorities: Institutional Comparison and New Concerns*, in *BIS working paper*, n. 331, Bank for International Settlements, Basilea, 2010; E. NIER - L. I. OSIŃSKI - J. JÁCOME - P. MADRID, *Institutional Models for Macprudential Policy*, in *IMF Working Papers*, n. 11/250, International Monetary Fund, Washington (DC), 2011; R. H. Huang - D. Schoenmaker (a cura di), *Institutional Structure of Financial Regulation*, Londra e New York, Routledge 2014; L. PAPI, *Le autorità indipendenti nel settore bancario*, cit., 349 ss.

⁸ Su questi aspetti si rinvia puntualmente all'analisi condotta da PAPI, cit., 367 ss. che presenta un quadro ben determinato delle diverse forme del concetto di autonomia, soffermandosi anche sulla necessità della indipendenza dall'industria regolata per proteggersi dalla c.d. "cattura del regolatore" da parte dei soggetti regolati.

⁹ Cfr. L. PAPI, *Le autorità indipendenti nel settore bancario*, cit., 353.

¹⁰ Su questa area di riflessione la produzione è quanto mai ampia. A titolo esemplificativo, vanno segnalati, fra gli altri, J. R. MACEY, *Organizational Design and Political Control of Administrative Agencies*, in *Journal of Law, Economics, & Organization*, 8, 1, 1992, 93-110; M. C. STEPHENSON, *Bureaucratic Decision Costs and Endogenous Agency Expertise*, in *Journal of Law, Economics, and Organization*, 23, 2, 2007, 469-498.

¹¹ I *CRR-Kreditinstitute* sono definiti dal § 1, comma 3d della *Kreditwesengesetz* quali istituti di credito che ricevono conferimenti e concedono credito.

¹² Altre norme che regolano la vigilanza bancaria in Germania sono principalmente contenute nella legge *Pfandbriefgesetz* (*PfandBG*), nella legge *Depotgesetz*, nella *Bausparkassengesetz* e nelle leggi sulle casse di risparmio (*Sparkassengesetz*) emanate dai *Länder* della Federazione.

¹³ Il fondamento giuridico della vigilanza sulle assicurazioni è dato dalla legge *Versicherungsaufsichtsgesetz*, mentre le disposizioni sulla vigilanza finanziaria sono prevalentemente contenute nelle leggi *Wertpapierhandelsgesetz*,

Il *BaFin* è l'autorità federale di vigilanza che ha assunto le competenze di settore affidate precedentemente ad altri organismi e si pone come obiettivo di assicurare e promuovere il corretto funzionamento, la stabilità e l'integrità del sistema finanziario tedesco, nel contesto del processo di integrazione europeo e della cooperazione internazionale, contribuendo a rafforzare la protezione dei consumatori. Il *BaFin* collabora con le altre autorità di vigilanza nazionali degli Stati UE e con quelle europee per contribuire ad una regolamentazione ed a una supervisione armonizzata dei mercati finanziari.

Invece la *Bundesbank* è responsabile per il monitoraggio continuo degli istituti, attraverso la valutazione della documentazione presentata, delle relazioni di audit e dei rendiconti finanziari annuali nonché attraverso l'esecuzione e la valutazione delle ispezioni in loco.

Con la creazione del meccanismo di supervisione unica (*Single Supervisory Mechanism [SSM]*) istituito il 4 novembre 2014 la vigilanza bancaria è affidata non solo al *BaFin* e alla *Bundesbank* ma anche alla Banca centrale europea. Il SSM prevede l'esercizio congiunto di compiti e poteri di vigilanza sulle banche da parte della Banca centrale europea (con il Consiglio di sorveglianza) e delle autorità di vigilanza dei Paesi dell'area dell'euro.

In questo contesto la BCE vigila direttamente le banche cosiddette "significative" identificate mediante un'apposita metodologia¹⁴; mentre le altre banche sono soggette alla vigilanza delle autorità nazionali, nell'ambito degli indirizzi formulati dalla BCE e di un'azione di supervisione comunque svolta da quest'ultima prevalentemente sulla base di informazioni trasmesse dalle autorità di vigilanza nazionali.

2. Lo sviluppo storico del diritto della vigilanza bancaria e finanziaria nell'ordinamento tedesco.

2.1. L'evoluzione del sistema legislativo sino agli inizi degli anni '90.

La legislazione bancaria tedesca ha subito diversi interventi legislativi a partire dalla *Reichsgesetz über das Kreditwesen (RKWG)* del 5 dicembre 1934 modificata dalla *Kreditwesengesetz (KWG)* del 1961¹⁵. Quello del 1934 era un provvedimento che aveva alle spalle una corposa preparazione e che era fortemente condizionato dalla grande crisi economica e dalle crisi bancarie; un provvedimento che si applicava a tutti gli istituti di credito e che fu oggetto di numerose modifiche.

Peraltro, erano proprio le crisi bancarie che avevano già portato precedentemente all'approvazione il 19 settembre 1931 di un regolamento di emergenza emesso dal *Reichspräsident*. Quel regolamento introdusse un commissario (*Reichskommissar*) del settore bancario presso il Ministero dell'economia del Reich con funzioni di vigilanza sugli istituti di credito che non fossero, fra l'altro, casse di risparmio, istituti di credito ipotecario, casse di risparmio postali.

Nel periodo successivo alla Seconda guerra mondiale, nelle tre zone occupate della Germania dell'Ovest, la legge sul credito venne applicata nelle sue parti essenziali. Sulla base dell'art. 83 della Costituzione tedesca i ministri dei *Länder* (nel caso specifico i ministri dell'economia o delle finanze) erano competenti per la vigilanza di quegli istituti di credito operanti sul proprio territorio. Nella

Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, Wertpapierprospektgesetz, Wertpapier-Verkaufprospektgesetz, nella Kreditwesengesetz e nella Investmentgesetz.

¹⁴ Attraverso la valutazione periodica della loro situazione economico-patrimoniale, la verifica del rispetto delle regole prudenziali, l'adozione degli interventi di vigilanza eventualmente necessari, l'effettuazione degli stress test. Di ciò si occupano i *Joint Supervisory Team (JST)*, formati in misura prevalente da personale dell'autorità di vigilanza nazionale e guidati da un coordinatore designato dalla BCE e da un sub-coordinatore tedesco.

¹⁵ Sul punto si rinvia a M. BOEGL - R. FISCHER, *Die Aufsichtsbehörden und ihre Instrumente*, in H. Schimansky - H.J. Bunte - H.J. Lwowski (a cura di), *Bankrechts-Handbuch*, 5. Auflage, C. H. Beck, München, 2017, 2636 ss.

zona occupata dai sovietici gli istituti di credito vennero chiusi. La vigilanza sulle banche perse di significato visto che il sistema bancario veniva integrato nell'economia dello Stato.

La successiva legge bancaria del 10 luglio 1961 entrò in vigore solo il 1° gennaio 1962 con l'opposizione del *Bundesrat*. Anche i ricorsi dei *Länder* alla Corte costituzionale federale contro la legge non ebbero un esito favorevole. La legge introdusse, fra l'altro, la possibilità di negare l'autorizzazione dell'attività bancaria ed affidò all'Ufficio federale di vigilanza del credito (*Bundesaufsichtamt für Kreditwesen*) le funzioni di vigilanza.

Anche le società di investimento, sulla base della legge sulle società di investimento di capitale del 16 aprile 1957, e la vendita di certificati di investimenti stranieri, sulla base della legge sugli investimenti all'estero del 28 luglio 1969, furono sottoposte alla vigilanza bancaria¹⁶.

La crisi bancaria del 1974 che vide il fallimento della Herstatt, una delle maggiori banche tedesche, portò il Ministero delle Finanze alla creazione nel novembre del 1974 di una Commissione di studio sulla struttura delle banche e sulle modifiche del sistema bancario incaricata di analizzare la situazione del sistema bancario e creditizio tedesco ed i problemi ad esso connessi¹⁷. La Commissione diretta dal Prof. Ernst Gessler lavorò 4 anni e mezzo ed elaborò una relazione nel maggio del 1979¹⁸. La relazione si espresse, fra l'altro, a favore del mantenimento del sistema della banca universale, contro la nazionalizzazione ed il rafforzamento dell'influenza statale sugli istituti di credito. La maggior parte delle proposte della commissione non sono state affrontate e recepite dal legislatore federale tedesco.

Comunque da quel momento gli istituti di credito dovettero munirsi di due amministratori, le imprese commerciali individuali non vennero più autorizzate alla gestione delle questioni bancarie e furono aggravate le disposizioni sui grandi fidi e quelle relative all'obbligo di denuncia.

2.2. Dalla riunificazione all'intervento del legislatore europeo.

Con la riunificazione della Repubblica federale tedesca e della Repubblica democratica di Germania nel 18.5.1990 e con l'introduzione del Marco tedesco, le banche statali perdono la loro funzione di banche di emissione della moneta.

Una tappa rilevante in questa ricostruzione storica è data dalla seconda legge sulla promozione del mercato finanziario (*Zweites Finanzmarktförderungsgesetz*)¹⁹ del 1995 con cui viene creato l'Ufficio federale di vigilanza sui valori mobiliari, il *Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel* (*BAWe*), a cui era affidata la vigilanza nel settore mobiliare.

La suindicata legge ha introdotto una riforma radicale del sistema di regolamentazione tedesco per i mercati mobiliari. Il suo obiettivo principale era garantire l'efficienza, e quindi la competitività internazionale, della Germania come mercato finanziario. Per la prima volta veniva assegnata ad una autorità federale la funzione di supervisione dei mercati mobiliari.

Con l'intervento normativo europeo la disciplina della vigilanza bancaria e finanziaria nell'ordinamento tedesco subisce una forte evoluzione. Innanzitutto, con la direttiva 83/350/CEE è

¹⁶ Entrambe le leggi vennero sostituite dalla *Investmentgesetz* del 15 dicembre 2003.

È da evidenziare, inoltre, che a partire dal 1973 anche gli istituti di credito edilizio vennero sottoposti alla vigilanza bancaria sulla base della *Bausparkassengesetz* del 16 novembre 1972.

¹⁷ Su questi aspetti si rinvia anche a G. NARDOZZI, *Tre sistemi creditizi*, Il Mulino, Bologna, 1983, 106; M. BOEGL - R. FISCHER, *Die Aufsichtsbehörden und ihre Instrumente*, in H. Schimansky – H.J. Bunte – H.J. Lwowski (a cura di), *Bankrechts-Handbuch*, cit., 2637.

¹⁸ Cfr. *Bericht der Studienkommission "Grundsatzfragen der Kreditwirtschaft" Bundesministerium der Finanzen, Deutschland, Bundesminister der Finanzen, Bundesrepublik*, in *Schriftenreihe des Bundesministeriums der Finanzen*, 28 Stollfuss, in *Komm.*, Bonn, 1979.

¹⁹ Si fa riferimento alla *Gesetz über den Wertpapierhandel und zur Änderung börsenrechtlicher und wertpapierrechtlicher Vorschriften*.

stato introdotto il principio del controllo esclusivo su una banca operante in più Stati membri da parte della autorità del paese di provenienza (Home country control). Sulla base della suindicata direttiva il 1° gennaio 1985 è entrata in vigore la modifica alla *Kreditwesengesetz*²⁰.

Un successivo rilevante intervento si è avuto con la direttiva 77/780/CEE del Consiglio, del 12 dicembre 1977 concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e con la direttiva 89/299/CEE del Consiglio, del 17.4.1989, riguardante i fondi propri degli enti creditizi introdotte nell'ordinamento tedesco con la quarta novella della legge *KWG* entrata in vigore il 1.1.1993²¹.

La quinta novazione, invece, della *KWG* recepisce la direttiva 92/30/CEE del Consiglio, del 6 aprile 1992, relativa alla vigilanza su base consolidata degli enti creditizi e la direttiva 92/121/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1992, sulla vigilanza ed il controllo dei grandi fidi degli enti creditizi. Questa modifica è entrata in vigore il 31.12.1995 rafforzando la limitazione dei grandi fidi, adeguandosi ai principi del capitale proprio.

La successiva sesta novella alla *KWG* ha introdotto misure per l'incoraggiamento della fiducia dell'investitore nel funzionamento dei mercati di capitali, nel miglioramento nella lotta al riciclaggio di denaro, nell'assicurare la funzionalità dei pagamenti²².

Con la legge sulla vigilanza dei servizi finanziari (*Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz* – di seguito *FinDag*), il 1° maggio 2002 le autorità di vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sui valori mobiliari vengono aggregate in un'unica autorità di vigilanza, il *BaFin*²³.

Un'altra tappa rilevante dell'evoluzione della vigilanza si ha con l'introduzione delle disposizioni per la lotta al riciclaggio del denaro, al sistema illegale bancario e agli illeciti nelle operazioni relative ai servizi finanziari e bancari. Il § 24c ed il § 25c, comma 1 nr 2 aF della *KWG* introducono norme relative alla protezione dei dati e all'autodeterminazione informatica dei clienti con controlli e obblighi di vigilanza degli istituti rispetto ai propri clienti. Con quest'ultima legge è stato previsto anche l'obbligo dell'esame dei conti ai sensi del § 25 c, comma 2 aF della *KWG*²⁴. Successivamente è stato inserito nella *KWG* l'obbligo per gli istituti di combattere il riciclaggio di denaro, di prevenire le frodi e di monitorare costantemente il controllo delle transazioni.

Merita un richiamo anche la legge del 1° marzo 2011 di recepimento della seconda direttiva 2009/110/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009 concernente l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica.

In questo itinerario ricostruttivo va anche, fra l'altro, menzionata la direttiva sui servizi finanziari, direttiva MiFID o *Markets in financial instruments directive* (2004/39/EC), che ha disciplinato dal 31 gennaio 2007 al 2 gennaio 2018 i mercati finanziari dell'Unione europea.

Peraltro, si è in presenza di un quadro di interventi legislativi che hanno anche inciso sull'ampliamento delle competenze del *BaFin*. Infatti, ad esempio la legge a tutela dei piccoli investitori del 2015²⁵, ha introdotto nuovi obblighi per i fornitori di fondi di investimento e ha

²⁰ Direttiva 83/350/CEE del Consiglio del 13 giugno 1983 relativa alla vigilanza su base consolidata degli enti creditizi, che ha portato alla terza novella della *KWG* (*Drittes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen*).

²¹ Cfr. M. BOEGL - R. FISCHER, *Die Aufsichtsbehörden und ihre Instrumente*, in H. Schimansky – H.J. Bunte – H.J. Lwowski (a cura di), *Bankrechts-Handbuch*, cit., 2641 ss.

²² Sul punto si rinvia a M. BOEGL - R. FISCHER, *Die Aufsichtsbehörden und ihre Instrumente*, in H. Schimansky - H.J. Bunte - H.J. Lwowski (a cura di), *Bankrechts-Handbuch*, cit., 2642 ss.

²³ Quelle che sinora erano disciplinate nella legge *KWG*, nella legge sulla vigilanza delle assicurazioni, nella legge sulla negoziazione dei valori mobiliari vengono da quel momento disciplinate dalla legge *FinDag*.

Sulla indipendenza dell'autorità di vigilanza si rinvia, fra l'altro, a F. A. DECHENT, *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung – Unabhängige Behörden in der Bankenaufsicht?*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2015, 767 ss.

²⁴ Attualmente § 25h comma 2 della *KWG*.

²⁵ Si fa riferimento alla *Kleinanlegerschutzgesetz* del 3 luglio 2015.

trasferito ulteriori poteri di vigilanza al *BaFin* con l'obiettivo di rafforzare la tutela degli investitori privati nei confronti di prodotti finanziari poco trasparenti e poco attendibili.

Anche in una fase più recente gli stimoli provenienti dal processo di integrazione europeo e la spinta alla armonizzazione hanno fortemente contribuito alla evoluzione della disciplina della vigilanza bancaria e finanziaria²⁶. In particolare, si può richiamare il Regolamento (UE) n. 575/2013 (c.d. *Capital Requirements Regulation – CRR*) che ha introdotto norme di vigilanza prudenziale valide direttamente per tutte le banche e le imprese d'investimento europee²⁷.

L'evoluzione del quadro normativo ha portato nel gennaio 2018 all'entrata in vigore della direttiva MiFID II (2014/65/EU) che, insieme alla MiFIR o *Markets in financial instruments regulation* (Regolamento EU n. 600/2014), ha preso il posto della precedente regolamentazione europea²⁸.

Le condizioni per l'accesso all'attività bancaria, la libertà di stabilimento delle banche nell'Unione e la libera prestazione dei loro servizi, il controllo prudenziale, le riserve patrimoniali addizionali, il governo societario delle banche vengono invece disciplinati dalla Direttiva 2013/36/UE (*Capital Requirements Directive IV – CRD IV*).

Non è questa la sede per una completa ricostruzione dei copiosi interventi normativi nazionali e sovranazionale. Quello che emerge è che molti ambiti della disciplina sulla vigilanza sono espressione dell'intervento di dettagliate disposizioni comunitarie nell'ottica del modello di "massima armonizzazione".

Sulla base delle modifiche apportate dagli interventi del legislatore sovranazionale le competenze ed i compiti del *BaFin* sono state ampliate nella *KWG* in modo coerente alle disposizioni rispetto agli istituti di credito ed alle società di intermediazione finanziaria.

La principale fonte normativa alla base della vigilanza bancaria e finanziaria nell'ordinamento tedesco, come già precedente evidenziato, è la legge sul sistema creditizio, la *Gesetz über das Kreditwesen* del 1961 molte volte modificata. A questa si aggiunge la legge istitutiva del *BaFin*, la *Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (FinDAG)*²⁹ che, fra l'altro al § 4, capoverso 4 rivela che la vigilanza esercitata dal *BaFin* si pone l'obiettivo di tutelare gli interessi pubblici³⁰.

²⁶ La *KWG* nella sua pubblicazione del 9 settembre 1998 sino al 30 giugno 2016 è stata modificata 77 volte sotto la spinta delle fonti europee.

²⁷ Il Regolamento (UE) n. 575/2013 ha introdotto norme di vigilanza prudenziale valide direttamente per tutte le banche e le imprese d'investimento europee, incluse quelle tedesche. Nelle materie disciplinate dal CRR (fondi propri, requisiti patrimoniali minimi, informativa al pubblico) il *BaFin* ha pertanto competenze regolamentari circoscritte entro gli ambiti di discrezionalità, molto limitati, previsti dallo stesso Regolamento per effettuare i necessari raccordi con l'ordinamento e le specificità degli Stati membri.

²⁸ In aggiunta si può brevemente menzionare la Direttiva 2009/65/CE - concernente le regole in materia di organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM) come anche il Regolamento UE 648/2012 e il Regolamento UE n. 575/2013.

²⁹ Conosciuta anche come legge sulla vigilanza finanziaria (*Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz – FinDAG*) del 22 aprile 2002, modificata dall'art. 6 della legge del 12 dicembre 2019. Sulle altre fonti vedi *retro* note n. 9 e 10.

³⁰ Cfr. U. REIFNER, *Europäische Finanzaufsicht und Verbraucherschutz – Wie kann der Schutz der Verbraucherinteressen in die Bafin integriert werden?*, in *Zeitschrift für Wirtschafts- und Verbraucherrecht*, 2011, 410 ss.

Al fine di individuare il campo di tutela degli interessi pubblici la cultura giuridica ha percorso un itinerario argomentativo per verificare se rientrano in queste ipotesi il caso della responsabilità determinata dalla carenza di vigilanza. Per la individuazione di questo itinerario si rinvia alle riflessioni di G. BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2006, 168; G. CARRIERO, *Scritti di diritto dell'economia*, Giuffrè, Milano, 2010, 277 ss. e biblio ivi cit. che partono dalle indicazioni fornite dalla Corte di cassazione federale tedesca, il *Bundesgerichtshof* che ha respinto il ricorso avente oggetto l'ipotesi di responsabilità statale per insufficiente vigilanza bancaria. La Corte, ha inoltre ha sollevato la questione alla Corte di Giustizia Europea per verificare se ai sensi del diritto europeo risulta che le misure della vigilanza bancaria siano a garanzia dei risparmiatori e degli investitori, così che si possa configurare una *Amtshaftungsanpruche* (responsabilità della autorità pubblica), ai sensi del § 839 *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* in combinato disposto con l'art. 34 della Costituzione tedesca. La Corte di Giustizia ha negato l'intento di tutela degli

I principali obiettivi della vigilanza bancaria sono riassunti nel §6 (2) della KWG e consistono nel prevenire le irregolarità nel sistema bancario contrastando gli abusi in ambito bancario e finanziario.

Secondo le indicazioni offerte dalla disciplina normativa sono oggetto della vigilanza tutti gli istituti di credito e gli istituti di servizi finanziari. In particolare, il § 1, comma 1 e 1a della KWG definiscono gli istituti di credito e gli istituti di servizi finanziari, mentre il § 2 comma 1 e comma 6 KWG individuano quelle che sono le deroghe³¹.

Per quanto riguarda in Germania l'ordinamento individua quattro tipologie di istituti: banche commerciali, istituti del settore casse di risparmio, istituti del settore cooperativo ed altri istituti. Nel primo gruppo rientrano le grandi banche, le filiali di banche estere e le banche private, mentre nell'ultimo fanno parte le casse di risparmio edilizie, le banche di garanzia e gli istituti di credito con particolari compiti.

3. La vigilanza bancaria e finanziaria nell'ordinamento tedesco: il BaFin.

3.1. Introduzione.

La prospettiva di ricostruire il modello istituzionale scelto con la introduzione nell'ordinamento tedesco del *BaFin* pone l'esigenza di introdurre alcune sia pur brevi considerazioni sugli assetti istituzionali adottati nei diversi Paesi. Si è peraltro in presenza di scelte che hanno dato vita ad un dibattito di rilievo al fine di individuare quali sono i fattori di natura nazionale ovvero internazionale che hanno consentito le soluzioni prescelte.

Come già si è evidenziato, tra i diversi fattori, ha acquistato un ruolo fondamentale l'innovazione finanziaria che ha prodotto situazioni quanto mai complesse, richiedendo l'ampliamento del perimetro della regolamentazione. Si è assistito da una parte alla introduzione di nuovi prodotti finanziari, talvolta molto sofisticati che hanno richiesto una maggiore tutela dei risparmiatori, dall'altra è emersa l'esigenza di dar vita a forme di integrazione tra diversi comparti governati in precedenza distintamente. Ma la scelta dell'assetto istituzionale è influenzata anche dalle spinte che emergono sempre con maggiore evidenza verso l'integrazione internazionale. Una tendenza evidenziata non soltanto in Europa e che ha messo in discussione assetti che sembravano consolidati.

Un dibattito peraltro che già precedentemente aveva contribuito a superare quelle posizioni che ritenevano sufficiente l'affidamento dei poteri di regolazione e controllo agli stessi assetti ministeriali e di accogliere la soluzione dell'autorità indipendente³².

L'analisi della riflessione economica e giuridica aveva individuato tre obiettivi della regolamentazione (stabilità microeconomica, stabilità sistemica, protezione del consumatore) e tre principali mercati (quello bancario, assicurativo e mobiliare). Su questa base i modelli istituzionali

investitori della vigilanza bancaria. Invero nella causa C-222/02, Peter Paul e a./Repubblica federale di Germania, la Corte ha sostenuto che nessuna delle direttive in materia creditizia conferisce ai singoli il diritto di pretendere da parte dell'organismo di vigilanza bancaria l'adozione di misure di vigilanza adeguate né di considerare tale organismo o lo Stato interessato responsabile in caso di vigilanza carente, se ed in quanto è stato loro assicurato l'indennizzo previsto dalla direttiva sui sistemi di garanzia dei depositi.

³¹ Gli istituti di credito sono imprese che svolgono attività bancaria in modo professionale e che richiedono una attività aziendale orientata in modo commerciale. La vigilanza riguarda anche gli istituti di servizio finanziario, imprese che alle stesse condizioni (professionalità e attività aziendale orientata in modo commerciale) forniscono servizi finanziari.

³² Sulle prime indicazioni in questo senso si rinvia alle soluzioni di A. MACCHIATI - A. MAGNONI, *Quale governance per le Autorità indipendenti? Una analisi economica delle leggi istitutive*, in *Quaderni di Finanza*, cit., 5 ss.

prevedono una competenza per gli obiettivi della regolamentazione ovvero per i diversi mercati³³. Ne consegue che nel primo caso la funzione di stabilità sistemica è imputabile alla Banca centrale e, per gli altri obiettivi, la competenza è affidata ad altre due distinte autorità, laddove nel secondo caso, si individuano tre distinte autorità competenti per banche, assicurazioni ed imprese di investimento. Si è in presenza di un quadro che, accanto a questi assetti istituzionali, evidenzia l'esistenza di altri modelli. Così si individuano, fra l'altro, ipotesi di autorità di vigilanza integrata per tutti i soggetti protagonisti con accanto l'esistenza di altre autorità cui è affidata la protezione sistemica e quella del consumatore. Tra le diverse ipotesi la soluzione più estrema configura l'esistenza di una unica autorità che integra una competenza per tutti i mercati e per tutti gli obiettivi³⁴.

Il dibattito su queste diverse soluzioni è stato quanto mai ampio al fine di verificare le ragioni che possono sostenere una scelta verso un sistema integrato o unico e quelle che in contrapposizione ne scoraggiano l'utilizzazione. L'esistenza di una unica autorità dovrebbe incidere sul grado di efficienza di tutto il sistema, consentendo vantaggi sia per l'autorità che per i destinatari dell'azione di vigilanza. Inoltre, un'unica autorità può evitare il rischio di avere una vigilanza frammentata dinanzi ai continui fenomeni di innovazione finanziaria con le conseguenze negative non solo sui costi dell'attività di controllo. Tutto ciò senza considerare anche i vantaggi determinati dal migliore rapporto tra vigilato e controllore.

Certamente non sono soltanto questi gli aspetti positivi che il dibattito ha evidenziato per preferire una scelta a favore di una autorità unica. Ad esempio, c'è la possibilità di esprimere una valutazione più univoca del comportamento dell'autorità vigilante rispetto ad una ipotesi rappresentata da una molteplicità di autorità.

Come già si è sottolineato, il dibattito ha fatto emergere anche osservazioni di segno opposto. Innanzitutto, sarebbe da evidenziare che tutti questi vantaggi così delineati potrebbero attenuarsi tutte le volte che l'impianto organizzativo della autorità unica preveda al suo interno sezioni del tutto separate. Peraltro, paradossalmente un regime di monopolio nell'esercizio dei poteri di vigilanza potrebbe impedire quelle forme di concorrenza che possano produrre effetti positivi e neutralizzare quelli negativi eventualmente provocati da una disciplina senza dialettica.

In questo contesto si assiste ad un confronto per verificare vantaggi ed eventualmente danni prodotti in quegli ordinamenti che affidano la vigilanza alle banche centrali cui è imputata la gestione della politica monetaria.

Gli effetti positivi determinati da questa stessa relazione vengono individuati indipendentemente dalla maggiore autonomia attribuita alle banche centrali che consentirebbe anche all'attività di vigilanza di essere gestita in un regime di autonomia soprattutto dal governo. Peraltro, imputando alle banche centrali le due funzioni si avrebbero informazioni utili sia per la gestione della politica monetaria sia della vigilanza.

In contrapposizione a questa linea interpretativa la discussione ha evidenziato le preoccupazioni di chi ritiene che la gestione delle due funzioni affidate alla stessa autorità contestualmente potrebbe produrre situazioni non positive determinate dal conflitto tra gli obiettivi della politica monetaria e della vigilanza.

Ed è in questo quadro che l'ordinamento tedesco fa la scelta per l'assetto istituzionale.

La cultura economica e giuridica tedesca si era da tempo interrogata sulla opportunità della istituzione di una unica autorità di vigilanza, affidando alla banca federale, alla *Bundesbank*, la vigilanza sulle banche e sugli istituti finanziari. Il motivo principale di questa scelta si basava sul fatto

³³ Sul punto si rinvia al significativo contributo di L. PAPI, *L'autorità indipendenti nel settore bancario*, cit., 370 ss.

³⁴ Sulle scelte di questo modello si rinvia a C. BRIAULT, *The Rationale for a Single National Financial Services Regulator*, in *FSA Occasional Papers*, n. 2, Financial Services Authority, Londra, 1999.

che la *Bundesbank* gode di ampia indipendenza e tale autonomia avrebbe caratterizzato anche la vigilanza bancaria e finanziaria. Prevalse però la posizione di chi evidenziava che preservare gli istituti bancari e finanziari dal collasso spetta in ultima istanza allo Stato, per cui questo deve esercitare un'influenza sulla struttura e sul funzionamento della vigilanza bancaria e finanziaria.

Altri motivi che hanno portato ad escludere il trasferimento di funzioni di tutta la vigilanza alla *Bundesbank* si basano sull'interesse mostrato dalla cultura giuridica e dalla politica verso una unica *Authority* per i servizi finanziari, bancari ed assicurativi³⁵.

Ed è sulla base di queste esigenze che il 1° maggio 2002³⁶ l'Ufficio federale di vigilanza bancaria (*Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen - BAKred*) è stato fuso con l'Ufficio federale di vigilanza sui titoli (*Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel - BAWe*) e con l'Ufficio federale di vigilanza sulle assicurazioni (*Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen - BAV*) dando vita all'Autorità federale di vigilanza finanziaria (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht - BaFin*).

La scelta del legislatore tedesco è andata nella direzione di concentrare le competenze in un'unica autorità di vigilanza, prevedendo per la vigilanza bancaria la collaborazione tra *BaFin* e *Bundesbank*. Invero, come già precedentemente evidenziato, ai sensi del § 6 (1) della legge bancaria, il *BaFin* è l'autorità amministrativa responsabile della vigilanza sugli istituti di credito mentre il § 7 (1) disciplina la collaborazione del *BaFin* e della Deutsche *Bundesbank* nella vigilanza continuativa degli istituti affidando, tra l'altro, alla Deutsche *Bundesbank*, l'analisi delle relazioni e delle dichiarazioni che gli istituti devono presentare regolarmente e la valutazione del capitale e l'adeguatezza della gestione del rischio.

È lo stesso *BaFin* che descrive i motivi dell'introduzione di un'unica autorità di vigilanza evidenziando come negli anni passati i mercati finanziari si sono profondamente modificati, la linea di demarcazione tra banche, assicurazioni e servizi finanziari si è attenuata. Le imprese concorrono in modo più pregnante negli stessi mercati con prodotti simili o anche quasi identici. Questa integrazione rafforzata di prodotti e di rischi richiede un approccio integrato della vigilanza. Il *BaFin*, quindi, sulla base delle proprie competenze è nella posizione di prendere delle decisioni efficienti nell'interesse della stabilità bancaria e dei mercati finanziari.

3.2. L'organizzazione.

Il *BaFin* ai sensi del § 1, primo capoverso della *FinDag* è un ente federale con capacità giuridica di diritto pubblico³⁷.

³⁵ Cfr. H. O. HAGEMASTER, *Die neue Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, in *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 2002, 1773 ss.

Peraltro, le società di assicurazione erano nettamente contrarie all'affidamento della funzione di vigilanza assicurativa alla *Bundesbank*.

³⁶ Cfr. la *Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz - FinDAG)*.

³⁷ Sul *BaFin*, si rinvia più ampiamente, fra gli altri, a H. O. HAGEMASTER, *Die neue Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, cit., 1773 ss.; T. FILIPOVA, *The Concept of Integrated Financial Supervision and Regulation of Financial Conglomerates in Germany and the United Kingdom*, Nomos, Baden-Baden, 2007; P. WERHEIT, *Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), Eine kritische Bestandsaufnahme im Lichte der Artikel 86 ff. Grundgesetz, Verfassungsrecht in Forschung und Praxis*, Kovac, Dr. Verlag, Hamburg 2009; M. POTO, *The Financial supervisory authority in Germany*, in D. Siclari - R. Miccù, (a cura di) *Advanced Law for Economics. Selected Essays*, Giappichelli, Torino, 2014, 106 ss; D. Auerbach (a cura di), *Banken- und Wertpapieraufsicht*, Verlag C.H. Beck, München, 2015; F. A. DECHENT, *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung – Unabhängige Behörden in der Bankenaufsicht?*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2015, 767-772; S. WOLLERSHEIM, *Von der Krise zur Allfinanzaufsicht Entstehung, Entwicklung und Herausforderungen der Bankenaufsichten in Deutschland (BaFin) und der Schweiz (FINMA) im historischen und internationalen Kontext*, Schriften zum Bank- und Kapitalmarktrecht, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2015; K. H. BOOS - R. FISCHER - H. SCHULTE-MATTLER, *Kommentar zu*

La struttura, gli organi, la gestione del bilancio dipendono dal proprio statuto di diritto pubblico del 2002 che in ultimo è stato modificato dal regolamento del 15 maggio 2017³⁸. Il *BaFin* è sottoposto alla supervisione giuridica e tecnica del Ministero federale delle finanze, a cui – diversamente dalla banca federale – è anche sottoposto alle sue direttive³⁹. Sebbene il Ministero federale abbia rinunciato sinora in larga misura alle singole istruzioni nei confronti dell'ente federale, ha tuttavia pubblicato principi generali relativi all'esercizio delle funzioni di vigilanza a cui l'ente si deve attenere.

Al fine di meglio individuare le attività del *BaFin* è opportuno inquadrare gli aspetti strutturali dell'autorità federale che è organizzata in 5 direzioni con sede a Bonn e Francoforte e che è diretta da un *Direktorium* costituito dal Presidente e da 5 direttori esecutivi.

Una serie di organi consente all'autorità federale lo svolgimento delle proprie funzioni. Innanzitutto, il Consiglio di amministrazione controlla la gestione e supporta il *BaFin* nello svolgimento delle funzioni di vigilanza ed è responsabile della decisione dell'approvazione del bilancio, che è completamente finanziato dalle società che supervisiona⁴⁰.

Il consiglio di amministrazione comprende 17 membri votanti. Il Ministero federale delle finanze nomina sei membri con conoscenze tecniche e competenze in materia, sentite le associazioni del settore finanziario, che hanno il diritto di indicare tre dei sei membri con esperienze specifiche⁴¹.

Non rientrano tra le competenze del Consiglio di amministrazione le decisioni sulle attività operative o sull'orientamento strategico dell'ente per cui la supervisione specializzata e giuridica sul *BaFin* spetta soltanto al Ministero federale delle finanze.

Il Presidente deve tenere regolarmente informato il Consiglio di amministrazione sulle attività di gestione del *BaFin*.

Un altro organo del *BaFin* è il Comitato consultivo con funzione di consulenza relativa ai compiti di vigilanza. A questo è affidata anche la possibilità di presentare raccomandazioni ed è costituito da 24 membri rappresentanti del mondo accademico, delle banche, delle assicurazioni, dalla *Deutsche Bundesbank* e dalle associazioni di tutela dei consumatori.

Il Consiglio consultivo dei consumatori invece è responsabile della consulenza di *BaFin* su questioni relative agli obblighi di vigilanza nei confronti del consumatore. Raccoglie, analizza e riporta al *BaFin* i dati relativi agli attuali sviluppi nelle attività bancarie e assicurative e nei settori dei servizi finanziari e degli strumenti finanziari ("tendenze dei consumatori")⁴².

Tra gli organi del *BaFin* va individuato anche il Comitato per la stabilità finanziaria istituito presso il ministero federale delle finanze. È costituito da tre rappresentanti della *Bundesbank*, tre rappresentanti del Ministero federale delle finanze, tre rappresentanti di *BaFin* e l'amministratore delegato della direzione risoluzione della *BaFin* – senza diritto di voto.

Il Comitato rappresenta, quindi, le istituzioni pubbliche responsabili del monitoraggio del sistema finanziario in Germania e prende decisioni con risoluzioni che generalmente richiedono la maggioranza semplice. Va inoltre evidenziato che, l'emissione e la pubblicazione di avvertimenti e

Kreditwesengesetz, C. H. BECK, München, 2016; A. RIEGLER, *Informationsfreiheit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren am Beispiel der Finanzmarktaufsicht*, in *Schriften zum Bank- und Kapitalmarktrecht*, Band 9, Hamburg 2016.

³⁸ In *BGBI.*, I Nr. 28 del 19 maggio 2017.

³⁹ Cfr. M. BOEGL - R. FISCHER, *Die Aufsichtsbehörden und ihre Instrumente*, in H. Schimansky - H.J. Bunte - H.J. Lwowski (a cura di), *Bankrechts-Handbuch*, cit., 2662 ss.

⁴⁰ Ai sensi del § 14 del *FinDAG*.

⁴¹ Il Consiglio di amministrazione non è paragonabile ad un consiglio di amministrazione di una società per azione ed è competente in particolare per le decisioni relative al bilancio e per l'utilizzo efficiente del bilancio.

⁴² Il Consiglio consultivo dei consumatori comprende 12 rappresentanti: tre provenienti dal mondo accademico, quattro da organizzazioni di tutela dei consumatori e degli investitori, tre da sistemi di risoluzione extragiudiziale delle controversie, uno del Ministero federale della giustizia e della tutela dei consumatori (*Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz - BMJV*) e uno da sindacati.

raccomandazioni e la relazione annuale della Commissione al Bundestag tedesco dovrebbero basarsi sul più ampio consenso possibile. Le risoluzioni su questi punti dovrebbero essere approvate all'unanimità ed inoltre, non possono essere approvate contro i voti dei rappresentanti della *Bundesbank*.

In aggiunta il Consiglio di consulenza sulle assicurazioni affronta le questioni relative alle pratiche assicurative e fornisce consulenza al *BaFin* sull'attuazione e l'ulteriore sviluppo del diritto di vigilanza⁴³.

Il Consiglio dei valori mobiliari, invece, raccomanda il *BaFin* in materia di vigilanza sui titoli, ad esempio quando si tratta di emanare regolamenti o di stabilire linee guida. Inoltre, è affidata al Consiglio la possibilità di presentare proposte proprie relative allo sviluppo delle pratiche di vigilanza⁴⁴.

Ogni Stato della Federazione nomina un rappresentante presso il Consiglio dei valori mobiliari che può anche consultare esperti di imprese e università. Anche i rappresentanti del ministero federale delle finanze, del ministero federale della giustizia e del ministero federale dell'Economia e della tecnologia ed i rappresentanti della *Bundesbank* hanno il diritto di partecipare alle riunioni.

Altro organo è il Consiglio consultivo che assiste il *BaFin* quando è chiamato a monitorare le acquisizioni societarie⁴⁵ e gli fornisce consulenza in alcuni campi.

È previsto anche un comitato per le contestazioni composto da sei membri⁴⁶, al quale le parti coinvolte hanno il diritto di presentare obiezioni. Tale comitato deve decidere in merito a qualsiasi opposizione presentata entro il termine di due settimane⁴⁷.

Tutti i dipendenti del *BaFin* ai sensi del § 9 della KWG hanno un particolare obbligo di segretezza il cui mancato rispetto è perseguibile ai sensi dei § 203 e ss. del codice penale, con le eccezioni di cui al § 9, comma 1 quarta frase.

Come già sottolineato, il *BaFin* gode di autonomia finanziaria, non riceve finanziamento dal bilancio federale ma trae le proprie risorse finanziarie da contributi versati direttamente dai soggetti sottoposti all'attività di vigilanza. La *Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz - FinDAG)* a partire dalla § 13 (1) indica le principali fonti di finanziamento del *BaFin*⁴⁸ mentre l'ammontare è calcolato sulla base del *Verordnung über die Erhebung von Gebühren und die Umlegung von Kosten nach dem Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAGKostV)*.

3.3. Le funzioni.

Gli obiettivi primari della vigilanza bancaria affidata al *BaFin* sono sintetizzati nel §6 (2) della legge bancaria e consistono nel prevenire le irregolarità nel sistema bancario che possano mettere in

⁴³ In alcuni casi, la legge federale di vigilanza sulle assicurazioni (*Versicherungsaufsichtsgesetz - VAG*) prevede che il Consiglio consultivo di assicurazione debba essere consultato.

⁴⁴ Il *BaFin* deve riferire al Consiglio di sicurezza almeno una volta all'anno sulle sue attività di vigilanza, lo sviluppo delle pratiche di vigilanza e la cooperazione internazionale.

⁴⁵ Il Consiglio consultivo comprende quindici membri: quattro rappresentanti degli emittenti, due rappresentanti scelti ciascuno da investitori istituzionali e privati, tre rappresentanti delle imprese di servizi di investimento, due rappresentanti dei dipendenti e due rappresentanti del mondo accademico ed è presieduto dal Presidente del *BaFin*. I membri del Consiglio consultivo sono nominati dal Ministero federale delle finanze (*Bundesministerium der Finanzen*) per la durata di cinque anni.

⁴⁶ Il Presidente del *BaFin* o un funzionario statale permanente nominato dal presidente funge da presidente del comitato. Due funzionari nominati dal Presidente del *BaFin* svolgono mansioni come membri associati. In aggiunta, il Presidente di *BaFin* nomina tre membri associati onorari.

⁴⁷ In caso di parità di voti, prevale il voto del presidente della Commissione per le Obiezioni.

⁴⁸ Cfr. § 14 *Gebühren*, § 15 - § 17c *Gesonderte Erstattung*, § 16 e ss. *Umlage*.

pericolo la sicurezza delle risorse affidate agli enti, incidere negativamente sull'esecuzione delle transazioni bancarie o che possano pregiudicare sostanzialmente l'economia nel suo insieme.

Inoltre, ai sensi del § 6 della *Wertpapierhandelsgesetz (WpHG)* vigila, sui valori mobiliari, al fine di “contrastare abusi nell’ambito dei compiti assegnati, i quali potrebbero determinare la corretta applicazione del commercio degli strumenti finanziari o compromettere gli investimenti e le attività connesse o vantaggi considerevoli”. Scopo della vigilanza sui valori mobiliari è garantire la trasparenza e la integrità dei mercati finanziari quanto la tutela degli investitori.

I compiti concreti della vigilanza sui valori mobiliari consistono nella prevenzione ed il perseguimento dell’*inside trading*, il monitoraggio degli obblighi di pubblicazione delle società emittenti (pubblicità *ad hoc*), la tutela degli investitori unitamente al monitoraggio del codice di condotta per le società di investimento nei confronti dei consumatori, il controllo del prospetto emittenti e la collaborazione internazionale nella domanda di supervisione della negoziazione nei mercati regolamentati e nei mercati over the counter di valori mobiliari e derivati nel trading di valori autorizzati.

In questo contesto il *BaFin* riceve la segnalazione di tutte le attività di borsa e di private equity in valori mobiliari e derivati al di fuori dell’ambito degli istituti di credito e di finanza, in particolare la vigilanza della pubblicità *ad hoc*, del prospetto emissioni e del monitoraggio insider del partecipante della borsa.

Nell’ordinamento tedesco accanto al *BaFin* le autorità di vigilanza sulle borse, i *Börsenaufsichtsbehörden* dei *Länder*, si occupano della vigilanza sui mercati regolamentati operanti sul proprio territorio. Nello specifico esercitano il controllo giuridico sulle borse e la vigilanza prudenziale sugli intermediari⁴⁹.

Per il monitoraggio delle operazioni borsistiche, che seguono il prezzo quotato in borsa, i *Börsenaufsichtsbehörden* sono competenti sulla base dell’ordinamento borsistico, delle condizioni generali della borsa e degli usi. Soltanto relativamente alle operazioni borsistiche, che non seguono i prezzi di borsa, il *BaFin*, vigila sul comportamento del mercato degli intermediari di borsa ai sensi del §31 e seg. della *Gesetz über den Wertpapierhandel*⁵⁰.

Una particolare vigilanza si affianca a quella del *BaFin* per le casse di risparmio di diritto pubblico (*die Sparkassen*) e per le banche regionali, le *Landesbank* ai sensi delle leggi sulle casse di risparmio dei *Länder* e della legge di costituzione delle *Landesbanken*. La particolare vigilanza sui fini, esercitata sulle casse di risparmio, è effettuata nella maggior parte degli stati membri su due livelli attraverso l’ente di vigilanza delle Casse di risparmio presso il presidente del governo e attraverso l’ente di vigilanza presso il ministero competente. Per le *Landesbanken* in alcuni casi intervengono altri enti superiori del Land.

Al *BaFin* sono affidati anche compiti di vigilanza sulle assicurazioni ai sensi della legge sulla vigilanza assicurativa secondo criteri simili alla vigilanza bancaria e finanziaria e con lo scopo di esercitare la protezione della totalità degli assicurati. Le disposizioni relative alla organizzazione della vigilanza assicurativa hanno un taglio comparabile a quelle della *KWG*. Invero le società di assicurazione devono ottenere una autorizzazione, le cui condizioni sono non molto lontane da quelle regolate dal § 32 della *KWG*.

Anche per società di assicurazione valgono le norme relative ai requisiti professionali dei dirigenti, a quelli patrimoniali mentre differenze emergono in riferimento alla natura propria delle società di assicurazione.

⁴⁹ In aggiunta agiscono con il *BaFin* promuovendo l’attuazione di misure urgenti per il controllo del divieto dell’*inside trading* nell’ambito della loro vigilanza sulle borse.

⁵⁰ Si rinvia sul punto alle motivazioni del governo tedesco alla sesta novella alla *KWG* (<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/13/071/1307142.asc>.)

Le società di assicurazioni in alcuni casi esercitano attualmente anche attività bancaria. In quel caso verrebbero definiti istituti di credito ai sensi del paragrafo 1, comma 1 seconda frase, n. 2 della *KWG*. Per evitare che le società di assicurazione siano sottoposte ad entrambe le leggi sulla vigilanza, il § 2, comma 1 n. 4 della *KWG* le esclude espressamente dalla definizione di istituti di credito.

È opportuno evidenziare che il *BaFin* svolge, inoltre, ulteriori funzioni di vigilanza. Tra l'altro esercita ai sensi del § 5 comma 1 *Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB)* la vigilanza sulle norme previste dal codice sugli investimenti di capitale come anche ai sensi del § 3, capoverso 1 della *Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG)* ricopre compiti di vigilanza sugli istituti di pagamento.

Come già evidenziato, il §7 della *KWG* stabilisce la suddivisione di compiti e le competenze del *BaFin* e della *Bundesbank* per quanto riguarda le funzioni di vigilanza⁵¹. La cooperazione tra *BaFin* e *Bundesbank* è inoltre definita nelle direttive sulla vigilanza (*Aufsichtsrichtlinie*) del 21 maggio 2013 modificate il 19.12.2016. Inoltre, il § 7, comma 2, frase 2 della *KWG* prevede la redazione di linee guida sulla supervisione da emettere in accordo con la *Bundesbank* al fine di dar vita ad una vigilanza armonizzata e di garantire una divisione dei compiti trasparente e certa.

In particolare, ai sensi del § 44 della *KWG* può richiedere informazioni su determinate questioni come la produzione di documenti.

Fatte salve ulteriori misure, la cooperazione comprende il monitoraggio costante degli istituti attraverso la *Bundesbank*. Il monitoraggio costante include la valutazione dei documenti presentati dagli istituti dei risultati dei controlli ai sensi del §26 della *KWG*.

Condizione di una vigilanza effettiva è l'obbligo di comunicazione alla autorità di vigilanza di determinate operazioni e la *Kreditwesengesetz* stabilisce che la raccolta e la valutazione delle comunicazioni degli istituti di credito compete alla Deutsche *Bundesbank*. Il *BaFin* ottiene le informazioni o direttamente oppure attraverso la *Bundesbank*.

L'autorità di vigilanza è dotata anche di poteri di regolamentazione con il consenso della *Bundesbank* e, sulla base della *KWG* emana provvedimenti quali *Anzeigenverordnung*, *Inhaberkontrollverordnung*, *Verordnungen zum Prüfungswesen*. Inoltre, dà interpretazioni della *Kreditwesengesetz* ed è dotato degli strumenti amministrativi di una autorità amministrativa. Invero ai sensi del § 6, comma 3 della *KWG* il *BaFin* può, "impartire provvedimenti alle istituzioni e ai loro dirigenti che sono appropriate e necessarie per prevenire o interrompere le violazioni delle disposizioni regolamentari o per prevenire o superare sviluppi indesiderati presso un'istituzione e che potrebbero mettere in pericolo la sicurezza dei beni affidati all'istituzione o compromettere il corretto svolgimento delle proprie attività bancarie o la fornitura di servizi finanziari. Il potere di emettere ordini di cui alla frase 1 si applica anche nei confronti di società di partecipazione finanziaria o società di partecipazione finanziaria mista, nonché nei confronti delle persone che gestiscono effettivamente l'attività di tali società."

Compete anche al *BaFin* il controllo e la valutazione della responsabilità nei confronti dei dirigenti per obblighi di dovuta diligenza ai sensi dei §§ 54a, 25a comma 4a, 25c commi 4 a, b e c della *KWG*.

La maggioranza delle misure di vigilanza si realizzano nel corso di procedure informali. Tra queste merita attenzione quella relativa al controllo della correttezza della amministrazione e alla competenza dei dirigenti degli istituti controllati. Il procedimento si chiude con la eventuale destituzione dei dirigenti degli istituti sottoposti a vigilanza.

Contro le misure del *BaFin* sono ammessi i rimedi giurisdizionali amministrativi per cui si applicano le disposizioni previste dai §§ 68 e ss. del codice di procedura amministrativo, il *Verwaltungsgerichtsordnung*⁵². Sulla legittimità delle sanzioni pecuniarie è ammesso ricorso al

⁵¹ Cfr. § 7 della *KWG* (*Zusammenarbeit mit der Deutschen Bundesbank*).

⁵² *Verwaltungsgerichtsordnung* nella versione pubblicata il 19 marzo 1991 (in *BGBI*, I 686), modificato da ultimo dall'articolo 7 della legge del 12 luglio 2018 (in *BGBI*, I 1151).

tribunale di Frankfurt/Mainz mentre contro le altre misure è ammesso ricorso ai sensi del § 43, comma 1 del *Verwaltungsgerichtsordnung*.

Si è in presenza di un impianto che nella sua complessità, soprattutto per l'alto livello di tecnicità, evidenzia l'interesse che l'ordinamento tedesco, in linea con l'approccio comunitario e con quello di altri Paesi, manifesta per un efficiente funzionamento del sistema bancario e finanziario. E quindi per la stabilità e l'evoluzione del sistema economico.

4. Alcune valutazioni conclusive sul ruolo del BaFin

L'itinerario percorso ha consentito di individuare il quadro normativo finalizzato a determinare il ruolo del *BaFin* e i suoi rapporti con la BCE e la *Bundesbank* nella vigilanza sulla attività bancaria e finanziaria.

Ed è questo quadro normativo che consente di offrire alcune valutazioni conclusive sulle dinamiche attuative dell'autorità di vigilanza, utilizzando anche la documentazione prodotta dal *BaFin*⁵³.

Sulla base del Rapporto annuale 2018 pubblicato il 31 marzo del 2019 ad opera del gruppo Comunicazione⁵⁴, il settore di vigilanza bancaria del *BaFin* include nel 2018 la supervisione di 1.521 enti creditizi 59 dei quali sono stati classificati come istituzioni significative e pertanto direttamente controllate dalla BCE. Per la maggior parte delle istituzioni, le 1.407 meno significative (LSI), la vigilanza compete al *BaFin* in quanto autorità nazionale competente (NCA) nel contesto del meccanismo unico di vigilanza (MUV), e quindi solo indirettamente alla BCE. I restanti 55 istituti non rientrano nel MUV per cui la vigilanza spetta all'autorità nazionale tedesca⁵⁵.

Altrettanto rilevante è stato il ruolo del *BaFin* evidenziato dal Rapporto 2018 relativamente anche agli istituti bancari significativi.

Nel 2018 sono 59 i gruppi tedeschi e gli istituti esteri con una forte presenza in Germania sottoposti alla vigilanza diretta della BCE nell'ambito del sistema unico di vigilanza. Per ognuno di questi istituti bancari è stato costituito un team di vigilanza costituito da membri della BCE e delle autorità nazionali *BaFin* e *Bundesbank* (*Joint Supervisory Team*). I *teams* (*JST*) sono costituiti da un numero di componenti variabile in proporzione alla complessità dei gruppi bancari vigilati.

In questo contesto i membri del *BaFin* facenti parte del *Joint Supervisory Team* partecipano al processo di controllo e di valutazione il c.d. *Supervisory Review and Evaluation Process* (*SREP*) il cui compito ufficiale è la vigilanza microprudenziale con la quale si valutano i requisiti patrimoniali per ogni istituto.

Nel 2018 gli *JST* hanno dato vita ad una revisione della valutazione della redditività e dei modelli di business degli istituti significativi, esaminando la redditività e la sostenibilità dei piani d'impresa delle banche, ponendo al centro dell'analisi le strategie, e verificando, fra l'altro, se possano raggiungere i loro obiettivi a lungo termine.

Peraltro, la revisione era già iniziata negli anni precedenti con lo sviluppo della metodologia e degli strumenti, mentre nel 2017 i Team hanno realizzato analisi specifiche e hanno dato vita a valutazioni relazionandosi direttamente con le istituzioni. Tutto ciò ha consentito un confronto

⁵³ Su questi aspetti si rinvia in modo dettagliato al Rapporto 2018 del *BaFin* pubblicato il 31 marzo del 2019 ad opera del gruppo Comunicazione del *BaFin*, in particolare *Aufsicht über Banken, Finanzdienstleister und Zahlungsinstituten*, in *Jahresbericht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, 2018, 65 ss.

⁵⁴ Cfr. *Aufsicht über Banken, Finanzdienstleister und Zahlungsinstituten*, in *Jahresbericht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, 2018, 65 ss.

⁵⁵ Tra queste rientrano le *Wertpapierhandelsbanken*, le succursali ai sensi del § 53 della *KWG* ed ulteriori istituti di credito.

orizzontale dei parametri di riferimento per ottenere un controllo della qualità. Nel 2018, i *Team* hanno presentato le conclusioni preliminari alle banche nel corso delle consultazioni di vigilanza, informandole successivamente delle conclusioni finali, delle raccomandazioni e dei calendari per la loro attuazione. I risultati della revisione sono stati inclusi anche nello *Supervisory Review and Evaluation Process* del 2018⁵⁶. Sulla base della revisione, le banche sono chiamate ad affrontare tutta una serie di sfide. Fra l'altro devono impegnarsi ad un esame dettagliato dei loro guadagni, ad una ripartizione dei costi tra attività commerciali e di distribuzione, alla fissazione dei loro margini di rischio di credito, in attuazione di una politica applicata in modo coerente.

Agli istituti compete altresì di includere la gestione del rischio nella loro pianificazione aziendale, di valutare in modo critico le ipotesi di piano aziendale, collegandole alla propensione del rischio e all'*Internal Capital Adequacy Assessment Process (ICAAP)*, il processo interno che consente all'istituto finanziario di valutare in autonomia la propria adeguatezza patrimoniale e di coinvolgere nel processo di pianificazione anche le filiali significative⁵⁷. Il 18 settembre 2018 la BCE ha pubblicato una relazione sui risultati di tale revisione⁵⁸.

Comunque, nell'ambito dell'obiettivo di garantire il funzionamento, la stabilità e la integrità del mercato finanziario tedesco, il *BaFin* ha svolto una complessa attività di ricerca e di studio per affrontare la regolamentazione e la vigilanza dinanzi ai processi innovativi in atto.

Il *BaFin* dopo aver constatato che i quadri normativi dell'era post crisi, evidenziata nel 2008, si erano oramai definiti in quanto erano state individuate le nuove strutture europee e nel contempo i legislatori e le autorità di regolamentazione avevano determinato più rigorose linee guida, si è posto nella ricerca di nuove strategie nell'era della globalizzazione e della digitalizzazione.

A tal fine il *BaFin*, nell'agosto del 2018, ha determinato i caratteri fondamentali di questa strategia ed ha posto tre domande: 1) "come devono essere gestiti i cambiamenti del mercato che la digitalizzazione porta con sé nella prassi di vigilanza e nella regolamentazione?"; 2) "come può il *BaFin* garantire la sicurezza delle tecnologie e dei sistemi informatici innovativi e dei dati utilizzati dalle imprese controllate?"; 3) "in che modo lo stesso *BaFin* ha bisogno di adattarsi ed evolversi per soddisfare le esigenze della digitalizzazione in corso, sia internamente che nei suoi punti di interazione con il mercato?"⁵⁹.

Su questa base il *BaFin* ha aperto un confronto destinato a valutare le questioni strategiche ed i progetti normativi con i rappresentanti del settore finanziario, con il mondo accademico, la politica, i giornalisti, i rappresentanti di associazioni, oltre a quelle dei consumatori.

In questo ambito il dibattito ha riguardato soprattutto la valutazione del Rapporto elaborato dal *BaFin* su *Big Data trifft auf künstliche Intelligenz* del 15 giugno 2018⁶⁰ che ha consentito di evidenziare le rilevanti opportunità ma anche i rischi che le tecnologie innovative comportano per le imprese e per i consumatori. Peraltro, c'è la consapevolezza che questi rischi devono essere riconosciuti e affrontati dalle autorità di vigilanza non solo a livello nazionale ma anche a livello europeo e globale⁶¹.

In questa prospettiva è da ritenere corretta la strategia di studio e di ricerca portata avanti dal *BaFin*, una strategia che affronta questioni sempre più complesse con un approccio sistemico che va oltre i campi tradizionali del diritto e dell'economia.

⁵⁶ Su questi aspetti si rinvia in modo dettagliato al Rapporto 2018 del *BaFin* pubblicato il 31 marzo del 2019 ad opera del gruppo Comunicazione del *BaFin*, in particolare 72 ss.

⁵⁷ Cfr. il Rapporto 2018 del *BaFin* pubblicato il 31 marzo del 2019 ad opera del gruppo Comunicazione del *BaFin*, 73.

⁵⁸

https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/pr/date/2018/html/ssm.pr180918/ssm.pr180918_FAQ.en.html.

⁵⁹ Cfr. F. HUFELD, *Foreword*, in *BaFin Perspectives*, 1, 2019, 9.

⁶⁰ https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/dl_bdai_studie.html.

⁶¹ Sul punto si rinvia al *Jahresbericht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, 2018, 72 ss.

ROBERTO TONIATTI

La Corte suprema conferma la sanzionabilità dei componenti “infedeli” dell’*Electoral College* presidenziale

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La genesi dell’*Electoral College*. – 3. La giurisprudenza della Corte suprema. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

L’*Electoral College* (EC) - che, ogni quattro anni, esercita la propria unica funzione costituzionale di procedere all’elezione del Presidente degli Stati Uniti - si propone come un organo che, benché tendenzialmente oscurato dalle dinamiche politiche del voto popolare, riveste in realtà un significativo rilievo di natura sistematica nel contesto della forma di stato e di governo federale.

L’EC, infatti, rappresenta uno dei nodi istituzionali e procedurali attraverso i quali gli originari Stati membri, nell’esercizio della rispettiva quota della funzione costituente federale, hanno configurato il loro rapporto con riguardo all’elezione del titolare del potere esecutivo e, pertanto, hanno riservato a sé stessi un ruolo palesemente e sostanzialmente politico nel processo di selezione presidenziale; ruolo politico che risulta confermato – come effetto del riconoscimento implicito della rilevanza dei partiti politici - dalla revisione costituzionale espressa dalla rapida adozione del XII Emendamento (1804).

La disciplina costituzionale in proposito – né il testo originario dell’art. II che istituisce l’EC né il XII Emendamento che ne razionalizza in parte i profili procedurali – non chiarisce se i suoi componenti (*Electors*, Elettori) siano investiti di una propria autonoma discrezionalità individuale nella scelta del candidato presidenziale cui destinare il proprio voto per conto dello Stato membro, ovvero se essi siano meri esecutori automatici di una opzione politica derivante unicamente dagli Stati membri e agli stessi unicamente imputabile; né chiarisce, rispetto a questa seconda soluzione, se gli Stati membri possano legittimamente prevedere una forma di sanzione nell’eventualità in cui un Elettore voti in modo difforme dal vincolo di mandato.

Una precedente decisione della Corte Suprema - *Ray v. Blair* (1952) - aveva risolto il primo problema, nel senso del riconoscimento della natura vincolata del voto da esprimersi in seno all’EC da parte di ciascun Elettore; la decisione odierna – *Chiafalo and Others v. Washington* (2020)¹-, invece, completa il percorso giurisprudenziale di perfezionamento della disciplina in materia, sostenendo la sanzionabilità dell’Elettore infedele.

L’odierna decisione della Corte Suprema si è resa necessaria per superare il contrasto che, nella fattispecie, si era manifestato fra una sentenza di primo grado di un giudice statale² che aveva

¹ Cfr. *Peter B. Chiafalo, Levi Jennet Guerra, and Esther Virginia John, Petitioners v. Washington*, No. 19–465, decisione del 6 luglio 2020.

Si tratta di una decisione assunta, nel merito, all’unanimità, redatta dal Giudice Kagan e sottoscritta dal *Chief Justice* Roberts e dai Giudici Ginsburg, Breyer, Alito, Sotomayor, Gorsuch e Kavanaugh, con un’opinione concorrente del Giudice Thomas, alla cui Parte II ha aderito il Giudice Gorsuch.

² Cfr. *Chiafalo v. Washington*, I: “The Electors challenged their fines in state court, arguing that the Constitution gives members of the Electoral College the right to vote however they please. The Washington Superior Court rejected the Electors’ claim in an oral decision, and the State’s Supreme Court affirmed that judgment [...] The court relied heavily on our decision in *Ray v. Blair* upholding a pledge requirement—though one without a penalty to back it up. [...] In the state court’s view, Washington’s penalty provision made no difference. Article II of the Constitution, the court noted, grants broad authority to the States to appoint electors, and so to impose conditions on their appointments. [...] And nothing in the document “suggests that electors have discretion to cast their votes without limitation or restriction by the state legislature”.

sostenuto le ragioni degli attori quella di una corte d'appello federale che delle disposizioni in parola aveva dato un'interpretazione contrapposta³.

La decisione della Corte in *Chiafalo* presenta un valore sistematico in quanto - al di là di quanto si possa ricavare dal testo costituzionale che, a nostro giudizio e come si dirà oltre, rimane di per sé ambiguo - si collega all'originario processo costituente dell'ordinamento federale e alla volontà politica degli Stati contraenti il *pactus foederis* di riservare a sé il controllo di profili vitali dell'organizzazione e dell'esercizio delle funzioni di tutti gli organi federali⁴.

Questa circostanza, a sua volta, si rivela decisiva in una prospettiva comparata per delineare una distinzione di fondo che ancora mantiene il suo valore fra il modello federale "classico" rispetto alle esperienze di tipo regionale (che sono il risultato di un processo di decentramento politico di uno Stato unitario)⁵: in tale contesto, infatti, le Regioni che ne derivano non dispongono materialmente della possibilità di introdurre nel testo costituzionale strumenti di garanzia di tipo compensativo rispetto ad un loro - storicamente inesistente - originario *status* sovrano⁶.

Proprio la presenza e lo spessore di tali strumenti compensativi si conferma essere un aspetto tipico di un ordinamento federale di origine centripeta rispetto ad un ordinamento regionale di natura centrifuga e contribuisce a definire - fra i due modelli - differenze d'ordine qualitativo e non solo quantitativo⁷.

³ Cfr. *Chiafalo v. Washington*, II: "A few months later, the United States Court of Appeals for the Tenth Circuit reached the opposite conclusion in a case involving another faithless elector. See *Baca v. Colorado Dept. of State*, 935 F. 3d 887 (2019). The Circuit Court held that Colorado could not remove the elector, as its pledge law directs, because the Constitution "provide[s] presidential electors the right to cast a vote" for President "with discretion". We granted certiorari to resolve the split".

⁴ In tale prospettiva si richiama l'impostazione di A. LA PERGOLA, *Residui contrattualistici e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Giuffrè, 1969; in argomento si rinvia anche a N. OLIVETTI RASON, *La dinamica costituzionale negli Stati Uniti*, Cedam, 1984.

⁵ Il modello federale "classico" - per autorevolezza, continuità storica, coerenza sistematica, idoneità effettiva a fungere da modello per altre esperienze - è rappresentato, a nostro giudizio, dagli ordinamenti della Svizzera, degli Stati Uniti e della Germania. Tuttavia, rispetto alla pluralità delle esperienze suscettibili di analisi comparata dal punto di vista di una ispirazione compatibile con una generale (e generica) "*federal idea*" coincidente con una "*combination of self-rule and shared-rule*" (D. J. ELAZAR, *Exploring Federalism* University of Alabama Press, 1987, 5) si aderisce peraltro all'orientamento incline a "*living without definitions*", secondo il quale "[...] as there is no agreed definition of federalism - nor can there be one - the federal state is also extremely difficult to define. Even more debatable is the legal distinction between federal and regional states and, to some extent, also between other categories, all of which are nonetheless somehow related to the federal idea", così in F. PALERMO and K. KÖSSLER, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Bloomsbury, 2017, 64 s.

⁶ Una posizione a parte rivestono verosimilmente quelle Regioni speciali o differenziate che sono titolari - in base alla storia, all'identità, al territorio, ad un *hecho diferencial* - di un'autonomia asimmetrica che ne riconosce una diversità di natura qualitativa e non solo quantitativa (in rapporto alle competenze) rispetto ad altre Regioni "ordinarie", come avviene in Italia e Spagna nonché nel Regno Unito nel quale ciascuna entità destinataria dei processi di *devolution* è connotata da un regime diverso rispetto alle altre. Per l'ordinamento italiano rinviamo a R. TONIATTI, *La specialità regionale e il regionalismo asimmetrico nella prospettiva della riforma costituzionale*, in *Italian Papers on Federalism*, in ISSIRFA (<http://www.issirfa.cnr.it/>), nn. 1-2, 2016, nonché a R. TONIATTI, *Asimmetrie regionali, identità culturale e competitività dei territori: I titoli fondativi dell'autonomia speciale e le incognite della revisione statutaria*, in F. PALERMO e S. PAROLARI (a cura di), *Il futuro della specialità regionale alla luce della riforma costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, 13 ss.

⁷ Occorre precisare che, sia pure con diverso significato di natura più ideale e simbolica, un collegamento fra le unità territoriali costitutive l'ordinamento federale e quello regionale e il rispettivo Presidente è stato previsto anche dalla Costituzione tedesca (art. 55: il Presidente federale è eletto da una Convenzione federale composta dai membri del *Bundestag* e da uno stesso numero di membri eletti su base proporzionale dalle Assemblee legislative dei *Länder*) e da quella italiana (art. 83: il Presidente viene eletto dal Parlamento in seduta congiunta e da tre delegati eletti dai Consigli regionali - tranne la Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste* che ne elegge uno) con la garanzia della rappresentanza delle minoranze). L'Austria ha optato per l'elezione popolare diretta, la Svizzera non ha un organo comparabile e Belgio e Spagna sono monarchie.

La previsione dell’EC si colloca, infatti, nel medesimo contesto sistematico che ha caratterizzato la competenza legislativa statale in materia elettorale anche federale (rimasta benché sottoposta ai limiti derivanti dall’adozione dei *Civil War Amendments* con la rispettiva *implementation clause*), la pari rappresentanza degli Stati membri nel Senato federale e le sue competenze differenziate rispetto a quelle della *House of Representatives* (giudizio finale in relazione a procedimenti di *impeachment*, ratifica dei trattati internazionali con una maggioranza dei due terzi, conferimento dell’*advice and consent* su tutte le proposte presidenziali per la nomina dei titolari di funzioni federali, fra le quali quelle giudiziarie). Non a caso la dottrina statunitense – senza elaborarne ulteriormente la nozione teorica – parla in questi casi di un Senato *in executive session*.

Per quanto riguarda, più in particolare, le funzioni del Senato, giova richiamare la sua originaria composizione riconducibile, all’inizio, al voto delle Assemblee legislative statali poi sostituito dal XVII Emendamento (1913) che lo ha assegnato al corpo elettorale di ciascuno Stato membro. In proposito occorre porre in evidenza come – a differenza di quanto avvenuto con l’EC – non si sia mai prospettata e consolidata, neppure nella prassi, la soggezione dei senatori federali a istruzioni direttive o mandati vincolanti da parte delle Assemblee che li eleggevano⁸.

Nondimeno, al di là dell’impianto sistematico risultante dalla volontà storico-politica degli Stati costituenti – riflesso nel dibattito per la ratifica della Costituzione federale e perfezionato con l’adozione del X Emendamento (1791) –, la dinamica del *federalising process* ha assecondato un’evoluzione divergente da quella visione⁹, che è sostanzialmente venuta meno con la fine della guerra civile ed è stata sostituita da una concezione tendenzialmente e selettivamente unitaria dell’ordinamento federale che si è costruito attorno al mito della nazione, alla “mistica” della sua religione civile ed alla teoria dell’eccezionalismo statunitense¹⁰.

Nella prospettiva di tale evoluzione – ricostruita però come conforme alla visione originaria - è solo conseguente, pertanto, che si sia affermato che “*it is clear that the Constitution was effective and successful because, in contrast to all previous federalisms, it made the central government formally independent of the states, leaving the states no effective constitutional means to control national decisions*”; e che “*altogether, therefore, the Constitution provided for a national government largely independent of the federated governments. It contemplated, of course, that the people of the states would control the national government. But it contemplated also that the control would be direct, not through the agency of state governments*”¹¹.

L’EC – anche in ragione della sua natura di organo costituzionale “intermittente”, privo di continuità funzionale e di una struttura permanente - si è dunque sottratto allo sviluppo centralizzatore che ha invece caratterizzato il Senato e ha confermato in una prassi ininterrotta la sua natura di istituzione di raccordo fra la volontà dello Stato membro e la funzione elettorale del Presidente e del Vicepresidente¹². Del resto, lo Stato membro è il titolare dei seggi nell’EC,

⁸ In argomento rimane di grande interesse la ricostruzione offerta in W. H. RIKER, *The Senate and American Federalism*, in *American Political Science Review*, 1955, 452 s.

⁹ Per una ricognizione del pensiero di Giovanni Bognetti che è stato il più autorevole studioso italiano del *federalising process* ci permettiamo di rinviare a R. Toniatti, *Federalismo e separazione dei poteri*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Giovanni Bognetti comparatista*, Gruppo 24 Ore, 2014, 139 ss.

¹⁰ Per tale inquadramento rinviamo a R. TONIATTI, *La “nazione costituzionale”: genesi e consolidamento dell’identità repubblicana dell’ordinamento federale statunitense quale Stato-nazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2011, 1150 ss.

¹¹ Così in W. H. RIKER, *op. ult. cit.*, 454.

¹² Si è precisato in proposito che “except for the few occasions when sectionalism has been organized by state governments, the Senate has not been a peripheralizing institution. This failure of the Senate to represent state governments is a crucial constitutional development, for thus was achieved the centralizing purpose of the Convention of 1787 in spite of the miscalculation of the delegates”; tuttavia, la medesima dottrina ha anche sostenuto, non senza contraddizione, una diversa dinamica, risalente a “[...] the development of the role of the Senate

calcolati in base alla somma del numero permanente dei (due) seggi in Senato e del numero (variabile) dei seggi nella *House of Representatives*, periodicamente ri-attribuiti secondo il risultato del censimento della popolazione condotto in base agli Stati che la Costituzione federale prevede si svolga ogni dieci anni.

L'opinione della Corte Suprema in *Chiafalo* si basa principalmente sul dato testuale della disposizione dell'art. II, sez. 1, clausola 2 quale risulta integrato dal testo del XII emendamento e sul dato storico di una prassi ininterrotta al quale, come spesso si verifica con le decisioni della Corte, viene conferito un valore euristico altamente persuasivo¹³.

In base a tali motivi, per un commento della sentenza richiamata sarà indispensabile soffermarsi sia sulla formulazione del testo costituzionale sia anche sulla prassi, incisivamente condizionata dal modo di essere del sistema politico e dalla sua capacità di condizionare la disciplina legislativa degli Stati membri in materia elettorale anche quando destinata all'elezione di organi federali.

2. La genesi dell'Electoral College.

È ben noto che la configurazione dell'organo esecutivo del nuovo ordinamento federale è stata materia di ampio confronto sia in seno alla Convenzione costituente di Filadelfia del 1787¹⁴, sia nel corso del dibattito per la ratifica della Costituzione federale negli Stati¹⁵. La problematicità della configurazione dell'organo esecutivo si è riflessa anche nella definizione del relativo procedimento elettorale, oggetto di numerose proposte alternative¹⁶.

from the representation of state governments, which was the role initially intended, to the representation of the people of the states, which was the role finally played. This change of role has two chronological phases. The earlier phase - and for that reason probably the more important - is the gradual failure of state legislatures to enforce their instructions to senators. The second phase is the gradual transfer of the power to elect senators from legislatures to the people, a transfer that starts with the public canvass and culminates in the Seventeenth Amendment. By the completion of these two changes, the Senate was divorced wholly from state governments and could not possibly have the effect that the founding fathers expected" (il corsivo è aggiunto), W. H. RIKER, *op. cit.*, 455.

¹³ Cfr. *Chiafalo v. Washington*, II: "The Constitution's text and the Nation's history both support allowing a State to enforce an elector's pledge to support his party's nominee—and the state voters' choice—for President"; e "Long settled and established practice" may have "great weight in a proper interpretation of constitutional provisions" (sul quale si veda un commento nelle conclusioni di questa nota).

¹⁴ Per un resoconto dettagliato dei lavori cfr. C. ROSSITER, *1787 The Grand Convention*, Norton, 1987, 198 ss.; la soluzione fu alla fine elaborata e proposta da un *committee for postponed matters*, *ibidem*, 218 ss.; sulle alternative esaminate cfr. J. A. BEST, *The Presidency and the Executive Power*, in L. W. LEVY and D. J. MAHONEY (eds), *The Framing and the Ratification of the Constitution*, Macmillan, 1987, 214 ss.

¹⁵ Si è sostenuto che "the task of structuring the executive branch was one of the most difficult issues facing the convention. Some delegates saw a single executive as no different from a king, especially if his term were lengthy and he was eligible to be reelected" in P.T. CONLEY and J.P. KAMINSKI (eds), *The Constitution and the states. The Role of the Original Thirteen in the Framing and Adoption of the Federal Constitution*, Madison House, 1988, 11.

¹⁶ Da ricordare che "the framers of the Constitution had a great deal of difficulty in working out the procedures for selecting the President and Vice President. Selection by Congress was rejected on the theory that it would make the President dependent on Congress and would violate the doctrine of separation of powers. Election by the state legislatures was rejected because of lack of confidence in these bodies, which "has betrayed a strong propensity to a variety of pernicious measures". Direct popular election was rejected because of the less populous states felt that the more populous states would always elect the President, and because most of the delegates thought that the extent of the country rendered "it impossible that the people can have the requisite capacity to judge of the respective pretensions of the Candidates". So, for lack of something better, the framers devised the system set forth in Section 1, paragraph 3 [...], da J.W. PELTASON, *Understanding the Constitution*, 8th ed., Holt, Rinehart and Winston, 1979, 90 s.; si è osservato anche che con l'adozione dell'elezione presidenziale da parte del Congresso "the United States would have had a form of government much more akin to those of the parliamentary democracies of the world, where the chief

Il compromesso finale cadde sulla scelta di prevedere un organo *ad hoc* – appunto l'*Electoral College* - costituito dalla somma dei senatori e dei membri della *House of Representatives* eletti in ciascuno Stato, titolare della competenza legislativa in materia¹⁷.

Importante ricordare anche che era stato previsto un meccanismo supplementare: nel caso in cui l'*EC* non fosse riuscito ad esercitare la propria funzione, infatti, sarebbero subentrati nel suo esercizio la Camera dei Rappresentanti per l'elezione del Presidente e il Senato per quella del Vicepresidente.

Entrambe le Camere, però avrebbe votato come delegazione di Stato potendo esprimere un solo voto.

La duplice circostanza per la quale all'*EC* venga attribuita una sola occasione per esprimere il voto, senza alcuna possibilità di rimanere in funzione alla ricerca negoziale di nuovi equilibri di maggioranza e per la quale ai membri di ciascuna Camera – nell'esercizio del rispettivo ruolo supplementare - venga attribuito un solo voto unitario per delegazione di Stato contribuisce a confermare il quadro sistematico sopra descritto secondo il quale, a nostro giudizio, l'*EC* non fosse stato concepito come organo con una propria autonoma individualità politica ma come mera aggregazione occasionale di opzioni politiche già maturate e definite.

E tale concezione, volta alla valorizzazione del ruolo degli Stati membri nella selezione presidenziale, si esprime altresì nel meccanismo alternativo predisposto e nella previsione del voto unitario della "delegazione" congressuale di ciascuno Stato membro della rispettiva Camera.

Nell'elezione presidenziale del 1800, due candidati (Thomas Jefferson e Aaron Burr)¹⁸ ebbero lo stesso numero di voti e questo risultato viene unanimemente collegato dalla dottrina al consolidamento dei due partiti maggiori – federalisti ed antifederalisti – al di là dell'orizzonte politico degli Stati e, di conseguenza, si pose mano al metodo elettorale con l'introduzione del XII Emendamento (1804)¹⁹: gli Elettori sono così chiamati non più a votare in modo generico per due candidati bensì in modo specifico per il candidato Presidente e per il candidato Vicepresidente.

Rimane invece sempre in vigore l'originaria disposizione dell'art. II che, senza intervenire testualmente sulla formazione della volontà del voto ai fini della partecipazione dello Stato al procedimento elettorale federale dell'*EC*, prescrive la competenza statale circa la designazione degli Elettori ("*in such Manner as the Legislature thereof may direct*")²⁰.

Tutti gli Stati membri hanno attualmente disciplinato tale designazione come risultato di un'elezione popolare diretta organizzata in modo da corrispondere alla scelta dei candidati Presidenti operata dalle *Conventions* nazionali dei partiti politici, al punto che spesso i nomi dei candidati Elettori neppure compaiono nella scheda elettorale presentata ai cittadini al momento

executive – the prime minister – is chosen by, and from, the legislature and remains on office only so long as he or she holds the confidence of the majority of that body", in J. L. SUNDQUIST, *Constitutional Reform and Effective Government*, The Brookings Institution, 1986, 25.

¹⁷ È sintomatico notare che "many Anti-Federalists [...] agreed [...] that the office of the President and *the mode of his election* were well conceived", come osservato in H. J. STORING, *What the Anti-Federalists Were For. The political thought of the opponents of the Constitution*, University of Chicago Press, 1981, 49 (il corsivo è aggiunto). Giudizio analogo in *The Federalist Papers No. 68* di A. Hamilton): "The mode of appointment of the Chief Magistrate of the United States is almost the only part of the system, of any consequence, which has escaped without severe censure or which has received the slightest mark of approbation from its opponents".

¹⁸ In questo caso la vittoria di Thomas Jefferson fu assicurata dal voto della Camera dei Rappresentanti. Il ricorso al voto supplementare fu richiesto ancora per l'elezione del Presidente J. Q. Adams (1824) del Vicepresidente R.M. Johnson (1837).

¹⁹ In materia sono ulteriormente intervenuti il XX ed il XXV Emendamento.

²⁰ Questo è il testo: "Each State shall appoint, in such Manner as the Legislature thereof may direct, a Number of Electors, equal to the whole Number of Senators and Representatives to which the State may be entitled in the Congress: but no Senator or Representative, or Person holding an Office of Trust or Profit under the United States, shall be appointed an Elector".

del voto²¹. Il sistema elettorale – *first past the post* - produce l'attribuzione della maggioranza di tutti i voti popolari ad una sola lista di candidati Elettori titolari dei "seggi" dello Stato in seno all'*EC* individuati in base al collegamento con uno dei candidati presidenziali.

L'*EC* – al quale pure viene imputata l'elezione formale del Presidente e del Vicepresidente in una data unica deliberata dal Congresso ("*the first Tuesday after the first Monday in December in presidential elections years*") – tende a scomparire persino dai *mass media* rispetto alla data – anch'essa unica - veramente cruciale ("*the first Tuesday after the first Monday in November*") nella quale i cittadini di fatto eleggono Presidente e Vicepresidente ancorché, nella forma, essi non facciano altro che votare gli Elettori collegati ad uno dei candidati Presidente in combinazione predeterminata con il candidato Vicepresidente.

Il passaggio fra il voto popolare, autenticamente decisivo e il voto dell'*EC* si è fisiologicamente consolidato nel contesto di ciascuno Stato come meccanicamente riproduttivo del primo anche in ragione della sua attitudine ad assecondare il modo di essere del sistema politico tendenzialmente bipartitico.

Il manifestarsi di comportamenti non conformi – per quanto occasionali - e il conseguente contenzioso ha richiesto di procedere alla ricerca della norma attraverso l'interpretazione del dato costituzionale qui ricostruito nei suoi lineamenti di contesto che, come si vedrà, consentono anche di fare affidamento sulla prassi consolidata²².

3. La giurisprudenza della Corte suprema.

La Corte suprema solo occasionalmente è stata investita del giudizio in materia di disciplina dell'*EC*²³ e, in quelle rare occasioni, la sua giurisprudenza - che parte dal caso *Ray v. Blair* del 1952 e arriva sino al caso *Chiafalo and Others v. Washington* del 2020 qui in esame - ha espresso un orientamento interpretativo costante ma, come vedremo nel dettaglio, non immune da *dissenting* ovvero da *concurring opinions*.

3.1 In *Ray v. Blair*²⁴ la Corte ha privilegiato un approccio interpretativo di tipo negativo, precisando che il requisito della manifestazione di un impegno di voto imposto ai candidati Elettori

²¹ Nel corso del tempo, tuttavia "some state legislatures have directed the selection of electors by the legislature itself, by the voters in districts, by the voters of the entire state, and by a combination of these methods", in J.W. PELTASON 89 s.

²² Si è osservato in proposito che "current case law such as *Ray v. Blair* (1952) allows the states to present voters with ballots that list only the presidential candidates (even though the votes for a candidate are really for his party's slate of electors), and also permits the states to pass laws requiring electors to pledge that, if chosen, they will vote for their party's candidate. Electors rarely do otherwise, though *the enforceability of those pledges against a wayward elector remains unsettled*", E. Elhauge, *entry Presidential Electors*, in E. MEESE III, M. SPALDING, D. Forte (eds), *The Heritage Guide to the Constitution*, The Heritage Foundation, 2005, 185 (il corsivo è aggiunto).

²³ Molto più frequentemente la materia – della quale si è evidentemente privilegiata la qualificazione come di competenza statale - si è esaurita in una giurisprudenza statale relativamente copiosa (puntualmente citata nelle sentenze di cui nel testo).

²⁴ *Ray Chairman of the State Executive Committee of the Democratic Party v. Blair*, 343 U. S. 214 (1952). La decisione è stata resa dal Giudice Reed. I fatti: Edmund Blair, membro del Partito Democratico, candidato Elettore presidenziale nelle elezioni primarie in vista della National Convention e in seguito dell'*EC*, si era rifiutato di assumere il richiesto impegno (*pledge*) *to aid and support the nominees of the National Convention of the Democratic Party for President and Vice-President of the United States*". Nei precedenti gradi di giudizio sino alla Corte suprema dello Stato dell'Alabama, quel rifiuto era stato considerato legittimo in quanto il requisito ad impegnarsi a votare il candidato Presidente del partito era valutato alla stregua di una compressione di un diritto costituzionale dell'Elettore ("*the above requirement restricted the freedom of a federal elector to vote in his Electoral College for his choice for*

non è incompatibile con la disposizione costituzionale (*"We conclude that the Twelfth Amendment does not bar a political party from requiring the pledge to support the nominees of the National Convention. Where a state authorizes a party to choose its nominees for elector in a party primary and to fix the qualifications for the candidates, we see no federal constitutional objection to the requirement of this pledge"*).

La conclusione merita più di un commento. In primo luogo, osserviamo che essa è sufficiente a negare, ma solo implicitamente, la tesi sostenuta dal candidato Elettore ricorrente e confermata dalla Corte suprema dello Stato, secondo la quale, a fronte della prassi dei partiti politici e della legislazione di molti Stati membri di formalizzare tale obbligo con l'adozione di specifiche *"pledge laws"*, si poneva il contenuto prescrittivo del XII Emendamento il quale, nonostante la prassi fondata esclusivamente sul fattore della *party loyalty*, garantisce la libertà di voto del componente l'EC²⁵.

In un altro passaggio conclusivo, la Corte suprema in *Ray* definisce tale libertà di voto come *"an assumed constitutional freedom of the elector under the Constitution, Art. II, § 1, to vote as he may choose in the electoral college"*.

In secondo luogo, la Corte ammette che non è agevole ricavare una norma precisa dal XII Emendamento e riconosce altresì che anche dal punto di vista sistematico il ruolo degli Elettori non può non essere riconosciuto come ambivalente, in relazione alla qualificazione – statale e federale – della funzione di voto in seno all'EC²⁶. Nondimeno, la Corte sottolinea come il valore sistematico della competenza costituzionalmente attribuita agli Stati membri di procedere alla designazione degli Elettori includa anche la competenza a disciplinare i modi per assicurare la corrispondenza fra l'opzione politica circa la scelta del candidato Presidente da parte dello Stato e il voto effettivo del candidato Elettore nell'EC²⁷. E ribadisce come dal XII Emendamento non possa

President. [...] The pledge was held void as unconstitutional under the Twelfth Amendment of the Constitution of the United States"). Così i fatti come riassunti dalla Corte suprema federale in *Ray*.

²⁵ Così si era espresso la Corte suprema dell'Alabama: "We appreciate the argument that from time immemorial, the electors selected to vote in the college have voted in accordance with the wishes of the party to which they belong. But in doing so, the effective compulsion has been party loyalty [...] That theory has generally been taken for granted, so that the voting for a president and vice-president has been usually formal merely. But the Twelfth Amendment does not make it so. The nominees of the party for president and vice-president may have become disqualified, or peculiarly offensive not only to the electors but their constituents also. They should be free to vote for another, as contemplated by the Twelfth Amendment". Non mancarono le opinioni dissenzienti, portate a privilegiare, invece, la prassi storica e la logica del sistema democratico fondato sui partiti politici, come richiamato in *Ray* ("In urging a contrary view the dissenting Alabama justices, in supporting the right of the Committee to require this candidate to pledge support to the party nominees, said: "Any other view, it seems, would destroy effective party government and would privilege any candidate, regardless of his political persuasion, to enter a primary election as a candidate for elector and fix his own qualifications for such candidacy. This is contrary to the traditional American political system").

²⁶ Questo il ragionamento della Corte: "The applicable constitutional provisions on their face furnish no definite answer to the query whether a state may permit a party to require party regularity from its primary candidates for national electors. The presidential electors exercise a federal function in balloting for President and Vice-President but they are not federal officers or agents any more than the state elector who votes for congressmen. They act by authority of the state that in turn receives its authority from the Federal Constitution. Neither the language of Art. II, § 1, nor that of the Twelfth Amendment forbids a party to require from candidates in its primary a pledge of political conformity with the aims of the party. Unless such a requirement is implicit, certainly neither provision of the Constitution requires a state political party, affiliated with a national party through acceptance of the national call to send state delegates to the national convention, to accept persons as candidates who refuse to agree to abide by the party's requirement".

²⁷ Così si esprime la Corte in *Ryan*: "A state's or a political party's exclusion of candidates from a party primary because they will not pledge to support the party's nominees is a method of securing party candidates in the general election, pledged to the philosophy and leadership of that party. It is an exercise of the state's right to appoint electors in such manner, subject to possible constitutional limitations, as it may choose. U. S. Const., Art. II, § 1".

ricavarsi una norma idonea ad invalidare una *pledge law* e dunque ad inibirne la prassi ai partiti politici²⁸.

Inoltre, adottando quella che la Corte stessa qualifica come una “*long-continued practical interpretation of the constitutional propriety of an implied or oral pledge of his ballot by a candidate for elector as to his vote in the electoral college*”, la decisione fa riferimento alla continuità nel tempo della prassi *de qua*²⁹.

La *dissenting opinion* merita attenzione per almeno tre motivi accomunati dall’attento riferimento alle fonti e dall’adozione di un orientamento interpretativo molto lontano da quella *practical interpretation* assunto dalla maggioranza nell’esercizio – come il dissenso ci aiuta a capire – di una palese *judicial deference* alla funzionalità del sistema quale esso è³⁰.

La premessa è il riconoscimento della prescrizione costituzionale della libertà di voto dell’Elettore e, pertanto, della inammissibilità di ogni obbligo ad impegnarsi a votare secondo le indicazioni del partito: la libertà di voto discende dal XII Emendamento ma, in assenza di disciplina legislativa del Congresso fondata sulla natura federale della funzione di voto per un candidato Presidente, essa è stata sottoposta alla legislazione restrittiva da parte degli Stati³¹.

In primo luogo, la *dissenting opinion* si sofferma sulla distinzione fra prassi elevata a consuetudine e fonte legislativa statale: alla seconda non è consentito adottare per legge una disciplina che può invece validamente rientrare nella prassi non solo seguita ma anche disposta dai partiti politici³².

Il secondo motivo di attenzione alle argomentazioni dei giudici dissenzienti risale alla palese e rigorosa negazione del riconoscimento – decisivo nel ragionamento della maggioranza – del valore quasi-prescrittivo della prassi partitica e legislativa estesa nello spazio (gli Stati membri) e consolidata nel tempo circa l’imposizione di un obbligo di voto in capo ai candidati Elettori. Tale assetto, infatti, non sarebbe affatto conforme alla logica costituzionale originaria dell’*EC* che, in tal senso – è questa è un’osservazione molto interessante alla luce della nostra ricostruzione circa le

²⁸ Queste le parole della Corte: “we consider the argument that the Twelfth Amendment demands absolute freedom for the elector to vote his own choice, uninhibited by a pledge. It is true that the Amendment says the electors shall vote by ballot. But it is also true that the Amendment does not prohibit an elector’s announcing his choice beforehand, pledging himself”.

²⁹ La Corte infatti afferma che “history teaches that the electors were expected to support the party nominees. Experts in the history of government recognize the long standing practice. Indeed, more than twenty states do not print the names of the candidates for electors on the general election ballot. Instead, in one form or another, they allow a vote for the presidential candidate of the national conventions to be counted as a vote for his party’s nominees for the electoral college”.

³⁰ Il dissenso è del Giudice Jackson con l’adesione del Giudice Douglas.

³¹ Nella *dissenting opinion* si legge che “When chosen, they perform a federal function of balloting for President and Vice President, federal law prescribing the time of meeting, the manner of certifying “all the votes given by them,” and in detail how such certificates shall be transmitted and counted [...] But federal statute undertakes no control of their votes beyond providing “The electors shall vote for President and Vice President, respectively, in the manner directed by the Constitution” and the Constitution requires only that they “vote by ballot for President and Vice-President, one of whom, at least, shall not be an inhabitant of the same state with themselves. [...] the State has sought to achieve control of the electors’ ballots. But the balloting cannot be constitutionally subjected to any such control because it was intended to be free, an act performed after all functions of the electoral process left to the States have been completed”.

³² Si precisa, infatti, che “it may be admitted that this law does no more than to make a legal obligation of what has been a voluntary general practice. If custom were sufficient authority for amendment of the Constitution by Court decree, the decision in this matter would be warranted. Usage may sometimes impart changed content to constitutional generalities, such as “due process of law,” “equal protection,” or “commerce among the states.” But I do not think powers or discretions granted to federal officials by the Federal Constitution can be forfeited by the Court for disuse. A political practice which has its origin in custom must rely upon custom for its sanctions”.

ambiguità di fondo dell'ordinamento federale - accomuna la libertà di voto degli Elettori e quella dei senatori³³.

Collocandosi esattamente all'opposto di quanto assunto dalla maggioranza della Corte, i giudici dissenzienti esprimono valutazioni radicalmente negative sull'intero impianto del sistema elettorale che si era venuto affermando.

Le critiche investono, dal punto di vista costituzionale, la riduzione dell'EC ad organo del tutto insignificante come risultato sia, nello specifico, della riduzione della figura politica dei suoi componenti³⁴ sia, a monte, della completa degenerazione del sistema politico a causa del ruolo pervasivo dei partiti politici che la decisione della maggioranza finisce per avallare e assecondare³⁵.

Al di là della controversia *de qua*, conviene leggere il senso della *dissenting opinion* come un'anticipazione di quella *landmark decision* della Corte in *Baker v. Carr* (1962)³⁶ intervenuta non molto tempo dopo, con la quale si è deliberato che la definizione delle circoscrizioni elettorali non è una *political question* ma è *justiciable* sotto il profilo dell'*equal protection clause* che deve garantire l'effettività del principio "*one man one vote*": si è trattato di una decisione che ha infranto il velo di immunità che aveva consentito di intervenire in sede giurisdizionale contro le nefandezze di un sistema partitico arrogante e manipolatore, fra l'altro, anche nella prassi del *gerrymandering*. Benché la decisione non abbia a che fare con la contestata libertà di voto degli Elettori presidenziali, si può leggere in *Baker* un'eco dopo dieci anni del *j'accuse* contenuto della *dissenting opinion* dei Giudici Jackson e Douglas (ricordando che quest'ultimo è stato anche l'autore di una *concurring opinion* in *Baker*).

3.2 Nel caso *Chiafalo and Others v. Washington*, oggetto di questo commento, la Corte suprema ha potuto avvalersi della soluzione del problema logicamente prioritario – già risolto in *Ray*³⁷ - connesso all'*an* della legittimità del requisito posto dalla legislazione degli Stati membri ai

³³ Si afferma, infatti, che "no one faithful to our history can deny that the plan originally contemplated, what is implicit in its text, that electors would be free agents, to exercise an independent and nonpartisan judgment as to the men best qualified for the Nation's highest offices. Certainly under that plan no state law could control the elector in performance of his federal duty, any more than it could a United States Senator who also is chosen by, and represents, the State".

³⁴ In tale prospettiva le parole della *dissenting opinion* sono del tutto chiare ed impietose: "electors, although often personally eminent, independent, and respectable, officially became voluntary party lackeys and intellectual nonentities to whose memory we might justly paraphrase a tuneful satire: they always voted at their Party's call. And never thought of thinking for themselves at all. As an institution the Electoral College suffered atrophy almost indistinguishable from *rigor mortis*".

³⁵ Le parole e l'assunzione di responsabilità sollecitata per la Corte suprema sono oltremodo esplicite: "the demise of the whole electoral system would not impress me as a disaster. At its best it is a mystifying and distorting factor in presidential elections which may resolve a popular defeat into an electoral victory. At its worst it is open to local corruption and manipulation, once so flagrant as to threaten the stability of the country. To abolish it and substitute direct election of the President, so that every vote wherever cast would have equal weight in calculating the result, would seem to me a gain for simplicity and integrity of our governmental processes. But the Court's decision does not even move in that direction. What it is doing is to entrench the worst features of the system in constitutional law and to elevate the perversion of the forefathers' plan into a constitutional principle. This judicial overturn of the theory that has come down to us cannot plead the excuse that it is a practical remedy for the evils or weaknesses of the system. The Court is sanctioning a new instrument of power in the hands of any faction that can get control of the Democratic National Convention to make it sure of Alabama's electoral vote [...] This device of prepledged and oath-bound electors [...] centralizes party control and, instead of securing for the locality a share in the central management, it secures the central management in dominance of the local vote in the Electoral College".

³⁶ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

³⁷ E la Corte puntualmente richiama il proprio precedente: "The States have devised mechanisms to ensure that the electors they appoint vote for the presidential candidate their citizens have preferred. With two partial exceptions, every State appoints a slate of electors selected by the political party whose candidate has won the State's popular vote. Most States also compel electors to pledge in advance to support the nominee of that party. This Court

candidati Elettori di impegnarsi a votare nell'EC in favore del candidato presidenziale del partito risultato vincente nello Stato secondo il voto degli elettori e ha dovuto affrontare un profilo più circoscritto e conseguente al primo, ossia quello della legittimità della previsione di una sanzione a carico dell'Elettore che, nonostante l'impegno, voti in modo difforme dall'impegno stesso e dalle direttive di partito e meriti pertanto la qualificazione di *Elettore infedele*³⁸.

Nondimeno, la Corte ripropone una propria ricostruzione di fondo della materia, partendo dalle difficoltà della Convenzione costituente ("Our Constitution's method of picking Presidents emerged from an eleventh-hour compromise") e dagli inconvenienti incontrati in sede di prima applicazione della formula prevista dall'originario testo costituzionale dell'art. II, sez. 2, clausola 2 (quale la parità di voto dei due candidati nell'EC e successiva elezione di Thomas Jefferson in virtù del voto supplementare della Camera dei Rappresentanti) sino all'adozione del XII Emendamento: rispetto a quest'ultimo, la Corte osserva che "the Amendment thus brought the Electoral College's voting procedures into line with the Nation's new party system"³⁹.

La Corte richiama altresì la prassi della previsione di numerose *pledge laws* statali volte a negare ogni spazio di praticabilità al comportamento *dei faithless Electors*⁴⁰ e fa riferimento altresì al fenomeno dell'inserimento nelle *pledge laws* di sanzioni che vanno al là dalla rimozione dalla compagine degli Elettori presidenziali e, in aggiunta, prevedono sanzioni di natura politica, come nel caso dello Stato di Washington in esame⁴¹.

Nella circostanza, i tre attori processuali avevano violato il proprio impegno ai fini dell'attuazione di un preciso disegno politico (alquanto contorto per un osservatore che non abbia familiarità con il funzionamento del sistema), ossia far venire meno il voto dell'EC e far scattare la competenza supplementare della *House of Representatives*, contando sul fatto che il voto della Camera avrebbe portato alla vittoria della candidata – propria e dello Stato – che era poi l'esito per il quale si erano impegnati ma per la quale candidata, per assicurarne la vittoria, non avevano votato⁴².

upheld such a pledge requirement decades ago, rejecting the argument that the Constitution "demands absolute freedom for the elector to vote his own choice" *Ray v. Blair*, 343 U. S. 214, 228 (1952)", in *Chiafalo and Others v. Washington*, I, 1.

³⁸ Così la Corte precisa l'oggetto puntuale del proprio nuovo intervento: "Today, we consider whether a State may also penalize an elector for breaking his pledge and voting for someone other than the presidential candidate who won his State's popular vote. We hold that a State may do so", *ibidem*, I, 1.

³⁹ Citazioni da *ibidem*, I, 4.

⁴⁰ Così la prassi *de qua* viene richiamata dalla Corte: "After the popular vote was counted, States appointed the electors chosen by the party whose presidential nominee had won statewide, again expecting that they would vote for that candidate in the Electoral College [...] In the 20th century, many States enacted statutes meant to guarantee that outcome—that is, to prohibit so-called faithless voting. Rather than just assume that party-picked electors would vote for their party's winning nominee, those States insist that they do so. As of now, 32 States and the District of Columbia have such statutes on their books", *ibidem*, I, 5.

⁴¹ La Corte precisa che "most relevant here, States began about 60 years ago to back up their pledge laws with some kind of sanction. By now, 15 States have such a system. Almost all of them immediately remove a faithless elector from his position, substituting an alternate whose vote the State reports instead. A few States impose a monetary fine on any elector who flouts his pledge", *ibidem*, I, 5.

⁴² Questa la spiegazione della "strategia" alla base dell'infedeltà elettorale sanzionata fornita dalla Corte: "This case involves three Washington electors who violated their pledges in the 2016 presidential election. That year, Washington's voters chose Hillary Clinton over Donald Trump for President. The State thus appointed as its electors the nominees of the Washington State Democratic Party. Among those Democratic electors were petitioners Peter Chiafalo, Levi Guerra, and Esther John (the Electors). All three pledged to support Hillary Clinton in the Electoral College. But as that vote approached, they decided to cast their ballots for someone else. The three hoped they could encourage other electors — particularly those from States Donald Trump had carried — to follow their example. The idea was to deprive him of a majority of electoral votes and throw the election into the House of Representatives. So the three Electors voted for Colin Powell for President. But their effort failed. Only seven electors across the Nation

I ricorrenti contro la sanzione – confermata dalla Corte suprema dello Stato di Washington – sostennero che “the Constitution gives members of the Electoral College the right to vote however they please”. E questa stessa tesi fu sostenuta anche da una corte federale per un altro caso di Elettori infedeli sanzionati nello Stato del Colorado. E per questo motivo la Corte suprema federale, oltre a richiamarsi alla propria giurisprudenza in *Ryan*, affronta la ricostruzione del fondamento della sanzionabilità contestata riproponendo, peraltro, anche in questa sede il duplice riferimento: “the Constitution’s text and the Nation’s history both support allowing a State to enforce an elector’s pledge to support his party’s nominee — and the state voters’ choice — for President”⁴³.

In primo luogo, dunque, si pone l’accento sul testo della disposizione costituzionale (art. II, sez. 1, clausola 2) il quale “grants broad authority to the States to appoint electors, and so to impose conditions on their appointments”: in altre parole, la potestà di nomina degli Elettori comprende in sé – sostiene la Corte – anche quella di apporre alla nomina delle condizioni. E in mancanza di un’indicazione costituzionale circa queste ultime, si riprende il ragionamento in negativo già utilizzato in *Ryan*, nel senso che “nothing in the document “suggests that electors have discretion to cast their votes without limitation or restriction by the state legislature”⁴⁴.

La Corte afferma che “the Constitution is barebones about electors”. Si ribadisce ancora che “Article II, §1’s appointments power gives the States far reaching authority over presidential electors, absent some other constitutional constraint”; se ne deduce che “the power to appoint an elector (in any manner) includes power to condition his appointment—that is, to say what the elector must do for the appointment to take effect” e, sempre con riguardo al testo, si rileva che “nothing in the Constitution expressly prohibits States from taking away presidential electors’ voting discretion as Washington does”⁴⁵.

Ulteriori riferimenti storici all’era costituente e ad alcune puntuali citazioni dal *Federalist*⁴⁶ nonché ricostruzioni letterali o logico-sistematiche alternative non modificano l’orientamento della Corte suprema, secondo la quale, con riguardo al lavoro dei *Framers*, si può solo ribadire che “all that they put down about the electors was what we have said: that the States would appoint them, and that they would meet and cast ballots to send to the Capitol. Those sparse instructions took no position on how independent from—or how faithful to—party and popular preferences the electors’ votes should be. On that score, the Constitution left much to the future. And the future did not take long in coming. Almost immediately, presidential electors became trusty transmitters of other people’s decisions”⁴⁷.

Esaurito l’esame del testo costituzionale, la Corte si rivolge al secondo ordine di considerazioni sul quale fondare la propria decisione nel caso, ossia la prassi consolidata nel tempo da parte di una pluralità degli Stati, confermando pertanto ancora una volta lo stesso metodo interpretativo già seguito in *Ryan* nell’opinione di maggioranza: “Electors have only rarely exercised discretion in casting their ballots for President. From the first, States sent them to the Electoral College—as

cast faithless votes — the most in a century, but well short of the goal. Candidate Trump became President Trump. And, more to the point here, the State fined the Electors \$1,000 apiece for breaking their pledges to support the same candidate its voters had”, *ibidem*, I, 6.

⁴³ Citazioni da *ibidem*, I, 6

⁴⁴ Citazioni da *ibidem*, II, 8.

⁴⁵ Citazioni da *ibidem*, II, A, 9.

⁴⁶ Ad esempio, sono stati citati Alexander Hamilton (il quale “praised the Constitution for entrusting the Presidency to “men most capable of analyzing the qualities” needed for the office, who would make their choices “under circumstances favorable to deliberation”) in *The Federalist* No. 68 e John Jay (il quale “predicted that the Electoral College would “be composed of the most enlightened and respectable citizens,” whose choices would reflect “discretion and discernment”), in *The Federalist* No. 64, in *ibidem* II, 12.

⁴⁷ Citazioni da *ibidem*, II, A, 13 (il corsivo è aggiunto).

*today Washington does—to vote for preselected candidates, rather than to use their own judgment. And electors (or at any rate, almost all of them) rapidly settled into that non-discretionary role*⁴⁸.

Il dato testuale viene in parte e indirettamente recuperato con riferimento all'adozione del XII Emendamento e alla sua origine volta esattamente a superare gli inconvenienti del passato e a porre le premesse per un governo della selezione e della disciplina degli Elettori presidenziali affidato al sistema statale dei partiti. Ma, a nostro giudizio, l'individuazione del contenuto prescrittivo del XII Emendamento non segue un percorso interpretativo strettamente letterale o logico con riguardo all'impianto sistematico ma si affida al contesto storico e politico che, *in primis*, ne ha prodotto la genesi e che, successivamente, ne ha modellato la reiterata applicazione nel tempo. E' proprio tale contesto storico-politico ad aver consentito ed anzi agevolato il consolidamento di una prassi idonea a costituire un precedente che, anziché rappresentare la fedele esecuzione di una norma costituzionale non chiara, viene in realtà a dare una spiegazione dell'innovazione costituzionale e, indirettamente, a definire la portata prescrittiva della norma stessa. La Corte afferma, infatti, che *“the Twelfth Amendment embraced this new reality, both acknowledging and facilitating the Electoral College’s emergence as a mechanism not for deliberation but for party-line voting”* così riconoscendo l'esplicitazione della duplice finalità - *acknowledging and facilitating* - dell'Emendamento, come abbiamo sopra indicato⁴⁹.

L'enfasi posta sulla prassi prevalente consente alla Corte di farsi carico della confutazione della tesi avversa fondata non solo sull'*an* dell'esistenza anche di una prassi contraria, ancorché minoritaria, ma anche sulla circostanza formale del computo ufficiale dei voti infedeli nel calcolo finale degli esiti del procedimento elettorale dell'EC.: la Corte, tuttavia, non va molto oltre il rilievo circa la marginalità numerica del fenomeno⁵⁰.

In conclusione, la Corte ribadisce che *“the Electors’ constitutional claim has neither text nor history on its side”*⁵¹ e, sviluppando un argomento già menzionato ma non sviluppato (*“Washington’s law, penalizing a pledge’s breach [...] reflects a tradition more than two centuries old. In that practice, electors are not free agents; they are to vote for the candidate whom the State’s voters have chosen”*)⁵² chiarisce che la sanzione statale per il voto infedele degli Elettori è

⁴⁸ Citazione da *ibidem*, II, B, 13.

⁴⁹ Citazione da *ibidem*, II, B, 14. Autorevoli voci della dottrina vengono citate a sostegno della ricostruzione offerta: ad esempio, “Justice Story wrote that “the electors are now chosen wholly with reference to particular candidates,” having either “silently” or “publicly pledge[d]” how they will vote. 3 Commentaries on the Constitution of the United States §1457, 321 (1833). “[N]othing is left to the electors,” he continued, “but to register [their] votes, which are already pledged.” *Id.*, at 321–322. Indeed, any “exercise of an independent judgment would be treated [] as a political usurpation, dishonourable to the individual, and a fraud upon his constituents.” *Id.*, at 322”.

⁵⁰ Così la Corte respinge il valore dei precedenti contrari: “The history going the opposite way is one of anomalies only. The Electors stress that since the founding, electors have cast some 180 faithless votes for either President or Vice President. See Brief for Petitioners 7. But that is 180 out of over 23,000. See Brief for Republican National Committee as Amicus Curiae 19. And more than a third of the faithless votes come from 1872, when the Democratic Party’s nominee (Horace Greeley) died just after Election. Putting those aside, faithless votes represent just one-half of one percent of the total. Still, the Electors counter, Congress has counted all those votes. See Brief for Petitioners 46. But because faithless votes have never come close to affecting an outcome, only one has ever been challenged. True enough, that one was counted. But the Electors cannot rest a claim of historical tradition on one counted vote in over 200 years. And anyway, the State appointing that elector had no law requiring a pledge or otherwise barring his use of discretion. Congress’s deference to a state decision to tolerate a faithless vote is no ground for rejecting a state decision to penalize one”.

⁵¹ Citazione da *ibidem*, III, 17, precisando ancora una volta che “article II and the Twelfth Amendment give States broad power over electors, and give electors themselves no rights”.

⁵² Citazione da *ibidem*, II, B, 16.

una garanzia aggiuntiva della democrazia elettorale e del voto dei cittadini⁵³. Anche in *Chiafalo* occorre dar conto di una posizione minoritaria, rappresentata dalla *concurring opinion* del Giudice Thomas, con l’adesione del Giudice Gorsuch, per il suo contributo originale – anche rispetto a *Ryan* - nell’individuazione di un diverso fondamento testuale della titolarità statale di una competenza legislativa sanzionatoria del voto infedele degli Elettori presidenziali; laddove l’opinione della maggioranza si fonda sulla disposizione di cui all’art. II, sez. 1, clausola 2, l’opinione di minoranza ammette, in primo luogo, che “*the Constitution is silent on States’ authority to bind electors in voting*” e indica invece la fonte costituzionale che legittima l’intervento legislativo degli Stati nel X Emendamento, ossia la norma sui poteri residui⁵⁴.

La *concurring opinion* osserva che l’art. II, sez. 1 della Costituzione impone agli Stati un’obbligazione positiva (“*Each State shall appoint, in such Manner as the Legislature thereof may direct, a Number of Electors*”) ma non conferisce loro alcuna competenza legislativa (“*This obligation to provide the manner of appointing electors does not expressly delegate power to States; it simply imposes an affirmative duty*”) nel presupposto, aggiungiamo noi, che gli Stati ne siano già titolari⁵⁵.

La critica all’opinione di maggioranza puntualizza di conseguenza che “*this interpretation erroneously conflates the imposition of a duty with the granting of a power*” e che “*the Court’s theory is entirely premised on the State exercising a power to appoint*”, sicché “*power to appoint an elector [...] includes power to condition his appointment*”⁵⁶. Inoltre, dal concetto di “*manner*” riferito alla disciplina adottata dagli Stati in applicazione dell’art. II per la nomina degli Elettori non può ricavarsi un potere di imposizione di condizioni successiva alla nomina stessa⁵⁷.

Il ragionamento precisa che l’art. II e il XII Emendamento possono fondare la legittimità di leggi statali che richiedano agli Elettori di assumere l’impegno a votare per il candidato del partito come condizione per la nomina e solo in seguito impongono la sanzione se gli Elettori non rispettano l’impegno. Ma la potestà di sanzionare il voto difforme degli Elettori infedeli già nominati è diversa – e dunque richiede un distinto fondamento testuale - da quella di disciplinare e condizionare il voto degli Elettori attraverso il procedimento della loro nomina⁵⁸.

Il X Emendamento è da individuare quale fondamento costituzionale in grado di prevedere tale disciplina sanzionatoria autonoma e distinta rispetto al potere di nomina che si basa, invece, sul combinato disposto dell’art. II, sez. I, clausola 2 e del XII Emendamento. Questi ultimi, infatti, non incidono sul quadro costituzionale di ripartizione delle competenze, che sono enumerate e limitate per il legislatore federale e, invece, generali e residuali se non (espressamente) limitate dalla Costituzione federale per il legislatore statale. La Costituzione non limita la competenza legislativa degli Stati in ordine agli Elettori presidenziali e, in particolare, non inibisce la previsione

⁵³ La Corte conclusivamente afferma, infatti, che “*the State instructs [...] its electors that they have no ground for reversing the vote of millions of its citizens. That direction accords with the Constitution—as well as with the trust of a Nation that here, We the People rule*”, *ibidem*, III, 18.

⁵⁴ Ne ricordiamo il testo: “*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people*”.

⁵⁵ Citazione da Thomas J., *concurring in judgment*, I, A, 2.

⁵⁶ Citazioni da *ibidem*, I, B, 2, 6.

⁵⁷ Secondo l’interpretazione del Giudice Thomas, “*Article II requires state legislatures merely to set the approach for selecting Presidential electors, not to impose substantive limitations on whom may become an elector. And determining the “Manner” of appointment certainly does not include the power to impose requirements as to how the electors vote after they are appointed, which is what the Washington law addresses*”, *ibidem*, I, B, 3, 4.

⁵⁸ Così si sintetizza la critica all’opinione di maggioranza: “*The Court’s entire analysis is premised on States’ purported Article II “power to appoint an elector” and “to condition his appointment.” The Court does not, and cannot, claim that the text of Article II provides States power over anything other than the appointment of electors*” *ibidem*, II, B, 2, 8.

da parte di una legge statale che imponga la scelta del Candidato e sanzioni il voto difforme degli Elettori infedeli⁵⁹.

La *concurring opinion* si distingue, dunque, dall'opinione di maggioranza per una interpretazione più restrittiva delle disposizioni costituzionali specificamente applicabili alla materia e per il ricorso alla norma relativa alla titolarità della competenza legislativa residuale da parte degli Stati membri. Si potrebbe rilevare, pertanto, che l'opinione della maggioranza è riferibile principalmente alla condizione giuridica individuale degli Elettori presidenziali – cui nega la disponibilità di una potestà di voto autonoma e discrezionale in seno all'EC – e, in misura secondaria, al sistema di democrazia elettorale legittimato dalla prassi consolidata sulla base di un'interpretazione espansiva dell'art. II e del XII Emendamento, mentre l'opinione di minoranza esprime soprattutto una sensibilità ai dati strutturali dell'ordinamento federale motivata da una puntuale interpretazione letterale del dato normativo.

4. Considerazioni conclusive.

I motivi di interesse per la decisione della Corte suprema in *Chiafalo* – che pure di certo non è classificabile fra le *landmark decisions* - sono molteplici e possono essere raggruppati in una prima serie che riunisce soprattutto i profili sistematici dell'EC nel contesto dell'ordinamento federale e in un secondo gruppo che ha riguardo invece più alle argomentazioni utilizzate nelle opinioni di maggioranza e di minoranza – sia in dissenso che concorrente– e, dunque, ai caratteri dell'interpretazione costituzionale resa dalla Corte suprema.

Fra i primi, è da menzionare il rilievo conferito a questo specifico organo costituzionale ad attivazione periodica e non continuativa – il Collegio elettorale per la selezione del Presidente e del Vicepresidente - del quale normalmente si parla solo per ricordarne la vetustà, l'inutilità, la strutturale contraddittorietà rispetto ad un'elezione presidenziale autenticamente democratica in quanto rimessa al voto diretto dei cittadini anziché alla sostanziale finzione di un voto popolare indiretto, la subordinazione ad una costante sollecitazione ad una revisione costituzionale (della quale sfuggono peraltro i contorni precisi della proposta di una disciplina alternativa)⁶⁰.

Nei testi che abbiamo esaminato sono state utilizzate espressioni del tutto rappresentative e realistiche circa il peso specifico che l'organo è chiamato ad esercitare: si è detto che esso è connotato da uno stato di "*rigor mortis*" e i suoi componenti - gli Elettori presidenziali - sono stati definiti come "*voluntary party lackeys and intellectual nonentities.*" Nel linguaggio corrente essi sono anche stati definiti, in modo non certo elogiativo, quali *party dummies* proprio in quanto destinati a non fare altro che trasmettere meccanicamente un voto non riconducibile alla propria autonoma discrezionalità politica. Sicché ciò che avviene nel mese di dicembre, ogni quattro anni, non è di alcun interesse per i cittadini – che lo hanno esaurito tutto nel precedente mese di novembre - e di nessun rilievo per i mezzi di informazione, che solitamente ignorano del tutto il voto dell'EC.

E nondimeno, attraverso la giurisprudenza qui considerata ed il contenzioso che l'ha generata⁶¹, l'EC si prende una sorta di rivincita sul piano formale in tanto in quanto esso si rivela talmente

⁵⁹ Si rinvia alla *concurring opinion*, *ibidem*, II B, 11 ss.

⁶⁰ Per una ricognizione critica di modelli di riforma del sistema elettorale del Presidente (*proportional-vote plan*, *district-vote plan*, *direct election*) e delle principali criticità dell'EC cfr. C. HERMAN PRITCHETT, *Constitutional Law of the Federal System*, Prentice-Hall, 1984, 262 ss

⁶¹ Osserviamo, grazie alle citazioni operate dalle sentenze della Corte suprema, che il contenzioso e relativa giurisprudenza in materia all'interno degli Stati membri sono relativamente copiosi anche se, evidentemente, non raggiungono il sistema giudiziario federale.

cruciale per l'elezione dell'Esecutivo federale da costringere i giudici della Corte suprema ad impegnarsi e dividersi per individuare il fondamento costituzionale dell'unica disciplina in grado di garantire la funzionalità di sistema dell'organo stesso (obbligo imposto dalla legge dello Stato all'impegno di voto per il candidato Presidente del partito e relativa sanzione nel caso di voto infedele).

L'EC, inoltre, rientra a pieno titolo nella ricostruzione degli equilibri dell'ordinamento federale, quali erano stati concepiti alle origini e quali si sono sviluppati in un contesto di dinamiche centripete al quale si fa normalmente riferimento come al *federalising process*.

L'EC si pone infatti quale organo attraverso il quale la Costituzione assegna agli Stati membri l'esercizio di una funzione federale concepita come proiezione centrale di interessi statali. In tal senso, nell'EC può leggersi un fattore di completamento della partecipazione degli Stati membri alla composizione degli organi federali: l'EC per l'elezione e la competenza deliberativa in caso di procedimento di *impeachment* in relazione all'esecutivo, l'originaria designazione dei senatori federali da parte delle assemblee legislative degli Stati membri e la competenza legislativa in materia elettorale anche per la *House of Representatives*, l'*advice and consent* del Senato per la nomina dei giudici federali quale occasione di raccordo fra gli Stati membri e il sistema giudiziario federale (per il quale raccordo la *senatorial courtesy* è stata a lungo uno dei criteri di orientamento anche delle proposte presidenziali).

L'EC è stato travolto non solo dal consolidamento del sistema dei partiti strettamente intrecciato fra dimensione federale e dimensione statale ma anche dall'evoluzione centripeta dell'ordinamento federale, a sua volta assecondata dalla mobilitazione locale e nazionale del sistema partitico provocata, in particolare, dall'elezione del Presidente quale unico elemento di aggregazione periodica quadriennale dei partiti, altrimenti organizzati su base prevalentemente statale.

Occorre anche dire che se, ad un certo punto, la priorità dell'ordinamento è divenuta quella di assicurare la democraticità dell'elezione presidenziale, come segnalato dalla critica radicale dell'assetto esistente (nel 1952) nella *dissenting opinion* del Giudice Jackson in *Ryan* – attraverso le elezioni primarie o la convocazione di *conventions* dei partiti statali -, l'ingabbiamento del comportamento di voto degli Elettori e dell'EC – che infatti il Giudice Jackson avrebbe voluto eliminare del tutto - è stato, a costituzione invariata, un passaggio obbligato⁶².

È proprio questa, a nostro giudizio, la vera funzionalità di sistema garantita dalla giurisprudenza della Corte suprema, appena accennata, peraltro, nelle battute conclusive in *Chiafalo*: gli Elettori presidenziali non possono essere che "*trusty transmitters of other people's decisions*", a maggior ragione in tanto in quanto il decisore in questione siano non gli apparati periferici dei partiti (adusi a deliberare in *smoke filled rooms*, come si diceva già negli anni della *Progressive Era*) ma i cittadini.

La democraticità dell'elezione popolare diretta del Presidente, tuttavia, come sappiamo, non è prevista dal testo della Costituzione federale ed è stata, anzi, deliberatamente e lucidamente rigettata come soluzione praticabile in seno alla Convenzione costituente.

La ricostruzione del quadro costituzionale da parte della giurisprudenza della Corte – tanto nel 1952 quanto nel 2020 – ha dovuto salvaguardare questo preciso bene costituzionale nonostante il

⁶² In effetti la Corte fa anche affidamento sulla notazione per la quale la Costituzione federale – al di là di quanto previsto dal combinato disposto dell'art. II e del XII Emendamento - non impedisce agli Stati di legiferare. In proposito osserviamo però che per tutelare davvero la funzionalità di sistema del ruolo dell'EC forse sarebbe preferibile e più coerente leggere un *obbligo* in capo agli Stati di legiferare in modo da garantire l'esito del voto dell'EC per non dover ritenere che il ruolo supplementare dell'intervento della Camera dei Rappresentanti non debba in realtà ritenersi virtualmente fisiologico.

silenzio testuale della Costituzione ovvero – come la giurisprudenza ci suggerisce- nonostante la sua forma giuridica implicita⁶³.

Ed infatti, la ricerca di un fondamento testuale ambiguo se non del tutto inesistente nell'art. II, sez. 1, clausola 2 e nel XII Emendamento sia in *Ryan* che in *Chiafalo* da parte della maggioranza viene persuasivamente criticata dalla *concurring opinion* in *Chiafalo* senza pregiudizio per la garanzia della democraticità del sistema e con in più il pregio di valorizzare, attraverso il ricorso al X Emendamento, la prospettiva federale.

Quest'ultimo rilievo consente di spostare ora l'attenzione sul secondo ordine di motivi per i quali la sentenza in *Chiafalo* è meritevole, a nostro giudizio, di attenzione. Il giurista di *civil law* non può non percepire l'estraneità della cultura giuridica di *common law* al ragionamento dogmatico, al riferimento al sistema delle fonti del diritto e alle sue definizioni e classificazioni astratte, alla distinzione fra fonti-atto e fonti-fatto. Si tratta, evidentemente, di una mera constatazione che non implica alcun giudizio di valore.

Questa giurisprudenza sembra prestarsi ad esserne evidenza paradigmatica.

L'analisi della ricostruzione e dell'interpretazione nelle varie *opinions* in *Ryan* e in *Chiafalo* ci ha permesso di porre più volte in evidenza come soprattutto l'opinione di maggioranza in entrambe le sentenze abbia fatto affidamento decisivo, oltre che sul testo costituzionale (pur con i rilievi critici già sottolineati), anche sulla prassi ininterrotta registrata con continuità dalla storia costituzionale e riflessa nella giurisprudenza.

Colpisce che tale prassi venga colta e valorizzata in quanto tale, appunto, dalla giurisprudenza senza che si avverta l'esigenza metodologica (o anche solo l'interesse) a procedere ad una sua traduzione giuridica⁶⁴.

Si afferma, in *Chiafalo*, che "*long settled and established practice*" may have "*great weight in a proper interpretation of constitutional provisions*"⁶⁵ ma da quella prassi consolidata si ricavano effetti giuridici sulla fonte costituzionale federale⁶⁶ e rigida⁶⁷ senza dimostrare di ritenere di doverla definire e qualificare giuridicamente quale fonte⁶⁸.

Si tratta, infatti, di ricavare un fondamento alla legittimità della legislazione degli Stati che impone l'obbligo di voto fedele (in *Ryan*) e una sanzione nell'ipotesi di violazione di quell'obbligo (in *Chiafalo*) e tale fondamento testuale – malamente rinvenuto nel testo della Costituzione federale (tranne, a nostro giudizio, che nella *concurring opinion* in *Chiafalo*) – richiede, per essere consistente e persuasivo, il riferimento equiordinato alla prassi non ulteriormente qualificata. Rimane imprecisato se, secondo la Corte suprema, la prassi consolidata *de qua* rimanga tale e se,

⁶³ Un indizio sintomatico può però essere rinvenuto nel testo del XXIV Emendamento del 1964 ("The right of citizens of the United States to vote in any primary or other election for President or Vice President for electors for President or Vice President, or for Senator or Representative in Congress, shall not be denied or abridged by the United States or any State by reason of failure to pay any poll tax or other tax").

⁶⁴ Entrambi tali fattori – si osserva in *Chiafalo* III, B, 17– rimangono estranei anche alle argomentazioni avverse: "The Electors' constitutional claim has neither text nor history on its side. Article II and the Twelfth Amendment give States broad power over electors, and give electors themselves no rights. Early in our history, States decided to tie electors to the presidential choices of others, whether legislatures or citizens".

⁶⁵ Citazione da *Chiafalo*, II, B, 13 con richiamo a *The Pocket Veto Case*, 279 U. S. 655, 689 (1929). Si richiama anche la notazione di James Madison il quale ha scritto che "*a regular course of practice*" can "*liquidate & settle the meaning of*" *disputed or indeterminate "terms & phrases"*.

⁶⁶ E dunque assistita dalla *supremacy clause* di cui all'art. VI della Costituzione federale.

⁶⁷ Secondo il complesso procedimento aggravato previsto dall'art. V della Costituzione federale.

⁶⁸ Il problema è avvertito come ipotesi dal Giudice Jackson nella sua *dissenting opinion* in *Ryan* (cfr. *supra* nota 32) che però rinuncia a sviluppare un ragionamento in proposito in quanto egli stesso nega che si vada oltre una mera prassi ("The Electors' constitutional claim has neither text nor history on its side. Article II and the Twelfth Amendment give States broad power over electors, and give electors themselves no rights. Early in our history, States decided to tie electors to the presidential choices of others, whether legislatures or citizens").

in quanto tale, produca effetti giuridici costituzionali o costituzionalmente rilevanti, ovvero se sia idonea, invece, ad essere inquadrata nella nozione di *convention of the constitution* – nozione quasi mai utilizzata né dalla giurisprudenza né dalla dottrina negli Stati Uniti – ancorché idonea a produrre effetti giuridicamente rilevanti, ovvero ancora se si tratti di una autentica consuetudine costituzionale, in quanto tale riconosciuta dalla Corte suprema quale fonte integrativa del testo costituzionale.

In proposito, giova osservare che il rilievo del dato storico – anche al di là delle tentazioni e dei limiti della scuola interpretativa dell'*original intent* - senza dubbio presenta una marcata idoneità ad influenzare l'interpretazione giuridica in un contesto, come quello statunitense, che offre oltre duecento anni di vita del medesimo testo costituzionale.

Ma, al di là di questa circostanza, anche la giurisprudenza in *Ryan* e in *Chiafalo* ci sembra esprimere in tendenza un singolare approccio che potremmo definire di *costituzionalismo adattativo* – nel quale ben si inquadra la *practical interpretation* che la Corte ammette di applicare in *Chiafalo*, in tanto in quanto l'interprete, anziché (pretendere di) piegare la realtà istituzionale al precetto costituzionale si orienta ad interpretare quest'ultimo in linea con la realtà istituzionale.

Ciò che più conta, ancora una volta, è preservare e garantire la funzionalità di sistema⁶⁹.

⁶⁹ Considerazioni conclusive, queste ultime, analoghe a quelle svolte in R. TONIATTI, *Chi ha vinto l'elezione presidenziale del 2000?*, *Forum sull'elezione del Presidente degli Stati Uniti*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2000, 185 ss.

STEFANIA NINATTI
Transitional constitutionalism e accordo di pace in Colombia.
Prime riflessioni

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'accordo di pace del novembre 2016. – 2. Il “*transitional constitutionalism*” all’esame della Corte costituzionale colombiana. – 3. Non solo Colombia: conclusioni *ad interim*.

1. *Introduzione: l'accordo di pace del novembre 2016*

Il 9 aprile 1948 a Bogotá, mentre il segretario di Stato americano George Marshall guida la nona conferenza panamericana per istituire un nuovo organismo internazionale (l’Organizzazione degli Stati Americani), il candidato alle elezioni presidenziali colombiane Jorge Eliecer Gaitan viene assassinato.

Questo momento segna l’inizio di 70 anni di violenza e terrore all’interno della Colombia¹.

Bisognerà aspettare ben oltre mezzo secolo e – secondo le stime del governo – quasi 7,6 milioni di vittime, dirette e indirette, fra cui circa 250 mila morti, 7 milioni di sfollati, decine di migliaia di desaparecidos, di assassinii politici, di sequestri di persona e migliaia di donne vittime di violenza sessuale², perché si arrivi all’ *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, siglato il 23 giugno 2016 a Cuba, alla presenza di Raúl Castro e Ban Ki-Moon, e firmato il 26 settembre a Bogotá da Juan Manuel Santos Calderón, Presidente della Repubblica di Colombia, e Timoleón Jiménez, Comandante dello Stato Maggiore Centrale delle Forze Armate Rivoluzionarie Colombiane – Esercito Popolare (FARC-EP), al termine di 4 lunghi anni di negoziati.

In realtà, questo testo viene poi in parte modificato poiché (inaspettatamente) il *referendum* previsto per la ratifica dell’accordo viene bocciato con uno scarto minimo di voti: la fase di ratifica del secondo testo viene, invece, portata direttamente all’approvazione delle Camere, dove riceve ampio sostegno. A partire dai primi di dicembre del 2016 l’accordo entra così nella fase, non meno delicata e complessa, dell’attuazione³.

Prima di entrare nel merito dell’accordo e della sua articolata implementazione, può essere utile ricordare come durante l’intero corso dei lavori preparatori, i negoziatori hanno fatto il possibile per rinforzare formalmente l’Accordo come strumento normativo, cercando di “blindarlo sotto il profilo del diritto internazionale e del diritto costituzionale colombiano operanti in connessione fra di loro”, così da evitare il rischio “di limitare al terreno della politica il valore proprio degli accordi fra Stato e ribelli”⁴.

¹ E, sicuramente, influisce sul rapido consenso raggiunto da 21 Stati per istituire la Carta per l’Organizzazione degli Stati Americani, firmata appena pochi giorni dopo, il 30 aprile 1948.

² M. ZUPI, *La Colombia e il processo di pace*, Cespi, n. 72 - febbraio 2017, Senato della Repubblica, servizio affari internazionali, 4, in *Osservatorio di politica internazionale del Parlamento italiano*. Secondo la stima del Registro unico colombiano del giugno 2015, riportata da F. ZAFFALON, *Colombia: il lungo cammino verso la pace*, il Mulino, 2015, 745.

³ Per maggiori dettagli sul processo di negoziazione e approvazione dell’accordo (e sull’influenza che lo stesso conferimento del premio Nobel nel 2016 al presidente Santos ha esercitato), si rimanda a M. ZUPI, *La Colombia e il processo di pace*, cit., 4 e ss. Per quanto riguarda l’approvazione in Parlamento, può forse esser utile ricordare che il 1° dicembre 2016 la Camera approva il nuovo accordo di pace con una maggioranza di 130 voti a zero, dopo l’approvazione al Senato con 75 sì e nessun no, mentre i sostenitori di Uribe lasciano le assemblee prima del voto.

⁴ P. BENVENUTI, *L'accordo di pace in Colombia: far tacere le armi, superare le ragioni del conflitto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, 10, cui si rimanda per approfondimenti sul contenuto e sulla forma giuridica dell’accordo.

Più specificamente, nel suo Preambolo, l'Accordo richiama espressamente i valori posti a fondamento della Costituzione colombiana del 1991, sia riferendosi alla pace come "un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento" ex art. 22 Cost. sia vincolando l'esercizio dei diritti alla generale responsabilità di "propender al logro y mantenimiento de la paz" (art. 95 Cost.)⁵. In termini generali, il preambolo specifica come "la paz ha venido siendo calificada universalmente como un derecho humano, y requisito necesario para el ejercicio de todos los demás derechos y deberes de las personas y la ciudadanía", fornendo in questo modo una preziosa chiave di lettura per l'accordo nel suo complesso.

Dal punto di vista del diritto internazionale, questo atto risulta essere un accordo speciale ai sensi dell'art. 3 della Convenzione di Ginevra del 1949 fra Governo e gruppi di opposizione armati. A fondamento della scelta compiuta quanto alla forma giuridica di accordo speciale vi è stata anche la motivazione di far sì che esso venga considerato parte del diritto internazionale umanitario: in tal modo, una volta incorporato nel sistema giuridico colombiano, esso assume rango costituzionale rientrando nell'insieme di norme che formano il cd. blocco di costituzionalità, come analizzeremo in seguito⁶.

L'accordo di pace colombiano si distingue per la sua notevole complessità, tanto da occupare più di 300 pagine di regolamentazione, e si caratterizza per la scelta di fissare il consenso raccolto al termine di 4 anni di negoziati in 6 punti fondamentali (sintesi di ulteriori accordi specifici confluiti nel testo)⁷, affrontando in modo completo ed equilibrato i temi chiave relativi alla fine della violenza armata e rispondendo a problematiche essenziali quali la sicurezza, la protezione dei diritti umani, lo sviluppo sociale ed economico, la lotta all'economia illecita derivante dal narcotraffico, il problema agrario, il massivo sfollamento interno, lo sfruttamento abusivo delle risorse minerarie, e *last but not least*, la regolamentazione giuridica della memoria e le relative garanzie per le vittime.

⁵ Più specificamente, nel Preambolo dell'accordo si afferma: "Teniendo presente que el Artículo 22 de la Constitución Política de la República de Colombia impone la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento; que el Artículo 95 afirma que la calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional por lo que es deber de todos engrandecerla y dignificarla; que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución implica responsabilidades, entre ellas, propender al logro y mantenimiento de la paz". Come osserva A. RETTBERG, *Peace-Making Amidst an Unfinished Social Contract: The Case of Colombia*, *Journal of Intervention and Statebuilding*, 2019, 4: "in 1991, amidst a peak of drug- and conflict-related violence, a new Constitution was drafted to acknowledge and integrate ethnic, cultural, and regional diversity and produce a more inclusive social contract. Representatives of some of the demobilized guerrilla groups, such as the M19, participated in its design. The Constitution elevated 'peace' to a fundamental constitutional right, thereby stating the expectation that new norms would provide an antidote to rampant violence. The 1991 Constitution was considered very progressive in comparison to former Colombian and other Latin American constitutions (García 2012). However, the Constitution also alienated sectors opposing secularization and minority rights."

⁶ Più ampiamente si veda J. GONZÁLES-JÁCOME, *Courts and Public Opinion: The Colombian Peace Process and the Substitution of the Constitution Doctrine*, in *I-CONnect* (<http://www.iconnectblog.com/>), settembre 2019-

Non si vuole entrare in questa sede nella vivace discussione propria della dottrina internazionalista se gli accordi fra governo e gruppi armati di opposizione debbano essere considerati come veri e propri accordi internazionali o se debbano invece essere qualificati come accordi di natura interna internazionalmente garantiti. Per quanto riguarda il rilievo delle consuetudini internazionali all'interno dell'accordo di pace, P. BENVENUTI, *L'accordo di pace in Colombia: far tacere le armi, superare le ragioni del conflitto*, cit., pag. 11, osserva che esse vengono richiamate "a tutela dei diritti fondamentali non menzionati nell'Accordo in virtù della norma di carattere imperativo per la quale 'en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de la exigencias de la conciencia pública'. In sostanza, si richiama la c.d. clausola Martens che ritroviamo nei fondamentali accordi di diritto internazionale umanitario."

⁷ Più precisamente i punti dell'accordo si snodano attraverso nei seguenti 6 capitoli: Reforma Rural Integral; Participación política: Apertura democrática para construir la paz; Cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo y la Dejación de las Armas; Solución al Problema de las Drogas Ilícitas; Víctimas; Mecanismos de implementación y verificación.

Come si è già anticipato, la fase attuativa di un patto internazionale risulta un momento estremamente complesso e delicato e, tuttavia, essa risulta cruciale per il successo di un accordo internazionale: così, se anche si può considerare normale un avvio attento e ponderato, quasi cauto, è comunque fondamentale, se non si vuole minare la fiducia su cui si basa l'accordo stesso, raggiungere fin da subito dei progressi sostanziali⁸.

In questo senso, sono particolarmente interessanti gli studi svolti periodicamente dal *Notre Dame University Kroch Institute*, che, in base alla sezione 6.3.2 dell'accordo finale, ha il mandato di monitorare l'esecuzione dell'accordo di pace⁹: essi mostrano come, al 31 aprile 2019, l'attuazione copra soltanto il 34%, dell'intero accordo e solo il 23% di queste attività sia stato pienamente concretizzato, mentre la restante parte risulta solo in minima parte – se non per nulla – realizzata¹⁰.

2. Il “transitional constitutionalism” all'esame della Corte costituzionale colombiana

Si è così ora passati alla fase attuativa vera e propria che ha visto il governo colombiano costretto a muoversi nelle pieghe di innumerevoli tensioni create dalla concreta realizzazione dell'accordo di pace. Certo, esso rappresenta una pietra miliare nel processo di giustizia transizionale avviatosi già a partire dal 2012 e, tuttavia, alcuni contenuti dell'accordo e alcuni elementi costitutivi del relativo processo di attuazione sono entrati in contraddizione con i principi sanciti dalla Costituzione colombiana. La Corte costituzionale della Colombia si è perciò trovata davanti a un delicatissimo dilemma: “either favoring the implementation of the Peace Agreement by infringing upon the principles or enforcing them against the terms of the Peace Agreement and risking the success of the transition”¹¹.

Forse inaspettatamente il giudice delle leggi si è trovato così a costituire uno snodo cardinale dell'intero processo di implementazione e ad assumere un ruolo di primo piano in questa fase di transizione.

In realtà, non si può non constatare come la Corte abbia assunto progressivamente nel sistema giuridico e politico colombiano un ruolo centrale, anche in forza dei principi enucleati nella sua precedente giurisprudenza: più in particolare ci si riferisce alla teoria della “sostituzione della

⁸ T. FRANZ e A. GÓMEZ SUÁREZ, *Why Colombia is striking for change?*, nel blog del LSE Latin America and Caribbean Centre (<https://blogs.lse.ac.uk/>), 16 dicembre 2019, indicano in via esemplare alcune delle questioni sostanziali che urgono un intervento, quali l'accesso alla terra, lo sviluppo economico e sociale (soprattutto nei territori maggiormente afflitti da povertà), il controllo dell'economia sommersa ed illegale e della violenza armata, nonché il rafforzamento di istituzioni pubbliche deboli. Non è certo questa la sede per affrontare le più recenti critiche per il rallentamento dell'attuazione del processo di pace e per il riacuirsi di fenomeni di violenza e contestazione, e tuttavia non possono non destare preoccupazione le forti proteste manifestatesi a Bogotá sul finire del 2019 («today's protests, kickstarted by a nationwide general strike on 21 November 2019, are the largest since the 1948 “Bogotazo” riots that followed the assassination of the popular leader Jorge Eliécer Gaitán»).

⁹ Già nell'introduzione dell'accordo si prevede che “Adicionalmente crea un mecanismo de acompañamiento para que la comunidad internacional contribuya de distintas maneras a garantizar la implementación del Acuerdo Final y en materia de verificación se pone en marcha un modelo con un componente internacional integrado por los países que durante el proceso han tenido el papel de garantes y acompañantes y dos vocerías internacionales, todo ello soportado en la capacidad técnica del Proyecto del Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz de la Universidad de Notre Dame de los Estados Unidos”.

¹⁰ In proposito si vedano i vari “*Report on the status of implementation of the Colombia final accord*” redatti dal KROCH INSTITUTE FOR INTERNATIONAL PEACE STUDIES e pubblicati online: il primo, il 16 novembre 2017, il secondo, nell'agosto 2018 ed il terzo nell'aprile 2019. Il periodo per l'implementazione completa dell'accordo è stimato in 15 anni. Si deve anche ricordare che il report del *Kroch Institute* sottolinea – in forza di studi comparatistici – come il grado di sviluppo economico sia fortemente associato a un minor rischio di ricorrenza di conflitti armati.

¹¹ C. BERNAL, D. GONZALES, M. F. BARRAZA & N. ESGUERRA, *Colombia: the state of liberal democracy*, in R. Albert, D. Landau, P. Faraguna, & S. Drugda (Eds.), 59 ss.

costituzione” – secondo cui le riforme della Costituzione non possono mai spingersi fino al punto da alternarne gli elementi essenziali (o la sua identità) e sono comunque soggette al controllo di costituzionalità – e all’identificazione del “blocco di costituzionalità”, che amplia il parametro del giudizio fino a includervi anche i diritti umani riconosciuti a livello internazionale e, più in generale, il diritto internazionale umanitario¹². Grazie a questi due capisaldi del giudizio di costituzionalità la Corte costituzionale si è così trovata ad essere vista anche come “the final arbiter of the main legal measures agreed in the peace process”, con tutte le conseguenze ad esso annesse¹³.

A dire il vero, le prime avvisaglie del clima teso in cui l’accordo si sarebbe dovuto attuare si erano già avvertite nella fase della ratifica, con il fallimento del c.d. “plebiscito per la pace” tenutosi il 2 ottobre 2016 di cui si è detto: in questo caso, la Corte costituzionale era intervenuta ancora prima dello svolgimento delle consultazioni al fine di precisare che un eventuale rigetto dell’accordo di pace avrebbe comportato una rinegoziazione dell’intero testo da parte del governo¹⁴. Il giudice costituzionale in questa occasione aveva osservato, *in primis*, che l’oggetto del referendum non verteva sul diritto alla pace – che è garantito in Costituzione dall’art. 22 come diritto fondamentale e, dunque, come tale, non è sottoponibile a consultazione popolare – bensì sulle condizioni specifiche raggiunte dai negoziatori con riferimento alla cessazione del conflitto e al raggiungimento della pace. In altre parole, secondo la Corte, il referendum costituiva lo strumento per conferire effetto vincolante all’accordo, sancendo al contempo in capo al Presidente l’obbligo di applicarlo, con la conseguenza che, se il numero di voti o la maggioranza richiesta non fossero stati raggiunti, l’accordo non avrebbe potuto essere attuato. D’altro canto, e proprio per il fatto che l’oggetto del referendum non era la pace in sé, bensì le condizioni per realizzarla, la Corte ha anche affermato che il voto negativo non avrebbe avuto l’effetto di rimettere in discussione il processo di pace già in corso, ma solo di imporre l’avvio di una nuova fase di rinegoziazione¹⁵.

La Corte costituzionale interviene, poi, nuovamente, dopo la seconda rinegoziazione e l’approvazione, tramite il voto delle Camere sul nuovo testo, per convalidare la scelta avvenuta in sede parlamentare¹⁶.

Superata la fase della ratifica, la Corte ha dovuto fin da subito fare i conti con i passaggi fondamentali dell’implementazione dell’accordo, di cui il primo passo è costituito dall’analisi della cd. “fast-track normative procedure” per l’implementazione dell’accordo di pace. Con la modifica costituzionale 1/2016, infatti, si è introdotta nell’ordinamento giuridico colombiano una nuova

¹² Più ampiamente sul tema e sui molteplici interrogativi che la cd. “constitutional replacement doctrine” solleva (in questa sede non analizzabili) si veda esemplarmente R. GUASTINI, *I limiti intrinseci alla revisione costituzionale nella giurisprudenza colombiana*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), Studi 2016/1, 153 ss.; G. RAMIREZ-CLEVES, *The Unconstitutionality of Constitutional Amendments in Colombia: The Tension Between Majoritarian Democracy and Constitutional Democracy*, in T. BUSTAMANTE e F. BERNARDO, *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*, 2016, 213 e ss.; C. BERNAL, *Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine*, in *International Journal of Constitutional Law* (<https://academic.oup.com/>) 2013, 339 ss. e S. RAGONE, *The Colombian Constitutional Court and the Peace Process: Slowing down the “Fast Track”?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 29 dicembre 2017.

¹³ A. BARRETO-ROZO e J. GONZÁLES-JÁCOME, *The Colombian Constitutional Court at the Crossroads of the Peace*, in *I-CONnect* (<http://www.iconnectblog.com/>), 2017/08, 1, osserva come la battaglia politica si sia via via spostata non solo nelle aule del tribunale costituzionale tramite ricorsi e *amicus curiae*, ma abbia anche coinvolto la discussione parlamentare per la scelta stessa dei giudici costituzionali. Sulle ragioni che possono spiegare il ruolo assunto dalla Corte costituzionale in Colombia si veda D. GONZALES, *Explaining the Institutional Role of the Colombian Constitutional Court*, in *I-CONnect* (<http://www.iconnectblog.com/>), novembre 2018.

¹⁴ Corte costituzionale della Colombia, sent. C-379/2016.

¹⁵ Più ampiamente si rinvia a N. CAICEDO, *The No to the peace deal in Colombia: what now?*, in *IDP (Istituto de Derecho Público)* (<http://idpbarcelona.net>).

¹⁶ Corte costituzionale della Colombia, sent. C-699/2016.

procedura legislativa, pensata appositamente per l'attuazione dell'accordo di pace e finalizzata a dare precedenza e maggiore rapidità all'attuazione dell'accordo nei processi normativi tramite – in estrema sintesi – alcuni principi fondamentali quali il monopolio del Governo del potere di iniziativa per riforme costituzionali e atti legislativi, il dimezzamento del numero dei dibattiti previsti per l'adozione di riforme costituzionali e leggi ordinarie, la necessità che le proposte di modifiche agli stessi avanzate dal Parlamento vengano approvate dal governo, il voto sull'intero testo della proposta e non su singoli articoli¹⁷. È così che alla Corte costituzionale viene assegnato il primo delicato compito: la verifica della conformità a Costituzione di questa speciale procedura d'urgenza adottata per attuare l'accordo di pace¹⁸.

La Corte costituzionale in tal modo entra di nuovo nel merito dei processi applicativi dell'accordo¹⁹, innanzitutto riconoscendo senza incertezze che la verifica della costituzionalità degli strumenti di giustizia transizionale deve essere svolta usando *standard* più elastici del normale. Tuttavia, la stessa Corte ribadisce anche che la procedura adottata non può arrivare ad alterare, però, i principi cardine della costituzione del 1991, come nel caso specifico viceversa accade limitandosi in maniera sproporzionata il principio della separazione dei poteri e della democrazia deliberativa; nelle condizioni predisposte dalla speciale procedura in esame, infatti, il pluralismo e i diritti politici delle minoranze sono messi fortemente in discussione (sia pur a vantaggio di una procedura accelerata di approvazione degli atti esecutivi dell'accordo), a discapito – secondo l'autorevole giudice – del successo dello stesso processo transizionale. In seguito a questa decisione la speciale procedura legislativa introdotta dalla riforma 1/2016 è stata modificata, con la conseguenza di un riposizionamento dei poteri parlamentari all'interno della stessa²⁰.

Tale decisione (che ha contato al suo interno tre autorevoli *dissenting opinion*) ha sollevato numerose critiche, che hanno accusato sostanzialmente la Corte di volere mettere a rischio il processo di attuazione dell'accordo del 2016 e di non aver adeguatamente soppesato il diritto alla pace nel bilanciamento con i principi della separazione dei poteri e della democrazia parlamentare, finendo per sottoporre a *strict scrutiny* i meccanismi di giustizia transizionale²¹. Senza poter approfondire il merito di questa discussione dottrinale, si deve comunque rilevare che, nel periodo

¹⁷ La Corte costituzionale, poi, avrebbe avuto il potere di controllare tutti gli atti così approvati all'interno di questa speciale fase attuativa dell'accordo di pace.

¹⁸ I due ultimi caratteri della procedura citati nel testo son stati, infatti, impugnati da membri dell'opposizione per contrasto con il principio della separazione dei poteri, rinforzando a dismisura i poteri dell'Esecutivo a discapito di quelli del Congresso. Più ampiamente si veda C. BERNAL, D. GONZALES, M. F. BARRAZA & N. ESGUERRA, *Colombia: the state of liberal democracy*, cit., 60.

¹⁹ Corte costituzionale della Colombia, sent. C-332/2017.

²⁰ Più ampiamente su questa decisione si veda S. RAGONE, *The Colombian Constitutional Court and the Peace process: Slowing down the "Fast-Track"?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 29 dicembre 2017, 9 e ss.

²¹ Se si guarda anche alle sentenze della Corte costituzionale colombiana C-160/2017 e C-331/2017 sui decreti straordinari adottati dal Presidente, si è notato, infatti, come la Corte "have to confront a strict judicial scrutiny, which has to determine 'strict necessity' of the reviewed measure". In altri termini, la Corte finisce per considerare pur sempre le norme appartenenti a questa fase di transizione come norme eccezionali: più in generale, dal punto di vista storico, si ripropone in questi casi il dilemma già affrontato negli anni Cinquanta e Sessanta riguardo a come debbano essere inquadrare giuridicamente le norme di transizione e se esse vadano considerate come una eccezione (approccio seguito, in effetti, in quegli anni). A differenza di allora, tuttavia, nel 1991 si è modificato il quadro costituzionale con l'approvazione di una nuova carta costituzionale, espressamente volta a riconoscere la pace come un diritto fondamentale che informa l'intero assetto giuridico: la Corte costituzionale si trova così "in the uncomfortable, yet privileged, position of being responsible of having the last word on a politica l issue that will very likely shape the future of Colombia" (citazioni da A. BARRETO-ROZO e J. GONZÁLES-JÁCOME, *The Colombian Constitutional Court at the Crossroads of the Peace*, cit., 2 e s.). Gli autori auspicano che la Corte riesca a sviluppare un'interpretazione costituzionale che non si muova più solo all'interno della dicotomia "guerra e pace", ma dia invece rilevanza ad un terzo elemento protagonista dei casi in esami (la transizione), in modo da rispettare adeguatamente la natura e i fini della costituzione approvata nel 1991.

seguito alla sentenza, le FARC si sono demilitarizzate e trasformate in un partito politico²² e le discussioni delle varie proposte di legge provenienti dal Governo hanno avuto spazi più ampi di discussione in Parlamento, così rinforzando la legittimazione del processo di attuazione dell'accordo di pace.

Grazie a questa procedura, il Governo e le Camere hanno perciò proceduto ad approvare diverse parti dell'accordo, tra cui si segnalano due modifiche alla Costituzione: con la riforma costituzionale 1/2017 si è regolato l'intero sistema di giustizia transizionale basato su verità, giustizia, riparazione e "non ripetizione" (istituendo una serie di strumenti giudiziari e stragiudiziali per la tutela delle vittime e per individuare le responsabilità dei colpevoli), mentre con la successiva riforma 2/2017 si è cercato di fornire copertura costituzionale all'accordo di pace.

Entrambe queste riforme sono state vagliate dalla Corte, dandole così l'occasione di specificare ulteriormente i contorni del processo di attuazione. Per quanto riguarda la prima riforma, gran parte di essa è stata ritenuta conforme a Costituzione in due importanti decisioni della Corte²³; più problematica è risultata invece la questione posta dalla seconda modifica costituzionale, secondo cui le previsioni dell'Accordo di pace riguardanti il diritto internazionale umanitario e i diritti fondamentali assurgono a criteri di interpretazione per la validità dell'intero sistema giuridico²⁴. In estrema sintesi, la Corte in questa decisione – pur riconoscendo all'accordo un valore eminentemente politico (che vincola gli organi alla sua attuazione tramite i vari strumenti normativi ivi previsti) e pur ammettendo che la scelta di un lungo periodo di attuazione (12 anni) potesse ritenersi necessaria per creare fiducia e stabilità nella delicata transizione in corso – riesce comunque ad armonizzare il valore prevalente dell'accordo di pace come strumento di transizione con la supremazia della Costituzione e dei suoi principi.

²² Più in generale, sull'impatto positivo sulle FARC dell'accordo di pace, A. PHELAN, *Engaging Insurgency: The Impact of the 2016 Colombian Peace Agreement on FARC's Political Participation*, *Studies in conflict & terrorism*, 2019, 836–852.

²³ Per quanto riguarda la riforma 1/2017, nella sentenza della Corte costituzionale colombiana C-674/2017, non è risultata conforme a Costituzione solo la previsione che assoggetta i cittadini non combattenti alla speciale giurisdizione per la pace senza il loro consenso, in quanto così si viola il diritto ad un giusto processo. La stessa riforma è poi stata di nuovo posta sotto la lente del giudice costituzionale nella decisione C-080/2018: una decisione molto ampia (circa 800 pagine), in cui la Corte ha confermato la riforma nonostante i rilievi mossi formalmente contro la stessa dal nuovo presidente colombiano Duque, in carica dal 7 agosto 2018 ed appartenente al partito centro democratico alla base del voto negativo al referendum per la ratifica dell'accordo di pace (per una sintesi dei punti salienti si veda <https://www.corteconstitucional.gov.co/english/Decision.php?IdPublicacion=225>). Si deve inoltre osservare come in forza del potere riconosciuto in capo al Presidente della Repubblica di opporsi e di rifiutarsi di promulgare disegni di legge per motivi di convenienza costituzionale e politica (cfr. oggi le sez. 165, 166 e 167 della Costituzione del 1991), il presidente Duque ha sollevato sei ampie e motivate obiezioni rispetto alla istituzione della giurisdizione speciale di pace (in questa sede non analizzabili: si rinvia a C. BERNAL, D. GONZALES, M. F. BARRAZA, N. ESGUERRA, S. RUBIANO-GROOT, N. CORREA, *Colombia*, in R. Albert, D. Landau, P. Faraguna, & S. Drugda (Eds.), *I CONNECT-CLOUGH CENTER, 2019 global review of constitutional law*. Con una lieve maggioranza il Congresso ha respinto tali obiezioni e il Presidente è stato costretto a dare il via libera al disegno di legge, così come confermato dalla Corte costituzionale.

²⁴ Corte costituzionale della Colombia, sent. C-630/2017). Oltre al punto sottolineato nel testo, la decisione si sofferma ad analizzare anche altri due elementi della normativa transizionale: il primo riguarda la buona fede che deve guidare le istituzioni pubbliche nel muoversi in armonia con l'accordo di pace, il secondo riguarda la durata di questa normativa di transizione, fissata in tre interi mandati presidenziali (2030). La corte unanimemente ha approvato la normativa in esame, motivando la lunga durata della fase transizionale nell'esigenza di stabilità e sicurezza e illustrando come, in ogni caso, alle autorità pubbliche rimanga comunque un margine di discrezionalità nell'attuazione dell'accordo (sia pur entro gli argini della buona fede e dell'interpretazione conforme agli accordi di pace). G. RAMIREZ-CLEVES, *The Colombian Constitutional Court Rules that Peace Agreement is Mandatory for Three Presidential Terms*, in *I-Connect* (<http://www.iconnectblog.com/>), ottobre 2017, osserva a commento del caso come la Corte si riservi in ogni caso il potere di verificare la normativa transizionale in conformità con i principi costituzionali: "this decision is thus a valuable reminder of the need for the peace process to remain consistent with core constitutional values, and the difficult task Colombia continues to face in balancing peace with other constitutional values"

Da allora la Corte è intervenuta sistematicamente a rivedere le molte riforme attuative messe in campo dal Governo e dal Parlamento per implementare l'accordo di pace, affrontando le più diverse questioni: dall'amnistia (o condanne ridotte) in favore di ex combattenti alle limitazioni dei loro diritti politici, dalle procedure per la giustizia penale all'interno della giurisdizione speciale per la Pace, all'utilizzo di beni delle FARC per la riparazione delle vittime o alle garanzie all'opposizione politica in funzione del rafforzamento del processo democratico deliberativo e altre ancora²⁵. Se non è certo possibile in questa sede esaminare l'intero spettro di casi su cui la Corte ha preso posizione (e su cui ancora si può prevedere intervenga), si può però fin da questi primi cenni constatare come essa abbia accompagnato e guidato passo passo la formazione e il consolidamento del cd. costituzionalismo transizionale.

3. *Non solo Colombia: conclusioni ad interim*

Uno degli aspetti più interessanti di questa prima narrazione del costituzionalismo di transizione nella fase successiva al 2016 in Colombia è sicuramente rappresentato dall'intreccio di natura costituzionale e internazionale che lega l'accordo di pace e la sua delicata implementazione²⁶. All'interno di questo speciale ordito, la Corte costituzionale, come si è visto, non solo è riuscita a ritagliarsi la funzione essenziale di guardiano (e guida) dell'attuazione dell'accordo ma è soprattutto riuscita a fissare indelebilmente alcuni principi costituzionali della fase transizionale, quali esemplarmente la necessità di legittimare questo delicato momento con una effettiva partecipazione del parlamento e, più in generale, della società civile. Nello stesso tempo – a conferma della speciale commistione fra diritto internazionale e diritto costituzionale che permea il processo in corso – essa ha ulteriormente specificato che l'accordo di pace non può certo considerarsi un comune trattato internazionale, in quanto non solo incide sugli elementi strutturali della forma di stato e di governo colombiana, ma ne diventa anche parte costitutiva tramite la citata dottrina del blocco di costituzionalità²⁷. Si deve in proposito rilevare, più in generale, guardando anche ad altre esperienze di transizione, come si sia rilevata “una tendenza crescente a considerare gli accordi di pace che segnano l'inizio della transizione come un momento

²⁵ Una breve sintesi dei casi può essere letta in C. BERNAL, D. GONZALES, M. F. BARRAZA, N. ESGUERRA, S. G. JARAMILLO, V. F. BENITEZ, *Colombia*, in R. Albert, D. Landau, P. Faraguna, & S. Drugda (Eds.), *I-CONNECT-Clough Center 2018 Global Review of Constitutional Law*, in SSRN (<https://papers.ssrn.com/>), 21 ottobre 2019, 59 e ss.

²⁶ Come osserva L. BETANCUR RESTREPO, *The legal status of the Colombian peace agreement*, in *American Journal of International Law- Unbound*, 2016, 188: “One of the many roles played by international law in the Colombian Peace Accord is that of guarantor— that is, creating assurances that the parties will comply with their commitments. To this end, negotiators declared that the Final Peace Accord would constitute a Special Agreement (SA) in “terms of Article 3 common to all Geneva Conventions of 1949,” which “will be introduced [in the Colombian legal system] as part of the constitutional block” and deposited “before the Swiss Federal Council.” Furthermore, they stated, “a presidential declaration will be made taking the form of a unilateral declaration of the Colombian State before the Secretary-General of the United Nations,” and its incorporation in a Resolution of the Security Council will be requested (Comunicado Conjunto # 69, May 12, 2016)”.

²⁷ L. BETANCUR RESTREPO, *The legal status of the Colombian peace agreement*, cit., 188: “it is worth noting that the domestic legal effects consist of the deal’s incorporation into Colombian law as part of the “constitutional block.” The doctrine of the “constitutional block” generally allows for the incorporation of international law into the Constitution. Thus, the idea was that the Peace Accord would gain constitutional status simply because it was a special agreement under international law, rather than occupying a lower rank in the Colombian legal hierarchy. However, many opposed the peace vote in the plebiscite for precisely this reason, considering it an undemocratic means of modifying the Constitution.”

costituzionale, rendendo in tal modo il costituzionalismo immanente al concetto di transizione stessa”²⁸.

L’esperienza colombiana, comunque, pur con le sue specificità, non fa che confermare alcuni dei tratti che la narrativa tipica delle c.d. trasformazioni costituzionali aveva già messo in luce. È stato, infatti, autorevolmente osservato in dottrina che la prospettiva della fase di transizione finisce per mettere in discussione molte delle coordinate del costituzionalismo classico, così “suggerendo una visione meno idealizzata e più sofisticata della relazione esistente tra cambiamento costituzionale e politico”²⁹: quest’angolo visuale ha il pregio di far cogliere il costituzionalismo nel suo aspetto evolutivo. Non si dice certo una cosa nuova quando si osserva che costituzionalismo e trasformazioni politiche vanno quasi per natura di pari passo: il costituzionalismo transizionale si insinua fra le pieghe di questo rapporto in un momento fondamentale, quale è quello di una trasformazione di sistema guidata da norme più generali riconducibili anche al diritto internazionale e in cui il momento costituzionale rappresenta un approdo ideale, stabile e sicuro per gestire e comporre la fase di transizione. Questa circostanza emerge con chiarezza anche dall’esperienza degli ultimi anni, in cui – più ancora che in passato – il diritto costituzionale si è progressivamente confrontato con importanti transizioni politiche, di cui, certo, quelle più note riguardano esemplarmente il Sud America o il Medio Oriente, ma che toccano anche il continente europeo. Tuttavia, sebbene certamente anche il continente europeo abbia già in passato sperimentato queste fasi di transizione (si pensi, in particolare, al periodo dell’immediato dopoguerra), oggi – soprattutto con riguardo all’esperienza di alcuni stati dell’Europa centro-orientale e, con peculiarità proprie, ai Balcani³⁰ – si nota qualche esitazione nell’usare le categorie del costituzionalismo transizionale³¹.

Non è possibile in questa sede approfondire le ragioni di tale incertezza: se prendiamo esemplarmente in esame i discussi casi dell’Ungheria e della Polonia che per prime si sono mosse nell’alveo del costituzionalismo di transizione, non possono però che emergere luci ed ombre di questo processo. Si deve sottolineare che le trasformazioni costituzionali che hanno accomunato il processo di transizione di questi Stati si sono sovrapposte alla partecipazione al progetto euro-unitario con esiti ad oggi ancora incerti, se non veri e propri *backlash* rispetto alla direzione originariamente intrapresa. E se anche si può dire che sia proprio di queste delicatissime fasi che i pilastri del costituzionalismo transizionale possano entrare in conflitto (in particolare) con i principi propri dello stato di diritto, in situazioni descrivibili come democrazie non consolidate, sembra si possa anche arrivare a risultati opposti a quelli desiderati³². Certo, le transizioni presentano per loro

²⁸ C. TURNER, *Transitional Constitutionalism and the Case of the Arab Spring*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, April 2015, 269 (nostra traduzione): in questo saggio il caso analizzato è quello egiziano.

²⁹ R. TEITEL, *The constitutional canon: The challenge posed by transnational constitutionalism*, in UNIVERSITY OF MINNESOTA LAW SCHOOL - SCHOLARSHIP REPOSITORY, *Constitutional Commentary*, 2000, 238 (nostra traduzione). Più recentemente cfr. Anche R. TEITEL, *Transitional Justice and Transformation of Constitutionalism*, in R. Dixon & T. Ginsburg, *Comparative constitutional Law*, Edward Elgar Publishing, 2011, 57 ss.

³⁰ V. Besiver, *ctrl*

³¹ Così W. SADURSKI, *Transitional Constitutionalism versus Rule of Law?*, Hague J Rule of Law, 2016, 355 osserva come “Over 25 years have now passed since the fall of Communism, and since constitutional systems of CEE embarked upon the path of building – with greater or lesser success, and not without backsliding and hesitations – democratic constitutionalism. It is significant to note that the “transitional constitutionalism” paradigm, so popular in the first year of transitions, as been all but abandoned in the recent scholarly writing on post-communist constitutionalism”. Più ampiamente si veda anche M. ROSENFELD, W. SADURSKI, R. TONIATTI, *Central and eastern European constitutionalism a quarter century after the fall of Berlin Wall: introduction to the symposium*, Int. J. Const. Law, 119-123.

³² Molteplici sono le ragioni che hanno portato a questo genere di ricadute all’interno di alcuni paesi dell’Est: guardando al caso ungherese HALMAI G., *Silence of transitional constitutions: The “invisible constitution” concept of the Hungarian Constitutional Court*, I.CON, 2018, 983-984, nota che “one of the possible reasons for this [constitutional backsliding] is the lack of joint constitutional experience of the community. But one wonders whether there would have

stessa natura – proprio perché parte di un percorso non ancora compiuto – il rischio di ritorni al passato o, comunque, di deviazioni rispetto alla direzione intrapresa. In Europa, poi – come si è detto – il quadro è ancora più delicato in quanto queste transizioni si sono intrecciate con la partecipazione al processo di integrazione europea *latu sensu*: è difficile dire, almeno allo stato attuale, quanto abbia pesato questo elemento nelle attuali prese di posizioni di questi stati e quanto invece l'elemento europeo costituisca tuttora un saldo argine negli alti e bassi propri di qualsiasi transizione. Le domande aperte restano molte: certo è che guardare fuori dai propri confini – come in queste breve noti sulla Colombia – permette di riflettere con più chiarezza anche su situazioni a noi più vicine. Come ci ha insegnato l'ex-presidente della Corte Suprema israeliana, “il diritto comparato mi serve come uno specchio: mi consente di osservarmi e comprendermi meglio”³³.

been any way to build up constitutionalism other than above by the elite, including Constitutional Court and its use of the doctrine of invisible constitution with transplanted elements from Western legal systems in a country with no tradition of rule of law, and without a vibrant civil society.”

³³ A. BARAK, *Comparative Law, Originalism and the Role of a Judge in a Democracy: A Reply to Justice Scalia*, Fulbright Convention del 29 gennaio 2006.

MARCO OLIVETTI

Prime considerazioni sul difficile avvio di un processo costituente in Cile

SOMMARIO. – 1. L'accordo politico per una nuova costituzione. – 2. L'elaborazione della Costituzione cilena del 1980. – 3. I caratteri distintivi della Costituzione del 1980 e la sua evoluzione. – 4. Il plebiscito del 1988 e il ritorno alla democrazia. – 5. La normalizzazione della democrazia cilena all'inizio del XXI secolo. – 6. Il processo costituente proposto da Michelle Bachelet. – 7. I contenuti dell'accordo del 14 novembre. – 8. La riforma costituzionale del 23 dicembre 2019. – 9. Il plebiscito del 26 aprile 2020. – 10. La composizione e l'elezione della Convenzione costituzionale. – 11. Le regole sul lavoro della Convenzione. – 12. La natura non sovrana della Convenzione costituzionale. – 13. Il plebiscito sulla nuova Costituzione. – 14. Alcune considerazioni conclusive sulla natura del processo costituente cileno.

1. L'accordo politico per una nuova costituzione

Il 14 novembre 2019, dopo quindici giorni di negoziato, i principali partiti politici cileni hanno raggiunto un accordo politico per elaborare una nuova costituzione¹.

L'accordo è stato sottoscritto dai partiti di centro-destra raccolti nella coalizione *Chile Vamos*, che sostengono il governo del Presidente Sebastian Piñera², dai partiti del centro-sinistra moderato (la coalizione *Nueva Mayoría*)³ e dalle forze di estrema sinistra raccolte nel c.d. *Frente Amplio*. Oltre che dal punto di vista soggettivo, vale a dire per le forze che lo hanno concluso (che includono l'intero arco politico), l'accordo che avvia il processo costituente è particolarmente rilevante sia per i suoi precedenti, sia per il percorso da esso delineato.

Il precedente immediato dell'accordo è rappresentato dalle proteste iniziate a Santiago il 14 ottobre 2019⁴ contro l'aumento dei prezzi della metropolitana, poi degenerate in episodi di guerriglia urbana. A fronte di tali eventi, il governo Piñera ha inizialmente reagito proclamando lo stato di emergenza⁵. Tuttavia, questa misura non ha consentito all'esercito di ripristinare la tranquillità pubblica: le manifestazioni violente sono infatti continuate e nel corso di esse sono state danneggiate varie stazioni della metropolitana di Santiago e incendiati alcuni edifici, causando la morte di alcune decine di persone⁶. Non solo: nonostante il ricorso allo stato di emergenza, alla guerriglia urbana si sono aggiunte manifestazioni di massa quasi del tutto pacifiche, che in alcune

¹ Si v. *La Tercera* (<https://www.latercera.com/>) 15.11.2019 e *Acuerdo por una nueva Constitución: Hoja en blanco, quórum de 2/3 y plebiscito de entrada en abril 2020*.

² Sebastian Piñera, già presidente dal 2010 al 2014, è stato eletto il 17 dicembre 2017 per un secondo mandato ed è in carica dal 10 marzo 2018.

³ La coalizione di centro-sinistra – imperniata sulla Democrazia Cristiana, il Partito Socialista e il Partito por la Democracia – ha governato il Cile (con il nome di *Concertación*) dal 1990 al 2010, sotto le presidenze di Patricio Aylwin (1990-94), Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994-2000), Ricardo Lagos Escobar (2000-06) e Michelle Bachelet (2006-10). Dopo la sconfitta nelle elezioni presidenziali del 2010, essa si è ricostituita col nome di *Nueva Mayoría* ed è tornata al potere dal 2014 al 2018 (seconda presidenza di Michelle Bachelet).

⁴ F. DE RUYT, *Metro: alrededor de mil personas han evadido pago durante protestas*, in *La Tercera* (<https://www.latercera.com/>) 16.10.2019, 19; A. CHECHILNITZKY, *Metro redobla medidas de seguridad tras tercer día de evasión masiva*, in *La Tercera* (<https://www.latercera.com/>) 17.10.2019, 10-11.

⁵ Si v. *La Tercera* (<https://www.latercera.com/>) 18.11.2019 e il Decreto n. 472 del Ministerio del interior y seguridad pública - Subsecretaría del interior, *Declara estado de excepción constitucional de emergencia en la provincia de Santiago y Chacabuco, y las comunas de Puente Alto y San Bernardo de la Región metropolitana*, in *Diario oficial* n. 45481-B del 19.10.2019, 1-2. Nei giorni successivi lo stato di emergenza fu esteso ad altre Regioni cilene.

⁶ Si v. *La Tercera* (<https://www.latercera.com/>) 21.10.2019 e V. Rivera, *Los desmanes de la crisis*, in *La Tercera* (<https://www.latercera.com/>) 9.11.2019, 10-11.

occasioni hanno assunto dimensioni moltitudinarie, come quella del 25 ottobre 2019, nella quale oltre un milione di persone secondo alcuni, fra 500 e 600 mila, secondo altri, sono convenute su Piazza Italia⁷.

Di fronte all'ampiezza della protesta, il Presidente Piñera ha tentato di avviare un dialogo con la cittadinanza e con i partiti di opposizione⁸ e ha deciso di cambiare il suo governo⁹ (sostituendo, in particolare il Ministro dell'Interno Andres Chadwick con Gustavo Blumel, fino a quel momento Segretario Generale della Presidenza)¹⁰ e di revocare lo stato di emergenza¹¹.

Il dialogo con l'opposizione ha inizialmente avuto ad oggetto le riforme in materia tributaria e previdenziale¹², ma l'11 novembre il Presidente ha accettato anche di discutere dell'approvazione di una nuova costituzione, riaprendo così il dibattito sull'attivazione di un processo costituente, proposto dalla Presidente Michelle Bachelet durante il suo secondo mandato (2010-2014). Il 29 ottobre 2019 i presidenti della Camera Iván Flores e del Senato Jorge Quintana hanno annunciato l'elaborazione di un progetto di riforma del capitolo XV della Costituzione volto a regolare un processo costituente.

Ma per comprendere questo processo è necessario fare un passo indietro: occorre cioè risalire alle ragioni della crisi di legittimità della vigente costituzione cilena e, prima ancora, alle circostanze in cui essa vide la luce (§ 2) e alla sua evoluzione (§ 3-5), per riepilogare quindi la proposta di processo costituente a suo tempo presentata da Michelle Bachelet (§ 6). Nella seconda parte di questo saggio verranno quindi illustrati i contenuti dell'accordo per una nuova costituzione (§ 7) e la sua traduzione normativa nella riforma costituzionale del 24 dicembre 2019 (§ 8-13). Seguiranno alcune considerazioni critiche d'insieme (§ 14).

2. L'elaborazione della Costituzione cilena del 1980.

Durante i quaranta anni della sua vigenza¹³, la Costituzione cilena del 1980 è stata caratterizzata da una serie di paradossi, i quali richiedono all'osservatore esterno la disponibilità a cogliere la complessità della vicenda costituzionale cilena di questo periodo, che sfugge a rappresentazioni schematiche.

L'antefatto della Costituzione del 1980 è il colpo di Stato dell'11 settembre 1973¹⁴, con il quale le Forze Armate del Cile destituiscono il Presidente Salvador Allende, eletto tre anni prima, e posero

⁷ A. CHECHILNITZKY, C. SAID, *Más de un millón de voces gritan en Plaza Italia*, in *La Tercera* (<https://www.latercera.com/>) 26.10.2019, 2-3.

⁸ *La fórmula de un pacto trasversal surge como respuesta ante la crisis*, in *La Tercera* (<https://www.latercera.com/>) 21.10.2019, 6-7; *Presidente alista cambios de agenda legislativa y convoca a la oposición*, in *La Tercera* (<https://www.latercera.com/>) 22.10.2019, 4-5.

⁹ *Piñera inicia cuenta regresiva para cambio de gabinete amplio*, in *La Tercera* (<https://www.latercera.com/>) 27.10.2019, 8.

¹⁰ P. CATENA, F. ARTAZA, X. SOTO, M.J. O'SHED, *Un gabinete para afrontar la crisis*, in *La Tercera* (<https://www.latercera.com/>) 29.10.2019, 3.

¹¹ S. VEDOYA, O. FERNÁNDEZ, J. OJEDA, *Gobierno retira Fuerzas Armadas en busca de normalidad*, in *La Tercera* (<https://www.latercera.com/>) 27.10.2019, 10. Si v. i decreti da 527 a 541 del Ministro dell'Interno, pubblicati sul *Diario Oficial* del 28.10.2019.

¹² Si v. *La Tercera* (<https://www.latercera.com/>) 6.11.2019.

¹³ La Costituzione del 1980 entrò in vigore l'11 marzo 1981. Essa, come si preciserà nei § 7 e 13, è al momento in vigore e dovrebbe restarlo fino alla conclusione del processo costituente descritto in queste pagine.

¹⁴ La letteratura sul colpo di Stato del 1973 è ormai sterminata, sia in Cile, sia nel resto del mondo, data l'enorme rilevanza che quell'evento ebbe nell'opinione pubblica mondiale (del tutto sproporzionata rispetto alle dimensioni geografiche, demografiche e geopolitiche del Cile). Fra i testi da me consultati mi permetto di citare l'ampia ricostruzione giornalistica di M. GONZÁLEZ, *La conjura. Los mil y un días del Golpe*, V ed., Ediciones Universidad Iñigo

fine al suo tentativo di transizione al socialismo attraverso l'uso (e talvolta la manipolazione) delle istituzioni democratico-rappresentative, che godevano in Cile di una lunga e venerata tradizione¹⁵.

Lo stesso 11 settembre 1973 i Comandanti dell'esercito, della marina, dell'aviazione e dei carabinieri si autocostituirono come Giunta di governo, assumendo il comando supremo della nazione e impegnandosi a garantire «la plena eficacia de las atribuciones del Poder Judicial» e a rispettare «la Constitución y las leyes de la República, en la medida en que la actual situación del país lo permitan para el mejor cumplimiento de los postulados que ella se propone»¹⁶. Il senso di questa disposizione fu poi chiarito dal decreto-legge n. 128 del 12 novembre 1973, che precisò che la Giunta aveva assunto il potere costituente, oltre al potere legislativo e al potere esecutivo e che la Costituzione del 1925 rimaneva in vigore solo nelle parti in cui non fosse stata modificata mediante decreti-legge della Giunta militare¹⁷.

Di conseguenza, dopo il colpo di Stato, il Cile fu retto da un regime militare, basato su regole da esso stesso dettate mediante decreti-legge. Tuttavia, malgrado il tentativo di assoggettare l'operato della Giunta ad una logica formalmente legalitaria, è ormai accertato che in quel periodo l'uso della forza non avvenne solo nel rispetto di tali regole, ma anche al di fuori di procedure giuridicamente previste, al fine di colpire i partiti, le organizzazioni sociali e gli individui che si riconoscevano nella coalizione *Unidad Popular*, spazzata via dal golpe e spesso anche contro individui e forze sociali e politiche terze, vale a dire estranee sia al colpo di Stato, che al nuovo regime, quali erano non pochi esponenti della Democrazia Cristiana cilena¹⁸.

A differenza di altre dittature militari latino-americane degli anni sessanta e settanta, quella cilena fu dominata dalla figura del suo *leader*, il generale Augusto Pinochet Ugarte, il Comandante in capo dell'Esercito che diresse il golpe dell'11 settembre. Costui – anche in contrasto con altri partecipanti al colpo di Stato e alla gestione politica e militare immediatamente successiva ad esso – riuscì a prolungare la dittatura ben al di là di quanto inizialmente previsto dagli stessi promotori

Portales/Catalonia/UDP Escuela de Periodismo, Santiago de Chile, 2017 e la (non molto credibile) testimonianza del diretto protagonista in A. PINOCHET UGARTE, *El Día decisivo – 11 de septiembre de 1973*, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1979. Un'ottima analisi politologica è A. VALENZUELA, *El quiebre de la democracia en Chile*, Ediciones Univ. Diego Portales, Santiago, 2003. Sui caratteri del regime politico creato dopo il colpo di Stato si v. C. HUNEEUS, *El régimen de Pinochet*, Editorial Sudamericana Chilena, Santiago de Chile, 2000; R. BARROS, *Constitutionalism and Dictatorship. Pinochet, the Junta and the 1980 Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

¹⁵ Sulla storia costituzionale cilena si v. F. CAMPOS HARRIET, *Historia constitucional de Chile*, III ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963; P. RUIZ TAGLE, *Cinco Repúblicas y una tradición. Constitucionalismo chileno comparado*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2016.

¹⁶ Decreto-legge n. 1 dell'11 settembre 1973.

¹⁷ Il testo del decreto legge n. 128 del 1973, significativamente intitolato «ACLARA EL SENTIDO Y ALCANCE DEL ARTICULO 1° DEL DECRETO LEY N° 1, de 1973» era il seguente: «Art. 1°.- La Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de Septiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo.

El Poder Judicial ejercerá sus funciones en la forma y con la independencia y facultades que señale la Constitución Política del Estado.

Art. 2°- El ordenamiento jurídico contenido en la Constitución y en las leyes de la República continúa vigente mientras no sea o haya sido modificado en la forma prevista en el artículo siguiente.

Art. 3°- El Poder Constituyente y el Poder Legislativo son ejercidos por la Junta de Gobierno mediante decretos leyes con la firma de todos sus miembros y, cuando éstos lo estimen conveniente, con la de el o los Ministros respectivos.

Las disposiciones de los decretos leyes que modifiquen la Constitución Política del Estado, formarán parte de su texto y se tendrán por incorporadas en ella».

Il rapporto fra i decreti legge della Giunta militare e la Costituzione del 1925 sarebbe poi stato regolato con più precisione dal decreto legge n. 788 del 2 dicembre 1974.

¹⁸ Sulle violazioni dei diritti umani si v. COMISIÓN CHILENA DE DERECHOS HUMANOS – FUNDACIÓN IDEAS, *Nunca Más en Chile. Síntesis corregida y actualizada del Informe Rettig*, II ed., Colección Septiembre, Santiago de Chile, 1999.

del golpe. Fra l'altro il regime militare avviò un lento e laborioso processo di elaborazione di una nuova Carta costituzionale¹⁹.

Già il 24 settembre 1973 la Giunta di Governo aveva nominato una Commissione di giuristi incaricata di elaborare un progetto di Costituzione; la nomina venne poi formalizzata con il decreto n. 1064 del successivo 25 ottobre. La Commissione era presieduta da Enrique Ortuzar e includeva alcuni autorevoli costituzionalisti cileni, come Alejandro Silva Bascuñan²⁰, ma la figura più rilevante al suo interno fu il giovane giurista conservatore Jaime Guzmán²¹. Essa lavorò fino al 5 ottobre 1978, in ben 417 sedute ed ascoltò una serie di pareri esterni (fra cui quelli di nove professori di diritto costituzionale). Il 18 ottobre 1978 la Commissione presentò il suo progetto alla Giunta militare.

Il 31 ottobre successivo il Presidente della Repubblica chiese un parere al Consiglio di Stato sul progetto di Costituzione. Di tale organo, istituito con decreto-legge n. 1319 del 9 gennaio 1976, erano membri due ex Presidenti della Repubblica: Arturo Alessandri Rodríguez (che lo presiedeva) e Gabriel González Videla (vicepresidente), mentre l'altro ex-presidente allora in vita, Eduardo Frei Montalva, rifiutò di farne parte. Il Consiglio di Stato studiò il progetto di Costituzione in 57 sedute fra il novembre 1978 e il 1° luglio 1980, elaborando un rapporto con 150 indicazioni, da cui sarebbero risultati cambiamenti tutt'altro che marginali.

Verso la fine degli anni Settanta era ormai chiara la finalità perseguita dalla ricostituzionalizzazione cui mirava il governo militare: l'obiettivo era la preservazione dell'essenza del potere delle Forze Armate e dei gruppi della destra cilena che le sostenevano e al tempo stesso la restaurazione della legalità costituzionale, inserendo un elemento democratico e pluralista in un assetto costituzionale che avrebbe dovuto conservare marcati tratti autoritari. Ma sul modo di dosare ed equilibrare questi due ingredienti, la stessa destra cilena era divisa e le proposte di modifica del Consiglio di Stato erano la testimonianza di tale divisione.

La parola finale nella redazione della Costituzione del 1980 spettava comunque alla Giunta Militare, la quale, sulla base del lavoro della Commissione Ortuzar e del parere del Consiglio di Stato procedette all'elaborazione finale del testo, designando un gruppo di lavoro composto di otto persone, coordinato dal ministro dell'Interno Sergio Fernández, che redasse il testo finale della Costituzione fra l'8 luglio e l'8 agosto 1980. La Giunta approvò quindi il testo del progetto di Costituzione, che fu pubblicato sul *Diario Oficial* l'11 agosto 1980. Il giorno successivo il Presidente del Consiglio di Stato Alessandri si dimise per protesta contro il mancato accoglimento dei rilievi del Consiglio di Stato.

Con il decreto-legge n. 3465 dell'8 agosto 1980 la Giunta convocò un plebiscito sulla nuova Costituzione, che si svolse l'11 settembre successivo, nel settimo anniversario del colpo di Stato. Nel plebiscito i voti favorevoli furono il 67.04 per cento. Sulla qualità della deliberazione del corpo elettorale nel 1980 dal punto di vista della libertà e della *fairness* del voto sono ovviamente possibili non pochi dubbi, dato il contesto autoritario nel quale il voto ebbe luogo.

Il Presidente della Repubblica promulgò la Costituzione il 21 ottobre 1980; essa fu pubblicata sul *Diario Oficial* il 24 ottobre successivo ed entrò in vigore l'11 marzo 1981.

3. I caratteri distintivi della Costituzione del 1980 e la sua evoluzione

¹⁹ S. CARRASCO DELGADO, *Genesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, III ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, 222 ss. Per gli atti della *Commissione Ortuzar e del Consiglio di Stato*, v. https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980.

²⁰ Ne facevano parte Enrique Ortúzar Escobar, Jaime Guzmán Errázuriz, Sergio Diez Urzúa, Jorge Ovalle Quiroz, Enrique Evans de la Cuadra, Gustavo Lorca Rojas, Alejandro Silva Bascuñan, Alicia Romo Román, ma alcuni componenti abbandonarono la commissione prima della conclusione dei suoi lavori. Subentrarono pertanto altri membri: Luz Bulnes, Raúl Bertelsen, Juan de Dios Carmona e Rafael Eyzaguirre.

²¹ Sull'itinerario intellettuale di Jaime Guzmán – poi assassinato da terroristi di estrema sinistra nel 1991, dopo il ritorno del Cile alla democrazia – si v. R. CRISTI, *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Una biografía intelectual*, II edizione, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2011, ristampa 2014.

La Costituzione del 1980 si componeva²² – e questo è il primo paradosso – di due costituzioni diverse²³.

La prima prevedeva una serie di principi e regole che tentavano di costruire un costituzionalismo autoritario, fortemente segnato dal punto di vista ideologico, sia per l'adozione di norme di «democrazia protetta»²⁴, sia per la costituzionalizzazione di un modello liberista (o neo-liberale) di proprietà privata²⁵ e di libero mercato²⁶ e più in generale a una concezione sussidiaria dello Stato, enunciata con chiarezza sin dall'art. 1 della stessa Costituzione²⁷. Si trattava del tentativo di evitare con norme costituzionali il ritorno alla transizione al socialismo avviata dal *Unidad Popular* negli anni 1970-73. Ma la democrazia protetta non si limitava ai principi e ai diritti ed aveva ben precise conseguenze sul piano dell'organizzazione costituzionale: questa in linea generale si ispirava al modello presidenziale, con elezione popolare sia del Presidente della Repubblica che delle due Camere del Congresso. Ma il modello presidenziale classico era alterato da alcuni elementi di squilibrio a favore dell'Esecutivo rispetto al legislativo (anzitutto il potere di scioglimento anticipato della Camera di cui all'art. 43) e dal singolare sistema elettorale per la Camera dei deputati e per il Senato, basato sul collegio binominale²⁸, il cui obiettivo era garantire alla destra cilena un potere di veto nel nuovo Parlamento democratico (il Congresso, che una legge della Giunta militare²⁹ trasferì da Santiago a Valparaiso), oltre che dalla presenza di un numero di senatori non elettivi³⁰. Le forze armate, il Consiglio di sicurezza nazionale³¹ e la Corte suprema costituivano l'elemento organizzativo sottratto alla immediata operatività del principio democratico, che doveva garantire un certo grado di continuità con il regime autoritario.

Si trattava, dunque, di un documento che, nel momento stesso in cui prefigurava l'uscita dalla dittatura e la transizione alla democrazia, conteneva una serie molto pesante di limitazioni al futuro regime democratico.

²² L'uso dell'imperfetto è giustificato dal fatto che, come si vedrà di seguito, gran parte di tali disposizioni non è più in vigore.

²³ G. ARRIAGADA, J. BURGOS, I. WALKER, *Una nueva Constitución. Sobre derechos, deberes y poder*, Uqbar Editores, Santiago de Chile, 2017, 24.

²⁴ Art. 8: «Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento constitucional de la República.

Las asociaciones o movimientos y partidos políticos, que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos son inconstitucionales.

Corresponderá al Tribunal constitucional conocer de las infracciones a lo dispuesto en los incisos anteriores (...).

²⁵ Art. 19, n. 23 e 24.

²⁶ Art. 19, n. 21: «El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal casos, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado».

²⁷ Art. 1: «(...) El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece (...).

²⁸ Art. 43, che faceva rinvio a «la ley orgánica respectiva».

²⁹ Si v. la l. n. 18678 del 1987.

³⁰ Art. 45.

³¹ Art. 95 e 96 della Costituzione del 1980.

Ma i limiti non finivano qui. Le norme transitorie della Costituzione del 1980 congelavano infatti la parte organizzativa della Costituzione. Esse stabilivano che al momento dell'entrata in vigore della Costituzione avrebbe avuto inizio un mandato presidenziale della durata di 8 anni, il cui titolare avrebbe continuato ad essere il Presidente Pinochet (che era menzionato per nome nella XIV disposizione transitoria) e prevedevano che, durante tale mandato, questi disponesse di poteri che erano regolati dalle stesse norme transitorie e solo residualmente dalle norme «a regime» della Carta costituzionale³².

La XVIII disposizione transitoria attribuiva invece alla Giunta di governo il potere costituente, il potere legislativo e tutta una serie di altre rilevanti attribuzioni costituzionali per il periodo del primo mandato presidenziale (1981-89), mentre la XX disposizione transitoria dichiarava inapplicabili per il periodo in questione le norme costituzionali sul Congresso, mantenendo in funzione il Consiglio di Stato fino alla elezione del Senato. Per gli otto anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione (11 marzo 1981) la Costituzione di Pinochet era stata dunque preventivamente congelata dalle sue stesse disposizioni transitorie.

La XXVII e la XXVIII disposizione transitoria stabilivano poi che 90 giorni prima della scadenza del mandato presidenziale di 8 anni indicato nella XIII disp. trans. si sarebbe dovuto tenere un plebiscito nel quale il popolo cileno sarebbe stato chiamato a decidere fra due alternative: a) la conferma plebiscitaria del candidato indicato dai Comandanti in capo delle forze armate e dell'arma dei Carabinieri per un ulteriore mandato presidenziale di 7 anni, con l'applicazione in quel periodo di tutte le norme organizzative previste dalla Costituzione (inclusa, in particolare, l'elezione di un Congresso composto di una Camera e di un Senato)³³; b) la proroga per un ulteriore anno del mandato del Presidente in carica e la convocazione, 90 giorni prima della scadenza di tale proroga, di elezioni presidenziali e parlamentari pluraliste, secondo le norme previste dalla Costituzione, contestualmente all'inizio della piena vigenza delle norme organizzative da questa previste³⁴.

E le norme transitorie ebbero un ruolo decisivo e per certi aspetti più duraturo delle norme «a regime» della Carta del 1980, alcune delle quali, come fra poco si vedrà, non furono mai operative.

4. Il plebiscito del 1988 e il ritorno alla democrazia

Il plebiscito previsto dalla XXVIII disposizione transitoria della Costituzione fu convocato per il 5 ottobre 1988 ed il candidato indicato dalle forze armate fu, come largamente previsto, lo stesso generale Pinochet.

Il voto del 5 ottobre ebbe in effetti portata storica e segnò una svolta nell'evoluzione istituzionale cilena assai più incisiva dell'entrata in vigore della Costituzione del 1980: è infatti ad esso che si deve la vera e propria ri-costituzionalizzazione della Repubblica cilena e la chiusura della parentesi autoritaria iniziata nel 1973.

Nella consultazione, che, a differenza del plebiscito del 1980, ebbe luogo in condizioni di sostanziale correttezza, nelle quali alle forze di opposizioni fu consentito di manifestare le loro

³² La XIII disposizione transitoria faceva infatti rinvio alle norme costituzionali sul Presidente della Repubblica, ma «con las modificaciones y salvedades que se indican en las normas transitorias siguientes». E la XV disp. trans. ampliava significativamente i poteri del Presidente.

³³ XXVIII disposizione transitoria della Costituzione, la quale stabiliva che i Comandanti in capo delle forze armate avrebbero dovuto procedere alla designazione almeno novanta giorni prima della scadenza del mandato presidenziale iniziato l'11 marzo 1981 e che avrebbero dovuto comunicare il nome del designato al Presidente della Repubblica, che avrebbe dovuto convocare il plebiscito.

³⁴ XXIX disposizione transitoria della Costituzione.

opinioni nello spazio pubblico e nei *media*, il No al prolungamento del regime di eccezione risultò chiaramente prevalente³⁵.

Dopo alcune esitazioni, il generale Pinochet fu costretto dai vertici delle forze armate ad accettare il risultato e ad avviare un negoziato con i partiti di opposizione in virtù del quale nel 1989 la Costituzione del 1980 venne incisivamente modificata, in modo da consentire una dialettica democratica compatibile con gli standard minimi dell'epoca. Le riforme del 1989 furono a loro volta sottoposte a plebiscito il 30 luglio 1989 e furono nettamente confermate nel voto popolare³⁶. Sulla base di tale riforma, si tennero nel dicembre 1989 le prime elezioni presidenziali dopo 20 anni e il candidato democratico-cristiano Patricio Aylwin, sostenuto da tutti i partiti di centro-sinistra, prevalse chiaramente sul candidato di centro-destra Hernan Buchi³⁷. Anche nelle elezioni legislative, le forze di centro-sinistra risultarono prevalenti, pur essendo il loro successo contenuto dal sistema elettorale ereditato dal regime anteriore³⁸. L'altra eredità della Costituzione del 1980 erano i senatori militari, e la posizione di Pinochet come Comandante supremo dell'esercito, che fu conservata anche dopo il passaggio dei poteri da Pinochet ad Aylwin (11 marzo 1990), oltre ai giudici della Corte suprema nominati dallo stesso Pinochet subito prima di lasciare la Presidenza.

Ma l'eredità della dittatura non era affidata soltanto al ruolo dei militari. Essa si era del resto basata su un sostanziale appoggio politico da parte delle forze della destra cilena. Quest'ultima vantava una rilevante tradizione e una forte presenza sociale e culturale. Pur essendo, nel complesso, minoritaria nella società cilena, essa rappresentava una minoranza assai consistente, difficilmente quantificabile in modo preciso, ma probabilmente vicina al 40 per cento dei consensi elettorali. Dopo il 1990 la destra cilena si articolò soprattutto in due partiti: uno prevalentemente laico e più moderato, *Renovación Nacional*, che si richiamava alla destra cilena anteriore al 1973 e a figure come l'ex presidente Arturo Alessandri Rodríguez (capo dello Stato dal 1958 al 1964) e uno di origine più recente l'*Unión Demócrata Independiente*, al tempo stesso più conservatore e sociale, con elementi confessionali. La forza della destra cilena fu confermata da tutte le elezioni svoltesi dopo il 1989, sia presidenziali³⁹, che parlamentari⁴⁰, nonostante la prevalenza, in tali consultazioni, delle forze di centro e di sinistra raccolte nella *Concertación*.

5. La normalizzazione della democrazia cilena all'inizio del XXI secolo

³⁵ Il Sì prevalse con il 56 per cento dei voti contro il 44 per cento del No. Al riguardo si v. J. FERNANDOIS, A. SOTO, *El plebiscito de 1988. Candidato único y competencia*, in A. SAN FRANCISCO, A. SOTO (a cura di), *Camino a la Moneda. Las elecciones presidenciales en la historia de Chile 1920-2000*, Instituto de Historia/Centro de Estudios Bicentenario, Santiago, 2005, 371 ss.

³⁶ Il 91,25 per cento dei votanti si esprime a favore della riforma contro l'8,74 per cento di voti contrari.

³⁷ Aylwin ottenne il 55,17 per cento dei voti, Buchi il 29,4 e Errázuriz il 15,43.

³⁸ Alla Camera, i partiti della *Concertación* ottennero il 51,49 % dei voti e 69 seggi su 120, mentre la coalizione di centro-destra *Democracia y Progreso* ottenne il 34,18 per cento dei voti e 48 seggi. Al Senato la *Concertación* conseguì il 54,63 % dei voti e 22 seggi contro il 34,85 % e 16 seggi di *Democracia y Progreso* (ma ai 38 senatori elettivi si affiancavano 8 senatori di nomina presidenziale). Si v. R. NAZER, J. ROSEMNBLOT, *Electores, sufragio y democracia en Chile: Una mirada histórica*, in *Mapocho*, 48 (2000), 215 ss.

³⁹ Nelle elezioni presidenziali i candidati di destra non riuscirono ad accedere al ballottaggio né nel 1989 (quando Hernán Buchi ottenne il 29,4 per cento), né nel 1993 (quando Alessandri Besa si fermò al 24,41, mentre José Piñera ottenne il 6,18). Dal 1999 il candidato di centro destra ammesso al ballottaggio ha sempre superato il 35 per cento dei voti: Lavín ottenne il 48,69 nel 2000, Sebastián Piñera il 46,5 nel 2006, lo stesso S. Piñera il 51,61 nel 2010, Matthei il 37,83 nel 2013 e S. Piñera il 54,58 nel 2017.

⁴⁰ Le percentuali di voto ottenute dalla coalizione di destra hanno oscillato fra un minimo del 34,18 per cento (1990) ed un massimo del 44,27 (2001) alla Camera e fra un minimo del 34,85 per cento (1989) e un massimo del 44,03 (2001) al Senato. In tutte le elezioni legislative dal 1989 al 2013 la coalizione di destra ha ottenuto meno voti di quella di sinistra, mentre nel 2017, a causa della distribuzione dei voti del centro-sinistra in tre diverse coalizioni (quella di centro a guida democristiana, la *Nueva Mayoría* e il *Frente Amplio*) è risultata la coalizione nettamente più votata, con il 38,66 per cento dei voti alla Camera e il 37,71 al Senato.

Il sistema politico delineatosi col plebiscito del 1988 e con le elezioni del 1990 è stato dunque caratterizzato da un bipolarismo fra destra e centro-sinistra, che fino al 2010 è stato segnato dal dominio elettorale del centro-sinistra⁴¹, ma che dalle elezioni del 2010 in poi ha visto prodursi per ben tre volte l'alternanza al potere: dopo la vittoria del candidato di centro-destra Sebastián Piñera nelle elezioni del 17 gennaio 2010, le elezioni svoltesi il 15 dicembre 2013 videro la vittoria della candidata socialista Michelle Bachelet e quelle del 17 dicembre 2017 un nuovo successo di Piñera⁴². Parallelamente all'indebolimento dell'egemonia del centro-sinistra che risultò evidente nel secondo decennio del XXI secolo⁴³, si era verificata una trasformazione della destra cilena, la quale aveva gradualmente attenuato e poi abbandonato la propria identificazione con la dittatura di Pinochet, a causa sia della chiara emersione dei crimini commessi dalla dittatura, sia di una serie di episodi di corruzioni nei quali il generale era risultato essere coinvolto.

Una serie di tradizioni repubblicane era stata ripristinata a partire dal 2000⁴⁴ e ben 31 leggi di riforma costituzionale sono state approvate dal 1989 al 2012⁴⁵. Fra queste ha particolare importanza

⁴¹ Per un tentativo di bilancio su questo periodo si v. Y. QUIROGA, J. ENSIGNIA (a cura di), *Chile en la concertación (1990-2010). Una mirada crítica, balance y perspectivas*, Friedrich Ebert Stiftung, Santiago de Chile, 2009

⁴² Quelle indicate nel testo sono le date del secondo turno. Il primo turno si era svolto rispettivamente il 13 dicembre 2009, il 17 dicembre 2013 e il 19 novembre 2017.

⁴³ Già le elezioni presidenziali del 2009-2010 evidenziarono una grave spaccatura nel centro sinistra, che arrivò al primo turno diviso fra due candidature: quella ufficiale della *Concertación*, rappresentata dall'ex presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle e quella ribelle di Marcos Enriquez Ominami. La frattura ha raggiunto l'apice nelle presidenziali del 2017, quando l'ex *Concertación* non solo è arrivata divisa su due candidati – quello ufficiale, il radicale Alejandro Guillier e la democristiana Carolina Goic – ma ha assistito all'exploit della candidata della nuova sinistra radicale del *Frente Amplio*, che col 20,27 per cento dei voti si è avvicinata moltissimo al 22,70 con cui Guillier è stato ammesso al ballottaggio.

⁴⁴ Fra esse quella – consolidatasi durante la vigenza della Costituzione del 1925, che aveva introdotto in Cile l'elezione del Presidente della Repubblica a suffragio universale e diretto – per cui il candidato o i candidati risultati sconfitti nell'elezione presidenziale si recavano a rendere omaggio al candidato che avesse ottenuto il maggior numero di voti. Fu il candidato di centro destra Joaquín Lavín a ripristinare questa pratica la sera del secondo turno delle elezioni presidenziali del 2000 (il primo ballottaggio nella storia delle elezioni presidenziali in Cile), che videro la vittoria del candidato della *Concertación* Ricardo Lagos.

⁴⁵ Se ne v. l'elenco in <https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/leyes-reforma-constitucion>. Le riforme costituzionali sono le seguenti: 1. Ley Nº 18.825 de 17.8.1989, Modifica la Constitución Política de la República de Chile; 2. Ley Nº 19.055, de 1.4.1991, Modifica la Constitución Política de la República de Chile; 3. Ley Nº 19.097 de 12.11.1991, Modifica la Constitución Política de la República en Materia de Gobiernos Regionales y administración Comunal; 4. Ley Nº 19.174, de 12.11.1992, Interpreta el inciso segundo de la disposición trigésima tercera transitoria de la Constitución Política de la República; 5. Ley Nº 19.295, de 4.3.1994, Modifica el Artículo 25 de la Constitución Política de la República; 6. Ley Nº 19.448 de 20.2.1996, Incorpora disposición transitoria que indica a la Constitución Política de la República; 7. Ley Nº 19.519 de 16.09.1997, Crea el Ministerio Público; 8. Ley Nº 19.526 de 17.11.1997, Reforma Constitucional sobre Administración Comunal; 9. Ley Nº 19.541 de 22.11.1997, Reforma Constitucional relativa al Poder Judicial; 10. Ley Nº 19.597 de 14.1.1999, Modifica el Artículo 74 de la Constitución Política de la República; 11. Ley Nº 19.611 de 16.6.1999, Establece igualdad Jurídica entre Hombres y Mujeres; 12. Ley Nº 19.634 de 2.10.1999, Reforma de la Constitución Política de la República estableciendo el reconocimiento de la Educación Parvularia; 13. Ley Nº 19.643 de 5.11.1999, Introduce modificaciones a los Artículos 26, 27 y 84 de la Constitución Política de la República, sobre calificación de la elección de Presidente de la República y Tribunal Calificador de elecciones; 14. Ley Nº 19.671 de 29.4.2000, Reforma Constitucional que modifica el Artículo 117 de la Carta Fundamental, en lo relativo a la oportunidad en que han de reunirse las dos Cámaras para aprobar una Reforma Constitucional; 15. Ley Nº 19.672 de 28.4.2000, Reforma Constitucional que modifica el Artículo 30 de la Carta Fundamental, con el fin de establecer el estatuto de los ex Presidentes de la República; 16. Ley Nº 19.742 de 25.8.2001, Reforma Constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística; 17. Ley Nº 19.876 de 22.5.2003, Reforma Constitucional que establece la obligatoriedad y gratuidad de la Educación Media; 18. Ley Nº 20.050 de 26.8.2005, Reforma Constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República; 19. Ley Nº 20.162 de 16.2.2007, Reforma Constitucional que establece la obligatoriedad de la Educación Parvularia en su segundo nivel de transición; 20. Ley Nº 20.193 de 30.7.2007, Reforma Constitucional que establece los territorios especiales de la Isla de Pascua y archipiélagos Juan Fernández; 21. Ley Nº 20.245 de 10.1.2008, Reforma

l'ampia riforma costituzionale del 2005⁴⁶, che conteneva ben 54 modifiche al testo costituzionale previgente e che eliminò dalla Costituzione del 1980 quasi tutte le eredità della dittatura pinochettista⁴⁷, vale a dire le c.d. «enclaves autoritarias» che erano rimaste nel testo costituzionale anche dopo il 1989, come i senatori vitalizi non elettivi e il Consiglio di Sicurezza nazionale (ora ridotto ad organo consultivo in materia di sicurezza). Persino la firma del generale Pinochet in calce al testo costituzionale del 1980 venne eliminata, dato che la riforma abilitò il governo a redigere un testo unico che incorporava le riforme nella Costituzione e che tale testo ora recava la firma del Presidente Ricardo Lagos Escobar. La morte del generale alla fine del 2006 aveva in qualche modo segnato anche simbolicamente la fine di un passato che la sua presenza nelle istituzioni fino al 1998 e i tentativi – quasi del tutto falliti – di chiamarlo a rispondere in tribunale dei crimini della dittatura negli ultimi anni della sua vita avevano rivelato essere particolarmente ingombrante.

L'ultima anomalia del costituzionalismo pinochettista era rappresentata dalla legge elettorale e dal suo singolare sistema binominale⁴⁸. Anche questo meccanismo venne però riformato durante la seconda presidenza Bachelet con la legge n. 20.840 del 2015⁴⁹.

D'altro canto, le istituzioni uscite dalla dittatura, pur con il loro evidente *deficit* democratico, si erano rivelate funzionali anche in alcuni aspetti più criticabili, in quanto hanno costretto alla moderazione e alla convivenza le forze politiche che nel 1970-73 erano arrivate ad un punto di contrapposizione talmente radicale che il colpo di Stato era sembrato quasi inevitabile (e che l'alternativa ad esso non sarebbe stata forse la continuità delle istituzioni democratiche, quanto, piuttosto, una svolta autoritaria di segno opposto). Il vizio di legittimazione *nell'origine* della Costituzione del 1980 era stato lentamente superato da una legittimazione *nell'esercizio* del potere, vale a dire nell'articolazione di una corretta pratica democratica. Della qualità di quest'ultima sono

constitucional que regula la entrada en vigencia de las leyes procesales que indica; 22. Ley Nº 20.337 de 4.4.2009, Reforma Constitucional que modifica los artículos 15 y 18 de la Carta Fundamental, con el objeto de consagrar el sufragio como un derecho de los ciudadanos y de su inscripción automática en los Registros Electorales; 23. Ley Nº 20.346 de 14.5.2009, Reforma Constitucional en materia de Asociacionismo Municipal; 24. Ley Nº 20.352 de 30.5.2009, Reforma constitucional que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional; 25. Ley Nº 20.354 de 12.6.2009, Reforma Constitucional que modifica la fecha de elección de Presidente de la República; 26. Ley Nº 20.390 de 28.10.2009, Reforma Constitucional en materia de Gobierno y Administración regional; 27. Ley Nº 20.414 de 4.1.2010, Reforma constitucional en materia de transparencia, modernización del Estado y calidad de la política; 28. Ley Nº 20.503 de 27.4.2011, Reforma Constitucional relativo a la supervigilancia y control de armas; 29. Ley Nº 20.515 de 4.7.2011, Reforma constitucional para adecuar los plazos vinculados a las elecciones presidenciales; 30. Ley Nº 20.516 de 11.7.2011, Reforma constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no pueden procurárselas por sí mismas; 31. Ley Nº 20.573 de 6.3.2012, Reforma Constitucional sobre territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández.

⁴⁶ Si v. la legge n. 20.050 del 2005.

⁴⁷ Sulla riforma del 2005 si v. E. PFEFFER URQUIAGA, *Reformas constitucionales 2005. Antecedentes – Debates – Informes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.

⁴⁸ Su tale sistema si v. P. SIAVELIS, *Sistema electoral, desintegración de coaliciones y democracia en Chile: ¿El fin de la Concertación?*, in *Revista de Ciencia política*, 2006, 58-80; D. NOHLEN, *La reforma del sistema binominal desde una perspectiva comparada*, in *Revista de Ciencia política*, 2006, 191-202; J.M. CAREY, *Las virtudes del sistema binominal*, ivi, 226-235; C. HUNEEUS (a cura di), *La reforma al sistema binominal en Chile. Propuestas para el debate*, Catalonia, Santiago de Chile, 2006; M. RUBANO LAPASTA, *La reforma del sistema electoral chileno*, in *Estudios Constitucionales*, 2007, 365-380; E. VON BAER, *Sistema binominal: consensos y disensos*, in A. FONTAINE, C. LARROULET, J. NAVARRETE, I. WALKER (a cura di), *Reforma del Sistema Electoral Chileno*. PNUD, CEP, Libertad y Desarrollo, Proyectamérica y Cieplan, Santiago, 2009.

⁴⁹ Si v. ley Nº 20.840, D.O. 05.05.2015, que *Sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional*. Si v. poi il testo unico (testo refundido) della legge sulle votazioni, n. 18.700, oggi vigente.

testimonianza gli indicatori che collocano stabilmente il Cile – assieme all'Uruguay e al Costa Rica – al vertice delle graduatorie sulla qualità della democrazia in America Latina⁵⁰.

6. Il processo costituente proposto da Michelle Bachelet

Il consolidamento delle istituzioni democratiche cilene dopo il 1990 è stato accompagnato – e sostenuto – dai buoni risultati ottenuti dall'economia cilena⁵¹ dopo il ritorno alla democrazia. Tali risultati – in virtù dei quali il sistema economico e più in generale la società cilena, presentano per vari aspetti profili più europei che latino-americani – non possono nascondere alcune non marginali questioni controverse, che si concentrano attorno a quattro grandi temi: il sistema pensionistico; il sistema sanitario; il sistema educativo, scolastico ed universitario; i diritti delle popolazioni indigene.

Nei primi tre ambiti, le scelte politiche liberiste compiute durante la dittatura sono state mantenute nella loro essenza, pur essendo state in più punti modificate ed adattate, e si basano sulla prevalenza dell'elemento privato su quello pubblico. Nel quarto, le rivendicazioni di una parte dell'etnia *mapuche* – una frazione della quale è concentrata nel centro-sud del Cile, nella Araucanía, mentre altre frazioni vivono nelle città – pur avendo avuto in parte accoglienza, restano un tema divisivo per la società e la politica cilena.

Ma se non è possibile sottovalutare il rilievo costituzionale di tali questioni, si può però osservare che esse sono esempi dei *clivages* che attraversano le società pluraliste governate sulla base dei principi della democrazia liberale. Sicché si è tentati di osservare che, dopo il 2005, la «Costituzione di Pinochet» che regge il Cile, non ha di Pinochet nulla se non l'autore originario di un testo che nel frattempo ha mutato totalmente contenuto e natura. Di essa resta quasi solo un elemento di carattere simbolico: il che, tuttavia, non può essere ritenuto del tutto irrilevante in un tempo nel quale le questioni simboliche svolgono un ruolo sempre più centrale nel discorso politico delle democrazie consolidate⁵².

La proposta della Presidente Michelle Bachelet di avviare un processo costituente per sostituire del tutto la Costituzione del 1980 va dunque collocata in questo contesto, oltre che nell'orizzonte del bicentenario dell'indipendenza cilena nel 2018⁵³. La Presidente aveva annunciato l'avvio di un processo costituente nel corso della campagna elettorale che alla fine del 2013 la portò per la seconda volta al Palazzo della Moneda, argomentando la sua proposta sulla base dell'origine

⁵⁰ Si v. ad es. L. MORLINO (a cura di), *La calidad de las democracias en América Latina. Informe para IDEA Internacional*, Idea, Stoccolma, 2014, 59.

⁵¹ Si v. ad es. i dati Ocse riportati in <http://www.oecd.org/economy/chile-economic-snapshot/>.

⁵² Per un panorama dei possibili oggetti di una riforma costituzionale si v. P. GAILHOFER, *Zur Debatte über Verfassungsreformen in Chile*, in *Verfassung und Recht im Übersee*, 2010, n. 2, 192-207. Fra i principali contributi degli studiosi cileni si v. P. ZAPATA LARRAIN, *La casa de todos. La Nueva Constitución que Chile merece y necesita*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2015; C. FUENTES, A. JOIGNANT, *La solución constitucional. Plebiscitos, asambleas, Congresos, sorteos y mecanismo híbridos*, Catalonia, Santiago de Chile, 2015; S. GREZ, *Asamblea constituyente. La alternativa para Chile*, II ed., América en Movimiento Editorial, Santiago de Chile, 2015; F. MUÑOZ LEÓN, *Hegemonía y Nueva Constitución. Dominación, subalternidad y proceso constituyente*, Ediciones Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2015; G. BUSTAMANTE, D. SAZO, (a cura di), *Democracia y poder constituyente*, Fondo de Cultura económica Chile, Santiago de Chile, 2016; G. ARRIAGADA, J. BURGOS, I. WALKER, *Una nueva Constitución. Sobre derechos, deberes y poder*, Uqbar Editores, Santiago de Chile, 2017; J. INSUNZA, *Nudos ideológicos de la Constitución*, Editorial universitaria, Santiago de Chile, 2018; J. GAJARDO FALCÓN, F. ZÚÑIGA URBINA (a cura di), *Constitucionalismo y procesos constituyentes*, vol. 1 – *Aspectos generales y mitos fundacionales*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018; F. SOTO BARRIENTOS, S. MILLALEO, C. IHNEN, *Educación y debate constitucional. Reflexión sobre la deliberación pública en Chile*, Tirant Humanidades, Valencia, 2020, 17 ss.

⁵³ Per il nesso fra nuova Costituzione e bicentenario dell'indipendenza si v. già J. BENÍTEZ, P. ROSAS (a cura di), *La República Inconclusa. Una nueva Constitución para el Bicentenario*, Editorial Arcis, Santiago de Chile, 2009.

autoritaria della Costituzione, in conseguenza della quale la cittadinanza non si sarebbe riconosciuta in essa. Una volta insediata, nel 2014, la Presidente Bachelet tentò di costruire un percorso che andasse oltre la dialettica politica fra destra e sinistra, coinvolgendo sia alcune organizzazioni sociali e più in generale i cittadini, sia avvalendosi dell'opera di esperti.

Il percorso costituente avviato da Michelle Bachelet si è articolato in una pluralità di fasi, ma non è stato regolato da una legge, bensì da un decreto presidenziale (il decreto n. 36 del 2.12.2015⁵⁴). Esso prevedeva le seguenti tappe⁵⁵:

- a) Una fase di «educazione civica e costituzionale».
- b) Una fase di ascolto della cittadinanza, consistente nei «dialogos ciudadanos», a livello comunale, provinciale e regionale.
- c) La nomina di un «Consejo ciudadano de Observadores», incaricato di garantire la trasparenza del processo.
- d) La redazione delle «Bases Ciudadanas para una nueva Constitución», che la Presidente avrebbe dovuto inviare al Congresso nel 2017.
- e) L'approvazione da parte del Congresso di una legge di revisione costituzionale per permettere la redazione di una nuova Costituzione da parte del Congresso stesso.
- f) La discussione di una nuova Costituzione da parte del Congresso eletto per il quadriennio 2018-2022⁵⁶.
- g) La convocazione di un plebiscito di ratifica.

Si trattava, dunque, di un processo privo di una base giuridica di rango legislativo o costituzionale, volto ad elaborare un progetto di costituzione, su cui avrebbe poi dovuto innestarsi una riforma della Costituzione del 1980 al fine di disciplinare un procedimento *ad hoc* per la redazione di una nuova Costituzione⁵⁷.

Il governo ha avviato il processo di consultazione solo alla fine del secondo anno della presidenza Bachelet: la consultazione popolare⁵⁸ (i c.d. *encuentros y cabildos ciudadanos*), si è svolta fra aprile ed agosto 2016 e vi hanno preso parte 204.000 persone, mentre altre 17.000 persone hanno preso parte alla «consulta indígena constituyente»⁵⁹. Parallelamente si è svolto anche un processo di consultazione individuale, nazionale ed estero, gestito dal Ministero della Segreteria generale della Presidenza della Repubblica⁶⁰. I risultati di queste consultazioni sono stati poi rielaborati dal

⁵⁴ V. http://archivoweb.bibliotecanacionaldigital.cl/wayback/20170310152602/https://www.ccobservadores.cl/wp-content/uploads/2016/01/decreto_36_cco.pdf, ed il sito web <https://www.constituyente.cl/recursos/category/3-proceso-constituyente-bachelet.html?start=10>.

⁵⁵ [Http://archivoweb.bibliotecanacionaldigital.cl/wayback/20170310152445/https://www.ccobservadores.cl/infografia-conoce-las-etapas-del-proceso-constituyente](http://archivoweb.bibliotecanacionaldigital.cl/wayback/20170310152445/https://www.ccobservadores.cl/infografia-conoce-las-etapas-del-proceso-constituyente).

⁵⁶ Le modalità effettive di elaborazione della nuova Costituzione erano in realtà lasciate aperte, delineandosi quattro alternative: a) la revisione della Costituzione direttamente da parte del Congresso, mediante una apposita commissione composta di deputati e senatori; b) una Asamblea costituente eletta *ad hoc* dai cittadini cileni; c) una Commissione mista composta di deputati e di cittadini eletti *ad hoc*; d) la definizione del percorso mediante un plebiscito. Si v. la pagina web citata nella nota precedente.

⁵⁷ Si è tentati di abbozzare un paragone fra questo percorso e quelli tentati senza successo in Italia in base alle leggi cost. n. 1/1993 e n. 1/1997, ovviamente con la differenza che nel caso italiano l'oggetto dei due percorsi speciali di riforma non comprendeva la prima parte della Costituzione.

⁵⁸ Su questa fase si v. F. SOTO BARRIENTOS, *Una Constitución ciudadana para Chile: la experiencia de los diálogos ciudadanos*, in J.M. CASTELLÁ ANDREU (a cura di), *Parlamento, Ciudadanos y entes territoriales ante la reforma constitucional. ¿Quien y como participa?*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, 189 ss.

⁵⁹ [Http://archivoweb.bibliotecanacionaldigital.cl/wayback/20180309202255/http://www.constituyenteindigena.cl/](http://archivoweb.bibliotecanacionaldigital.cl/wayback/20180309202255/http://www.constituyenteindigena.cl/)

⁶⁰ [Http://archivoweb.bibliotecanacionaldigital.cl/wayback/20180213151012/http://sistematizacionconstitucional.cl/app/themes/cs/dist/docs/consulta_individual_nacional.pdf](http://archivoweb.bibliotecanacionaldigital.cl/wayback/20180213151012/http://sistematizacionconstitucional.cl/app/themes/cs/dist/docs/consulta_individual_nacional.pdf)

«Consejo Ciudadano de Observadores»⁶¹ e da un «Comité de Sistematización»⁶², entrambi nominati dalla Presidente, che hanno prodotto le «Bases Ciudadanas del Proceso Constituyente».

Il progetto di Costituzione risultante da questo percorso è stato però elaborato dal governo senza pubblicità né partecipazione e soprattutto è stato reso noto solo il 6 marzo 2018, negli ultimi giorni della presidenza Bachelet, generando per questo motivo non poche critiche⁶³.

Il tentativo della presidente Bachelet scontava fin dall'inizio la freddezza del centro-destra cileno, che ha più volte confermato la disponibilità a discutere di ulteriori riforme costituzionali, ma si è dichiarato contrario alla attivazione di un percorso volto a sostituire radicalmente la Costituzione del 1980.

Dopo l'insediamento di Sebastián Piñera al Palazzo della Moneda il 10 marzo 2018 per il suo secondo mandato, il processo costituente era stato dunque archiviato, malgrado alcuni tentativi delle Camere – nelle quali il centro-sinistra e il *Frente Amplio* sono nel complesso in maggioranza rispetto ai partiti della Coalizione *Chile Vamos*⁶⁴ – di riaprire il dibattito durante il 2019.

Nell'estate del 2019 l'ipotesi dell'attivazione di un processo costituente appariva dunque irrealistica, mentre riprendevano vigore progetti di specifiche riforme costituzionali sui non pochi temi sui quali la classe politica e la cultura giuridica cilena erano divisi. La questione della riforma del Tribunale costituzionale, sulla quale nel 2019 è stato istituito un gruppo di lavoro *bipartisan* di costituzionalisti, sembrava il più rilevante di questi temi. Ma la prospettiva era – appunto – quella della *riforma* (ben nota nel trentennio successivo al ritorno alla democrazia), non quella di una *riscrittura globale* della Carta. D'altro canto, l'ipotesi di una revisione globale limitata alla forma – sul modello della *Verfassungsnachführung* svizzera degli anni 1977-2000 – non sembra mai essere stata seriamente presa in considerazione in Cile.

Le proteste sociali iniziate a Santiago il 14 ottobre 2019 e i loro successivi sviluppi hanno mutato radicalmente questo quadro. Da un lato, esse hanno evidenziato una scollatura fra la classe politica nel suo insieme (ovviamente in primo luogo fra le forze al momento al governo, ma non solo esse) e settori rilevanti della società, anzitutto ma non solo nella capitale, facendo emergere domande sicuramente complesse ed articolate, ma tali comunque da gettare ombre sul modello cileno. Dall'altro esse hanno chiesto una risposta che le forze politiche hanno individuato nell'apertura di un processo costituente, risuscitando quindi un tema che la presidenza Bachelet aveva cavalcato ma che appariva politicamente morto fino all'inizio della protesta.

7. I contenuti dell'accordo del 14 novembre

Tre sono le caratteristiche di fondo dell'accordo del 14 novembre.

In primo luogo, l'accordo politico taceva quasi del tutto sui contenuti della nuova costituzione cilena. Ciò del resto corrisponde alla natura secondaria delle questioni di contenuto rispetto all'esigenza simbolica e di legittimazione in ragione delle quali – già durante il processo costituente avviato sotto la seconda presidenza Bachelet – veniva richiesta una nuova Carta costituzionale.

⁶¹ Si v. <http://archivoweb.bibliotecanacionaldigital.cl/wayback/20180309181509/https://www.ccobservadores.cl/>.

⁶² Il Rapporto del Comité de sistematización si può leggere in http://archivoweb.bibliotecanacionaldigital.cl/wayback/20180213151008/http://sistematizacionconstitucional.cl/app/themes/cs/dist/docs/informe_ejecutivo.pdf.

⁶³ Si v. ad es. l'editoriale *Desconcertante propuesta de nueva Constitución*, in *La Tercera* (<https://www.latercera.com/>) 8.1.2018, 7.

⁶⁴ Alla Camera *Chile Vamos* ha infatti 72 seggi su 155, mentre la somma dei seggi della *Nueva Mayoría* (43), del *Frente Amplio* (20) e della Democrazia cristiana (14) arriva a 77, cui vanno poi aggiunti 4 deputati verdi e 1 indipendente. Al Senato, invece il centro-destra ha 19 seggi contro i 24 degli altri partiti, grazie soprattutto al fatto che nel 2017 sono stati eletti solo 23 senatori.

In secondo luogo, l'accordo aveva carattere essenzialmente procedurale. Esso, cioè, era il punto di arrivo di una convergenza fra le forze politiche cilene sul percorso da seguire per arrivare all'adozione di una nuova Carta costituzionale. I contenuti dell'accordo, che verranno analizzati dettagliatamente nel paragrafo seguente, prendendo in considerazione le norme contenute nella riforma costituzionale del 24 dicembre 2019, in cui l'accordo stesso è stato trasfuso, articolavano il processo costituente in quattro fasi:

a) Una fase «destituente» nella quale in primo luogo deve essere riformata la Costituzione vigente per regolare il processo costituente e in secondo luogo dovrà essere deliberata dal corpo elettorale l'intenzione di approvare una nuova Costituzione, tale da sostituire integralmente la Costituzione del 1980. Contestualmente a questo secondo atto, dovrà essere definita la composizione dell'organo chiamato ad eleggere la nuova costituzione, fermo che nel frattempo la Costituzione del 1980 conserverà il suo vigore.

b) Una fase elettorale, in cui la «Convenzione costituzionale» o «Convenzione mista costituzionale» verrà eletta a suffragio universale.

c) Una fase deliberativa, nella quale la Convenzione eletta dovrà elaborare il testo della nuova Carta costituzionale. La regola più rilevante per questa fase è quella della maggioranza qualificata, che dovrà essere raggiunta su ciascuna disposizione da includere nella Costituzione.

d) Una fase confermativa, in cui il corpo elettorale sarà chiamato a approvare o a respingere il testo costituzionale deliberato dall'Assemblea costituente.

In terzo luogo, alcune questioni sono rimaste non definite.

Da un lato è rimasta indefinita la composizione dell'organo incaricato di redigere la nuova Costituzione, ma l'accordo ha individuato la modalità per risolvere questo problema, lasciandone la definizione al plebiscito nel quale verrà adottata dal corpo elettorale la decisione sul se procedere o meno alla sostituzione della Costituzione del 1980.

Dall'altro alcune questioni sono rimaste al di fuori dell'accordo, senza che sia stato individuato un percorso per risolverle: si tratta essenzialmente della questione dell'equilibrio di genere nella Costituente e della rappresentanza riservata ai popoli indigeni.

8. La riforma costituzionale del 23 dicembre 2019

La legge costituzionale n. 21.200, promulgata il 23 dicembre 2019 dal Presidente Piñera e pubblicata sul *Diario Oficial* del 24 dicembre 2019 ha sostituito il titolo del capitolo XV della Costituzione, denominandolo «riforma della Costituzione e del procedimento per elaborare una nuova Costituzione della Repubblica», ha ridenominato «riforma della Costituzione» l'epigrafe dell'art. 127 della Costituzione e ha inserito, dopo l'ultimo articolo della Costituzione vigente, il 129, gli articoli da 130 a 143, intitolati complessivamente «Del procedimento per elaborare una nuova Costituzione politica della Repubblica».

Il contenuto normativo della riforma costituzionale del 24 dicembre 2019 non consiste propriamente in una riforma della Costituzione stessa, nonostante il suo inserimento nel testo costituzionale vigente. Le norme contenute negli art. 130-143, infatti, non producono nessuna nuova regola volta ad incidere sull'assetto costituzionale vigente, ma attivano un complesso procedimento destinato ad operare *una tantum*, per l'eventuale elaborazione ed approvazione di una nuova Carta costituzionale. Tanto nel caso che tale procedimento produca una nuova Costituzione, quanto in quello in cui esso non consegua tale risultato, le norme contenute negli art. 130-143 sono destinate a trovare applicazione una sola volta.

Qualora infatti il procedimento costituente produca una nuova Costituzione, le disposizioni ora citate avranno esaurito il loro effetto e per le future revisioni della futura costituzione varranno le regole in essa previste.

Qualora invece il procedimento non si concluda con l'approvazione di una nuova Costituzione (ad es. nel caso che il plebiscito iniziale o quello finale abbiano esito negativo o nel caso che la Convenzione costituzionale non raggiunga l'accordo sull'approvazione di una nuova Carta costituzionale) gli art. 130-143 resteranno formalmente inseriti nella Costituzione vigente, ma la loro potenzialità prescrittiva si sarà esaurita, sicché appariranno come qualcosa di simile ad un corpo morto presente nel testo costituzionale e saranno disposizioni ormai inidonee ad esprimere norme giuridiche valide⁶⁵.

9. Il plebiscito del 26 aprile 2020

L'entrata in vigore della riforma costituzionale del 23 dicembre 2019 ha dato inizio ad una fase che si potrebbe definire «de-stituyente» riguardo alla Costituzione cilena del 1980. Da questo punto di vista, tuttavia, gli effetti giuridici prodotti dai nuovi art. 130-143 della Costituzione sono per il momento eventuali. La fase destituente del processo costituente è infatti subordinata ad una serie di eventi dai quali dipende l'elaborazione di una nuova Costituzione: in questo senso la fase destituente non ha una vera e propria autonomia rispetto al processo costituente nel suo complesso. Ciò è del resto imposto dalla logica di fondo di un processo che intende muoversi non attraverso la rottura della legalità costituzionale dal punto di vista formale, ma che mira a procedere «de la ley a la ley a través de la ley», per riprendere una descrizione della transizione spagnola degli anni Settanta.

Il primo effetto giuridico della riforma è rappresentato dalla convocazione (da parte del Presidente della Repubblica, tre giorni dopo l'entrata in vigore dell'articolo 130) di un plebiscito per il 26 aprile 2020. Tale decreto è stato effettivamente emanato dal Presidente Piñera (decreto n° 2445, pubblicato il 27 dicembre 2019) e ha convocato il *Plebiscito Nacional*. Il plebiscito sarà articolato in due diverse votazioni⁶⁶:

a. Nella prima sarà sottoposta all'elettorato la domanda: «Volete voi una nuova Costituzione?». A tale domanda l'elettorato potrà rispondere «approvo» o «rifiuto»: e l'elettore potrà esprimere la sua preferenza fra le due opzioni che saranno indicate sulla scheda.

b. Nella seconda votazione – su una diversa scheda elettorale – sarà formulata la domanda: «Che tipo di organo dovrebbe redigere la Nuova Costituzione?». A tale domanda l'elettore potrà rispondere scegliendo fra le due opzioni che saranno indicate sulla scheda: «Convenzione mista costituzionale – composta in parti eguali da membri eletti popolarmente e parlamentari in carica» e «Convenzione costituzionale – composta esclusivamente da membri eletti popolarmente».

L'art. 130 contiene poi una serie di disposizioni volte a prevedere l'applicazione al plebiscito di una serie di norme procedurali vigenti e a regolare la propaganda elettorale sulla televisione «de libre emisión». Esso, inoltre, prevede la competenza del Tribunale elettorale sia come organo di appello per le decisioni del Consiglio Nazionale della Televisione in materia di propaganda elettorale, sia per il controllo e per la proclamazione dei risultati del voto del plebiscito.

Qualora l'elettorato si esprima in favore dell'elaborazione di una nuova Costituzione, il Presidente della Repubblica dovrà convocare l'elezione dei membri dell'organo incaricato di

⁶⁵ Qui si presuppone la distinzione fra disposizioni e norme come elaborata nella dottrina italiana da VEZIO CRISAFULLI, ad es. in *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Giuffrè, Milano, 1964, 195 ss.

⁶⁶ Si v. le informazioni sul voto sul sito web del *Servicio Electoral de Chile* (Serval): <https://www.servel.cl/plebiscito-nacional-2020-2-votos-cada-uno-con-dos-opciones/>.

elaborarla, secondo il risultato dell'altra domanda sottoposta a plebiscito, vale a dire quella relativa alla composizione dell'organo costituente.

Non è stato previsto un *quorum* di partecipazione per la validità del plebiscito: il che potrebbe essere criticabile, dato che in tal modo anche la volontà di una minoranza del corpo elettorale potrebbe comunque legittimare l'avvio del processo costituente, come accadde, ad es., con il referendum venezuelano del 25 aprile 1999, in cui la convocazione di una Assemblea costituente fu basata sul voto favorevole della maggioranza dei votanti in un referendum nel quale meno del 45 per cento degli elettori prese parte al voto⁶⁷.

L'art. 130 stabilisce anche la data in cui l'elezione dell'organo costituente dovrà aver luogo: lo stesso giorno delle elezioni dei sindaci, consiglieri e governatori regionali previste per il 2020. Tale data non è stabilita direttamente nell'art. 130, ma è attualmente prevista per il 25 ottobre 2020.

10. La composizione e l'elezione della Convenzione costituzionale

L'accordo politico del 14 novembre 2019 e la riforma costituzionale del 23 dicembre hanno attribuito il compito di elaborare una nuova costituzione ad un organo straordinario, denominato Convenzione costituzionale. Entrambi tali documenti, tuttavia, hanno lasciato aperto un aspetto per nulla marginale della composizione di tale organo, prefigurando una alternativa, che dovrà essere sciolta dall'elettorato, fra una Convenzione interamente eletta *ex novo* dal corpo elettorale il 25 ottobre 2020 e una Convenzione mista, composta per metà di membri eletti in tale data dal corpo elettorale e per metà di deputati e senatori in carica eletti dal Congresso nazionale al suo interno.

a. Nel caso che la Convenzione sia mista, essa sarà composta da un numero eguale di parlamentari e di membri eletti *ad hoc*, pari ad 86 per ciascuna delle due quote e quindi ad un totale di 172 componenti.

L'art. 139 regola la modalità di elezione degli 86 parlamentari, attribuendone la competenza al *Congreso Pleno*, vale a dire alla riunione delle due Camere. I deputati ed i senatori potranno presentare liste di candidati o patti elettorali e i membri della Convenzione di origine parlamentare verranno eletti a scrutinio di lista, con il meccanismo previsto dall'art. 121 della legge elettorale vigente, vale a dire con sistema d'Hondt, integrato con regole che disciplinano il riparto di seggi fra liste collegate in coalizione.

L'art. 140 stabilisce invece la ripartizione fra i diversi distretti elettorali dei membri della Convenzione da eleggere *ad hoc* da parte del corpo elettorale. I seggi sono distribuiti fra i 28 distretti elettorali, attribuendo a ciascun distretto un minimo di 2 e un massimo di 4 seggi.

b. Nel caso che la Convenzione sia composta unicamente di membri eletti direttamente e *ad hoc* dal corpo elettorale, essa sarà composta da 155 membri, che saranno eletti secondo le norme vigenti per l'elezione della Camera dei deputati e secondo la divisione in distretti prevista per l'elezione di essa.

Riguardo al sistema elettorale, l'art. 131 Cost. fa rinvio alle norme sull'elezione dei deputati e dei senatori, e in particolare alle leggi n. 18.700, 18556, 18603 e 19.884, che attualmente, dopo l'abrogazione del sistema elettorale binominale introdotto alla fine della dittatura, prevedono un sistema d'Hondt, in cui i 155 deputati della Camera sono eletti in 28 distretti (con una magnitudo variabile fra 8 e 3 deputati⁶⁸), senza recupero nazionale; e lo stesso sistema si dovrà applicare per

⁶⁷ Si v. L. HERNÁNDEZ CAMARGO, *¿Hacia un nuevo concepto de poder constituyente? La Constitución venezolana de 1999*, in *Cuadernos de Derecho público*, sept.-dic. 2001, 189 ss., in partic. 216.

⁶⁸ Si v. l'art. 188 della legge n. 18.700 del 2017.

l'elezione degli 86 convenzionali di origine popolare qualora prevalga la formula della Convenzione mista.

L'adozione di un sistema elettorale proporzionale con collegi di piccole dimensioni, senza un recupero nazionale, dovrebbe produrre una Convenzione costituzionale rappresentativa delle principali forze politiche, ma nella quale le forze minori non raggruppate in coalizioni, dovrebbero risultare sottorappresentate.

c. La riforma costituzionale non ha invece incorporato norme volte a prevedere una rappresentanza specifica nella Convenzione per i popoli indigeni, né per garantire il principio della parità di genere, nonostante le richieste formulate in tal senso da alcuni gruppi femministi e da alcuni movimenti indigeni⁶⁹, sostenute da una parte delle forze politiche di centro-sinistra. Le due istanze di cui queste richieste sono espressione – quella ad una presenza di un maggior numero di donne e di persone espressione dei popoli originari – hanno sicuramente pregio, ma ci si può chiedere se esse non possano essere soddisfatte mediante i canali ordinari del pluralismo politico (vale a dire la creazione di partiti che diano maggiore rilievo alle istanze dei due gruppi ora indicati) e della rappresentanza politica (mediante il conseguimento di voti da parte di tali forze politiche). Si deve però riconoscere che la natura ristretta dei distretti elettorali costituisce un ostacolo alla formazione di forze politiche nuove, volte a dare specifica espressione a tali istanze, mediante la predisposizione di liste di candidati che contengano un elevato numero di donne e di esponenti dei popoli indigeni.

L'art. 132 ha regolato i requisiti e le incompatibilità dei candidati all'elezione come membri della Convenzione, facendo per lo più rinvio alle norme già vigenti in materia e prevedendo i termini entro i quali i candidati alla elezione nella Convenzione devono rimuovere le preesistenti cause di incompatibilità.

11. Le regole sul lavoro della Convenzione

Gli art. 133, 134 e 135 della Costituzione, previsti dalla riforma costituzionale del 24 dicembre 2019, regolano i lavori della Convenzione costituente.

Entro tre giorni dalla recezione della comunicazione dell'elezione della Convenzione, il Presidente della Repubblica deve convocare la Convenzione per la sua prima seduta, individuando anche il luogo di essa, che, in caso di mancata indicazione sarà la sede del Congresso nazionale. Nella prima seduta, la Convenzione eleggerà a maggioranza assoluta un Presidente e un Vicepresidente.

La regola di maggior importanza sui lavori della Convenzione è quella che prevede la maggioranza qualificata sia per l'approvazione delle norme della Costituzione, che per l'approvazione del regolamento della Convenzione costituzionale: per entrambi i casi è richiesta la maggioranza dei due terzi dei membri in esercizio. E l'art. 133 ha cura di sottolineare l'inderogabilità di tali regole, precisando che «la Convenzione non potrà alterare i *quorum* ed i procedimenti per il suo funzionamento e per l'adozione di deliberazioni».

L'art. 133 stabilisce inoltre che la Convenzione dovrà costituire una segreteria tecnica, composta di «persone di comprovata idoneità accademica o professionale».

Un ulteriore limite è previsto dall'art. 135, che vieta alla Convenzione di esercitare qualsiasi altra funzione o attribuzione di altri organi o autorità previste dalla Costituzione vigente. L'art. 135 contiene una serie di indicazioni molto precise sul fatto che la Convenzione costituzionale non può

⁶⁹ Al riguardo si v. X. SOTO, F. CÁCERES, I. CARO, *Chile Vamos rechazará hoy paridad de género, escaños reservados e independientes*, in *La Tercera* (<https://www.latercera.com/>) 18.12.2019, 4-5.

autoattribuirsi l'esercizio della sovranità⁷⁰ (la quale, si precisa, continua a spettare alla Nazione ed è esercitata dal popolo secondo le modalità previste dalla Costituzione e dalle leggi), così come non può assumere attribuzioni ulteriori rispetto a quelle che le riconosce la Costituzione. Quest'ultima – cioè la Costituzione del 1980 – «continuerà ad essere pienamente vigente e la Convenzione non potrà negarle autorità né modificarla» fino a quando non entrerà in vigore la nuova Costituzione secondo le modalità previste negli articoli 130-143.

12. La natura non sovrana della Convenzione costituzionale

La soggezione a regole predeterminate e la condizione non sovrana della Convenzione costituzionale sono ulteriormente confermate dall'art. 136 della Costituzione, che prevede la possibilità per un quarto dei membri della Convenzione di presentare un ricorso contro la violazione delle regole procedurali previste nella Costituzione vigente e nelle norme adottate dalla Convenzione stessa. E' però espressamente esclusa la possibilità di «ricorrere sul contenuto dei testi in elaborazione». I ricorsi dovranno essere indirizzati a una sezione della Corte suprema composta da cinque ministri estratti a sorte dalla Corte stessa per ogni caso ad essa sottoposto. Il procedimento dovrà essere regolato con ordinanza adottata dalla stessa Corte suprema.

L'art. 137 stabilisce un termine di nove mesi dal giorno del suo insediamento per la redazione e l'approvazione della nuova Costituzione da parte della Convenzione, con la possibilità di prorogare tale termine una sola volta e per tre mesi. La proroga potrà essere richiesta dal Presidente della Convenzione o da un terzo dei suoi membri. Presentata la richiesta, dovrà essere convocata una sessione speciale, in cui la presidenza dovrà dar conto dello stato di avanzamento dei lavori della Convenzione.

La Convenzione sarà sciolta di pieno diritto una volta redatta e approvata la nuova Costituzione, anche qualora il termine per lo svolgimento della sua attività non sia spirato. Prima di tale termine, essa non potrà invece essere sciolta: del resto in un regime presidenziale puro come quello cileno, il potere di scioglimento è di norma escluso anche per il Congresso ordinario.

Riguardo al contenuto della futura nuova Costituzione, le norme degli art. 130-143 osservano, ovviamente, un generale riserbo, che tuttavia non è assoluto. In generale, l'art. 135, ultimo comma, precisa che «il testo della nuova Costituzione che sarà sottoposta a plebiscito dovrà rispettare il carattere di Repubblica dello Stato cileno, il suo regime democratico, le sentenze giudiziali passate in giudicato e i trattati internazionali ratificati dal Cile che siano in vigore».

L'art. 138 autorizza poi la Convenzione a prevedere disposizioni speciali sulla entrata in vigore di alcune delle norme o dei capitoli della Costituzione, ma le preclude la facoltà di abbreviare il mandato delle autorità elette dal corpo elettorale, salvo quelle che siano soppresse o che siano oggetto di una modificazione sostanziale e dovrà stabilire il modo in cui le altre autorità previste dalla Costituzione cesseranno o continueranno a funzionare.

13. Il plebiscito sulla nuova Costituzione

Una volta comunicata l'approvazione della nuova Costituzione al Presidente della Repubblica, questi dovrà convocare entro tre giorni il plebiscito nazionale sull'approvazione della nuova Costituzione in una data entro 60 giorni dalla pubblicazione del decreto di convocazione sul *Diario*

⁷⁰ Viene qui forse implicitamente evocato un *exemplum* negativo, quello dell'Assemblea costituente venezuelana del 1999, che nel corso della sua attività si dichiarò sovrana, dichiarando illegittimo il Parlamento costituito.

Oficial, evitando la coincidenza con le votazioni popolari previste dagli art. 26, 47 e 49 della Costituzione, per l'elezione, rispettivamente, del Presidente, della Camera e del Senato.

A differenza di quanto previsto per il plebiscito costituzionale volto ad avviare il processo costituente, il voto nel plebiscito nazionale per l'approvazione della nuova Costituzione è qualificato come obbligatorio e per il suo mancato esercizio sono previste cause di esenzione e sanzioni pecuniarie. Neppure per la validità di questo plebiscito è previsto un quorum di partecipazione.

Verrà sottoposto all'elettore il quesito: «Approvate voi il testo della Nuova Costituzione proposto dalla Convenzione Costituzionale?» (o, qualora fosse il caso, «dalla Convenzione mista costituzionale?») e all'elettore sarà data la facoltà di esprimere la preferenza tra due opzioni: «approvo» o «rifiuto».

L'art. 143 estende espressamente al plebiscito di approvazione della nuova Costituzione l'applicazione delle regole già stabilite dall'art. 130 per il plebiscito costituzionale iniziale (v. *supra* § 7).

Qualora risulti approvata la nuova Costituzione, entro cinque giorni il Presidente della Repubblica convocherà in seduta solenne il Congresso, affinché venga promulgata la nuova Costituzione e le venga giurata fedeltà. A partire da tale data risulterà abrogata la vigente Costituzione. Ne dovrebbe derivare che l'intera Costituzione del 1980, nel testo del 2005, oggi vigente, risulterà abrogata, comprese le disposizioni relative a materie sulle quali la nuova Costituzione si astenga dal provvedere, eventualmente per impossibilità di raggiungere un accordo sostenuto dalla maggioranza dei due terzi della Costituente. Le corrispondenti materie dovrebbero di conseguenza risultare decostituzionalizzate, salva l'operatività nei loro confronti dei principi costituzionali, espliciti od impliciti.

Qualora la nuova Costituzione venga rifiutata nel plebiscito costituzionale, resterà in vigore la Costituzione del 1980.

14. Alcune considerazioni conclusiva sulla natura del processo costituente cileno

Gli art. 130-143 della Costituzione cilena, introdotti dalla riforma costituzionale del 23 dicembre 2019, regolano un procedimento straordinario denominato «elaborazione di una Nuova Costituzione». Essi sono stati adottati nel rispetto delle norme della Costituzione cilena vigente per la sua riforma e hanno riformato per il futuro le norme sulla revisione costituzionale⁷¹.

Il procedimento previsto dagli art. 130-143 è distinto da quello previsto dalla stessa Costituzione per la riforma della Costituzione anzitutto per la sua ampiezza, in quanto esso consente la completa sostituzione, e non solo la riforma parziale della Costituzione stessa. Esso è inoltre caratterizzato da un percorso procedimentale differenziato e straordinario.

Per questo motivo, esso si distingue anche dai procedimenti di revisione totale previsti in alcune Costituzioni europee (come quella austriaca e quella svizzera) in virtù della sua natura straordinaria e *una tantum*: esso è infatti volto a regolare una specifica vicenda procedimentale e le disposizioni che lo regolano hanno per questo motivo contenuto provvedimentale e non normativo.

⁷¹ Questa è quindi una rilevante differenza con il processo costituente venezuelano del 1999, che fu avviato convocando un referendum consultivo, considerato come strumento idoneo ad attivare – su iniziativa del Presidente della Repubblica – un processo costituente, mediante la convocazione di una Assemblea costituente, mentre la Costituzione pre-vigente (del 1961) prevedeva solo due modalità di riforma costituzionale: la *enmienda* e la *reforma*, ma non la convocazione di una Assemblea *ad hoc* ed essa non venne modificata per prevederla. La via costituente mediante referendum consultivo fu tuttavia in qualche modo avallata da una criticabile decisione della Corte suprema venezuelana, sulla quale si v. i rilievi critici di A. PACE, *Morte di una Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1999.

Il procedimento in esame ha dunque una configurazione indubitabilmente costituente⁷² ed è volto a produrre una «nuova Costituzione», ma, essendo stato regolato con norme adottate nel rispetto del procedimento di revisione costituzionale previsto dalla Costituzione che ora si dovrebbe modificare, non si è verificata una rottura formale rispetto alla Costituzione del 1980.

Resta però da chiedersi se il procedimento in questione possa essere collocato in continuità con la Costituzione del 1980 anche dal punto di vista sostanziale. Questo aspetto del problema chiama poi in causa l'esistenza di eventuali principi non modificabili (*cláusulas pétreas*) nella Costituzione del 1980.

La scelta per un processo costituente distinto dalla ordinaria riforma costituzionale fa pensare all'apertura alla possibilità di una rottura sostanziale con la Costituzione anteriore. Ma vi sono anche elementi che muovono nella direzione opposta: in primo luogo, la maggioranza qualificata per i singoli articoli e per il testo complessivo della nuova Costituzione, da cui deriva un impulso verso la convergenza delle diverse forze politiche su una Costituzione di compromesso, anziché verso una Costituzione di rottura, approvata da una semplice maggioranza della Convenzione costituzionale.

In secondo luogo, occorre ricordare il vincolo sostanziale previsto nel nuovo art. 135 della Costituzione che, come si è visto (§ 11), impone alla nuova Costituzione di rispettare il carattere democratico e repubblicano dello Stato cileno, oltre alle sentenze passate in giudicato e ai trattati internazionali ratificati dal Cile. Questa disposizione sembra destinata a riprodurre, specificamente per il processo costituente in atto, una sorta di *cláusula pétrea*.

Gli elementi di continuità con la Costituzione del 1980, nella versione al momento vigente, appaiono dunque significativi. Questo dato dovrebbe differenziare sensibilmente il processo costituente cileno da quelli utilizzati per far luogo ad una transizione costituzionale da un regime autoritario ad un regime democratico-pluralista, come quelli percorsi in Italia negli anni 1943-45 e in Spagna negli anni 1977-79.

Se si vuole, si può piuttosto leggere il processo costituente cileno come un processo finalizzato a realizzare la fase conclusiva di una transizione democratica, già in larga parte consolidatasi e però sospesa in una lunga fase transitoria. La natura transitoria della Costituzione del 1980 sarebbe, in effetti, assai singolare, sia perché quella Costituzione non nacque per essere transitoria, sia perché quel tanto di transitorietà che l'ha caratterizzata consisteva nell'incompletezza dell'accordo politico che la sorreggeva dopo il 1989. Inoltre, tale supposta costituzione transitoria sarebbe stata caratterizzata da una lunga durata, pari a quasi un trentennio. L'elemento che suggerisce una comparazione con le Costituzioni «definitive» che subentrano a Costituzioni transitorie è invece la combinazione tra continuità, completamento di una rottura con un regime già scomparso (e in qualche modo da esorcizzare) e ricerca di compiutezza del modello liberal-democratico. L'esempio della Costituzione polacca del 1997 – rispetto alla piccola Costituzione del 1992 e ai residui della Costituzione comunista riformata nel 1989-90 – potrebbe essere considerato un caso per alcuni aspetti comparabile.

⁷² ... anche se la natura costituente di un processo che aspira ad essere tale può essere compiutamente accertata solo *a posteriori*, in base al suo effettivo compimento, come notava ad altro proposito M. LUCIANI, *Quattordici argomenti contro l'invocazione del potere costituente*, in *Democrazia e diritto*, 1995, n. 3-4, 104.

COLLANA DI STUDI DI CONSULTA ONLINE

Volumi pubblicati

- 1) *“Itinerari” di Antonio Ruggeri per Consulta Online*,
a cura di Pasquale Costanzo e Lara Trucco, 2016, pp. 812
ISBN: 978-88-945618-3-8

- 2) *Stato di diritto Emergenza Tecnologia*,
a cura di Giovanna De Minico e Massimo Villone, 2020, pp. 219
ISBN: 978-88-945618-0-7

- 3) *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione, I Costituzionalismo, Reti e Intelligenza artificiale*
2020, pp. 560,
ISBN: 978-88-945618-1-4

- 4) *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione, II Il diritto pubblico della pandemia*
2020, pp. 230
ISBN 978-88-945618-2-1

- 5) *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione, III Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*
2020, pp. 495
ISBN 978-88-945618-7-6

- 6) *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione, IV I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista*
2020, pp. 421
ISBN 978-88-945618-4-5

- 7) *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo – Diritto costituzionale in trasformazione, V La democrazia italiana in equilibrio*
2020, pp. 548
ISBN 978-88-945618-5-2



ISBN: 978-88-945618-6-9